

**CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996  
RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO,  
LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN  
EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y  
DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS**

**Texto adoptado por la XVIII Sesión**

**INFORME EXPLICATIVO DE**

**Paul Lagarde**

*(traducción española)*

**Oficina Permanente de la Conferencia, Scheveningsweg 6, 2517 KT Den Haag, Holanda**

**INFORME EXPLICATIVO  
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**

**Preparado por Paul Lagarde**

CUADRO GENERAL, PRINCIPALES ORIENTACIONES Y ESTRUCTURA DEL CONVENIO .....	9
COMENTARIO DEL CONVENIO ARTÍCULO POR ARTÍCULO .....	12
<b>Título del Convenio</b> .....	12
<b>Preámbulo</b> .....	12
CAPITULO PRIMERO – AMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO .....	13
<i>Artículo primero (Objeto del Convenio)</i> .....	13
<i>Apartado primero</i> .....	13
<i>Párrafo a</i> .....	13
<i>Párrafos b y c</i> .....	14
<i>Párrafos d y e</i> .....	14
<i>Apartado 2</i> .....	14
<i>Artículo 2 (niños a los que se aplica el Convenio)</i> .....	14
<i>Artículo 3 (enumeración de las medidas de protección)</i> .....	16
<i>Apartado a</i> .....	16
<i>Apartado b</i> .....	16
<i>Apartado c</i> .....	17
<i>Apartado d</i> .....	17
<i>Apartado e</i> .....	17
<i>Apartado f</i> .....	18
<i>Apartado g</i> .....	18
<i>Artículo 4 (materias excluidas del ámbito del Convenio)</i> .....	18
<i>Apartado a</i> .....	18
<i>Apartado b</i> .....	19
<i>Apartado c</i> .....	19
<i>Apartado d</i> .....	19
<i>Apartado e</i> .....	20
<i>Apartado f</i> .....	20
<i>Apartado g</i> .....	21
<i>Apartado h</i> .....	21
<i>Apartado i</i> .....	21
<i>Apartado j</i> .....	22
CAPÍTULO II – COMPETENCIA .....	22
<i>Artículo 5 (competencia de las autoridades de la residencia habitual del niño)</i> .....	22
<i>Apartado 1</i> .....	23

<i>Apartado 2</i> .....	23
	<i>página</i>
<b>Artículo 6</b> ( <i>niños refugiados, desplazados o sin residencia habitual</i> ) .....	25
<i>Apartado 1</i> .....	25
<i>Apartado 2</i> .....	26
<b>Artículo 7</b> ( <i>desplazamiento o retención ilícita del niño</i> ) .....	26
<i>Apartado 1</i> .....	27
<i>Apartado 2</i> .....	28
<i>Apartado 3</i> .....	28
<b>Artículos 8 y 9</b> ( <i>competencia transferida a un foro apropiado o reclamada por éste</i> ) .....	29
<b>Artículo 8</b> ( <i>transferencia de competencia a un foro apropiado</i> ) .....	29
<i>Apartado 1</i> .....	29
<i>Apartado 2</i> .....	30
<i>Apartados 3 y 4</i> .....	31
<b>Artículo 9</b> ( <i>competencia reivindicada por un foro apropiado</i> ) .....	32
<b>Artículo 10</b> ( <i>foro del divorcio</i> ) .....	33
<i>Apartado 1</i> .....	34
<i>Apartado 2</i> .....	35
<b>Artículos 11 y 12</b> ( <i>competencia concurrente de las autoridades de la presencia del niño o de la situación de sus bienes</i> ) .....	36
<b>Artículo 11</b> ( <i>foro de urgencia</i> ) .....	36
<i>Apartado 1</i> .....	36
<i>Apartado 2</i> .....	37
<i>Apartado 3</i> .....	38
<b>Artículo 12</b> ( <i>medidas provisionales de efecto territorial</i> ) .....	39
<i>Apartado 1</i> .....	39
<i>Apartado 2</i> .....	40
<i>Apartado 3</i> .....	40
<b>Artículo 13</b> ( <i>conflictos de competencias concurrentes</i> ) .....	40
<i>Apartado 1</i> .....	40
<i>Apartado 2</i> .....	41
<b>Artículo 14</b> ( <i>mantenimiento en vigor de las medidas en caso de cambio de las circunstancias</i> ) .....	41
<b>Observaciones finales</b> .....	43

	<i>página</i>
CAPÍTULO III – LEY APLICABLE.....	43
<i>Artículo 15 (ley aplicable a las medidas de protección)</i> .....	44
<i>Apartado 1</i> .....	44
<i>Apartado 2</i> .....	45
<i>Apartado 3</i> .....	45
<i>Artículos 16 a 18 (responsabilidad parental resultante de la ley)</i> .....	46
<i>Artículo 16 (atribución o extinción de la responsabilidad parental)</i> .....	48
<i>Apartado 1</i> .....	48
<i>Apartado 2</i> .....	49
<i>Apartados 3 y 4</i> .....	50
<i>Artículo 17 (ejercicio de la responsabilidad parental)</i> .....	52
<i>Artículo 18 (retirada o modificación de la responsabilidad parental)</i> .....	52
<i>Artículo 19 (protección de los terceros)</i> .....	52
<i>Artículo 20 (carácter universal de las normas de conflicto)</i> .....	53
<i>Artículo 21 (reenvío y conflicto de sistemas)</i> .....	53
<i>Artículo 22 (orden público)</i> .....	54
CAPÍTULO IV – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.....	54
<i>Artículo 23 (reconocimiento y motivos de rechazo del reconocimiento)</i> .....	54
<i>Apartado 1</i> .....	54
<i>Apartado 2</i> .....	55
<i>Párrafo a</i> .....	55
<i>Párrafo b</i> .....	55
<i>Párrafo c</i> .....	56
<i>Párrafo d</i> .....	56
<i>Párrafo e</i> .....	56
<i>Párrafo f</i> .....	57
<i>Artículo 24 (acción preventiva para reconocimiento o no reconocimiento)</i> .....	57
<i>Artículo 25 (constataciones de hecho sobre la competencia)</i> .....	58
<i>Artículo 26 (exequátur)</i> .....	59

<i>Artículo 27 (prohibición de la revisión en cuanto al fondo)</i> .....	59
	<i>página</i>
<i>Artículo 28 (ejecución)</i> .....	59
CAPÍTULO V – COOPERACIÓN.....	60
<i>Artículo 29 (establecimiento de una Autoridad central)</i> .....	61
<i>Artículo 30 (obligación general de cooperación)</i> .....	61
<i>Artículo 31 (comunicaciones, mediación, localización)</i> .....	61
<i>Artículo 32 (petición de informe o de medidas)</i> .....	62
<i>Artículo 33 (colocación transfronteriza)</i> .....	63
<i>Artículo 34 (Comunicación de informaciones concretas sobre un niño determinado)</i> .....	63
<i>Apartado 1</i> .....	63
<i>Apartado 2</i> .....	64
<i>Artículo 35 (asistencia para la puesta en práctica de las medidas, derecho de visita)</i> .....	64
<i>Apartado 1</i> .....	64
<i>Apartados 2 a 4 (atribución de derecho de visita)</i> .....	64
<i>Artículo 36 (niño en grave peligro)</i> .....	65
<i>Artículo 37 (informaciones que hacen correr un riesgo al niño)</i> .....	66
<i>Artículo 38 (gastos)</i> .....	66
<i>Artículo 39 (acuerdos entre Estados contratantes)</i> .....	67
CAPÍTULO VI – DISPOSICIONES GENERALES .....	67
<i>Artículo 40 (certificado internacional)</i> .....	67
<i>Artículo 41 (protección de datos personales)</i> .....	68
<i>Artículo 42 (confidencialidad de las informaciones)</i> .....	68
<i>Artículo 43 (dispensa de legalización)</i> .....	68
<i>Artículo 44 (designación de las autoridades)</i> .....	68
<i>Artículo 45 (destinatarios de las comunicaciones y declaraciones)</i> .....	69

<i>Artículos 46 a 49 (cláusulas federales)</i> .....	69
<i>Artículo 46 (no aplicación del Convenio a los conflictos internos)</i> .....	69
<i>Artículo 47 (conflictos interterritoriales, reglas generales)</i> .....	69
<i>Artículo 48 (conflictos interterritoriales, reglas especiales sobre ley aplicable)</i> .....	70
<i>Artículo 49 (conflictos interpersonales, ley aplicable)</i> .....	71
<i>Artículos 50 a 52 (conflictos de Convenios)</i> .....	71
<i>Artículo 50 (primacía del Convenio sobre secuestro de menores)</i> .....	71
<i>Artículo 51 (sustitución de los Convenios de 1902 y 1961)</i> .....	72
<i>Artículo 52 (conflictos con otros Convenios, cláusula de desconexión)</i> .....	72
<i>Apartado 1</i> .....	73
<i>Apartado 2</i> .....	73
<i>Apartado 3</i> .....	73
<i>Apartado 4</i> .....	74
<i>Artículo 53 (aplicación del Convenio en el tiempo)</i> .....	74
<i>Artículo 54 (lengua de las comunicaciones)</i> .....	75
<i>Artículo 55 (reserva relativa a los bienes)</i> .....	75
<i>Artículo 56 (seguimiento del Convenio)</i> .....	76
CAPÍTULO VII – CLÁUSULAS FINALES .....	76
<i>Artículos 57 a 63</i> .....	76

**INFORME EXPLICATIVO DEL CONVENIO RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS**<sup>\*</sup>

**preparado por Paul Lagarde**

1. Este Convenio encuentra su origen en la decisión adoptada el 29 de mayo de 1993 por los Estados representados en la Decimoséptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado

*"de incluir en el orden del día de la Decimoctava Sesión la revisión del Convenio de 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores y una eventual extensión del ámbito de aplicación del nuevo Convenio a la protección de los incapaces mayores"*<sup>1</sup>.

En aplicación de esta decisión, la Oficina Permanente de la Conferencia constituyó una Comisión especial que celebró tres reuniones, del 26 de mayo al 3 de junio de 1994, del 6 al 17 de febrero de 1995 y finalmente del 11 al 22 de septiembre de 1995. Esta Comisión especial elaboró un anteproyecto de texto que, con el Informe que le acompañaba<sup>2</sup> sirvió de base de discusión para los trabajos de la Decimoctava Sesión de la Conferencia, que se celebró en La Haya del 30 de septiembre al 19 de octubre de 1996.

La Decimoctava Sesión de la Conferencia confió la elaboración del Convenio a su segunda Comisión, que celebró 26 reuniones. Participaron en la negociación, además de los delegados de 35 Estados miembros de la Conferencia, observadores de otros 15 Estados, observadores de ocho organizaciones intergubernamentales y de nueve organizaciones no gubernamentales.

La Comisión designó como Presidente al Sr. K.J. Pirrung, experto de Alemania, y como Vicepresidentes al Sr. W.R. Duncan, experto de Irlanda, y a la Sra. G.F. DeHart, experta de los Estados Unidos, que habían ya desarrollado estas funciones en la Comisión especial. La Comisión confirmó igualmente en su función de relator al Sr. P. Lagarde, experto de Francia. Durante la Sesión se crearon un Comité de redacción bajo la presidencia del Sr. W.R. Duncan<sup>3</sup> y un Grupo encargado de examinar las cláusulas federales, bajo la presidencia de la Sra. Alegría Borrás, experta de España<sup>4</sup>. Los trabajos de la segunda Comisión se vieron muy facilitados por

---

<sup>1</sup> Acta final de la XVII Sesión, Parte B, 1.

<sup>2</sup> El anteproyecto y el Informe de Paul Lagarde constituyen el Documento preliminar nº 7 de marzo de 1996 para la XVIII Sesión, de los cuales existe también una traducción al castellano.

<sup>3</sup> Formaron parte de este Comité, además de su Presidente, del relator y de los miembros de la Oficina permanente, las Sras. G.F. DeHart (Estados Unidos) y L. Lusier (Canadá), así como los Sres. A. Bucher (Suiza) y E.M. Clive (Reino Unido).

<sup>4</sup> Han estado igualmente representadas en este Comité las delegaciones de Estados Unidos, Canadá, Australia, México y Alemania.

los sustanciosos documentos preliminares <sup>5</sup> y las intervenciones del Sr. Adair Dyer, Secretario General adjunto, que asumió la dirección científica de la Secretaría.

El presente informe se refiere al *Proyecto de Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de niños*, adoptado por unanimidad por los Estados miembros presentes en la Sesión plenaria del 18 de octubre de 1996. Este texto fue abierto a la firma de los Estados inmediatamente después de la firma del Acta final de la XVIII Sesión, el 19 de octubre de 1996, y fue firmado ese mismo día por Marruecos. Es, pues, hoy un Convenio que lleva la fecha de su primera firma.

#### CUADRO GENERAL, PRINCIPALES ORIENTACIONES Y ESTRUCTURA DEL CONVENIO

3. La protección de la infancia en peligro ha estado siempre en el centro de las preocupaciones de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Sin remontarse al Convenio de 1902 sobre la tutela <sup>6</sup>, es preciso recordar, en el primer periodo que ha seguido al final de la segunda guerra mundial, los Convenios sobre obligaciones alimenticias respecto a los niños de 24 de octubre de 1956 y de 15 de abril de 1958, renovados y ampliados por los de 2 de octubre de 1973, *el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores* y *el Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción*. En la época más reciente, la Conferencia ha continuado con éxito esta labor protectora: *el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* ha recibido ya la ratificación o la adhesión de casi 50 Estados y *el Convenio de 29 de mayo de 1993 sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional* ratificado ya por una docena de Estados y, además, firmado por una quincena de otros Estados, entró en vigor el 1º de mayo de 1995. Entre tanto, la entrada en vigor en 187 Estados (en junio de 1996) del *Convenio de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño* ha hecho necesaria la revisión de numerosas legislaciones nacionales y de Convenios internacionales cuyas soluciones no estaban en armonía con los nuevos principios.

La revisión del *Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores* se incluye en este contexto general. Tiene también razones más específicas referentes al éxito relativamente limitado de dicho Convenio y a las imperfecciones percibidas durante más de veinte años de aplicación.

---

<sup>5</sup> Documentos todos ellos en francés y en inglés. Se indica su título en inglés: Doc. prel. N° 1: *Report on the revision of the 1961 Hague Convention on protection of minors* (abril 1994); Doc. Prel. N° 2: *Checklist of provisions which might be included in the revised Convention concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors (as regards protection of the minor's person)* (abril 1994); Doc. Prel. N° 3: *Report on the revision of the 1961 Hague Convention on protection of minors – Part Two* (mayo 1994); Doc. Prel. N° 5: *The principal issues raised by the inclusion within the scope of the revised Convention of measures directed to the protection of children's property* (enero 1995).

<sup>6</sup> Que parece no estar efectivamente en vigor mas que en las relaciones entre Bélgica y Austria (v. *Standinger/Kropholler* (1996, Vorbem. 12-13 al art. 24 EGBGB) y quizá también con Rumanía (v. *Rigaux-Fallon*, *Droit international privé*, t. II, 1993, n° 1145).

4. A pesar de las ratificaciones o adhesiones recientes de España (1987), Polonia (1993) e Italia (1995), el Convenio de 1961 sólo está en vigor entre once Estados <sup>7</sup>, todos localizados, con la excepción de Polonia y de Turquía, en la Europa continental occidental.

Así limitado geográficamente, el Convenio ha dado lugar, al menos entre los Estados contratantes más antiguos, a una abundante jurisprudencia <sup>8</sup>, lo que pone de relieve la frecuencia de la aplicación del Convenio y, por tanto, la necesidad real a que responde, así como de ciertas dificultades en su aplicación práctica o de interpretación. Algunos trabajos recientes, citados a menudo durante las discusiones de la Comisión especial y de la XVIII Sesión, han puesto de relieve algunos defectos del Convenio y ofrecen proposiciones de reforma <sup>9</sup>, de las cuales algunas han sido tomadas en cuenta.

5. Una de las principales dificultades a que ha dado lugar el Convenio de 1961 deriva de que estableció la competencia concurrente en materia de protección de menores de las autoridades de la residencia habitual del niño y de las autoridades de su nacionalidad (arta. 1 y 4), sin contar las autoridades del Estado de la presencia del niño o de la situación de los bienes (art. 8) y, en caso de conflicto, dio la preeminencia a las autoridades nacionales (art. 4, párrafo 4). Esta solución ha puesto de relieve dos tipos de inconvenientes. Por una parte, las autoridades nacionales han adoptado a veces decisiones mal aceptadas por las autoridades de la residencia habitual del menor, por hipótesis más próximas a éste y a menudo incluso mejor situadas para apreciar su situación y sus necesidades; de otra parte, en la hipótesis muy frecuente de menores binacionales, el conflicto entre las autoridades de cada uno de las autoridades cuya nacionalidad tenía el menor provocó la parálisis del Convenio <sup>10</sup>.

Otra dificultad deriva del incierto significado del artículo 3 sobre la relación de autoridad *ex lege* (norma de conflicto o norma de reconocimiento) y de la problemática articulación de la ley nacional aplicable a esta relación y de la ley de la residencia habitual aplicable en principio a las medidas de protección <sup>11</sup>. A estas críticas se añaden el mal funcionamiento de

---

<sup>7</sup> A los tres Estados citados en el texto, es preciso añadir Alemania, Austria, Francia, Holanda, Luxemburgo, Portugal, Suiza y Turquía.

<sup>8</sup> Ver las numerosas decisiones recogidas en los cuatro volúmenes aparecidas de la recopilación de la Sra. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, publicados por el Instituto Asser, de La Haya.

<sup>9</sup> Ver J. Kropholler, "Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommens", *RabelsZ* 58 (1994), pp. 1-19; S. Boelck, *Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigenschutzabkommen vom 1961*, Tübingen, 1994, y recensión de P. Lagarde, *Revue critique de Droit international privé*, 1995, p. 230.

<sup>10</sup> Ver en Francia, Civ. 1ère 16 de diciembre de 1986, *Revue critique de Droit international privé*, 1987, p. 401, nota de Lagarde; cf. P. Lagarde, "La protection du mineur double national, talon d'Achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961", en *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Mario Giuliano*, 1989, p. 529.

<sup>11</sup> La articulación es en efecto problemática cuando, por ejemplo, según la ley nacional del menor no hay o ya no hay relación *ex lege* y por tanto necesidad de medidas de protección pero, según la ley de la residencia habitual, esta relación *ex lege* subsiste y hace inútil la adopción de medidas de protección. Ver sobre este punto las críticas iniciales de Y. Lequette, formuladas de nuevo en "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales", *RCADI*, t. 246 (1994-II), 11 ss., 82 s. Ver también G.A.L. Droz, "La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 », *Journal dr. Internat.*, 1973.603, 619 s.

la cooperación entre autoridades establecido en el Convenio y la ausencia de disposición sobre la ejecución en un Estado contratante de las medidas de protección adoptadas en otro.

6. La Conferencia ha tratado de tener en cuenta estas objeciones. El nuevo Convenio, más completo que el de 1961, es también más ordenado y, esperamos, más legible. Incluye 63 artículos (frente a los 25 del Convenio de 1961) repartidos en los siete Capítulos siguientes: Ambito de aplicación del Convenio, competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución, cooperación, disposiciones generales y cláusulas finales.

El Capítulo primero (arts. 1 a 4) define el objeto del Convenio y los niños a los que se aplica, dando una enumeración ejemplificativa pero bastante completa de las medidas de protección que se incluyen en el ámbito de aplicación del Convenio y precisa las materia excluidas de su ámbito de aplicación.

El Capítulo II sobre la competencia es muy innovador en relación al Convenio de 1961. La idea general es que los Estados contratantes aceptan una limitación considerable de la competencia de sus autoridades. El nuevo Convenio ha querido suprimir en principio toda concurrencia de autoridades de Estados diferentes para adoptar medidas de protección de la persona o de los bienes del niño. Las autoridades competentes son, en principio, las del Estado de la residencia habitual del niño (art. 5), a reserva de las importantes precisiones incluidas en caso de ausencia de residencia habitual (art. 6) o de desplazamiento ilícito del niño (art. 7). Si, en ciertos casos, las autoridades de otros Estados pueden verse llamadas a intervenir en la protección del niño (arts. 8 y 9), es siempre con acuerdo o a petición de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño, al margen de los casos temporales y de urgencia o de medidas con efecto estrictamente territorial (arts. 11 y 12),. Este es el caso, en particular, de las autoridades del Estado de la nacionalidad del niño, cuya competencia ya no pueden ejercer más que bajo el control de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño, al igual que la de cualquier otro Estado con el que el niño presente un vínculo estrecho. Así se suprimen de una vez los riesgos más frecuentes relativos a la doble nacionalidad del niño. Es diferente, no obstante, en caso de divorcio de los padres del niño. El Convenio admite, en efecto, a diferencia del anteproyecto de la Comisión especial, una competencia concurrente del foro del divorcio, en condiciones bastante estrictas, para adoptar medidas de protección de la persona o de los bienes del o de los niños (art. 10).

El Capítulo III sobre la ley aplicable sigue, aunque haciéndolo más flexible, el principio del Convenio de 1961, según el cual toda autoridad que adopta una medida de protección aplica su ley interna (art. 15). También se encuentran en este Capítulo las disposiciones sobre las relaciones de autoridad *ex lege* (arts. 16 a 18). El Convenio clarifica y actualiza el concepto al hablar de la atribución o de la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental. Sobre todo, somete ésta a la ley de la residencia habitual del niño (y ya no a su ley nacional), unificando así la ley aplicable a la responsabilidad parental y a las medidas de protección. Este Capítulo trata, en fin, de resolver las consecuencia del desplazamiento del niño sobre la ley aplicable a la responsabilidad parental (conflicto móvil).

El Capítulo IV (arts. 23 a 28) proporciona una regulación detallada del reconocimiento y de la ejecución en un Estado contratante de las medidas de protección adoptadas en otro Estado contratante, que faltaba en el Convenio de 1961. Distingue claramente reconocimiento, ejecución o registro a fines de ejecución y la ejecución. Las disposiciones más originales son el artículo 23, que enumera – limitativamente – las causas de no reconocimiento y el artículo

24, que admite la admisibilidad de una acción preventiva para el reconocimiento o no reconocimiento de una medida de protección.

El Capítulo V establece un mecanismo de cooperación entre los Estados contratantes, que también faltaba en el Convenio de 1961. Tomando ejemplo de numerosos Convenios de La Haya, este mecanismo descansa en la creación en cada Estado contratante de una Autoridad central (art. 29), cuyas obligaciones y poderes se definen en los artículos 30 a 38.

El Capítulo VI (arts. 40 a 56) comporta en particular algunas disposiciones generales destinadas a facilitar la aplicación (art. 40) y el seguimiento (art. 56) del Convenio así como para proteger la confidencialidad de los datos e informaciones recogidos conforme a él (arts. 41 y 42). Precisa igualmente la aplicación del Convenio respecto a los Estados con sistemas jurídicos no unificados (arts. 46 a 49), su aplicación en el tiempo (art. 53), los conflictos de Convenios (arts. 50 a 52) y las reservas permitidas (art. 55).

El Capítulo VII (arts. 57 a 63) recoge las cláusulas finales habituales en los convenios de La Haya.

## COMENTARIO DEL CONVENIO ARTÍCULO POR ARTÍCULO

### ***Título del Convenio***

7. El título “*Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*” recoge los títulos de los cuatro principales capítulos del Convenio y no da lugar a ninguna confusión. Algunas delegaciones hubieran preferido un título más breve y más elegante, como el adoptado por la Comisión especial, “Convenio relativo a la protección de los niños”, pero esta expresión ya figuraba en el Convenio de 29 de mayo de 1993 sobre adopción y hubiera sido ambigua en tanto que podía hacer creer que el Convenio trataba de cuestiones de Derecho material.

### ***Preámbulo***

8. El preámbulo, relativamente largo para un Convenio de La Haya <sup>12</sup>, alcanza un compromiso entre las delegaciones que querían un preámbulo corto, indicando solamente el objeto del Convenio y colocándolo en el andamiaje del *Convenio de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño*, y aquellas que deseaban explicitar en el preámbulo algunos de los grandes principios que figuran en dicho Convenio, con el riesgo de crear una confusión sobre el objeto mismo del Convenio a elaborar, que es un Convenio de Derecho internacional privado y no de Derecho material.

Los tres primeros párrafos del preámbulo derivan de la primera tendencia y recuerdan el ámbito y el objeto del Convenio. El cuarto párrafo se hace eco de la segunda tendencia recordando la consideración primordial del interés superior del niño, mencionado además diversas veces en el cuerpo del Convenio. El quinto párrafo coloca al Convenio en la

---

<sup>12</sup> Ver, no obstante, el preámbulo del *Convenio de 29 de mayo de 1993 sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional*.

continuidad de los trabajos anteriores de la Conferencia de La Haya recordando que se ha vuelto necesario revisar el Convenio de 5 de octubre de 1961. El último párrafo se refiere al antes citado Convenio de Naciones Unidas relativo a los derechos del niño.

## CAPÍTULO PRIMERO – ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

### *Artículo primero (objeto del Convenio <sup>13</sup>)*

#### *Apartado primero*

9. Este párrafo describe el objeto del Convenio y constituye en cierto modo un índice de las materias de éste.

#### *Párrafo a*

10. El Convenio determina el Estado cuyas las autoridades son competentes pero no las autoridades competentes en sí mismas, que pueden ser judiciales o administrativas y hallarse en uno u otro punto del territorio de dicho Estado. En términos de conflicto de jurisdicciones, se diría que el Convenio fija la competencia internacional, no la competencia interna.

El Convenio precisa desde este primer apartado que se ocupe de la protección de la persona y de los bienes del niño. La decisión de ocuparse de los bienes del niño había sido tomada por la Comisión especial después de que ésta hubo escuchado las explicaciones de Mme. Revillard, jurista en el CRIDON de Lyon, consultada como experta de la Oficina Permanente. Ésta había mostrado, con el apoyo de numerosos casos extraídos de la práctica notarial, la utilidad de disponer de reglas precisas relativas a la designación y a los poderes del representante legal del niño para administrar los bienes del niño situado en un Estado extranjero, particularmente cuando se trata de asegurar la regulación de una sucesión a favor del niño.

La Decimoctava sesión confirmó esta decisión, pero tuvo que tener en cuenta la eventual voluntad del Estado en cuyo territorio están situados los bienes de un niño de reservar a sus autoridades la competencia para tomar las medidas sobre la totalidad o parte de esos bienes. Se ha previsto pues una reserva en este sentido en el artículo 55, que permite también a este Estado “reservarse el derecho de no reconocer una responsabilidad parental o una medida de protección que sería incompatible con una medida adoptada por sus autoridades en relación a dichos bienes”.

11. Por el contrario, el anteproyecto no contiene disposición alguna relativa a la protección de los *incapaces mayores*. La delegación suiza había presentado a la Comisión especial dos documentos que mostraban que, en el plano formal, el problema podía tratarse bien añadiendo a un convenio general sobre la protección de la persona un capítulo específico sobre los mayores, o bien bajo la forma de un convenio separado, duplicando el Convenio sobre protección de menores, con las adaptaciones necesarias. La Decimoctava sesión estimó que la cuestión de la protección de los adultos merecía un examen en profundidad y decidió

---

<sup>13</sup> Los títulos en cursiva a continuación de cada artículo comentado han sido añadidos por el relator para aumentar la legibilidad de su informe, pero no figuran en el texto del Convenio.

incluirla en el orden del día de la Decimonovena sesión <sup>14</sup>.

#### *Párrafos b y c*

12. Estos dos apartados anuncian las disposiciones del capítulo III sobre ley aplicable. Mencionando desde el primer artículo la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad parental, el Convenio indica que la regla pertinente (art. 16) será una norma de conflicto de leyes y no una simple regla de reconocimiento.

#### *Párrafos d y e*

13. Estos dos apartados son explícitos y se bastan por sí mismos. Anuncian los capítulos IV (reconocimiento y ejecución) y V (cooperación) del Convenio.

#### *Apartado 2*

14. La expresión “responsabilidad parental”, que se inspira en el Convenio relativo a los derechos del niño (art.18), ha sustituido la de “relación de autoridad” que figuraba en el Convenio de 1961.

Aunque ya utilizada por el *Convenio de La Haya de 29 de Mayo de 1993 sobre protección de niños y la cooperación en materia de adopción internacional* <sup>15</sup>, esta noción de responsabilidad parental pareció poco precisa a algunas delegaciones. También el párrafo 2 del artículo primero se esfuerza en aclarar esta noción de responsabilidad parental, dado que los debates mostraron que no era comprendida del mismo modo por todas las delegaciones. La definición dada 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, poder (*puissance*) paternal, 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 asegurar su desarrollo <sup>16</sup>, 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 concepto de poderes 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 las legislaciones nacionales, en caso de fallecimiento, de inaptitud o de indignidad de los padres, o en caso de abandono del niño por sus padres.

#### **Artículo 2** (*niños a los que se aplica el Convenio*)

15. Este artículo define los niños a los cuales se aplica el Convenio. Más que declararse aplicable a los “menores”, lo que hubiera necesitado la elaboración de una regla de conflicto especial para determinar la ley o leyes aplicables a la definición de este término <sup>17</sup>, el artículo 2 retuvo el término de “niños”, precisando directamente que “el Convenio se aplica a los

<sup>14</sup> Acta final de la Decimoctava Sesión, Parte B, 2.

<sup>15</sup> Ver artículo 26, párrafo 1, b.

<sup>16</sup> Ver *Convenio relativo a los derechos del niño*, artículo 18.

<sup>17</sup> Cf. Artículo 12 del Convenio de 1961.

niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años”.

El punto de partida es pues el nacimiento del niño y no su concepción. Tras debates de la Comisión especial, algunas delegaciones, y en particular el Notariado latino, habían deseado que el Convenio se aplicase también al niño concebido, al menos en lo que se refiere a sus bienes. El debate volvió a surgir durante la Sesión diplomática con la proposición de una delegación de suprimir la parte de la frase “a partir de su nacimiento”, para permitir a los Estados que lo hubiesen deseado aplicar el Convenio a niños simplemente concebidos. Esta proposición fue rechazada por una gran mayoría (21 contra 5 y una abstención). Declarándose así aplicable a los niños a partir de su nacimiento, el Convenio ha querido evitar sobre todo tomar posición sobre el problema ético subyacente de la legitimidad de la interrupción voluntaria del embarazo y sobre el estatuto legal internacional del embrión. Cada Estado es libre de tomar, según su derecho común, medidas de protección del niño concebido y los demás Estados son libres de reconocer tales medidas. El Convenio ha adoptado pues sobre esta cuestión sensible una posición modesta, dejando a los Estados contratantes libres de aplicar sus propias concepciones, pero rechazando imponerles la obligación de reconocer las concepciones de los otros.

16. El Convenio se aplica hasta que el niño haya alcanzado la edad de 18 años. Esto no quiere decir que el Convenio fije en 18 años la edad de la mayoría en todos los Estados contratantes mediante una regla material. El texto significa simplemente que las reglas convencionales de competencia, de conflicto de leyes, etc., se aplican a los niños hasta esa edad, aun en el caso en que, antes de esta edad, fuesen capaces según su ley personal, bien porque la edad de la mayoría sea fijada por esta ley, lo que parece muy excepcional<sup>18</sup>, bien porque, con mayor verosimilitud, hayan sido objeto de una medida de emancipación, en particular, como consecuencia de su matrimonio.

Si la autoridad competente según el Convenio constata que, según la ley que, en virtud de su Derecho internacional privado, rige la capacidad, el niño es mayor o emancipado, apreciará si una medida de protección es sin embargo apropiada. He aquí una cuestión de Derecho material que no reemplaza directamente las disposiciones del Convenio<sup>19</sup>. De igual modo, si la ley que rige la capacidad permite al niño realizar ciertos actos sin la intervención de su representante legal, como consultar un médico o comprar productos anticonceptivos, corresponderá a la autoridad requerida aplicar esta ley dentro de los límites del orden público. El Convenio no indica cuáles son las medidas a tomar en esas situaciones. Se limita a designar a la autoridad competente para tomarlas y a fijar las condiciones de reconocimiento y de ejecución de esas medidas por los otros Estados contratantes. Resulta en todo caso de estos ejemplos que el Convenio se aplicará con una cierta flexibilidad a los “niños grandes”, más aun cuando tienen el derecho a ser escuchados en todo proceso judicial o administrativo que les afecte ( art. 12, párrafo 2, CDE y art.23, párrafo 2 *b*, del Convenio, v. *infra*).

El Convenio deja de aplicarse cuando el niño alcance la edad de 18 años. Puede, por tanto ocurrir que necesite protección después de esa edad, sea porque no haya alcanzado la mayoría de edad según la ley reguladora de su capacidad, sea porque su estado de salud requiera una medida de protección. En ausencia de un Convenio sobre la protección de los adultos, corresponderá a cada Estado garantizar esta protección según su Derecho nacional.

<sup>18</sup> El *Convenio relativo a los derechos del niño* considera esta eventualidad en su artículo primero.

<sup>19</sup> Ver *infra*, n° 30, al art. 4, letra d).

Desde luego, la confidencialidad, impuesta por los artículos 41 y 42 del Convenio, de los datos e informaciones recopiladas en aplicación del Convenio debe continuar asegurándose después de que el niño haya alcanzado la edad de 18 años.

17. A diferencia del Convenio de 1961, cuyo artículo 13 lo declara aplicable a todos los menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes, el nuevo Convenio no contiene disposición alguna limitando en el plano geográfico los niños a los cuales se aplicará. Tras largas discusiones, se impuso la evidencia de que el ámbito geográfico del Convenio variaba en relación a cada una de sus disposiciones. Cuando una norma del Convenio da competencia a las autoridades de la residencia de un niño, se aplica a todos los niños que tengan su residencia en un Estado contratante. Cuando una regla del Convenio introduce una regla de conflicto de leyes relativa a la responsabilidad parental, introduce una regla de conflicto universal, como en todos los Convenios de La Haya recientes en materia de conflicto de leyes, aplicable a todos los niños, cualquiera que sea su nacionalidad y cualquiera que sea su residencia.

### **Artículo 3** (*enumeración de las medidas de protección*)

18. El Convenio de 1961 utiliza el término medidas de protección sin definirlo. Las delegaciones de los Estados no parte en este Convenio desearon, sino una definición, al menos una enumeración de las materias a que se refieren estas medidas. Dado que éstas varían con cada legislación, la enumeración dada en este artículo no podía ser más que a modo de ejemplo. Se esfuerza sin embargo en cubrir un campo muy amplio y algunos de sus elementos pueden superponerse, lo que importa poco ya que el régimen al cual están todos sometidos es el mismo.

#### *Apartado a*

19. Precisando que las medidas pueden referirse a la atribución, el ejercicio, la retirada total o parcial y la delegación de la responsabilidad parental, el texto parece haber cubierto bien todas las situaciones que pueden afectar a esta responsabilidad.

#### *Apartado b*

20. El derecho de guarda y el derecho de visita son la encrucijada frecuente de las disputas entre los padres en los que la pareja se separa. El apartado *b*, para explicar estas expresiones que no siempre son comprendidas del mismo modo en todas las legislaciones, retoma las formulaciones que se encuentran en el artículo 5 del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños*. La noción misma de “derecho” de los padres en materia de guarda o de visita ha sido impugnada en el nuevo contexto de la responsabilidad parental instaurado por el *Convenio relativo a los derechos del niño*. El término, sin embargo, se ha conservado a la vez por comodidad y por tener en cuenta legislaciones todavía numerosas que continúan concibiendo la responsabilidad parental como una relación de autoridad.

Algunas delegaciones anglófonas, aparte del Reino Unido, observaron que los términos *custody* y *access* eran reemplazados en sus legislaciones por expresiones diferentes: *residence order* por *custody*, *contact* e incluso *visitation* por *access*. El Convenio no puede

pretender utilizar un término que convenga a las particularidades lingüísticas de todos los Estados representados. Lo que cuenta es el sentido que los Estados contratantes han querido dar a las palabras utilizadas y todas las delegaciones estuvieron de acuerdo para entender que los términos *access* o “derecho de visita” engloban los contactos a distancia que un progenitor es autorizado a tener con su hijo por correspondencia, teléfono o fax.

#### *Apartado c*

21. Las medidas de protección pueden versar sobre la tutela, la curatela u otras instituciones análogas. Se trata aquí de regímenes de protección (representación en el caso de la tutela, asistencia en el caso de la curatela) que se establecen en favor de los niños generalmente cuando sus padres han fallecido o no tienen derecho de representar al niño <sup>20</sup>.

#### *Apartado d*

22. Los términos empleados son muy amplios. La “persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo” puede ser un tutor o una persona en que se ha delegado la responsabilidad parental, como lo prevén los apartados precedentes, pero también un tutor *ad hoc* designado para representar al niño en un proceso en caso de conflicto de intereses con el representante legal, o incluso un establecimiento escolar o un responsable de colonias de vacaciones llamado a tomar decisiones médicas en ausencia del representante legal, etc.

#### *Apartado e*

23. Las medidas de colocación de un niño en una familia de recepción o en un establecimiento son un poco los prototipos de las medidas de protección y están evidentemente cubiertas por el Convenio, salvo exclusión expresa, como la colocación preparatoria a la adopción o la colocación posterior a una infracción penal cometida por el niño (art. 4, *b* y *i*, v. *infra*).

El apartado *e* menciona en particular “su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga”. La delegación marroquí proporcionó a la Comisión especial una nota detallada sobre la institución del Derecho musulmán que es la *kafala* <sup>21</sup> y se presentó un nuevo documento (Doc. Trab. No.10) en el transcurso de la Sesión diplomática describiendo el procedimiento de *kafala* establecido por la ley marroquí del 10 de Septiembre de 1993. De ello resulta que el niño necesitado de protección puede ser confiado, bien por decisión del juez de tutelas, bien por una comisión administrativa, a una institución pública o social, o a una familia musulmana que se ocupará de la persona (alojamiento, desarrollo, educación) y si ha lugar de los bienes del niño y que, llegado el caso, recibirá delegación de la tutela sobre el niño. La *kafala* no es una adopción, prohibida por el derecho islámico, y no produce efecto alguno en cuanto a la filiación. El niño que se beneficia de la medida no se convierte en miembro de la familia del *kafil* y es la razón por la cual la *kafala* no queda cubierta por el Convenio sobre adopción de 29 de mayo de 1993. Pero es indiscutiblemente una medida de

<sup>20</sup> Ver, por ej., el art. 390 del Código civil francés, n° 1773 BGB.

<sup>21</sup> La *kafala* está también mencionada en el *Convenio relativo a los derechos del niño* como protección de sustitución (art. 20, apartado 3). La delegación marroquí hizo observar que la transcripción del término árabe debía hacerse sin h final.

protección que, bajo este título, debe entrar en el campo de aplicación de un convenio sobre la protección de los niños.

#### *Apartado f*

24. Este apartado fue introducido como consecuencia de la petición de la delegación australiana para cubrir las hipótesis en las que un niño ha sido dejado a la guarda de uno de sus progenitores o de sus dos progenitores, o de toda otra persona, pero bajo la reserva de la supervisión de una autoridad pública, cuyas condiciones pueden haber sido fijadas por una “medida” en el sentido del Convenio.

#### *Apartado g*

25. Las medidas de protección pueden tratar de “la administración, conservación o disposición de los bienes del niño“. Esta formulación tan amplia engloba todas las operaciones que interesen a los bienes de los menores, comprendidas las adquisiciones, consideradas como colocaciones o actos de disposición de los bienes cedidos en contrapartida a la adquisición.

#### **Artículo 4** (*materias excluidas del ámbito del Convenio*)

26. Este artículo enumera ciertas materias o cuestiones que están excluidas del ámbito del Convenio. Esta enumeración es limitativa. Toda regla o toda medida tendente a la protección de la persona o de los bienes de un niño y que no está excluida por el artículo 3 entra dentro del ámbito de aplicación del Convenio<sup>22</sup>. A la inversa, como se indicó anteriormente, la enumeración de las medidas de protección hecha por el artículo 3 (que contiene el adverbio “particularmente”) no es limitada. Así, la combinación de los artículos 3 y 4 no conlleva el riesgo de dejar subsistir lagunas.

Las exclusiones contenidas en el artículo 4 tienen justificaciones distintas las unas de las otras. Para la filiación por ejemplo, no se puede decir que su establecimiento o su impugnación sean en sí mismas protectoras del niño. Lo mismo ocurre con el nombre, las sucesiones o igualmente con la emancipación. Además, las reglas del Convenio, en particular, la no disociación del principio del *forum* y del *jus*, no serían convenientes. Para la adopción y para la obligación alimenticia es necesario sobre todo evitar conflictos entre convenios. Para las otras exclusiones, que afectan al derecho público, no ha parecido posible imponer a los Estados contratantes una limitación convencional de su competencia en las materias que afectan a intereses esenciales (derecho penal, inmigración).

#### *Apartado a*

---

<sup>22</sup> Será necesario también asegurarse de que la materia afecta específicamente a la protección del niño. Ello no ocurre, por ejemplo, en relación a la nacionalidad del niño o en relación a la indemnización dada a un niño en aplicación de normas de responsabilidad civil. Algunas delegaciones habían propuesto una exclusión expresa de estas cuestiones, sea general (Doc. trab. N° 52, *ad art.* 4), sea material por material (Doc. Trab. N° 59), pero sin éxito ya que la exclusión se hacía por sí misma. Además, una exclusión expresa hubiera podido suscitar problemas de interpretación. Por ejemplo, la exclusión de la responsabilidad civil ¿hubiera cubierto la responsabilidad civil en que hubiera incurrido el tutor en relación al menor por apropiación de los bienes de este último?

27. La exclusión sólo afecta al establecimiento y a la impugnación de la filiación, para las cuales no hay una razón decisiva para renunciar a la competencia jurisdiccional de Derecho común fundada más a menudo sobre el domicilio del demandado a favor de las autoridades de la residencia habitual del niño.

La exclusión se extiende a la cuestión de saber si las partes en la relación de filiación deben obtener el consentimiento de su representante legal, puesto que se trata de una cuestión de filiación. Así, depende de la ley personal, determinada por el Derecho internacional privado de la autoridad requerida y no por el Convenio, el establecer si el menor que quiere reconocer un hijo natural debe o no ser autorizado por su representante legal, si el niño objeto de este reconocimiento debe consentir al reconocimiento y debe ser representado a tal fin por debajo de una determinada edad, si debe designarse un tutor *ad hoc* para representar o asistir al niño en un proceso de filiación, o incluso si la madre menor de un hijo debe ella misma ser representada en los actos o instancias concernientes al estatuto de su hijo.

Pero, en todas esas situaciones, la cuestión de saber quien es el representante legal de la persona a quien se refiere y si, por ejemplo, su designación resulta de pleno derecho de la ley o necesita de la intervención de una autoridad, depende del Convenio.

#### *Apartado b*

28. La exclusión de la adopción, que ha sido objeto del reciente Convenio de 29 de mayo de 1993, era evidente. Está formulada de manera amplia y, para evitar todo malentendido, el texto precisa que se extiende a la anulación y a la revocación de la adopción, incluso si la revocación se decidiera para la protección del niño.

La exclusión se extiende también a las medidas que preparan la adopción, y especialmente a la colocación en vistas a la adopción. La Comisión especial, sensible al hecho de que la colocación es en sí misma una medida de protección que a menudo subsistirá aún en los casos en que la adopción no fuese pronunciada, había previsto que esta medida debería al menos ser reconocida en los otros Estados contratantes si ésta hubiese sido tomada por una autoridad competente según el capítulo II del Convenio, de hecho lo más frecuentemente por las del Estado de la residencia habitual del niño. La solución, que tenía su lógica, corría el riesgo sin embargo de ser de aplicación difícil y la exclusión completa de las medidas preparatorias a la adopción fue adoptada por la Conferencia en un deseo de claridad y de simplicidad.

#### *Apartado c*

29. La exclusión de nombre y apellidos del niño parecía evidente, ya que estas materias no afectan a la protección del niño. Su mención expresa en la lista de exclusiones fue decidida en un deseo de clarificación, para evitar problemas de calificación debido a la creciente complejidad de algunas legislaciones en materia de nombre.

#### *Apartado d*

30. La emancipación es la institución que tiene por objeto liberar a un menor de la autoridad parental, sustraerle la protección que se ejercía sobre él, bien a petición de los padres, bien de pleno derecho por efecto del matrimonio. Es en cierta medida lo contrario a

una medida de protección y su exclusión del ámbito del Convenio se justifica por esta razón. A la emancipación se equipara, aunque no está expresamente mencionado en el texto, la declaración de mayoría, por la cual una madre menor es declarada mayor por sentencia con el fin de que ella misma pueda ejercer la responsabilidad parental respecto a su hijo.

La Conferencia rechazó, por el contrario, una proposición para excluir expresamente del ámbito del Convenio la capacidad. No ha querido someter a las reglas del Convenio la determinación de la capacidad de una persona menor de 18 años. Si, por ejemplo, el tribunal de un Estado contratante, en relación a la validez de un contrato realizado sin autorización por un menor de 18 años, debe pronunciarse sobre la capacidad de este menor, decidirá esta cuestión de capacidad sin referencia al Convenio <sup>23</sup>. Pero la capacidad puede entrar indirectamente en el ámbito del Convenio en tanto que pueda plantearse como cuestión previa a una cuestión principal incluida en el ámbito del Convenio, como una cuestión de representación legal o de adopción de una medida de protección. Esta cuestión previa de capacidad será decidida según las reglas de derecho internacional privado del Estado de la autoridad requerida, pero la decisión tomada por esta autoridad sobre la cuestión principal, entrando por hipótesis en el ámbito del Convenio, se beneficiará de las reglas de éste y en particular del régimen de reconocimiento y ejecución que prevé.

#### *Apartado e*

31. Los dos Convenios de La Haya de 2 de octubre de 1973, que reemplazan poco a poco a los de 24 de octubre de 1956 y del 15 de abril de 1958, regulan la ley aplicable a las obligaciones alimenticias así como el reconocimiento y la ejecución de las decisiones relativas a los mismos. Además, los Convenios de Bruselas y Lugano regulan, entre Estados de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Cambio, la competencia directa en materia de obligaciones alimenticias y también el reconocimiento y la ejecución. El nuevo Convenio habría sido pues inútil en estos puntos. La exclusión de las obligaciones alimenticias se imponía.

#### *Apartado f*

32. La exclusión de los *trusts* se comprende por el deseo de evitar que el Convenio invada el régimen de la propiedad y más en general, el estatuto real <sup>24</sup>. Se observó, por otro lado, que la constitución de un *trust* que afecte a los bienes de un niño no es necesariamente una medida de protección de éste y que las cuestiones de derecho internacional privado relativas al *trust* fueron objeto de un Convenio específico <sup>25</sup>. Concretamente, la exclusión de los *trusts* tendrá como consecuencias, por ejemplo, que en el caso en que el *trustee* falleciera y en que el acto constitutivo no hubiese previsto su reemplazo, el nombramiento por la autoridad judicial de otro *trustee* no podría ser considerado como una medida de protección incluida en el ámbito del Convenio.

La exclusión de las sucesiones, decidida siguiendo una propuesta de las delegaciones del Reino Unido y de Canadá, planteó más dificultades, debidas por otro lado a la dificultad, aparecida durante la negociación del *Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 relativo a*

<sup>23</sup> V. *supra*, N° 16, en relación al artículo 2 y *infra*, N° 101, en relación al artículo 16, apartado 1.

<sup>24</sup> Por las mismas razones, la posibilidad de reserva prevista en el art. 55, *infra*, N° 181.

<sup>25</sup> *Convenio de La Haya de 1° de julio de 1985 sobre ley aplicable al trust y a su reconocimiento.*

*la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte*, de determinar el ámbito de la ley sucesoria.

Algunas delegaciones habrían deseado limitar la exclusión a la administración de las sucesiones, conforme a una propuesta realizada por la Unión internacional del Notariado latino (Doc. Trab. No 41). Tal exclusión se entendía perfectamente. En efecto, en los casos en que la sucesión estuviese sometida a la ley de un Estado en que se transfiera la sucesión a un *personal representative* encargado de pagar el pasivo y remitir el saldo a los herederos, pero en que la residencia habitual del menor heredero estuviese situada en un Estado cuya ley previese que la sucesión fuese administrada por el mismo heredero, representado en caso de incapacidad por su representante legal, la no exclusión de la administración conduciría indefectiblemente a un conflicto entre el *personal representative* y el representante legal del niño heredero.

Por una débil mayoría (12 votos contra 11 y 7 abstenciones) la Conferencia decidió ir más lejos y excluir del Convenio las sucesiones en su conjunto, y no sólo su administración. Esto significa, por ejemplo, que si la ley sucesoria decide que un heredero menor no puede aceptar una sucesión sino a través de ciertas medidas de protección, en razón de los peligros que una obligación en el pasivo podría hacerle encontrar, el Convenio no se aplicará a estas medidas de protección. 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.

#### *Apartado g*

33. La exclusión de la seguridad social se explica por el hecho de que las prestaciones son realizadas por organismos, cuya determinación depende de las conexiones concretas teniendo en cuenta el lugar de trabajo o la residencia habitual de los asegurados sociales, que no corresponde necesariamente a la de los niños, simples derechohabientes. Las reglas del Convenio habrían estado pues poco adaptadas a esta situación.

#### *Apartado h*

34. El conjunto constituido por la educación y la sanidad no es lo que está excluido del Convenio, sino solamente, dentro de este conjunto, las medidas públicas de carácter general, como aquellas que imponen la escolaridad o la vacunación obligatorias. La 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.

#### *Apartado i*

35. El Convenio debe de ocuparse de la protección de la infancia y no del Derecho penal de la infancia. La línea divisoria es en este punto difícil de trazar. El Convenio renunció a establecer una distinción entre medidas de carácter represivo y medidas de carácter educativo. Tal distinción habría dado lugar a delicados problemas de calificación. Por otro lado, en caso de comportamiento de un niño objetivamente reprobable en el plano penal (por ej. asesinato, violación, ataque a mano armada), habría sido inoportuno que el Estado del lugar de la infracción pudiese ejercer su poder de represión, conforme al Derecho común, pero no pudiera, si lo estimase más apropiado, tomar una medida de colocación en una

institución especializada, a falta de ser competente en virtud del Convenio para tomar medidas de protección del niño. La exclusión del ámbito del Convenio de las “medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños” muestra la voluntad de la Conferencia de no establecer limitación alguna a la competencia de los Estados contratantes para reaccionar, a través de las medidas que juzguen apropiadas, sean punitivas o educativas, a las infracciones cometidas por los niños.

La expresión “como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños” no implica que, en un caso particular, el niño pueda ser objeto de diligencias penales. Puede ser que su joven edad lo ponga a disposición de tales diligencias. Es necesario y suficiente, para que se dé la exclusión, que el acto de este niño sea un acto tipificado por la ley penal puesto que es cometido por una persona cualquiera. Por el contrario, los comportamientos desviados pero no tipificados penalmente, como una fuga, un rechazo a frecuentar la escuela o la pertenencia a una banda, revelan un estado de crisis en el niño y deben ser indudablemente cubiertos por el Convenio. La Conferencia no adoptó una proposición japonesa (Doc. Trab. No 31) que pretendía ampliar la exclusión a la “delincuencia juvenil”, entendida como comportamientos limítrofes pero sin llegar a la delincuencia.

#### *Apartado j*

36. Este último apartado del artículo 4 excluye del Convenio las “decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración”, ya que se trata de decisiones que resultan del poder soberano de los Estados. Sólo están excluidas las decisiones en estas materias, es decir, la concesión de asilo o del permiso de residencia. La protección y la representación de los niños solicitantes de asilo o de permisos de residencia entran por el contrario en el ámbito del Convenio.

## CÁPITULO II - COMPETENCIA

37. Como ya ha sido indicado, la Conferencia, aprovechando las lecciones de la dificultad de aplicación del Convenio de 1961, quiso centralizar la competencia en las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño y evitar en la medida de lo posible toda concurrencia de otras autoridades igualmente competentes (art.5), salvo adaptar el foro de la residencia habitual a las situaciones de cambio (art. 5, párrafo 2, y art. 7 y 14) o de ausencia de residencia habitual (art.6). La competencia de autoridades distintas a aquella del Estado de la residencia habitual tendrá en principio que haber sido pedida o autorizada por las autoridades de este Estado, si parece que estas otras autoridades estarían en posición de apreciar mejor en un caso particular el interés superior del niño (art. 8 y 9). Y si, en algunos casos de urgencia o de necesidad de medidas provisionales de efecto local, puede ejercerse una competencia local a título autónomo, cuyo ejercicio queda limitado por las medidas tomadas o a tomar por la autoridad normalmente competente (art. 11 y 12). La única excepción verdadera al principio de concentración de competencias está constituido por el foro del divorcio que, en condiciones bastante estrictas, puede ser llamado a tomar medidas de protección del niño (art. 10), lo que condujo a la Conferencia a prever una manera de solucionar eventuales conflictos de competencias (art. 13).

### **Artículo 5** (*competencia de las autoridades de la residencia habitual del niño*)

38. En el párrafo primer de este artículo se confía a las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño la competencia principal para tomar las medidas de protección de la persona y de los bienes de éste y precisa en su párrafo 2 que, bajo reserva del artículo 7 (desplazamiento o no retorno ilícito) del niño, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la competencia pasa a las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual. La cuestión del seguimiento de las medidas tomadas en el primer Estado está regulado en el artículo 14 (vid. *infra*).

39. El artículo 5 supone que el niño tiene su residencia habitual en un Estado contratante. En el caso contrario, el artículo 5 no es aplicable y las autoridades de los Estados contratantes no son competentes en virtud del Convenio más que sobre la base de otras disposiciones de éste (art. 11 y 12). Pero nada les impide declararse competentes, fuera del Convenio, sobre la base de las reglas de Derecho internacional privado del Estado de las cuales dependen.

#### *Apartado 1*

40. Este párrafo recoge al pie de la letra el texto del artículo primero del Convenio del 5 de octubre de 1961. La competencia de principio de las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño fue de hecho unánimemente admitida.

La discusión se refirió solamente a la oportunidad de incluir en el texto del Convenio una disposición definiendo, en este sentido, la noción de residencia habitual. Una definición positiva fue propuesta por la Unión Internacional del Notariado Latino (Doc. Trab. No 41), pero iba en contra de la tradición de la Conferencia y no recibió apoyo alguno. Habría, en efecto, corrido el riesgo de perturbar la interpretación de otros Convenios que utilizaban la misma noción. La Conferencia discutió más ampliamente una propuesta americana (Doc. Trab. No 6) que definía situaciones que se consideraba que no constituían un cambio de la residencia habitual. La propuesta fue rechazada en tanto pretendía modificar el texto del Convenio pero los debates mostraron que algunos elementos de ésta contaban con el apoyo de la Conferencia. Fue igualmente admitido que la ausencia temporal del niño del lugar de su residencia habitual por razón de vacaciones, de permanencia escolar o de ejercicio del derecho de visita, por ejemplo, no modificaba en principio la residencia habitual del niño. Estas consideraciones valen igualmente para la interpretación del párrafo 2 del artículo 5.

#### *Apartado 2*

41. La Conferencia igualmente admitió unánimemente el principio según el cual, salvo desplazamiento ilícito, el cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante tenía como efecto en lo sucesivo hacer competentes a las autoridades de este otro Estado. El cambio de residencia habitual implica a su vez la pérdida de la antigua residencia habitual y la adquisición de una nueva residencia habitual. Puede ser que exista un cierto periodo de tiempo entre estos dos elementos, pero la adquisición de esta nueva residencia habitual puede ser igualmente instantánea en el supuesto simple de mudanza de una familia de un país a otro. He aquí pues una cuestión de hecho que corresponderá apreciar a las autoridades llamadas a resolver y es por ello que la Conferencia rechazó la idea de cuantificar el periodo de tiempo que sería necesario para la adquisición de una nueva residencia habitual. Solamente en los supuestos de desplazamiento ilícito (art. 7) o de desplazamiento debido a desórdenes en el Estado de la residencia habitual del niño (art. 6) parecieron necesaria reglas específicas.

El cambio de residencia habitual priva a las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual de su competencia para tomar medidas de protección del niño. La Conferencia rechazó una propuesta de la delegación americana (Doc. Trab. No 25) según la cual las autoridades de la antigua residencia habitual del niño, que hubieran tomado, antes de la marcha del niño, una medida relativa al derecho de guarda o de visita, conservasen una competencia exclusiva sobre estos puntos tras la marcha del niño durante un periodo de dos años, si al menos uno de los progenitores continuase residiendo en este Estado y manteniendo una relación continuada con el niño. Esta propuesta se apoyaba en el temor de ver a las autoridades de la nueva residencia habitual, supuestamente más favorables al otro progenitor, inmediatamente cuestionasen las medidas que acababan de tomarse por las autoridades de la residencia habitual precedente. Esta propuesta habría comportado la existencia de competencias compartidas difícilmente practicable entre las autoridades de la primera residencia habitual para el derecho de guarda y de visita y las autoridades de la nueva residencia para los otros aspectos de la responsabilidad parental. Pareció que las preocupaciones que se encuentran en la base de esta propuesta podrían encontrar una solución en los mecanismos de cooperación previstos en el capítulo V del Convenio <sup>26</sup>.

42. Cuando el cambio de residencia habitual del niño de un Estado a otro se produce en un momento en el que las autoridades de la primera residencia habitual son requeridas para la adopción de una medida de protección, la cuestión es saber si estas autoridades conservan su competencia para tomar esta medida (*perpetuatio fori*) o si el cambio de residencia habitual les priva *ipso facto* de esta competencia y les obliga a declararse incompetentes. La Conferencia rechazó por una fuerte mayoría <sup>27</sup> una propuesta <sup>28</sup> de las delegaciones australiana, irlandesa británica y americana favorable a la *perpetuatio fori*. Algunas delegaciones motivaron su voto negativo por su hostilidad al mismo principio de la *perpetuatio fori* en la materia y por el deseo de que la competencia cambie automáticamente en caso de cambio de residencia habitual, otras delegaciones creyeron más simple que el Convenio no dijese nada sobre este tema y dejar al Derecho procesal la decisión sobre la *perpetuatio fori*. La primera opinión parece la más exacta en el caso de cambio de residencia habitual de un Estado contratante a otro Estado contratante. En efecto, no es aceptable que en tal situación que se sitúa por completo en el interior del ámbito del Convenio, la determinación de la competencia se deje al Derecho de cada uno de los Estados contratantes. Es además esta solución la que prevalece actualmente para la interpretación del Convenio del 5 de octubre de 1961 <sup>29</sup>.

Por el contrario, en caso de cambio de residencia habitual de un Estado a otro Estado no

<sup>26</sup> La Conferencia ha rechazado igualmente una propuesta del Servicio Social Internacional (Doc. trab. N° 21) presentado durante la discusión del artículo 14 (art. 10 del anteproyecto) que hubiera permitido, en caso de cambio de la residencia habitual o, más en general, en caso de cambio de las circunstancias, que las autoridades competentes antes del cambio pudiesen poner fin a las medidas de protección si lo estimasen necesario.

<sup>27</sup> 19 votos contra 7 y 4 abstenciones.

<sup>28</sup> Doc. trab.n° 128 y discusión en *Minutes*, N° 22, números 65-75. La *perpetuatio fori* había sido, por el contrario, expresamente mencionada en el artículo 7 del *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a las obligaciones alimenticias*.

<sup>29</sup> V. muy claro en este sentido Saudinger/Kropholler (1994) Vorbem. 146-149 zu Article 19 EGBGB, así como las decisiones reseñadas por Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, t. 3, p. 95 y ss.; v. igualmente, al menos implícitamente, Droz, "La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961", *Journal dr. Internat.*, 1973.603, n° 39; Bucher, *Droit international privé suisse*, II, 1992, N° 869.

contratante, el artículo 5 deja de ser aplicable a partir del cambio de residencia y nada se opone a que la autoridad del Estado contratante de la primera residencia habitual conserve su competencia en virtud de su Derecho procesal, pero sin que los otros Estados contratantes estén obligados por el Convenio a reconocer las medidas que serán tomadas por esta autoridad<sup>30</sup>.

43. Este cambio de competencia de autoridades en caso de cambio de residencia habitual del niño plantea el riesgo de que la autoridad nuevamente competente tome rápidamente una medida que anule a aquella tomada poco antes por la autoridad anteriormente competente<sup>31</sup>. Por supuesto, la medida tomada en el Estado de la antigua residencia habitual debe ser reconocida en el Estado de la nueva residencia habitual (art. 23, v. *infra*) y permanece en vigor en tanto no haya sido reemplazada o modificada (art. 14, v. *infra*), pero este mantenimiento en vigor sería ilusorio si la medida fuese demasiado fácilmente modificada o reemplazada. Una propuesta conjunta de las delegaciones alemana y holandesa (Doc. Trab. No 93) habría querido precisar que “el cambio de residencia habitual no es en sí un cambio de circunstancia que justifique una modificación de las medidas de protección tomadas en un Estado contratante”. La propuesta no fue adoptada, ya que la Conferencia no quiso atar las manos de la autoridad competente que debe conservar un completo poder de apreciación. Por lo demás, el riesgo temido por los autores de la propuesta existe igualmente en los Derechos internos.

#### **Artículo 6** (*niños refugiados, desplazados o sin residencia habitual*)

##### *Apartado 1*

44. Este párrafo afecta a “los niños refugiados y a los niños que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados”. Esta perífrasis recoge los términos de una Recomendación adoptada por una Comisión especial de la Conferencia de La Haya el 21 de octubre de 1994, relativa a la aplicación a estos niños del Convenio sobre adopción del 29 de mayo de 1993. La categoría de niños aquí considerada está limitada a aquellos que se fueron de su país por las condiciones que allí reinaban, y que a menudo no están acompañados y en todo caso privados temporal o definitivamente de sus padres. No afecta a otros niños internacionalmente desplazados, como los niños fugados o abandonados, para los cuales las otras disposiciones del Convenio deben permitir encontrar una solución (v. *infra*, art.31 c).

Los niños a los que se refiere este párrafo a menudo tienen necesidad, aparte de las situaciones de urgencia, de que sea organizada su protección de forma duradera. En efecto, pueden, por ejemplo, necesitar pedir el asilo o a ser objeto de una petición de adopción. Es necesario entonces designar un representante legal y la competencia normal atribuida por el Convenio a las autoridades del Estado de su residencia habitual es aquí inoperante, ya que estos niños por supuesto han roto toda relación con el Estado de su residencia habitual anterior y la precariedad de su estancia en el Estado donde han encontrado provisionalmente

<sup>30</sup> En este sentido, ver también Staudinger/Kropholler (1994) Vorbem. 150 zu Article 19 EGBGB; Sumampau, *op. y loc. cit.*

<sup>31</sup> El mismo riesgo, agravado, puede producirse en caso de divorcio. La autoridad de la residencia habitual del niño puede verse llamada a entender de una demanda para modificar la medida tomada por el juez del divorcio inmediatamente después de terminar el procedimiento de divorcio.

refugio no permite considerar que han adquirido una residencia habitual. La Conferencia descartó la solución consistente en someter estas situaciones al foro de urgencia, o incluso ampliar la competencia basada en la urgencia para cubrir dichas circunstancias. Consideró que tal solución habría debilitado el Convenio creando una incitación a utilizar el foro de la urgencia en todas las circunstancias. Prefirió casi por unanimidad atribuir en estas situaciones a las autoridades del Estado sobre el territorio del cual están presentes estos niños la competencia general atribuida normalmente a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño.

### *Apartado 2*

45. Este apartado extiende la solución del párrafo primero (competencia general del foro de la presencia del niño refugiado o desplazado) “a los niños cuya residencia habitual no puede determinarse”. El foro de la presencia juega aquí el papel de un foro de necesidad. Su competencia deberá cesar cuando se haya establecido que el niño tiene una residencia habitual en alguna parte. Si esta residencia habitual es sobre el territorio de un Estado contratante, las autoridades de este Estado serán en lo sucesivo competentes. Si está situada en un Estado no contratante, las autoridades del Estado sobre el territorio del cual este niño está presente no tendrán más que la competencia limitada que le dan los artículos 11 y 12 (v. *infra*).

El texto no precisa si el foro del Estado contratante sobre el territorio del cual el niño sin residencia habitual está presente debe conservar la competencia que le atribuye el artículo 6, párrafo 2, cuando las medidas de protección del niño han sido tomadas en un Estado no contratante, por ejemplo en el Estado nacional del niño. Parece razonable pensar que el Convenio no limita la competencia del foro de la presencia, pero que le deja libre de apreciar según su derecho si debe reconocer y dar efecto a las medidas tomadas en este tercer Estado.

### **Artículo 7** (*desplazamiento o retención ilícita del niño*)

46. La Comisión especial no se había podido poner de acuerdo sobre un texto determinando la competencia en el caso de un desplazamiento ilícito o de un no retorno del niño en el sentido del artículo 3 del *Convenio de La Haya del 25 de Octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños*. La Conferencia diplomática tras largos debates pudo llegar al acuerdo.

La idea subyacente es que el autor del desplazamiento ilícito no se debe poder prevaler de este acto para modificar en su beneficio la competencia de las autoridades llamadas a tomar medidas de protección de la persona o igualmente de los bienes del niño. Pero, por otro lado, el desplazamiento ilícito, si perdura, es un hecho que no se puede ignorar, hasta el punto de privar a las autoridades del nuevo Estado, que se ha convertido en la nueva residencia habitual del niño, de esta competencia de protección. La dificultad consistía pues en determinar el momento a partir del cual la competencia pasaría de las autoridades del Estado de donde el niño ha sido ilícitamente sustraído a las del país donde ha sido conducido o retenido.

Esta dificultad está parcialmente resuelta, al menos para lo relativo al derecho de guarda, a través del artículo 16 del Convenio de La Haya antes citado de 25 de octubre de 1980, según los términos del cual, después de haber sido informadas del desplazamiento o del no retorno

ilícito de un niño, “las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio”. Una disposición del Convenio consagrando la primacía del Convenio de 1980 hubiera solucionado el problema en relación al derecho de guarda, pero solamente en las relaciones entre Estados contratantes en el futuro Convenio y Estados partes del Convenio del 25 de octubre de 1980 (v. en este sentido el art. 50, *infra*). Una disposición específica general era sin embargo necesaria para resolver esta cuestión de manera uniforme con respecto a todos los Estados contratantes que fuesen o no parte en el Convenio de 25 de octubre de 1980. Es lo que pretende el artículo 7.

#### *Apartado 1*

47. El párrafo primero mantiene la competencia de las autoridades del Estado Contratante en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes a su desplazamiento o retención ilícita hasta el momento en que el niño ha adquirido una residencia habitual en otro Estado y que se cumplan algunas otras condiciones. Manteniendo esta competencia, el texto no presume que el niño conservó, más o menos ficticiamente, su residencia habitual en el Estado de donde fue ilícitamente desplazado, sino que acepta por el contrario la eventualidad de una pérdida de residencia habitual en este Estado, pero quiere evitar que durante el periodo de vacío entre la pérdida de la antigua y la adquisición de la nueva residencia habitual, la competencia pase a las autoridades del Estado en cuyo territorio el niño estaría simplemente presente, conforme al artículo 6, párrafo 2 (v. *supra*). En este periodo de inestabilidad para el niño, es, en efecto, deseable evitar cambios demasiado frecuentes de competencia.

No es suficiente por otra parte, para que las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual del niño pierdan su competencia, que el niño haya adquirido una residencia habitual en otro Estado. Aún deben cumplirse otras condiciones, que el Convenio presenta de modo alternativo, siguiendo lo más cerca posible las condiciones establecidas por el Convenio del 25 de octubre de 1980.

48. a) La primera posibilidad de esta alternativa es que “toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención” ( art.7, párrafo 1 a). Siendo así, y si como ha sido indicado anteriormente, el niño ha adquirido una residencia habitual en otro Estado, las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual pierden la competencia que tenían en virtud del artículo 5.

Esta es una de las circunstancias previstas en el artículo 13 del Convenio del 25 de octubre de 1980 para autorizar al Estado requerido a no ordenar el retorno del niño y al mismo tiempo para permitirle regular el fondo del derecho de guarda (art. 16, antes citado, del mismo Convenio). Es necesario señalar que en el nuevo Convenio es la conformidad al desplazamiento ilícito la que ocasiona, si se añade a las otras condiciones requeridas, la desaparición de la competencia de las autoridades de la antigua residencia habitual del niño, y no la decisión de las autoridades del Estado al cual el niño ha sido desplazado el rechazar el retorno. La Conferencia siguió las observaciones de la delegación americana sobre este punto y quiso evitar que la competencia para tomar medidas de protección del niño pueda depender

de forma alguna de una decisión de las autoridades del Estado al cual el niño ha sido desplazado, incluso si esta decisión se basara en el grave riesgo de que el retorno del niño lo expondría a un peligro físico o psíquico (art. 13 *b* Conv. 1980).

La redacción adoptada (“toda persona...”) implica que en el supuesto de guarda conjunta o alterna, todos los titulares del derecho de guarda deben haber dado su conformidad al desplazamiento o al no retorno. Este derecho de guarda es aquel que ha sido atribuido “con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención” (art. 7, párrafo 2 *a*).

Algunas delegaciones insistieron durante la discusión, sin encontrar oposición, en que sólo fuese tomado en consideración el consentimiento lícito, y no aquel que cubriría un tráfico de niños al cual habrían consentido los guardas indignos.

49. *b)* En defecto de consentimiento en el desplazamiento o retención ilícitos, la segunda posibilidad de la alternativa que puede ocasionar la pérdida de competencia de las autoridades de la antigua residencia habitual del niño comprende las tres condiciones siguientes: *i)* residencia del niño en el Estado de su nueva residencia habitual durante un periodo de al menos un año después de que el titular del derecho de guarda conociese o hubiese debido conocer el lugar donde se encontraba el niño; *ii)* ausencia de solicitud de retorno presentada durante este periodo y todavía en curso de examen; *iii)* integración del niño en su nuevo medio (art. 7, párrafo 1 *b*).

Estas condiciones recuerdan a las impuestas por el artículo 12 del Convenio del 25 de octubre de 1980, aunque con una ligera discordancia. Este texto autoriza a la autoridad requerida a no ordenar el retorno del niño cuando no ha sido requerida más que después de la expiración del paso de un año y que sea manifiesto que el niño está integrado en su nuevo medio. La discordancia proviene de que, en el Convenio del 25 de octubre de 1980, el periodo de un año parte del desplazamiento o retención, mientras que en el nuevo Convenio, como se ha indicado anteriormente, este punto de partida es más tardío. No se puede pues descartar el supuesto en el cual las autoridades del Estado donde el niño ha sido desplazado o retenido no son encargadas de ordenar el retorno del niño – lo que podría hacer pensar que la residencia habitual del niño fue transferida a este Estado y que las autoridades de este se han convertido en competentes, en todo caso, según el artículo 5 del Convenio del 5 de octubre de 1961 para tomar medidas de protección y regular en particular la guarda y el derecho de visita – mientras que esta competencia de protección pertenecería todavía, en virtud del nuevo Convenio, a las autoridades del Estado en el cual el niño tenía su residencia oficial inmediatamente anterior a su desplazamiento o no retorno ilícito. Si, en este supuesto, las autoridades de este último Estado, competentes en virtud del artículo 7 del nuevo Convenio, deciden modificar el derecho de guarda, resulta que las autoridades del Estado a donde el niño ha sido desplazado ilícitamente deberán reconocer y ejecutar esta decisión conforme a los artículos 23 y siguientes del nuevo Convenio. Pero si este Estado no es parte de éste, pero sí del de 25 de octubre de 1980 e igualmente del de 5 de octubre de 1961, no estará obligado a reconocer esta decisión, y podrá, según parece, considerarse como competente.

#### *Apartado 2*

50. Este párrafo reproduce palabra por palabra la definición del desplazamiento o de la retención ilícitos dado por el Convenio del 25 de Octubre de 1980. Aquí es suficiente

remitirse a las explicaciones muy completas del Informe de la Sra. Elisa Perez-Vera sobre dicho Convenio.

### *Apartado 3*

51. El mantenimiento de la competencia de las autoridades del Estado en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o retención ilícita en tanto no se cumplan las condiciones previstas en el párrafo primero, no debe ocultar el hecho de que son las autoridades del Estado en que el niño ha sido desplazado o retenido las que en adelante son las más próximas al niño. Es por ello que el párrafo 3 del artículo 7 les reconoce la competencia para tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o de los bienes del niño, conforme al artículo 11 (v. *infra*). Esta competencia no obstante no se extiende a las medidas provisionales con efecto territorial previstas a favor del foro de la presencia según el artículo 12.

### *Artículo 8 y 9 (competencia transferida a un foro apropiado o reclamada por éste)*

52. Estos artículos introducen en el Convenio un mecanismo reversible inspirado en las nociones de *forum non conveniens* y *de forum conveniens*, cuando parece que el interés superior del niño es que su protección sea asegurada por otras autoridades distintas a aquellas del Estado de su residencia habitual. Los dos artículos son paralelos. El artículo 8 permite a las autoridades de la residencia habitual del niño declinar su competencia a favor de las autoridades de otro Estado cuando se hayan asegurado de que ejercerán la competencia que les ha sido confiada. El artículo 9 permite a las autoridades de un Estado distinto del de la residencia habitual del niño solicitar de la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del niño que decline su competencia para tomar las medidas de protección que estiman necesarias.

### *Artículo 8 (transferencia de competencia a un foro apropiado)*

#### *Apartado 1*

53. La competencia pertenece en principio a las autoridades de la residencia habitual o, en los casos mencionados en el artículo 6, a las del Estado en cuyo territorio está presente el niño. Por excepción a esta competencia de principio, el Convenio considera la posibilidad para la autoridad normalmente competente de transferir la competencia a la autoridad de otro Estado contratante si estima que esta última “está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño”. Este sería el caso de un niño que tiene su residencia habitual con sus padres en un Estado distinto del de su nacionalidad y cuando ambos padres mueren en un accidente. El niño previsiblemente va a regresar al Estado de su nacionalidad donde residen otros miembros de su familia y las autoridades de su residencia habitual podrán estimar que es en interés superior del niño que su protección sea organizada por las autoridades de dicho país.

Esta apreciación del interés superior del niño se deja a la apreciación de la autoridad normalmente competente, que deberá pues dar muestra de su discernimiento. Se ha observado durante los debates que sería particularmente inoportuno, por ejemplo, que la autoridad del Estado de la presencia del niño, normalmente competente en virtud del artículo 6 para adoptar medidas de protección de un niño refugiado, propusiera al Estado de la nacionalidad del niño

ocuparse de la protección de éste.

Esta posibilidad de transferencia de la competencia sólo está prevista en el Convenio en beneficio de la autoridad de otro Estado contratante. La Conferencia ha rechazado diversas propuestas<sup>32</sup> que pretendían autorizar la transferencia a la autoridad de un Estado no contratante, si ello era en interés superior del niño. La razón de este rechazo es que las medidas adoptadas por la autoridad del Estado tercero beneficiario de la transferencia de competencia no podrían, en ausencia de reciprocidad, ser reconocidas en los Estados contratantes en aplicación del Convenio y resultaría una grave laguna en la protección, ya que no habría, por el hecho de la transferencia, autoridad normalmente competente en el sentido del Convenio.

54. Cuando estima que es en interés superior del niño transferir la competencia a la autoridad de otro Estado, la autoridad normalmente competente tiene dos posibilidades: o bien dirigirse ella misma a la autoridad que estima más apropiada y solicitarle aceptar su competencia para adoptar las medidas que estime necesarias, o bien suspender el procedimiento e invitar a las partes a presentar tal solicitud a dicha autoridad.

Estas dos posibilidades están situadas en un plano de igualdad y la elección entre ellas se deja a la apreciación de la autoridad normalmente competente. Tampoco hay lugar para distinguir según que las autoridades competentes en materia de protección de niños sean autoridades judiciales o autoridades administrativas. Sin duda el procedimiento de comunicación directa entre autoridades (primera posibilidad de la opción) puede ser puesta en práctica bastante fácilmente por una autoridad administrativa, mientras que la suspensión del procedimiento (segunda posibilidad de la opción) parece ser más adecuada para una autoridad judicial. La Comisión especial, seguida por la Conferencia, ha descartado, sin embargo, la sugerencia de vincular el procedimiento a seguir a la naturaleza de la autoridad a la que se ha acudido, después de haber observado que el reparto de competencias entre autoridades administrativas y autoridades judiciales varía en cada legislación. Corresponderá, pues, a cada Estado contratante, al ratificar el Convenio, prever en su legislación, si no existe todavía (o si no es, en su sistema, la consecuencia automática de la entrada en vigor del Convenio), la posibilidad para sus tribunales de acudir a una autoridad de otro Estado. Al prever que esta petición podrá hacerse con el concurso de la Autoridad central del Estado de la autoridad destinataria, el art. 32 *a* debería ayudar a superar esta dificultad.

### *Apartado 2*

55. Este apartado enumera los Estados a cuyas autoridades puede acudir en las condiciones previstas en el párrafo precedente, es decir, a petición o con la autorización de la autoridad normalmente competente en virtud de los artículos 5 o 6.

El texto menciona en primer lugar "un Estado del que el niño posee la nacionalidad". La competencia de las autoridades del Estado de la nacionalidad del niño que tenía, al menos teóricamente, primacía en el Convenio de 1961, no se encuentra en el nuevo Convenio mas que como la primera de las competencias subsidiarias nombradas que puede beneficiarse de la declinación voluntaria de la autoridad normalmente competente. La redacción del texto indica claramente que en la hipótesis de que el niño posea más de una nacionalidad, podrá atribuirse la competencia subsidiaria a las autoridades de uno u otro de los Estados cuya nacionalidad ostente.

---

<sup>32</sup> Doc. Trab. Nos 4 y 63, emanados respectivamente de los Estados Unidos y de Holanda.

El texto menciona a continuación "un Estado en el que estén situados bienes del niño <sup>33</sup>". Esta competencia será adecuada cuando se trate de adoptar una medida de protección relativa a dichos bienes. Se ha dado el ejemplo de una autorización a dar para vender un inmueble situado en un Estado distinto del de la residencia habitual del niño. Pero la redacción del texto no limita la competencia subsidiaria del foro de la situación de los bienes a las medidas que afecten a dichos bienes (*cf.* art. 11, apartado 1, *infra*).

El tercer Estado cuya competencia subsidiaria se menciona es aquel "en que se esté conociendo de una demanda de divorcio <sup>34</sup> o separación legal de los padres del niño, o en anulación de su matrimonio". Ciertamente, se atribuye al foro del divorcio, cuya competencia podían reservarse los Estados (art. 15) en el Convenio de 1961, una competencia concurrente a título principal en el art. 10 (*vid. infra*). La competencia subsidiaria prevista en el art. 8 no es, sin embargo, inútil al menos en los casos en que las condiciones establecidas por el art. 10 para el ejercicio a título principal de esta competencia no se cumplan y parezca, sin embargo, que el foro del divorcio sería el más apropiado.

El apartado 2 menciona, finalmente, "un Estado con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho". Esta fórmula, cuya flexibilidad se adapta bien con la noción subyacente de *forum non conveniens* que inspira el artículo 8, resume y va más allá de los tres casos precedentemente citados que no son más que ilustraciones. Permitirá, 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.

#### *Apartados 3 y 4*

56. El intercambio de puntos de vista entre las autoridades afectadas, previsto por el apartado 3, será a menudo necesario para que la autoridad requerida pueda a su vez apreciar si está mejor situada incluso que la autoridad del Estado de la residencia habitual del niño para ejercer la competencia de protección en interés superior del niño. Este intercambio de opiniones tendrá lugar en el ámbito del mecanismo de cooperación entre los Estados contratantes previsto en el Capítulo V del Convenio (*vid. infra*).

Es la apreciación del interés superior del niño por la autoridad requerida el que determinará la decisión que tomará de aceptar o declinar la competencia que se le ha propuesto ejercer. Este interés superior da lugar, pues, a un doble examen por parte de la autoridad a la que se acude inicialmente y por parte de la autoridad requerida. Es la razón por la que el apartado 4 utiliza el verbo "puede" y no "debe". Si la autoridad requerida no responde a la petición que se le ha dirigido en un plazo razonable, corresponderá a la autoridad a la que se acudió inicialmente, ante ese silencio, extraer las consecuencias y ejercer plenamente su competencia.

---

<sup>33</sup> Sobre el significado de la expresión "bienes del niño", *vid. infra*, en artículo 11, apartado 1.

<sup>34</sup> La Conferencia no admitió una propuesta de la delegación holandesa (Doc. de trabajo n° 69) que pretendía asimilar al divorcio, en el sentido de este artículo, la disolución de un acuerdo de "*partenariat civil*" que una, en ciertas legislaciones escandinavas, a las parejas homosexuales. Las delegaciones de los Estados escandinavos hicieron observar que en sus países la regla adoptada es rehusar la guarda conjunta en favor de la pareja sobre los hijos de uno de los miembros de la pareja.

Este interés superior del niño debe apreciarse *in concreto*, "en un caso particular" dice el texto, es decir, en el momento en que se hace sentir una cierta necesidad de protección y para responder a ella. No puede, pues, entenderse que el texto establece una transferencia definitiva de la competencia a la autoridad requerida. La transferencia se limita a lo que sea necesario "en el caso particular" objeto del caso. Nada permite, en efecto, afirmar por adelantado que en un caso futuro, la autoridad competente en virtud de los artículos 5 y 6 no será la mejor situada para decidir en interés superior del niño.

**Artículo 9** (*Competencia reivindicada por un foro apropiado*)

57. El artículo 9 permite a las autoridades de los Estados mencionados en el artículo 8, apartado 2, es decir aquellas a quienes las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 y 6 pueden pedir que ejerzan la competencia de protección, tomar ellas mismas la iniciativa de solicitar o hacer solicitar que se les conceda esta competencia.

El procedimiento previsto es exactamente simétrico con el previsto en el art. 8. La autoridad requirente, a la que puede haber acudido una parte, debería normalmente declararse incompetente ya que su competencia no está prevista por los artículos 5 y 6. Si, sin embargo, estima que en el caso particular está mejor situada para apreciar el interés superior del niño tendrá, como la autoridad normalmente competente en el caso precedente, dos posibilidades: o bien dirigirse ella misma a la autoridad del Estado de la residencia habitual del niño, directamente o con el concurso de la Autoridad central de dicho Estado y pedirle permiso para ejercer la competencia para adoptar las medidas que estime necesarias, o bien suspender el procedimiento e invitar a las partes a presentar la solicitud a dicha autoridad.

58. Según el art. 9 la solicitud de transferencia de competencia debe dirigirse a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño, lo que se corresponde con la competencia de principio prevista en el artículo 5. El artículo 9 no prevé que, en las situaciones mencionadas en el artículo 6, la demanda sea dirigida a las autoridades del Estado en cuyo territorio se encuentre el niño. Esta disimetría con el art. 8 parece deberse a un olvido. La ampliación del artículo 8 a las situaciones previstas en el artículo 6, debida a una propuesta de la delegación alemana (Doc. de trabajo nº 62), se perdió de vista durante la discusión del artículo 9. *El relator es de la opinión que en este punto debe alinearse el artículo 9 sobre el artículo 8.* 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, éste ha sido provisionalmente desplazado. Las explicaciones que siguen y que se refieren, conforme a la letra del texto, al Estado de la residencia habitual del niño, deben leerse en favor de esta observación.

59. El texto se ha redactado en la suposición de que no se ha acudido a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño ni se les ha informado de la necesidad de protección del niño afectado. Nada impide, no obstante, que el procedimiento del artículo 9 se utilice en un caso en que se hubiera acudido ya a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del niño. Esta hubiera podido o podría aún recurrir al procedimiento previsto en el artículo 8. Cuando se ha acudido a ella en virtud del artículo 9, dispondrá de elementos de información complementarios y es conveniente dejarle la posibilidad de pronunciarse sobre la competencia en interés superior del niño. Los mecanismos habituales de la litispendencia no pueden aplicarse en

tal situación, ya que la competencia del otro Estado distinto del de la residencia habitual del niño está subordinada al acuerdo de la autoridad competente del Estado de la residencia habitual.

Al igual que el artículo 8, el artículo 9 prevé la posibilidad de un intercambio de puntos de vista entre las autoridades afectadas.

60. La situación debería normalmente resolverse, como en el caso del artículo 8, por una decisión positiva o negativa de la autoridad requerida. Volviendo sobre la solución adoptada por la Comisión especial, la Conferencia adoptó una propuesta americana que subordina el ejercicio de la competencia por la autoridad que se encuentra en el origen de la solicitud a la condición expresa de que la autoridad del Estado contratante de la residencia habitual haya aceptado la demanda. En otros términos, el silencio guardado por la autoridad del Estado equivale a un rechazo de la demanda. La autoridad que se encuentra en el origen de ésta no podrá adoptar más que las medidas urgentes o provisionales previstas en los artículos 11 y 12, si cumple la condición de competencia prevista por dichos artículos. Esta nueva solución se justifica ampliamente por el riesgo de que la solución contraria pudiera dar lugar a solicitudes concurrentes que emanaran de autoridades de Estados contratantes diferentes que se verían conducidas a adoptar, ante el silencio de la autoridad de la residencia habitual, medidas incompatibles entre ellas.

#### *Artículo 10 (Foro del divorcio)*

61. El Convenio de 5 de octubre de 1961 había previsto la posibilidad para un Estado contratante de reservarse la competencia de sus autoridades que deben decidir sobre una demanda de divorcio, separación legal o nulidad de matrimonio de los padres de un menor, para adoptar medidas de protección de su persona o de sus bienes (art. 15). La retirada de esta reserva por la mayoría de los Estados que la habían formulado<sup>35</sup> ha tenido como consecuencia que el juez del divorcio ya no sea competente para adoptar medidas de protección del niño, a menos que coincida con uno de los foros previstos en el Convenio de 5 de octubre de 1961. La Comisión especial había aceptado este resultado y sólo había previsto la competencia del juez del divorcio para adoptar medidas de protección del niño a título subsidiario, en el ámbito limitado de los artículos 8 y 9 (vid *supra*). Durante la Conferencia diplomática, los Estados miembros de la Unión Europea, que están comprometidos en la negociación de un Convenio, denominado Convenio "Bruselas II", con la finalidad de extender el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 a la "materia matrimonial" y previendo específicamente atribuir al juez del divorcio en ciertas condiciones competencia para decidir sobre el ejercicio de la autoridad parental, temieron en este punto una distorsión excesivamente grande entre los dos Convenios en curso de elaboración. Han solicitado, pues, y obtenido la inserción en el nuevo Convenio de La Haya de un artículo que atribuye al juez del divorcio competencia para adoptar medidas de protección de la persona y de los bienes del menor. Tal es el objeto del artículo 10, al cual se añade, en el artículo 52, una cláusula denominada "de desconexión" que autoriza a uno o varios Estados contratantes concluir acuerdos sobre materias reguladas por el Convenio, en relación a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos separados (vid *infra*).

---

<sup>35</sup> Salvo Luxemburgo, Polonia y Turquía.

### *Apartado 1*

62. Este apartado prevé una competencia concurrente del foro del divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio <sup>36</sup> para adoptar medidas de protección de la persona o de los bienes del niño, si se cumplen ciertas condiciones previstas en las letras *a* y *b*. No se trata de imponer esta competencia al foro del divorcio. Simplemente se la reconoce en el Convenio cuando existe en el Derecho interno del Estado en que se solicita el divorcio. Pero se extiende, si el Derecho de dicho Estado lo prevé, a todas las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño y no solamente a las medidas relativas al ejercicio de la responsabilidad parental.

63. 1) Esta competencia es concurrente y no exclusiva. Los Estados miembros de la Unión Europea hubieran preferido una competencia exclusiva que hubiera tenido para ellos la ventaja de evitar precisamente la concurrencia de diversas autoridades de Estados contratantes diferentes y, por tanto, de responder mejor a los objetivos fijados en el nuevo Convenio. Pero otras numerosas delegaciones, especialmente de los Estados de *Common Law*, se opusieron a una solución que hubiera privado a las autoridades de la residencia habitual de la competencia de protección, durante los largos años que podría durar el proceso de divorcio.

El compromiso se encontró en la admisión de una competencia concurrente, como lo indican las primeras palabras del artículo: "sin perjuicio de los artículos 5 a 9". La competencia del juez del divorcio no excluye, pues, la de las autoridades del Estado de la residencia habitual actual (art. 5) o anterior (art. 7) o de la simple presencia del niño, en las situaciones previstas en el artículo 6. Tampoco excluye los mecanismos de transferencia de competencia previstos en los artículos 8 y 9. Por ejemplo, el artículo 10 no constituye un obstáculo para que las autoridades de la residencia habitual transfieran la competencia de protección a las del Estado de la nacionalidad del niño o acepten la solicitud de transferencia presentada por éstas.

Esta concurrencia de varias autoridades competentes para adoptar medidas de protección de los niños crea un problema que se parece al de la litispendencia. Como este problema puede plantearse en otras situaciones distintas del divorcio, ha sido objeto de una disposición de carácter general en el Convenio, que figura en el artículo 13 (*vid infra*).

64. 2) Sólo se concede competencia al juez del divorcio para adoptar medidas de protección del niño cuando este foro presenta con el niño ciertos vínculos de proximidad definidos en las letras *a* y *b* del apartado primero, cuyas condiciones son cumulativas.

La primera condición (letra *a*) es que al menos uno de los padres del niño tenga su residencia habitual en el país en que se solicita el divorcio. Esta residencia habitual debe haber existido al principio del procedimiento, pero no se exige que dure a lo largo de todo el procedimiento de divorcio.

La letra *a* exige igualmente que uno de los padres tenga la responsabilidad parental respecto al

---

<sup>36</sup> De aquí en adelante, *brevitatis causa*, se hablará sólo del foro del divorcio.

niño, pero no necesariamente el que tenga su residencia habitual en el Estado del divorcio. La Conferencia estimó, en efecto, que el foro del divorcio de dos padres privados ambos de responsabilidad parental no tendría título alguno para ejercer la competencia de protección respecto al niño.

65. La segunda serie de condiciones (letra *b*) consiste en que la competencia de protección del foro del divorcio haya sido aceptada por ambos progenitores y sea conforme con el interés superior del niño. El texto no exige el acuerdo de los padres sobre las medidas a tomar, sino solamente sobre la competencia. Añade que esta competencia debe igualmente haber sido aceptada por cualquier persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño. Ya que la letra *a* exige que uno de los progenitores tenga la responsabilidad parental, para dar sentido a esta condición impuesta por la letra *b*, es preciso imaginar una situación en que la autoridad parental estuviera compartida entre uno de los progenitores y una tercera persona. La conformidad de esta competencia con el interés superior del niño se apreciará soberanamente por el juez que conoce de la demanda de divorcio.

Cuando una o varias de estas condiciones no se cumplen, el foro del divorcio no tiene competencia para tomar medidas de protección del niño, a menos que se beneficie de una transferencia de competencia en aplicación de los artículos 8 y 9. Así, el foro de la nacionalidad común de los padres que es competente en numerosos Estados para pronunciar el divorcio y que, en el Convenio de 5 de octubre de 1961, era competente para adoptar medidas de protección a título principal en tanto que, salvo situaciones rarísimas, era también el foro de la nacionalidad del niño, pierde en el nuevo Convenio esta competencia principal, si no responde a las condiciones previstas en las letras *a* y *b* del artículo 10, apartado primero.

#### *Apartado 2*

66. Este apartado fija el límite temporal más allá del cual cesa la competencia del juez del divorcio para adoptar medidas de protección del niño. Esta competencia cesa cuando termina el procedimiento de divorcio, sea porque se haya llegado a una decisión concediendo el divorcio o rechazando la demanda de divorcio y sea definitiva, sea porque haya concluido por otro motivo, como el desistimiento o la caducidad de la instancia o incluso fallecimiento de una parte. Es la ley procesal del Estado cuya autoridad conoce de la demanda de divorcio la que se aplica a la cuestión de saber si el procedimiento ha terminado o si la decisión es definitiva.

Esta regla significa que una vez terminado el procedimiento y pronunciado el divorcio, por ejemplo, ya no será posible volver ante el juez del divorcio para pedirle que modifique las medidas de protección de los hijos que había tomado cuando todavía conocía de la demanda de divorcio. Solamente podrá entonces decidir la autoridad normalmente competente en aplicación de los artículos 5 a 9 del Convenio<sup>37</sup>. Pero las medidas adoptadas por el juez del divorcio cuando era todavía competente continuarán produciendo sus efectos en las condiciones previstas en el art. 14 (vid *infra*).

---

<sup>37</sup> Sobre el riesgo de una sustitución abusiva de las medidas adoptadas por el juez del divorcio, vid *supra*, nº 43, en relación al artículo 5, apartado 2.

*Artículos 11 y 12 (competencia concurrente de las autoridades del Estado de la presencia del niño o de la situación de sus bienes)*

67. Estos dos artículos atribuyen a las autoridades de cada Estado contratante en cuyo territorio se encuentra el niño o bienes que le pertenezcan una competencia limitada pero concurrente para adoptar ya sea medidas dictadas para una situación de urgencia, ya sea medidas provisionales con efecto territorial.

El ámbito de aplicación de estos dos artículos en cuanto a los niños afectados es más amplio que el de los artículos 5 a 10, ya que comprende todos los niños presentes o que tengan bienes en un Estado contratante, incluso si su residencia habitual se encuentra en un Estado no contratante. Esta circunstancia ha hecho necesaria, para cada uno de estos artículos, la adopción de una disposición que tome en consideración las decisiones adoptadas por las autoridades de un Estado no contratante.

*Artículo 11 (foro de urgencia)*

*Apartado 1*

68. Este texto, que es casi la reproducción del artículo 9, apartado primero, del Convenio de 1961, atribuye a las autoridades de cada Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el niño o bienes que le pertenezcan, competencia para adoptar en los casos de urgencia las medidas de protección necesarias.

Igual que en el Convenio de 1961, el nuevo Convenio no define la noción de urgencia<sup>38</sup>. 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 derogación a la regla normal y debe por tal razón concebirse bastante estrictamente.

La competencia prevista en el artículo 11, por excepción al principio sobre el que reposa el Convenio, es una competencia concurrente de la de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño. Su justificación es precisamente la existencia de un caso de urgencia. Si no se hubiera previsto esta competencia, los retrasos que ocasionaría la obligación de acudir a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño podrían comprometer la protección o los intereses de éste. Se ejercerá, por ejemplo, esta competencia concurrente si es preciso asegurar la representación de un niño alejado de su residencia habitual y que debe sufrir una intervención quirúrgica urgente, o incluso si es preciso vender rápidamente mercancías percederas pertenecientes al niño que se encuentren en peligro.

69. Los Estados a cuyas autoridades puede acudir por razones de urgencia son los Estados en cuyo territorio se encuentre el niño o bienes que le pertenezcan. En lo que se refiere a la autoridad del Estado de la presencia del niño, se trata por hipótesis de niños distintos de los niños

---

<sup>38</sup> Una propuesta en este sentido de la delegación israelí (Doc. de trabajo n° 73) no recibió el apoyo de ninguna otra delegación.

refugiados o desplazados en el sentido del artículo 6, apartado primero, o de niños sin residencia habitual en el sentido del artículo 6, apartado 2. Para éstos, en efecto, a falta de un Estado de residencia habitual establecido o accesible, el foro de la presencia del niño tiene una competencia general. Aquí, al contrario, el foro de la presencia no tiene más que una competencia limitada a las situaciones de urgencia.

Las autoridades del Estado en cuyo territorio se encuentran bienes del niño tienen, en casos de urgencia, una competencia que no se limita a la protección de estos bienes. La Comisión especial rechazó una propuesta de Eslovaquia que habría compartimentado de tal forma los dos criterios de competencia de urgencia y la cuestión no fue rediscutida durante la Sesión diplomática. Se puede, en efecto, concebir que la urgencia aconseja la venta en un país de bienes del niño para proporcionar a este último, en el país en que se encuentre, los recursos que le son inmediatamente necesarios.

70. A petición de una delegación, la Comisión especial, no desautorizada por la Conferencia diplomática, expresó la opinión, sin que deba figurar en el texto, que el foro de la situación de los bienes del niño sería igualmente competente en casos de urgencia, incluso si el derecho de propiedad del niño sobre dichos bienes fuera el objeto de la impugnación. En un orden de ideas próximo, es preciso comprender como "bienes" a un elemento del patrimonio del niño (*Vermögen* en alemán), cualquiera que sea el derecho atribuido sobre dicho bien e incluso si no se trata del derecho de propiedad *stricto sensu* (*Eigentum*).

La Conferencia se abstuvo deliberadamente de precisar qué medidas podían adoptarse a título de urgencia en aplicación del artículo 11. Se trata, en efecto, de una noción funcional, determinando la urgencia, en efecto, las medidas necesarias en cada situación.

### *Apartado 2*

71. La competencia del foro de la urgencia, por concurrente que sea con las competencias normales previstas por el Convenio, debe quedarles subordinada. También el apartado 2 del artículo 11 prevé, según una redacción próxima a la del Convenio de 1961 y limitado como en éste (pero a diferencia del apartado primero) a los casos en que los niños afectados tienen su residencia habitual en un Estado contratante, que las medidas adoptadas en aplicación del apartado primero "dejan de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 10 adopten las medidas exigidas por la situación". A partir de ese momento, la situación está bajo el control de las autoridades normalmente competentes y no hay ya lugar para mantener la competencia de las autoridades del Estado de la presencia del niño ni las medidas que hayan adoptado en la urgencia.

72. Esta disposición presupone que las medidas adoptadas por el foro de la urgencia se reconocerán en todos los Estados contratantes<sup>39</sup>. A título de ejemplo, la decisión por la que el juez del Estado de la presencia del niño retira al padre el derecho a fijar la residencia del niño, en virtud de la urgencia creada por los riesgos de abuso sexual a los que estaría expuesto el niño, debe reconocerse en los otros Estados contratantes hasta que la autoridad normalmente competente según los artículos 5 a 10<sup>40</sup> haya decidido sobre la responsabilidad parental<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Esta solución, además, se enuncia más adelante en el artículo 23.

<sup>40</sup> Es decir, según los casos, la autoridad del Estado de la residencia habitual del niño, la que se haya beneficiado

El texto no ha querido imponer a la autoridad competente en razón de urgencia la obligación de informar de la medida adoptada a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño, por miedo de hacer más pesado el funcionamiento del Convenio y de proporcionar un pretexto al rechazo de reconocimiento de dicha medida en los demás Estados contratantes, en el caso en que esta información no hubiera sido dada.

El apartado correspondiente del artículo 9 del Convenio de 1961 precisa que las medidas adoptadas cesan de producir efecto después de la intervención de las autoridades normalmente competentes, pero "a reserva de sus efectos definitivos". El Convenio no ha retenido esta parte de la frase que ha parecido expresa una evidencia. Es evidente, en efecto, que no se volverá sobre una intervención quirúrgica o sobre una venta de bienes que ya ha tenido lugar.

### *Apartado 3*

73. Este apartado, que no tiene antecedente en el Convenio de 1961, regula igualmente la cuestión de la supervivencia de las medidas adoptadas por el foro de urgencia, pero en la hipótesis en que los niños afectados no tienen su residencia habitual en un Estado contratante. Si las autoridades del Estado no contratante de la residencia habitual del niño o, en su caso, de otro Estado cuya competencia puede ser reconocida han adoptado las medidas exigidas por la situación, no hay razón para mantener las medidas adoptadas por el foro de urgencia.

La *ratio decidendi* es la misma que en la situación prevista en el apartado 2, pero la dificultad propia de esta situación es que la autoridad normalmente competente es la de un Estado no contratante a quien por hipótesis el Convenio no ha podido atribuir competencia y cuyas decisiones no son necesariamente reconocidas en los Estados contratantes. Algunas delegaciones<sup>42</sup> habían propuesto prever en el Convenio el reconocimiento de pleno derecho en los Estados contratantes de las medidas adoptadas por un Estado no contratante cuya competencia se correspondiera con los criterios de competencia previstos en los artículos 5 a 10 del Convenio. Esta idea, muy innovadora, de una obligación internacional de reconocimiento sin reciprocidad contrariaba las exigencias constitucionales de varios países y no ha sido retenida por la Conferencia. El reconocimiento en los Estados contratantes de medidas adoptadas por un Estado no contratante no puede depender más que del Derecho nacional de cada uno de los Estados contratantes afectados, de suerte que el cese de los efectos de las medidas adoptadas por el foro de la urgencia no se producirá de forma uniforme y simultánea en los diferentes Estados contratantes. Esta es la razón por la que el apartado 3 precisa que las medidas adoptadas por el foro de la urgencia "dejan de tener efecto en todo Estado contratante desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconocen en dicho Estado contratante"<sup>43</sup>.

---

de una transferencia de competencia previsa en los artículos 8 y 9 o el foro del divorcio.

<sup>41</sup> Ejemplo adaptado del dado por Staudinger/Kropholler (1994), Vorbem. 478 al art. 19 EGBGB extraído de la Sentencia de 23 de septiembre de 1976 del *Oberlandesgericht* de Baviera, *IPRspr*, 1976, n° 69.

<sup>42</sup> Vid las propuestas de las delegaciones americana (Doc. de trabajo n° 4) y suiza (Doc. de trabajo n° 71), aún siendo ambas muy diferentes.

<sup>43</sup> Una aparente diferencia de redacción entre los textos inglés y francés de este apartado 3 ha podido dejar creer a ciertas delegaciones anglófonas que la medida de urgencia cesa de tener efecto desde que la medida adoptada en un

*Artículo 12 (medidas provisionales de efecto territorial)*

*Apartado 1*

74. Independientemente de los casos de urgencia, el artículo 12 atribuye también a las autoridades de cada uno de los Estados contratantes en cuyo territorio se encuentre el niño o bienes que le pertenezcan una competencia concurrente "para adoptars medidas de protección de la persona o bienes del niño con carácter provisional y eficacia territorial restringida a este Estado"<sup>44</sup>.

Este texto procede de una propuesta de la delegación del Reino Unido aceptada por la Comisión especial e inspirada por la idea de asegurar la protección de los niños que se encuentran en un país extranjero para una estancia de duración limitada (vacaciones, periodos de estudio, cosecha, etc.). Sin que se deba hablar propiamente de urgencia, podría ser oportuno, se ha dicho, ayudar a la familia de recepción de este niño, quizá un poco desbordada, colocándolo durante la duración de su estancia en un hogar de acogimiento o en otra familia, pero bajo la supervisión de las autoridades sociales locales. Si tal medida parece oportuna, las autoridades de la presencia del niño serían las más adecuadas para adoptarlas. Durante la Sesión diplomática, la oportunidad de conservar este artículo fue discutida, temiendo algunas delegaciones que sea utilizado por las autoridades del Estado en el que el niño está presente para adoptar medidas calificadas como provisionales pero que pueden afectar a cuestiones tan importantes como la atribución de la guarda del niño que sería así tratado de forma separada en el territorio de este Estado. Este temor ha sido considerado finalmente excesivo en razón de las limitaciones previstas por el texto y el mantenimiento de éste fue decidido por una débil mayoría<sup>45</sup>.

75. Una primera limitación afecta al caso de desplazamiento ilícito. La reserva del art. 7, mencionado al principio del apartado, recuerda que las autoridades del Estado al que el niño ha sido desplazado o en que ha sido ilícitamente retenido pueden solamente adoptar medidas urgentes, pero no medidas provisionales que no presenten este carácter de urgencia (vid *supra*, en relación al art. 7, apartado 3).

Una segunda limitación procede del carácter provisional y de eficacia territorial limitada de las medidas que pueden adoptarse. Además, y constituye una tercera limitación, estas medidas no deben ser incompatibles con las ya adoptadas por las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 10. No hay pues razón para temer que las autoridades competentes en virtud del artículo 12 organicen en el territorio de su Estado una especie de protección separada del niño, ya que deben respetar todas las medidas ya adoptadas por las autoridades normalmente

---

Estado no contratante fuera reconocida en el Estado contratante que hubiera adoptado la medida de urgencia. En realidad, la letra y el espíritu del texto indican que la medida de urgencia, que es reconocida en aplicación del artículo 23 en todos los Estados contratantes, deja de tener efecto de forma separada en cada uno de estos Estados desde que se reconocen en cada uno de estos Estados (y no solamente en el Estado cuya autoridad ha adoptado la medida de urgencia) las decisiones adoptadas por un Estado no contratante.

<sup>44</sup> Los comentarios antes hechos en el n° 70 (en relación al art. 11, apartado 1) en relación a la noción de "bienes", son igualmente válidos para el artículo 12.

<sup>45</sup> 13 votos contra 11 y 9 abstenciones.

competentes. Esta limitación marca la diferencia entre el artículo 12 y el artículo 11. Es solamente en las situaciones de urgencia cuando el foro de la presencia del niño puede desplazar las medidas adoptadas anteriormente por las autoridades normalmente competentes.

#### *Apartado 2*

76. En términos muy próximos a los del apartado 2 del artículo 11 y para el mismo caso de un niño con su residencia habitual en un Estado contratante, este apartado prevé que las medidas provisionales así adoptadas cesan de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los 5 a 10 "se hayan pronunciado sobre las medidas que pueda exigir la situación". Esta última parte de frase difiere de la utilizada en el artículo 11. Puede ocurrir, en efecto, que después de haber examinado la situación, las autoridades normalmente competentes hayan estimado que no debía adoptarse medida alguna. En tal caso, las medidas provisionales adoptadas en aplicación del artículo 12 dejan de tener razón de ser.

#### *Apartado 3*

77. Este apartado corresponde al apartado 3 del artículo 11, con la diferencia de que las medidas provisionales cesan de tener efecto a partir del momento en que las medidas adoptadas en un Estado no contratante se reconocen en el Estado contratante que haya tomado las medidas provisionales. No es necesario aquí, en efecto, ocuparse del reconocimiento en los demás Estados contratantes de las medidas adoptadas en un Estado no contratante, ya que las medidas provisionales tienen una eficacia limitada al territorio del Estado en que han sido adoptadas.

### ***Artículo 13 (conflictos de competencias concurrentes)***

#### *Apartado 1*

78. Este artículo, que surge de una proposición conjunta de las delegaciones de Alemania y de Italia <sup>46</sup>, trata de regular los conflictos que pueden surgir de la existencia en el Convenio de competencias concurrentes. La hipótesis más patente es la del divorcio. La competencia del juez del divorcio para adoptar medidas de protección del niño, prevista en el artículo 10, no excluye, como se ha indicado *supra*, la competencia concurrente de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño o de las autoridades de cualquier otro Estado a las que las autoridades del Estado de la residencia habitual hubieran transferido la competencia. Conviene, pues, evitar que se presenten solicitudes de medidas en el mismo momento ante diferentes foros y desemboquen en decisiones contradictorias. Se puede imaginar, aunque deba ser más raro, que surgieran conflictos de la misma naturaleza entre las autoridades cuya competencia está prevista en los artículos 5 a 10 <sup>47</sup>. El texto no incluye en los eventuales conflictos los que podrían poner en concurrencia la competencia normal de protección (art. 5, por ejemplo) y la competencia de urgencia (art. 11). Por esta razón, si hay realmente urgencia, la autoridad competente en virtud del artículo 11 puede e incluso debe decidir sobre la medida solicitada, aunque una demanda similar esté pendiente ante el foro normalmente competente.

---

<sup>46</sup> Doc. de trabajo n° 110.

<sup>47</sup> Por ejemplo, en caso de desplazamiento ilícito, entre las autoridades de la antigua y de la nueva residencia habitual (art. 7).

79. El artículo 13 prevé una regla general para los tipos de conflicto que considera. Esta regla está formulada en términos próximos a los utilizados en materia de litispendencia. La autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 debe abstenerse de decidir sobre la demanda de medidas provisionales si se han pedido medidas correspondientes a las autoridades de otro Estado contratante competentes en ese caso en virtud de los mismos artículos 5 a 10 y están aún en curso de examen. A título de ejemplo, si un proceso de divorcio está siguiendo su curso y se pide al juez del divorcio decidir sobre la guarda del niño, la autoridad del Estado de la residencia habitual del niño a quien se presente la demanda por uno de los progenitores debería abstenerse de decidir sobre esta demanda. Pero si, en la misma situación, se pide a la autoridad del Estado de la residencia habitual tomar una medida de protección de un bien del niño, esta autoridad podrá decidir después de haber constatado que ninguna demanda similar ha sido presentada al juez del divorcio.

Si la autoridad a la que inicialmente se acude hubiera ya adoptado la medida que se le solicita, la situación ya no sería de litispendencia, sino de efecto en un Estado contratante de la medida adoptada en otro Estado contratante. Esta cuestión se trata en los artículos 14 y 23 (*vid infra*).

#### *Apartado 2*

80. Otro medio de poner fin a un conflicto de competencias consiste, para la autoridad a que se acudió en primer lugar, en transferir la competencia a la autoridad a la que se acudió en segundo lugar. Lo hará si estima que esta última es la mejor situada para apreciar el interés superior del niño. El apartado 2 del artículo 13 indica en este sentido que el apartado precedente no se aplica - y por tanto que la autoridad a que se acudió en segundo lugar no debe abstenerse de decidir - en el caso en que la autoridad a la que se acudió inicialmente solicitando la adopción de medidas haya renunciado a su competencia. Esta posibilidad da mayor flexibilidad a la solución del conflicto que la que autoriza la técnica de la litispendencia. Esta última juega siempre en sentido único en favor de la autoridad a que se acudió en primer lugar, mientras que el apartado 2 del artículo 13 permite privilegiar el foro más adecuado, incluso si se acudido a él en segundo lugar.

Este renuncia recuerda las transferencias de competencia previstas en los artículos 8 y 9, pero es distinta. Los artículos 8 y 9 prevén en efecto una transferencia de competencia a autoridades que no son competentes en virtud del Convenio para adoptar medidas de protección del niño. Su base de competencia reside únicamente en esta transferencia. Al contrario, en la situación abordada por el artículo 13, la autoridad a que se acude en segundo lugar es por hipótesis competente en virtud de los artículos 5 a 10. La renuncia, poniendo fin a la situación de litispendencia, le restituye la posibilidad de decidir sobre la demanda de medidas, pero no de atribuirle una competencia que ya posee. La renuncia que esta aquí en cuestión puede pues resultar de una decisión unilateral de la autoridad a que se acudió inicialmente, sin tener que seguir el procedimiento previsto en los artículos 8 y 9.

#### *Artículo 14 (mantenimiento en vigor de las medidas en caso de cambio de las circunstancias)*

81. Este texto recoge, en sustancia, el artículo 5, apartado primero, del Convenio de 1961. Garantiza el mantenimiento en vigor de las medidas adoptadas por la autoridad competente, incluso cuando las bases de competencia de esta autoridad han desaparecido ulteriormente como consecuencia de un cambio de circunstancias, en tanto que las autoridades competentes después

de este cambio no las hayan modificado, reemplazado o levantado.

Este mantenimiento en vigor es necesario para asegurar una cierta permanencia de la protección del niño. Si por ejemplo un tutor ha sido designado por las autoridades de la primera residencia habitual del niño, es necesario que el tutor pueda continuar ejerciendo sus funciones en el caso en que el niño vaya a residir habitualmente en otro Estado. Ciertamente, conforme al artículo 5, apartado 2, las autoridades de este nuevo Estado son competentes a partir de ese momento para adoptar las medidas de protección del niño pero, en tanto no hayan actuado, las medidas adoptadas antes del cambio de residencia deben continuar en vigor para evitar una solución de continuidad en la protección.

Lo mismo ocurre si la ley de la nueva residencia habitual atribuye de pleno derecho la responsabilidad parental a una persona distinta a aquella a la que se había atribuido dicha responsabilidad por una medida de protección adoptada por la autoridad competente del Estado de la antigua residencia habitual. La seguridad jurídica pide que se adopte una medida en el Estado de la nueva residencia habitual para poner fin a las funciones de la persona designada por la medida adoptada antes del cambio de la residencia habitual.

El principio, formulado en el artículo 23, apartado primero (vid *infra*), del reconocimiento de pleno derecho en todos los Estados contratantes de las medidas adoptadas por las autoridades de uno de ellos no se ve alterado para alcanzar este resultado. El artículo 23 garantiza el reconocimiento de las medidas que están en vigor, pero el problema resuelto por el artículo 14 aquí comentado es precisamente saber si las medidas continúan en vigor después del cambio de circunstancias<sup>48</sup>.

El artículo 14 se aplica sólo a las medidas adoptadas en aplicación de los artículos 5 a 10. La suerte de las medidas adoptadas en aplicación de los artículos 11 y 12 se rige por las disposiciones de los apartados 2 y 3 de cada uno de estos artículos (vid *supra*).

82. El "cambio de circunstancias" considerado será, en el caso de los artículos 5 y 6, respectivamente, el cambio del Estado de residencia habitual o únicamente de residencia del niño. Las medidas adoptadas continuarán en vigor de conformidad con el artículo 14, pero sus condiciones de aplicación se regirán, a partir del cambio, por la ley del Estado de la nueva residencia habitual, de acuerdo con el artículo 15, apartado 3 (vid *infra*). En el caso del artículo 7, el cambio de circunstancias resulta del propio texto, cuando la competencia pasa de las autoridades del Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes del desplazamiento o de la retención a las del Estado en que ha adquirido una nueva residencia habitual. En el caso de los artículos 8 y 9, el "cambio de circunstancias" será el cambio de nacionalidad del niño, de la situación de los bienes o del vínculo estrecho que había servido de base para la atribución de competencia a la autoridad que adoptó la medida. En fin, en el caso del artículo 10, el cambio de circunstancias derivará de la finalización del proceso de divorcio (art. 10, apartado 2).

83. El mantenimiento en vigor de las medidas adoptadas se garantiza sólo "en sus propios términos". Esta precisión toma en cuenta el hecho de que la autoridad competente del Estado de

---

<sup>48</sup> Sobre el riesgo de una modificación apresurada de estas medidas, vid *supra*, nº 43, en relación al artículo 5, apartado 2.

la residencia habitual puede haber adoptado medidas aplicables únicamente en tanto que el niño residiera en ese Estado. Por ejemplo, puede haber previsto que cualquier cambio de residencia debería ser objeto de una declaración a las autoridades públicas de la nueva residencia. Tal obligación no puede tener un ámbito extraterritorial y no sobrevivirá al cambio de residencia habitual a otro Estado. Igualmente, si un niño ha sido colocado por la misma autoridad bajo la vigilancia de un órgano administrativo de protección de la juventud, es claro que esta medida no puede sobrevivir a un cambio de residencia habitual del niño a otro Estado, ya que el órgano administrativo nacional de protección no puede ejercer sus poderes más que en el territorio del Estado del que depende.

### *Observaciones finales*

84. Las reglas de competencia contenidas en el Capítulo II y que han sido analizadas más arriba forman un sistema completo y cerrado que se impone en bloque a los Estados contratantes cuando el niño tiene su residencia habitual en el territorio de uno de ellos. En particular, un Estado contratante no está autorizado a ejercer su competencia sobre uno de estos niños si esta competencia no está prevista por el Convenio. La misma solución prevalece en las situaciones previstas en el artículo 6 cuando el niño tiene su residencia en un Estado contratante. En las demás situaciones, la simple presencia del niño da lugar a la aplicación de los artículos 11 y 12, pero estos artículos no excluyen la competencia más amplia que los Estados contratantes podrían atribuir a sus autoridades en aplicación de su Derecho nacional; solamente en este supuesto los otros Estados contratantes no están en caso alguno obligados a reconocer estas competencias ampliadas que se sitúan fuera del ámbito del Convenio. Por razones más fuertes todavía, ocurre igual para los niños que no tienen su residencia habitual en un Estado contratante y que no están siquiera presentes. La Conferencia rehusó incluir en el texto del Convenio una propuesta del Comité de redacción<sup>49</sup> que, inspirado en el artículo 4 de los Convenios de Bruselas y Lugano, hubiera previsto que cuando el niño no tiene su residencia habitual en un Estado contratante, la competencia se rige, en cada Estado contratante, por la ley de dicho Estado. Esta propuesta fue considerada que expresaba la interpretación correcta del Capítulo II del Convenio, pero no ha sido incorporada por miedo de que no fuera interpretada en sí misma, siguiendo el ejemplo del texto correspondiente de los Convenios de Bruselas y de Lugano, como obligando a los demás Estados contratantes a reconocer las medidas así adoptadas en aplicación de las normas de competencia nacionales - y a veces exorbitantes - de los Estados contratantes.

### CAPITULO III - LEY APLICABLE

85. Este Capítulo reagrupa, en un intento de clarificación, el conjunto de normas de conflicto de leyes que en el Convenio de 1961 se encontraban dispersas entre las normas de conflicto de autoridades. Estas normas de conflicto de leyes se refieren sucesivamente a las medidas de protección, a la responsabilidad parental existente de pleno derecho y a la protección de los terceros. Se completan por algunas disposiciones generales relativas al carácter universal de estas disposiciones, al reenvío y a los conflictos de sistemas, así como a la excepción de orden público.

---

<sup>49</sup> Artículo 10 *bis* del Doc. de trabajo n° 124, inspirado a su vez en una propuesta de la delegación holandesa (Doc. de trabajo n° 50).

*Artículo 15 (ley aplicable a las medidas de protección)*

*Apartado 1*

86. El nuevo Convenio mantiene el principio mantenido por el Convenio de 1961 según el cual "en el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley <sup>50</sup>".

La consideración principal que se puede hacer valer en apoyo de esta regla es la de facilitar la labor de la autoridad que conoce del caso, que aplicará así la ley que conoce mejor. Además, habiéndose atribuido la competencia como regla general a la autoridad más próxima al niño (autoridad del Estado de la residencia habitual o de la residencia en los casos de los artículos 5 a 7, foro más apropiado en los casos de los artículos 8 y 9, foro de la presencia para las medidas urgentes o de efecto estrictamente territorial en los casos de los artículos 11 y 12), las medidas se ejecutarán en lo esencial e el Estado de la autoridad que las habrá adoptado. Su puesta en práctica será, pues, más fácil si son conformes a la ley de este Estado. Exigir en todo caso de la autoridad a que se acude que aplique la ley del Estado de la residencia habitual del niño, como se propuso en vano ante la Comisión especial, hubiera complicado inútilmente la protección del niño. En efecto, en el caso, por ejemplo, de que dicha ley exigiera la constitución de un *trust* del que el niño fuera el beneficiario, la autoridad a la que se hubiera acudido tendría dificultades para ponerlo en práctica si su propia ley no conociera esta institución y si los bienes del niño se encontrasen en el territorio de su Estado.

87. La misma proposición fue reiterada durante la Sesión diplomática, pero limitada al foro del divorcio (Doc. de trabajo n° 76), el cual, ciertamente, no es en el caso previsto en el artículo 10 el del Estado en que el niño tiene su residencia habitual. La propuesta fue igualmente rechazada por una muy fuerte mayoría en razón a las complicaciones previsibles de su aplicación, especialmente en el caso de niños que tuvieran su residencia habitual en Estados diferentes.

La Comisión especial y después la Conferencia rechazaron igualmente diversas proposiciones (Doc. de trabajo n° 76) que hubieran querido imponer a la autoridad a la que se acude el respeto de ciertas reglas materiales, mencionadas en el *Convenio relativo a los derechos del niño*, como el consentimiento del niño sobre las medidas que le afectan o la toma en consideración del medio social del niño así como el origen étnico, cultural y religioso de sus progenitores. Prefirió no incluir aquí más que una norma de conflicto de leyes. Consideró además que estos elementos se integraban con otros en la noción de interés superior del niño y que el acento puesto especialmente en ellos podría conducir a malentendidos.

88. La aplicación a las medidas de protección de la ley de la autoridad a que se acude es general y se aplica cualquiera que sea la base de competencia de esta autoridad. El reequilibrio de las competencias en beneficio de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño tendrá como consecuencia una aplicación de la ley de este Estado claramente más frecuente que en el Convenio de 1961, que deja un campo muy amplio a las autoridades nacionales y por tanto a la ley nacional del niño. Tanto más si se tiene en cuenta que la formulación de la regla ("las autoridades ... aplican") deja pensar que es imperativa. No obstante, para compensar la relativa

---

<sup>50</sup> El término "ley" designa la ley interna del Estado afectado (art. 21, apartado 1), a reserva de la norma sobre el conflicto de sistemas prevista en el artículo 21, apartado 2, vid *infra*.

rigidez de las normas de competencia, el Convenio dio mayor flexibilidad a la determinación de la ley aplicable a la medida de protección. Esto aparece en el apartado 2.

### *Apartado 2*

89. Este apartado constituye una cláusula de excepción, fundada no en el principio de proximidad (vínculos más estrechos), sino en el interés superior del niño. El ejemplo más frecuentemente citado es el de la autorización pedida a las autoridades de la residencia habitual para vender un bien del menor situado en el extranjero. Es seguramente preferible que la autoridad a que se acude puede en tal caso aplicar la *lex situs rei* y conceder la autorización prevista por ésta, ley real, incluso si la ley de la autoridad a que se acude no exige en la materia autorización alguna. Podría también indicarse la aplicación de su ley nacional a la protección de niños extranjeros si resulta que estos niños van a volver en plazo breve a su país de origen. Al menos sería oportuno tomar en consideración esta ley, como también lo prevé este apartado 2, a fin de no adoptar una medida de protección que no podría ejecutarse en dicho país.

Pero esta cláusula de excepción no debe utilizarse demasiado fácilmente. El caso mencionado durante la Comisión especial fue el de un niño con residencia habitual en el Estado A, pero que debe sufrir una intervención quirúrgica en el Estado B, donde se encuentra un hospital especializado de muy alta reputación. El hospital solicitará una autorización antes de proceder a la intervención. Esta autorización debe pedirse a las autoridades del Estado A, Estado de la residencia habitual del niño, ya que, en ausencia de urgencia, las autoridades del Estado B no son competentes. Las autoridades del Estado A deberán aplicar su propia ley, conforme al artículo 15, apartado primero, y no parece que el apartado 2 del mismo artículo deba permitir la aplicación de la ley del Estado B, salvo si se trata de una ley imperativa que se aplique cualquiera que sea la ley designada por la norma de conflicto.

### *Apartado 3*

90. El cambio de residencia habitual del niño, que se ha visto entraña un cambio de autoridades competentes para adoptar las medidas de protección después del cambio (art. 5, apartado 2) pero que deja subsistir las medidas ya adoptadas (art. 14), afecta, sin embargo, a las condiciones de aplicación de estas últimas. Al igual que la responsabilidad parental resultante de pleno derecho de la ley de la antigua residencia habitual del niño subsiste después del cambio pero se ejerce desde ese momento conforme a la ley de la nueva residencia habitual (art. 17, *vid infra*), la medida adoptada antes del cambio también subsiste después de éste, pero sus "condiciones de aplicación" se rigen, a partir del momento en que se ha producido el cambio, por la ley del Estado de la nueva residencia habitual.

91. Se expresaron dudas sobre la posibilidad de distinguir la existencia de la medida, adoptada normalmente, a reserva del apartado 2, según la ley de la anterior residencia habitual, y sus condiciones de aplicación, que dependen de la ley de la nueva residencia habitual. En efecto, existe el riesgo de una desnaturalización total o al menos de un debilitamiento de la medida en el caso en que la ley de la nueva residencia aligerara demasiado sensiblemente las condiciones de aplicación. Si, por ejemplo, se atribuye la guarda a una persona para el niño en el país de su antigua residencia habitual, con la obligación de pedir al juez una autorización para realizar ciertos actos, parece bien, según el apartado 3 del artículo 15, que la persona que ostenta la guarda pueda realizar estos actos por sí solo si la ley de la nueva residencia se lo permite. La exigencia o la no exigencia de una autorización es, en efecto, una "condición de aplicación" de la

medida en el sentido del apartado 3. Se planteó igualmente la hipótesis de una medida de protección prevista para durar hasta los 18 años en el Estado de la antigua residencia habitual pero que cesaría a los 16 años en el Estado de la nueva residencia habitual (al igual la hipótesis inversa) y se preguntó si la duración de la medida podía considerarse que depende de la existencia o de las condiciones de aplicación de la medida. Pareció que ninguna 'fórmula general permitiría tomar en cuenta la extrema diversidad de las situaciones y que todos estos problemas no podrían resolverse mas que caso por caso, por la vía de la adaptación y si esta vía resultara impracticable, por nuevas medidas a adoptar por las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

92. La Conferencia adoptó una proposición americana (Doc. de trabajo nº 4) que limita la aplicación del apartado 3 al caso de que el Estado de la nueva residencia habitual sea otro Estado contratante, en la idea de que este texto no está destinado a aplicarse mas que por el Estado de la nueva residencia habitual y que no convenía imponer obligaciones a los Estados no contratantes. No obstante, si el niño cambia de residencia habitual a un Estado no contratante y la cuestión de la aplicación de las medidas se plantea en un Estado contratante, éste deberá resolverla aplicando su propio sistema de Derecho internacional privado. Sería razonable, por identidad de motivos, aplicar la misma regla prevista para el caso de cambio de residencia habitual en un Estado contratante.

*Artículos 16 a 18 (responsabilidad parental resultante de la ley)*

93. Estos artículos han dado lugar a importantes discusiones y decisiones de principio que es preciso subrayar antes de emprender el comentario apartado por apartado. Estas cuestiones de principio están vinculadas a las dificultades de interpretación y de aplicación del artículo 3 del Convenio de 1961, en cuyos términos "se reconocerá en todos los Estados contratantes la relación de autoridad resultante de pleno derecho de la ley interna del Estado del que el menor es nacional".

Este texto se refería claramente a la atribución de la autoridad parental en virtud de la ley, sin intervención de ninguna autoridad pública, ya sea judicial o administrativa. Pero los tribunales de los Estados contratantes se habían dividido en relación a saber si se trataba de una norma de conflicto de leyes o, simplemente, como su letra podía dejar creer, de una norma de reconocimiento. En la primera interpretación, el texto era aplicable (y, por tanto, también la ley nacional del niño) para determinar, por ejemplo, independientemente de toda medida de protección si la autorización necesaria para realizar tal acto por cuenta del niño debía darse por el padre o por la madre del niño o por ambos conjuntamente. En la segunda interpretación, el texto no se aplicaría mas que si una medida de protección se solicitara a la autoridad a la que se acudió, la cual debía entonces verificar en la ley nacional del niño si existía una relación de autoridad de pleno derecho y, en caso afirmativo, reconocer esta relación y examinar cómo podría adaptarse la medida solicitada. Y, en este momento, aparecieron otras divergencias. Según unos, la existencia de tal relación impediría totalmente intervenir a las autoridades de la residencia habitual. Según otros, no permitiría ejercer su competencia mas que en los casos en que la ley nacional del menor autorizara la adopción de medidas de protección. Según una tercera opinión, en fin, la existencia de esta relación de autoridad no impediría en forma alguna a las autoridades de la residencia habitual la adopción de las medidas de protección que les parecieran necesarias <sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Sobre estos puntos, vid S. Boelck, obra citada anteriormente, nota 9.

Otra dificultad de aplicación del artículo 3 del Convenio de 1961 surge de la conexión de la relación de autoridad *ex lege* con la ley nacional del menor. Además, el riesgo de bloqueo, ya señalado, en caso de doble nacionalidad del niño, la diferencia de conexión para la relación de autoridad de pleno derecho y para la medida de protección, ha provocado a veces situaciones aparentemente insolubles. De ahí la tentación de ciertos autores, para cortacircuitar estas dificultades, de preconizar una respuesta del futuro Convenio únicamente sobre las medidas de protección y una supresión de toda disposición sobre la relación *ex lege*<sup>52</sup>.

94. Frente a estas dificultades, la Conferencia, en el marco de la Comisión especial, tomó decisiones de principio muy importantes. Ante todo, tomó posición en favor del mantenimiento en el nuevo Convenio de una disposición sobre la responsabilidad parental existente *ex lege*. Fue sensible a la observación de que una tal responsabilidad basta para asegurar la protección de los niños en la mayoría de situaciones, particularmente en lo que se refiere a la administración de los bienes. Hubiera pues sido lastimoso no disponer en este punto de una norma de conflicto uniforme. Además, cualquier autoridad que deba tomar una medida de protección necesita conocer en qué cuadro jurídico se insertará esta medida.

95. La Conferencia, en segundo lugar, prefirió claramente una norma de conflicto de leyes que una simple norma de reconocimiento. Esta opción amplía, pues, el campo de la unificación convencional. Presenta igualmente para los Estados contratantes una ventaja de simplificación, evitándoles la difícil coexistencia en su orden jurídico de dos conexiones diferentes para la responsabilidad parental *ex lege*, una de origen convencional para el reconocimiento de esta responsabilidad cuando se pretende una medida de protección, otra resultante de su Derecho nacional para la ley aplicable a esta responsabilidad al margen de toda medida de protección.

96. En tercer lugar, la Conferencia abandonó la conexión a la ley nacional en beneficio de la ley de la residencia habitual del niño. La ley aplicable a la medida de protección coincidirá así, en la mayoría de los casos, con la ley aplicable a la relación *ex lege*, lo que constituye una simplificación apreciable.

Pero esta última elección suscitó una nueva dificultad, relativa a la suerte de esta relación *ex lege* en caso de cambio del Estado de la residencia habitual del niño. La Conferencia trató de conciliar la necesidad de continuidad de la protección, que conducía a la supervivencia de esta relación después del cambio de residencia habitual, y la necesidad de seguridad de los terceros y de rapidez, que militaba, por el contrario, en favor de una substitución inmediata de la ley de la antigua residencia habitual por la de la nueva.

97. En el plano formal, las disposiciones relativas a la ley aplicable a la responsabilidad parental se han repartido, en un intento de hacerlas más fácilmente legibles, en tres artículos. El artículo 16 afecta a la atribución y extinción de la responsabilidad parental, sí como al conflicto móvil resultante del cambio de residencia habitual del niño; el artículo 17 se refiere al ejercicio de la responsabilidad parental y el artículo 18 a la retirada o a la modificación de ejercicio de la responsabilidad parental.

#### **Artículo 16 (atribución o extinción de la responsabilidad parental)**

---

<sup>52</sup> Vid Kropholler, artículo citado, *RabelsZ*, 1994.1, 6.

### *Apartado 1*

98. Este apartado dicta una norma de conflicto de leyes para la responsabilidad parental que designa la ley del Estado de la residencia habitual del niño. La redacción adoptada aporta algunas precisiones sobre el objeto de esta norma de conflicto.

El texto no habla ya de relación de autoridad, sino de responsabilidad parental, conforme a la nueva terminología (vid *supra*, nº 14 *ad* art. primero, apartado 2). No se limita a la atribución de esta responsabilidad, sino que se extiende también a su extinción. Sobre todo, en relación al artículo 3 del Convenio de 1961, trata de hacer más clara la expresión "resultante de pleno derecho de la ley", sustituyéndola por "*sin intervención de una autoridad judicial o administrativa*". El umbral que hace pasar la situación considerada del ámbito del artículo 16 al de los artículos 5 y siguientes es precisamente la intervención de una autoridad. Se trata sólo de la intervención activa de la autoridad, de la intervención por la cual toma efectivamente la decisión de atribución o de extinción de la responsabilidad parental. En la Comisión especial se mencionó el caso de ciertos derechos, especialmente de países escandinavos, según los cuales la responsabilidad parental conjunta de los padres no casados, que resulta de la ley, debe ser objeto de un registro o de una notificación a ciertas autoridades, por ejemplo, fiscales. La autoridad que registra o que recibe dicha notificación no interviene para tomar decisión alguna y debe quedar claro que estas situaciones dependen del artículo 16.

99. El texto indica que es la "ley" del Estado de la residencia habitual la que es aplicable. Lo que esto significa constituye el objeto del artículo 21, relativo al reenvío y al conflicto de sistemas (vid *infra*). Esta ley puede ser tanto la de un Estado contratante como la de un Estado no contratante (vid *infra*, art. 20).

100. Para atribuir o declarar extinguida la responsabilidad parental, la ley aplicable se apoya generalmente sobre ciertos hechos, como un matrimonio, un reconocimiento o un fallecimiento. El anteproyecto adoptado por la Comisión especial precisaba que la residencia habitual a tomar en consideración para determinar la ley aplicable era la del niño en el momento de los hechos sobre los que se fundaba la atribución o la extinción de la responsabilidad parental. La Sesión diplomática suprimió esta precisión temporal. En consecuencia, corresponde a la ley del Estado de la residencia habitual del niño decidir si toma o no en consideración los hechos que se hubieran producido antes de que el niño tuviera su residencia habitual en dicho Estado.

101. Esta norma de conflicto convencional, que da competencia a la ley del Estado de la residencia habitual del niño para regular *la responsabilidad parental*, debe combinarse con la norma de conflicto aplicable al estatuto personal en cada Estado contratante (*cf. supra*, nº 30, *ad* art. 4, *d*). La delimitación de las categorías "responsabilidad parental" y "estatuto personal" no debería plantear graves dificultades, al menos en teoría. Si es cierto, por ejemplo, que la responsabilidad parental cubre las cuestiones de representación del niño y no las cuestiones de capacidad, no es menos cierto que el Convenio, al declararse aplicable a todos los niños de menos de 18 años (art. 2, vid *supra*, nº 16), son las disposiciones de éste las que se aplicarán a la protección de estos niños, incluso si son capaces según la ley aplicable a su estatuto personal. En la práctica, las soluciones no serán siempre éstas, pero el Convenio da a la autoridad que conoce del caso los medios para encontrarlas. La delegación holandesa dio el ejemplo de un niño menor según su ley personal pero capaz según la misma ley de realizar sin autorización ciertos actos de la vida civil. Se puede dudar en situar esta capacidad parcial en la categoría "capacidad" para la

cual el Convenio no propone una norma de conflicto o en la categoría "protección de los niños". La respuesta podría ser que se trata de apreciar con posterioridad la validez de un acto realizado sólo por el menor, la cuestión resulta en determinar si el menor tenía la capacidad de realizar tal acto, y la autoridad que conoce del caso la solucionará en aplicación de su propio Derecho internacional privado. Si, por el contrario, se pide una autorización para realizar este acto a la autoridad de un Estado contratante, esta autoridad apreciará según su ley si conviene tomar tal medida de protección, pero podrá tomar a este fin en consideración, como le permite el artículo 15, apartado 2, la ley reguladora de la capacidad de este niño según su propio Derecho internacional privado.

102. El texto adoptado no da solución a las cuestiones de estatuto personal previas a la existencia de una responsabilidad parental de pleno derecho. Por ejemplo, si la ley de la residencia habitual, aplicable en virtud del artículo 16, apartado primero, subordina la atribución de pleno derecho de la responsabilidad parental a la validez del reconocimiento del niño, no carece de razón pensar que esta validez debe apreciarse conforme a la ley designada por la norma de conflicto del Estado de la residencia habitual del niño más que por la norma de conflicto del foro, pero el texto no impone esta solución y la Conferencia prefirió dejar a los Estados contratantes la resolución de este problema.

#### *Apartado 2*

103. Este apartado extiende la solución del apartado primero a la responsabilidad parental que depende de un acuerdo o de un acto unilateral. El "acuerdo" aquí mencionado, al cual se refiere igualmente el artículo 3 *in fine* del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*<sup>53</sup>, es, por ejemplo, el que los padres hubieran podido concluir entre ellos sobre la guarda o el derecho de visita. El "acto unilateral" podrá ser un testamento o una disposición de última voluntad, por la cual el último padre del niño designara un tutor al niño. Si la atribución o la extinción de una responsabilidad parental por un acuerdo o acto unilateral debe ser objeto de homologación o control por una autoridad judicial o administrativa, debe ser calificada como medida de protección y depende de las autoridades cuya competencia se determina en el Capítulo II del Convenio. El apartado 2 del artículo 16 encuentra su utilidad en el caso en que según la ley del Estado de la residencia habitual del niño, este acto o este acuerdo tenga efecto "sin intervención de una autoridad judicial o administrativa"<sup>54</sup>. Si el apartado 2 no existiese, una atribución (o extinción) resultante de este acto o acuerdo estaría fuera del Convenio, puesto que no se produce "de pleno derecho" en el sentido del apartado primero. El interés del apartado 2 es someterla a la misma ley que la atribución (o extinción) de pleno derecho.

---

<sup>53</sup> Vid el Informe sobre este Convenio de Elisa Pérez Vera, *Actes et documents de la Quatorzième session*, tomo III, p. 447, n° 70: "los acuerdos considerados pueden ser simples transacciones privadas entre las partes, en relación a la guarda de los niños". El Convenio de 1980 considera acuerdos "en vigor según el derecho de este Estado", es decir, en el contexto de este Convenio, según el derecho de la residencia habitual del niño antes de su desplazamiento. El texto aquí examinado no menciona esta condición de "estar en vigor" según el Derecho del Estado de la residencia habitual del niño, pero es porque dicta una norma de conflicto de leyes y no de reconocimiento.

<sup>54</sup> Como para el apartado primero, la intervención puramente pasiva de una autoridad que se limitara a registrar el acuerdo o acto unilateral sin ejercer ningún control del fondo, no debe ser considerada como una intervención en el sentido de este apartado 2 que se aplica pues sin ninguna duda posible a un tal acuerdo o acto unilateral.

104. El apartado 2 precisa que la fecha a tomar en consideración para determinar la residencia habitual es aquella en que el acto o acuerdo produce efecto, que puede ser posterior a la de la conclusión del acuerdo o de la redacción del testamento. En los ejemplos presentados, esta fecha será normalmente, para el acuerdo concluido en relación al divorcio, la de la fecha de efecto del divorcio y para el testamento, la del fallecimiento del testador. Podría sorprender que el apartado 2 contenga una referencia al elemento temporal, mientras que esta referencia se suprimió del apartado primero. La diferencia se justifica por la consideración de que en el apartado 2 la responsabilidad parental se atribuye en relación a un acto preciso, situado en el tiempo.

#### *Apartados 3 y 4*

105. Estos dos apartados tratan de regular el problema muy delicado del efecto del cambio de residencia habitual del niño sobre la responsabilidad parental atribuida de pleno derecho. Son el resultado de un acercamiento entre dos puntos de partida muy separados y de los cuales ninguno de ellos tenía en cuenta la totalidad de los elementos del problema.

La primera opinión era la de la mutabilidad. A partir del momento en que la responsabilidad parental está conectada a la ley de la residencia habitual, se decía, es preciso admitir que a todo cambio del Estado de la residencia habitual corresponde un cambio de la ley aplicable a la atribución o a la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental. Las ventajas que argüían los partidarios de esta solución eran las de la simplicidad y de la seguridad. Simplicidad para las autoridades a que se hubiera acudido - normalmente las de la nueva residencia habitual del niño - que aplicarían su propia ley a la verificación de la existencia de una responsabilidad parental de pleno derecho. Simplicidad también y seguridad para los terceros que tuvieran que tratar con el representante legal del niño, ya que no tendrían que buscar ni el Estado o los Estados de la o de las residencias habituales anteriores del niño, ni el tenor de la ley de estos Estados. Simplicidad aún para la familia en caso de existencia de varios niños. La aplicación sistemática de la ley del Estado de la nueva residencia habitual tiene la ventaja de que se rija por una misma y única ley la atribución de la responsabilidad parental respecto a todos los niños, en todo caso, de todos los niños que tengan su residencia habitual en un mismo Estado.

La segunda opinión era la de la continuidad de la protección. La responsabilidad atribuida de pleno derecho por la ley del Estado de la residencia habitual del niño subsiste, según esta opinión, a pesar del cambio de residencia habitual del niño. La ventaja radica en evitar una solución de continuidad de la protección en el caso, por ejemplo, en que la ley del Estado de la nueva residencia no atribuya de pleno derecho responsabilidad parental alguna y subordine esta atribución a la intervención de una medida adoptada por una autoridad pública. La tesis de la continuidad permitiría al titular de la responsabilidad parental según la ley de la antigua residencia habitual continuar ocupándose del niño y representándolo en los actos de la vida civil, particularmente en las relaciones con los bancos, en el Estado de la nueva residencia habitual, sin las pérdidas de tiempo y de dinero que habría ocasionado un procedimiento de nombramiento o reconocimiento seguido ante las autoridades de este nuevo Estado.

106. La Comisión especial, ayudada por una contribución de la delegación italiana, consiguió llegar a soluciones más apropiadas en los diferentes casos susceptibles de presentarse y su anteproyecto fue mantenido en su esencia por la Sesión diplomática.

En la hipótesis en que la ley de la antigua residencia habitual no previese responsabilidad

parental de pleno derecho alguna y en que la ley de la nueva residencia habitual la preveyesse, parece evidente que sólo la segunda ley tiene vocación de aplicarse. La Conferencia, considerando que la solución era evidente, no juzgó útil formalizarla en un texto, pero resulta implícitamente del apartado primero.

En la hipótesis en que la ley de la antigua residencia habitual preveyesse una responsabilidad parental de pleno derecho y en que la ley de la nueva residencia habitual no preveyesse ninguna, la consideración de la continuidad de la protección es la más fuerte y el apartado tercero del artículo 16 indica que "la responsabilidad parental existente según la ley del Estado de la residencia habitual del niño subsiste después del cambio de esta residencia habitual a otro Estado".

107. La tercera hipótesis es aquella en que las dos leyes prevén una responsabilidad parental de pleno derecho, pero están en conflicto sobre quien sea el o los titulares de ésta. El apartado 3 del artículo 16 es igualmente aplicable a esta situación en cuanto deja subsistir la responsabilidad parental resultante de la ley del primer Estado, pero debe entonces leerse con el apartado 4. Este engancha en cierta forma al tren del primer Estado el vagón suplementario del segundo Estado. En efecto, sin volver sobre la solución del apartado 3, decide en sustancia que la ley interna del segundo Estado se aplicará si atribuye de pleno derecho la responsabilidad parental a una persona a quien la ley del primer Estado, aplicable en virtud de los apartados 1 y 2 no la había atribuido. Si, por ejemplo, la ley del primer Estado atribuía de pleno derecho la responsabilidad parental a la madre del hijo natural y la ley del segundo Estado atribuye de pleno derecho esta responsabilidad al padre y a la madre, o incluso solamente al padre, la ley del segundo Estado será aplicable en cuanto añade un titular de la responsabilidad parental a aquel que se beneficiaba de ella ya en aplicación de la ley del primer Estado. En el caso inverso, si, por ejemplo, la ley del primer Estado atribuía la responsabilidad parental conjuntamente al padre y a la madre, mientras que la ley del segundo Estado la atribuía sólo a la madre, la ley del segundo Estado quedaría sin efecto sobre los derechos del padre el cual, por el apartado 3, conservará la responsabilidad parental que le había atribuido la primera ley.

108. De cierta forma, el apartado 4 contiene una norma de derecho material, al imponer la coexistencia de titulares, supuestamente diferentes, de la responsabilidad parental en aplicación primero de la ley de la antigua y después de la nueva residencia habitual. Hubiera sido concebible, como había sido propuesto por las delegaciones escandinavas y británica (Doc. de trabajo nº 36) contentarse con una norma de conflicto que dejara a la ley del Estado de la nueva residencia habitual decidir sobre esta eventual coexistencia. Esta propuesta fue, en todo caso, descartada, sobre la base de la observación de que las legislaciones de los Estados contratantes no contienen previsiblemente normas sobre una cuestión tan puntual que no se plantea más que para la aplicación de este artículo del Convenio.

Esta coexistencia de varios titulares de la responsabilidad parental investidos en aplicación de leyes diferentes no podrá funcionar más que en el caso de un entendimiento entre estas personas.

En caso de desacuerdo ente ellas, el conflicto podrá solucionarse por una medida que uno u otro solicitará a la autoridad competente del Estado de la nueva residencia habitual (*cf.* art. 5, apartado 2).

#### *Artículo 17 (ejercicio de la responsabilidad parental)*

109. Este artículo introduce una distinción, próxima a la adoptada en el apartado 3 del artículo

15, entre la atribución, regulada por el artículo 16, y el ejercicio de la responsabilidad parental, sometido a la ley del Estado de la residencia actual del niño. La distinción toma evidentemente su importancia en caso de cambio de la residencia habitual del niño, ya que el ejercicio de la responsabilidad parental obedece al principio de mutabilidad. Así, el titular de la responsabilidad parental según la ley del Estado de la precedente residencia habitual conserva esta responsabilidad, pero, a partir del cambio de la residencia habitual del niño, la ejerce en las condiciones previstas por la ley interna del segundo Estado. Si, por ejemplo, esta ley prevé que ciertos actos que según la ley del primer Estado podría realizar individualmente el titular de la responsabilidad parental no pueden realizarse sin la autorización de una autoridad, esta autorización deberá solicitarse.

**Artículo 18** (*retirada o modificación de la responsabilidad parental*)

110. Este artículo precisa que "podrá privarse de la responsabilidad parental a que se refiere el artículo 16 o modificarse las condiciones de su ejercicio mediante medidas adoptadas en aplicación del Convenio". Este texto pone fin al problema de interpretación ya señalado (vid *supra*) del artículo 3 del Convenio de 1961. La existencia de una responsabilidad parental de pleno derecho no puede ser un inconveniente a las medidas de protección que pudieran considerarse necesarias. Este artículo 18 podrá además utilizarse después de un cambio de residencia habitual del niño si las autoridades competentes estiman que la aplicación cumulativa a la responsabilidad parental de pleno derecho de las leyes de las residencias habituales sucesivas conduce a una parálisis de la protección.

**Artículo 19** (*protección de los terceros*)

111. Dado que el Convenio opta, en caso de cambio de la residencia habitual del niño, por el principio de la continuidad de la responsabilidad parental atribuida de pleno derecho por la ley del Estado de la precedente residencia habitual, se hace correr el riesgo a los terceros que actúan en el Estado de la nueva residencia habitual de cometer un error sobre la persona o sobre los poderes del representante legal del niño. Tratando de buena fe con la persona que, según la ley local, hubiera tenido la condición de representante legal del niño, puede ignorar que el representante legal cualificado del niño es la persona a quien esta cualidad le ha sido atribuida de pleno derecho por la ley del Estado de la precedente residencia habitual o que ha sido regularmente investido por una medida adoptada por las autoridades de otro Estado actuando en el cuadro de su competencia.

El artículo 19, cuyo espíritu recuerda el del célebre caso francés *Lizardi*<sup>55</sup> y el del artículo 11 del *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, consagra la teoría de la apariencia en beneficio de terceros de buena fe que hayan tratado "con una persona que tendría la condición de representante legal [del niño] según la ley del Estado en que se ha celebrado el acto". El tercero está protegido "salvo que el tercero supiera o debiera haber sabido que la responsabilidad parental se regía por [la ley designada por las disposiciones del presente capítulo]". Es, pues, una buena fe reforzada por un deber de diligencia que se exige al tercero.

---

<sup>55</sup> Cass. Req. 16 de enero de 1861, D.P. 1861.I.193, a. 1861.I.305.

112. La protección consiste en que "la validez de un acto ... no puede impugnarse ..., ni declararse la responsabilidad del tercero" por el solo motivo de que el acto se haya celebrado con la persona considerada equivocadamente, en las circunstancias indicadas, como el representante legal del niño. Así, el banquero que, detentando fondos pertenecientes al niño, los hubiera remitido al representante aparente de éste no estará obligado a entregar de nuevo el equivalente a un representante cualificado del niño. Igualmente el tercero que hubiera adquirido regularmente de la misma persona bienes del niño podrá conservarlos.

113. La apariencia de responsabilidad parental detrás de la cual puede ampararse el tercero es la que resulta de la "ley del Estado en que se ha celebrado el acto". El apartado 2 precisa que la norma no juega mas que "en los casos en que el acto se ha celebrado entre personas presentes en el territorio de un mismo Estado". Se exige, en efecto, una mayor diligencia del tercero si trata a distancia con una persona que se dice representante legal del niño.

114. La norma del artículo 19 se aplica cualquiera que sea el acto celebrado entre el tercero y el representante aparente del niño. La Conferencia rechazó proposiciones (Docs. de trabajo nº 81 y 141) que la habrían descartado para los actos de Derecho de familia, de sucesiones o relativos a derechos reales inmobiliarios. pero nada impide pensar que la diligencia requerida del tercero para beneficiarse del artículo 19 debe estar en proporción con la importancia del acto que celebra, especialmente cuando afecta a derechos inmobiliarios.

*Artículo 20 (carácter universal de las normas de conflicto)*

115. Este artículo se ha convertido en habitual en los Convenios de La Haya en materia de conflicto de leyes. No hay lugar para aplicarlo, como se ha indicado, en la hipótesis prevista en el artículo 15, apartado 3.

*Artículo 21 (reenvío y conflicto de sistemas)*

116. El apartado primero de este artículo, también tradicional en los Convenios de La Haya en materia de conflicto de leyes, recoge el principio de exclusión del reenvío.

El apartado 2, cuya primera frase, surge de una proposición de la delegación española (Doc. de trabajo nº 82), recoge literalmente el artículo 4 del *Convenio de La Haya de 1º de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte*, aporta una excepción a la exclusión del reenvío, en las hipótesis en que podría destruir sin beneficio notable la armonía que hubiera podido establecerse entre los Estados no contratantes en contacto con la situación. Si, por ejemplo, el niño tiene su residencia habitual en un Estado no contratante que somete la responsabilidad parental a la ley nacional del niño y ésta, supuestamente la de otro Estado no contratante, acepta su competencia, no hay más que ventajas en que la responsabilidad parental resultante de dicha ley sea reconocida en los Estados contratantes. Es lo que precisa la primera frase del apartado 2.

En el caso en que la ley de este otro Estado no contratante no acepte su competencia, no existe armonía preexistente a preservar entre Estados no contratantes y la segunda frase del apartado 2 precisa que la ley aplicable es entonces la designada directamente por el artículo 16, con exclusión del reenvío. Se ha observado a lo largo de los debates que el artículo 21 no regula la situación en que la ley de un Estado no contratante, designada por el Convenio, reenviara a la ley de un Estado contratante. pero el apartado 2, al empezar por "no obstante", indica que no hay

lugar a derogar la exclusión del reenvío más que en la hipótesis precisa mencionada en este apartado.

**Artículo 22** (*orden público*)

117. Este artículo reproduce la disposición habitual en los Convenios de La Haya sobre la excepción de orden público. Precisa, sin embargo, que la intervención del orden público deberá tener en cuenta el interés superior del niño, que debe inspirar, por otra parte, la aplicación de todos los artículos del Convenio.

CAPITULO IV - RECONOCIMIENTO Y EJECUCION

118. Como se ha indicado (*supra*), este capítulo llena una laguna del Convenio de 1961, que se contentaba con incluir el principio de reconocimiento mutuo de medidas adoptadas en los Estados contratantes, pero reenviaba la ejecución al Derecho interno del Estado requerido o a los Convenios internacionales en vigor en ese Estado. Inspirándose en los Convenios más recientes, particularmente en los Convenios de Bruselas y de Lugano relativos a la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y comercial, el Convenio distingue el reconocimiento (arts. 23 a 25), la declaración de exequátur o el registro a los fines de ejecución (arts. 26 y 27) y, finalmente, la ejecución (art. 28).

**Artículo 23** (*reconocimiento y motivos de rechazo del reconocimiento*)

*Apartado 1*

119. Este apartado establece el principio del reconocimiento de pleno derecho en todo Estado contratante de las medidas adoptadas en otro Estado contratante. En un Convenio doble, fundado en la reciprocidad, no era posible ir más lejos y prever, como alguna delegaciones hubieran deseado<sup>56</sup>, el reconocimiento de pleno derecho, bajo ciertas condiciones, de decisiones de Estados no contratantes.

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 apartado 2. El Convenio no excluye, sin embargo, un procedimiento preventivo limitado al reconocimiento o al no reconocimiento de la medida (vid art. 24, *infra*).

120. Para ser reconocida una medida, debe estar evidentemente probada. Esta prueba resulta normalmente de un documento escrito que emana de la autoridad de origen y consigna la decisión adoptada por ésta. En casos de urgencia, sin embargo, puede ocurrir que la medida sea adoptada por teléfono y dé lugar simplemente a una nota manuscrita en el expediente. Para evitar toda desviación burocrática, el Convenio se ha abstenido de subordinar el reconocimiento a la presentación de un documento escrito, fechado y firmado por la autoridad de origen. Por consiguiente, un telefax, por ejemplo, podría probar la medida para su reconocimiento.

---

<sup>56</sup> Vid las proposiciones contenidas en los Docs. de trabajo nº 71 y 86, rechazadas por la Conferencia.

### *Apartado 2*

121. El apartado 2 enumera limitativamente los motivos por los que el reconocimiento puede rechazarse. Debe señalarse que este apartado 2 autoriza el rechazo del reconocimiento, pero no lo impone.

#### *Párrafo a*

122. El reconocimiento puede rechazarse si la medida se ha tomado por una autoridad cuya competencia no se basaba en un criterio de competencia previsto en el Capítulo II. El Convenio no excluye el reconocimiento de medidas de protección adoptadas en un Estado contratante en situaciones en que el Convenio no era aplicable, pero este reconocimiento se sitúa fuera del campo de aplicación del Convenio, como resulta del rechazo de la Conferencia a adoptar una disposición inspirada en el artículo 4 de los Convenios de Bruselas y de Lugano<sup>57</sup>. Es en este espíritu que ya la Comisión especial rechazó una proposición holandesa que pretendía reconocer la competencia indirecta de las autoridades del Estado contratante de la nacionalidad de un niño que tuviera su residencia habitual en un Estado no contratante.

El párrafo *a* implica que la autoridad requerida tiene el poder de verificar la competencia indirecta de la autoridad de origen. Está, en todo caso vinculada en esta verificación por las constataciones de hecho sobre las que la autoridad de origen hubiera fundado su competencia (art. 25, *vid infra*).

#### *Párrafo b*

123. El rechazo del reconocimiento es posible si, fuera de los casos de urgencia, la medida se adopta sin haber dado al niño la posibilidad de ser oído, en violación de los principios fundamentales del procedimiento del Estado requerido. Este motivo de rechazo se inspira directamente en el art. 12, apartado 2, del *Convenio de Naciones Unidas sobre derechos del niño*. No implica que el niño deba ser oído en todos los casos. Se ha observado acertadamente que no es siempre del interés del niño tener que dar su opinión, particularmente si ambos progenitores están de acuerdo sobre la medida a adoptar. Es solamente cuando la no audiencia del niño es contraria a los principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido que podrá justificarse un rechazo del reconocimiento. Pero no debe distinguirse en este punto según que la medida se haya tomado en el cuadro de un procedimiento judicial o administrativo. Se trata en suma de una cláusula especial de orden público procesal. Esta no se aplica en los casos de urgencia, para los cuales las exigencias del orden público procesal deben entenderse de forma más flexible.

#### *Párrafo c*

124. Se trata de otra manifestación del orden público procesal, que sanciona la violación de los derechos de defensa. El reconocimiento podrá rechazarse "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". Si, por

---

<sup>57</sup> Vid *supra* la observación final relativa al Capítulo II del Convenio.

ejemplo, en el cuadro del artículo 18, la autoridad competente retira la responsabilidad parental a su titular legal sin oírle, éste podrá invocar este atentado a su responsabilidad parental para oponerse al reconocimiento de la medida.

#### *Párrafo d*

125. El texto consagra la contrariedad manifiesta con el orden público del Estado requerido como motivo de no reconocimiento pero añade, como el artículo 24 del Convenio de 29 de mayo de 1993 sobre adopción, que el orden público se aprecie teniendo en cuenta el interés superior del niño.

#### *Párrafo e*

126. Este párrafo, cuya redacción se aproxima a la del artículo 27, apartado 5, de los Convenios de Bruselas y Lugano<sup>58</sup>, se ocupa de la hipótesis de conflicto entre la medida a reconocer, adoptada en un Estado contratante, y otra medida adoptada posteriormente en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño y que cumpla las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido. En tal caso, si las dos medidas son incompatibles, la preferencia se dará a la segunda, adoptada por una autoridad más próxima al niño y mejor situada por la misma razón para apreciar su interés superior.

Esta preferencia dada a la medida adoptada posteriormente en un Estado no contratante se limita a las medidas tomadas en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño. No se extiende, por ejemplo, a las medidas adoptadas por las autoridades del Estado de la nacionalidad del niño, consideradas, en relación a la noción de proximidad, como menos apropiadas que las del Estado de la residencia habitual para apreciar el interés superior del niño.

Esta limitación tiene como consecuencia que un Estado contratante no puede reconocer la medida tomada en un Estado no contratante distinto del de la residencia habitual del niño si es incompatible con una medida adoptada anteriormente en un Estado contratante competente en virtud del Capítulo II<sup>59</sup>. Sería distinto si el Estado contratante requerido estuviera obligado por un tratado a reconocer la medida tomada por el Estado no contratante. El conflicto entre las medidas sería entonces un conflicto entre el presente Convenio y el tratado que vincule al Estado contratante requerido con el Estado no contratante de origen. Este conflicto de Convenios encuentra su solución en el artículo 52 (*vid infra*).

#### *Párrafo f*

---

<sup>58</sup> Con la diferencia de que estos Convenios dan preferencia a la decisión dictada *anteriormente* en un Estado no contratante y que reúna en el Estado requerido las condiciones necesarias para su reconocimiento, ya que la autoridad de cosa juzgada reconocida a esta primera decisión se opone al reconocimiento de una decisión posterior incompatible con ella. Por el contrario, en este Convenio, es la medida adoptada *posteriormente* en el Estado no contratante la que se prefiere porque, en el espíritu de los artículos 11, apartado 2, 12, apartado 2, y 14, las medidas adoptadas pueden modificarse siempre o reemplazarse por la autoridad del Estado de la residencia habitual actual del niño.

<sup>59</sup> Para evitar situaciones absurdas, convendría apreciar con flexibilidad la noción de incompatibilidad cuando un periodo bastante largo de tiempo separa las dos medidas en conflicto. Incluso si son formalmente contradictorias, las dos medidas no son necesariamente incompatibles si las circunstancias han cambiado.

127. Esta última causa de rechazo del reconocimiento resulta de una propuesta de la delegación holandesa (Doc. de trabajo nº 89) que se encuentra también en el origen del artículo 33, al cual reenvía este párrafo *f*. El artículo 33 (vid *infra*) instituye un procedimiento obligatorio de consulta cuando la autoridad de un Estado contratante considera una medida de colocación de un niño, particularmente por *kafala*, que debe ejecutarse en otro Estado contratante. El artículo 23, apartado 2, letra *f*, evita colocar al Estado en que la medida de colocación debe ejecutarse ante el hecho consumado y le autoriza a rehusar el reconocimiento si el procedimiento de consulta no se ha respetado.

128. Estos motivos de no reconocimiento son los únicos que pueden invocarse por el Estado requerido. Particularmente, la autoridad requerida no está autorizada para ejercer un control de la ley aplicada por la autoridad de origen, incluso cuando la medida se ha adoptado teniendo en cuenta una relación de familia, de parentesco o de matrimonio no reconocida en el Estado requerido. Siguiendo el ejemplo de las soluciones adoptadas por los Convenios de 2 de octubre de 1973 sobre obligaciones alimenticias, el reconocimiento de la medida afecta exclusivamente a la medida y no a la cuestión previa de estatuto personal que le sirve de apoyo. En el mismo espíritu, en la aplicación del artículo 23, la autoridad que decide sobre el reconocimiento no puede proceder a ninguna verificación en cuanto al fondo de la medida tomada (art. 27, vid *infra*).

**Artículo 24** (*acción preventiva para reconocimiento o no reconocimiento*)

129. Produciéndose el reconocimiento de pleno derecho, es únicamente el día en que la medida se invoque en un Estado cuando deberá resolverse una eventual impugnación sobre la existencia de un motivo de no reconocimiento. Esta fecha puede ser demasiado tardía y toda persona interesada puede tener un interés legítimo en aclarar la duda que puede existir sobre la existencia de un tal motivo de no reconocimiento sin demora. Una persona puede así tener interés en hacer constar en un Estado dado el reconocimiento de una medida tomada en otro en el caso siguiente: en un Estado A, la guarda del niño se confió a la madre, con prohibición de fijar la residencia habitual del niño en otro país sin el acuerdo formal del padre. Este quiere consentir a la transferencia de esta residencia al Estado B, pero no querría que la madre se aprovechara para trasladar de nuevo esta residencia al Estado C. Tiene, pues, interés en asegurarse inmediatamente de que el Estado B reconocerá la medida tomada en A y no permitirá a la madre desplazar de nuevo la residencia del niño más que con el acuerdo del padre. A la inversa, un padre privado contra su voluntad de la responsabilidad parental atribuida a la madre del niño por una decisión tomada en A puede tener interés en hacer constatar que esta medida no será reconocida en B, si quiere impedir a la madre la conclusión en nombre del niño de un acto que él estima contrario a los intereses del niño.

La jurisprudencia de algunos Estados contratantes, como Francia, ha admitido ya la admisibilidad de una acción preventiva para reconocimiento de una sentencia extranjera. El artículo 24 del Convenio va más lejos y, para dar una solución satisfactoria a los casos presentados más arriba, admite que todo interesado pueda solicitar a las autoridades competentes de un Estado contratante que se decida tanto sobre el reconocimiento como sobre el no reconocimiento de una medida tomada en otro Estado contratante. El texto limita la admisibilidad de la acción preventiva al reconocimiento o no reconocimiento de las *medidas*. Esta acción preventiva no es aplicable a la responsabilidad parental existente de pleno derecho en virtud de la ley del Estado de la residencia habitual del niño (art. 16), ya que presupone para

funcionar la existencia de una decisión.

130. El Convenio deja a la ley del Estado requerido la fijación del procedimiento de esta acción preventiva. Este procedimiento no está necesariamente calcado del procedimiento de exequátur y el Convenio no impone, como para el exequátur, un procedimiento "simple y rápido" (art. 26, apartado 2). En efecto, el procedimiento de exequátur, en un Convenio internacional destinado a asegurar una especie de libre circulación de decisiones, debe ser rápido y será a menudo no contradictorio en su primera fase <sup>60</sup>. Por el contrario, el procedimiento preventivo trata de instaurar inmediatamente un debate sobre la regularidad internacional de la medida y, en el caso de la acción para el no reconocimiento de la decisión, para paralizar la libre circulación. Tal debate debe lógicamente ser contradictorio, lo que tomará normalmente más tiempo que un procedimiento acelerado de exequátur.

**Artículo 25** (*constataciones de hecho sobre la competencia*)

131. Como ya se ha indicado en relación al artículo 23, apartado 2 a (*vid supra*), la autoridad del Estado requerido está vinculada por las constataciones de hecho en las que la autoridad de origen ha basado su competencia. Si, por ejemplo, la autoridad de origen ha decidido en tanto que autoridad del Estado de la residencia habitual del niño, la autoridad del Estado requerido no podrá controlar los hechos sobre los que la autoridad de origen ha basado su apreciación de la residencia habitual. Igualmente, cuando la competencia reposa sobre una apreciación previa por la autoridad de origen del interés superior del niño <sup>61</sup>, esta apreciación vincula a la autoridad del Estado requerido <sup>62</sup>. Esta regla se encuentra en otros Convenios <sup>63</sup>. En materia de protección de niños, algunos delegados observaron que la regla tenía el riesgo de conducir al vacío, ya que la autoridad que toma la medida, a diferencia de un tribunal que dicta una decisión motivada, no se toma generalmente el trabajo de indicar los hechos sobre los que basa su competencia. Incluso si esta observación puede limitar el ámbito práctico de la regla, no basta para condenarla desde el principio, en tanto que las medidas para las que se plantea un problema de reconocimiento se toman a menudo por una autoridad judicial habituada a motivar sus decisiones.

**Artículo 26** (*exequátur*)

132. Este artículo se ocupa del caso en que las medidas tomadas en un Estado contratante y que son ejecutivas comportan actos de ejecución en otro Estado contratante. Si este no es el caso, el artículo 23 - es decir, el reconocimiento - basta para permitir que la medida produzca sus efectos. Por ejemplo, los poderes conferidos a un representante legal por una medida adoptada en un Estado contratante permitirán a este representante, si no hay motivo de no reconocimiento,

---

<sup>60</sup> Vid el procedimiento a instancia creado por los Convenios de Bruselas y de Lugano, artículos 31 y ss.

<sup>61</sup> Vid los artículos 8, apartado 4, 9, apartado 1, y 10, apartado 1 b.

<sup>62</sup> La Conferencia rechazó, por considerarlo evidente y no debiendo figurar en el texto del Convenio, una propuesta de la delegación suiza (Doc. de trabajo nº 91) que precisaba expresamente este punto

<sup>63</sup> Vid artículo 9, *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a las obligaciones alimenticias*; artículo 28, apartado 2, de los Convenios de Bruselas y de Lugano.

realizar en otro Estado contratante en nombre del niño actos que requieren la protección de su persona o de sus bienes. Pero si la medida comporta actos de ejecución, por ejemplo una medida de coerción para obtener la entrega del niño o la venta forzosa de un bien, 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.

El *apartado primero* del artículo 26 recuerda esta necesidad y menciona que el procedimiento se iniciará, en el Estado requerido "a petición de toda parte interesada, según el procedimiento previsto por la ley de este Estado". No es preciso dar al término "*requête*" el sentido procesal preciso que tiene en el lenguaje jurídico francés de acto inicial de un procedimiento no contradictorio, dirigido directamente al tribunal, ya que el texto, al remitir al procedimiento definido por la ley del Estado requerido, no ha querido tomar posición, a diferencia del Convenio de Bruselas, sobre el procedimiento a adoptar.

El *apartado 2* se limita a prever que el Estado requerido aplicará "un procedimiento simple y rápido", pero deja a este Estado enteramente libre sobre los medios para alcanzarlo y no le fija plazo alguno. Se trata de una *lex imperfecta*.

El *apartado 3* indica, como el artículo 34, apartado 2, del Convenio de Bruselas, que la declaración de exequátur o el registro no pueden rechazarse mas que por uno de los motivos previstos en el artículo 23, apartado 2.

#### **Artículo 27** (*prohibición de revisión en cuanto al fondo*)

133. La prohibición de revisión en cuanto al fondo es una cláusula de estilo en los Convenios sobre reconocimiento y ejecución de decisiones. Afecta tanto al reconocimiento como a la ejecución o el registro.

#### **Artículo 28** (*ejecución*)

134. Este artículo incluye el principio de que las medidas adoptadas en un Estado contratante y declaradas ejecutorias en otro "se ejecutarán como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de este otro Estado". Se trata, de alguna forma, de una naturalización de la medida en el Estado contratante en el que se ejecutará.

El alcance de esta disposición aparece por ejemplo cuando la ejecución de una decisión relativo a un niño ya dotado de una cierta madurez y que se opone a la ejecución de la medida, por ejemplo, que rehúsa absolutamente ir a vivir con el progenitor al que se le ha atribuido la guarda. La Comisión especial rechazó un texto que hubiera autorizado en este caso que la autoridad requerida rechazase la ejecución de la medida. Pareció, en efecto, que el problema de la oposición del niño se planteaba en las situaciones internas en los mismos términos que en las situaciones internacionales y que será preferible dejar a la autoridad requerida que resuelva la dificultad con todo el margen de apreciación que le deja su Derecho interno para las situaciones internas. Si, por ejemplo, el Derecho interno del Estado requerido permite en tal caso no ejecutar una decisión judicial o administrativa, esta regla podrá aplicarse igualmente a una decisión judicial o administrativa tomada en otro Estado contratante.

135. La segunda frase del artículo, surgida de una propuesta de la delegación canadiense (Doc. de trabajo nº 77), refuerza esta solución, indicando que la ejecución se hace "conforme a

la ley del Estado requerido en la medida prevista por dicha ley, teniendo en cuenta el interés superior del niño".

Por ejemplo, si la autoridad de la residencia habitual del niño ha mantenido a un niño en su familia, pero colocando a ésta bajo control de las autoridades sociales locales y si, más tarde, la familia se instala en otro Estado contratante, la ejecución en el segundo Estado de la decisión tomada en el primero no será posible más que si las autoridades del segundo Estado están habilitadas según su ley para cumplir la misión de vigilancia que pesaba sobre las autoridades sociales del primer Estado. En caso negativo, corresponderá a las autoridades del segundo Estado, si es posible después de consultar con la autoridades del primer Estado, adoptar la medida tomada en éste o modificarla conforme al artículo 5, apartado 2.

## CAPITULO V - COOPERACION

136. El Convenio de 1961 reconoció la utilidad de una cierta cooperación entre las autoridades de diversos Estados contratantes llamados a tomar medidas de protección de la persona o de los bienes de los niños. Previó a tal fin diversos casos en que una autoridad, antes de tomar una decisión, debía informar con carácter previo a la autoridad normalmente competente (arts. 4 y 11, apartado 1) o la que había tomado medidas todavía en vigor (art. 5, apartado 2), o incluso proceder a un intercambio de puntos de vista con ella (art. 10). Esta cooperación, rudimentaria en razón de la ausencia de una organización encargada de ponerla en práctica, apenas ha funcionado en la práctica.

La Conferencia tuvo que sacar enseñanzas de este fracaso. Vio el beneficio que podía esperar de la institución en cada Estado contratante, prevista en numerosos Convenios recientes<sup>64</sup>, de una autoridad central encargada de esta cooperación, pero vio también el peligro de un exceso de burocracia cuyo doble efecto sería paralizar la protección del niño y sobre todo desanimar a los Estados, sobre los que recaería el peso, de ratificar el futuro Convenio. Este último peligro era tanto más serio teniendo en cuenta el número de niños cuya protección garantizaría el futuro Convenio, que no tendría proporción con el de niños afectados por los Convenios sobre sustracción de menores o sobre adopciones internacionales.

137. La Conferencia optó por la institución en cada Estado contratante de una Autoridad central que será en cierta forma el punto fijo que podría contactarse por las autoridades de los demás Estados contratantes, que podría contestar a sus peticiones, pero a quien en principio no se impondría ninguna obligación de iniciativa, ninguna obligación de información o de concertación previas a la adopción de medidas (arts. 29 a 32), salvo en un caso (art. 33). Paralelamente al papel así reconocido a la Autoridad central, el Convenio previó bastante ampliamente la posibilidad de comunicaciones y solicitudes directas de información entre las autoridades de los Estados contratantes diferentes llamados a adoptar medidas de protección (arts. 34 a 37), así como la posibilidad de concluir entre ellas acuerdos para facilitar esta

---

<sup>64</sup> Convenio 15 noviembre 1965 (notificación de actos); 18 marzo 1970 (obtención de pruebas); 25 octubre 1980 (sustracción de menores); 29 mayo 1993 (adopción). Este mecanismo fue copiado por otras instituciones internacionales, particularmente por el Consejo de Europa, vid. Convenio 20 mayo 1980 (ejecución de decisiones en materia de guarda). Cf. Droz, "Evolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye", *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, pp. 129 y ss.

cooperación (art. 39).

El funcionamiento de la cooperación prevista por el Convenio ocasionará ciertos gastos. El artículo 38, surgido de una proposición de Canadá, inspirado en el artículo 26 del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, prevé que cada Autoridad Central soportará en principio sus propios gastos (vid *infra*, nº 152).

**Art. 29** (*establecimiento de una Autoridad central*)

138. Este artículo establece la obligación de los Estados contratantes de designar una Autoridad central encargada de satisfacer las obligaciones impuestas por el Convenio y prevé la posibilidad de designar varias Autoridades centrales por los Estados con sistema no unificado. Se redactó siguiendo el modelo de los artículos 6 de los Convenios de 25 de octubre de 1980 y de 29 de mayo de 1993. La sugerencia de permitir la creación de varias Autoridades centrales en los Estados con sistema unificado no se admitió.

**Artículo 30** (*obligación general de cooperación*)

139. Las Autoridades centrales tienen una misión general de cooperación y de información. El artículo 30 es el equivalente de los artículos 7 de los dos Convenios antes citados. Las informaciones a proporcionar a petición se referirán a la legislación en vigor y a los servicios disponibles en el Estado considerado en materia de protección de menores. Algunos delegados expresaron el temor de que las Autoridades centrales sean utilizadas como servicio de consulta legislativa general por las autoridades de otros Estados, pero este peligro no parece haberse hecho realidad en la aplicación de otros Convenios que contienen la misma norma.

**Artículo 31** (*comunicaciones, mediación, localización*)

140. El artículo 31 es un texto bastante completo que enumera algunas tareas que debe realizar la Autoridad central, "ya sea directamente o con la cooperación de Autoridades públicas o de otros organismos". El texto, deliberadamente, no califica estos organismos. La Comisión especial había rechazado, en efecto, una proposición del Servicio Social Internacional que hubiera limitado la posibilidad de delegación de la Autoridad central a los "organismos profesionales designados" y tampoco admitió la sugerencia de limitar esta posibilidad, como en el Convenio de 1993 sobre adopción (art. 9), a los "organismos debidamente acreditados en su Estado". Si la condición de una acreditación y de profesionalidad, más en general de un control formal, se comprende en materia de adopción, por el contrario, cuando se trata de forma muy general de la protección de los menores, no parece deseable privarse por adelantado de los servicios de asociaciones que han probado su utilidad en el ámbito que les es propio, incluso si no han pedido acreditación e incluso si no responden a los criterios de profesionalidad. Desde luego, el rechazo de la propuesta no excluye en caso alguno que la Autoridad central pueda acudir a organismos de una competencia tan indiscutida como es la del Servicio Social Internacional.

141. La primera tarea que incumbe a la Autoridad central en el cuadro de este artículo es "a) facilitar las comunicaciones y ofrecer la asistencia previstas en los artículos 8 y 9 y en el presente capítulo". La segunda parte de la frase "y ofrecer la asistencia" se incluyó a petición del Servicio Social Internacional a fin de ampliar el papel de la Autoridad central en el caso en que disponga de elementos de información que podrá entonces transmitir al mismo tiempo que "facilita las

comunicaciones".

La segunda tarea es "b) facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio". La incitación dada a los modos de arreglo amistoso de los litigios relativos a los niños se limita por la última parte de la frase del párrafo b) a las situaciones internacionales, con el objetivo de no inmiscuirse en la solución de las situaciones internas de cada Estado.

Finalmente, el art. 31 asigna a la Autoridad central la tarea de tomar medidas para "c) ayudar, a petición de una autoridad competente de otro Estado contratante, a localizar al niño cuando parezca que éste se encuentra en el territorio del Estado requerido y necesita protección". Esta disposición, inspirada en una iniciativa canadiense llamada "Proyecto retorno internacional" (*Projet retour international/Project Return International*) que ha sido probada en América del Norte, debería facilitar la localización de niños desplazados, fugados o, más en general, en dificultades.

**Art. 32** (*solicitud de informe o de medidas*)

142. Este artículo, incluido a petición de la delegación australiana (Doc. de trabajo n° 30) es una versión reducida del artículo 9. Se ocupa del caso en que una Autoridad, central o no, de un Estado con el que el niño tiene un vínculo estrecho se preocupa de la suerte de este niño que tiene su residencia habitual o que se encuentra en otro Estado contratante y dirige a la Autoridad central de este Estado una solicitud motivada para que le proporcione un informe sobre la situación del niño o para adoptar medidas tendentes a la protección de su persona o de sus bienes. El artículo 32 habilita a la Autoridad central requerida a contestar a esta solicitud, sea directamente, sea con el concurso de Autoridades públicas o de otros organismos, pero no le obliga a hacerlo.

**Artículo 33** (*colocación transfronteriza*)

143. Este artículo, ya mencionado en relación al artículo 23, apartado 2 f), instituye el único procedimiento de consulta obligatoria prevista por el Convenio. Se produce cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 considera la colocación del niño en una familia de recepción, un establecimiento o una institución, o incluso su acogimiento legal por *kafala*, y esta colocación debe tener lugar en el extranjero en otro Estado contratante. Esta consulta da un poder de control 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<sup>65</sup>. 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 esta autoridad un informe sobre la situación del niño y los motivos de la propuesta de colocación.

---

<sup>65</sup> Vid *infra*, en relación al artículo 38.

El apartado 2 del artículo 33 precisa que la medida de colocación no puede tomarse por el Estado requirente más que después de su aprobación por la Autoridad central u otra autoridad competente del Estado requerido. El no respeto de este procedimiento de consulta previa es sancionado por el rechazo de reconocimiento de la medida de colocación (art. 23, apartado 2 f, *vid supra*).

**Artículo 34** (*comunicación de informaciones concretas sobre un niño determinado*)

*Apartado 1*

144. Este texto habilita a la autoridad competente de un Estado contratante, cuando considera la posibilidad de adoptar una medida de protección, a solicitar a cualquier otra autoridad de otro Estado contratante que tenga informaciones útiles para la protección del niño que se las comunique. Aunque la letra del texto no lo precisa expresamente, está claro que las autoridades a que aquí se hace referencia son sólo autoridades públicas, las únicas, por otra parte, que el Convenio considera que pueden tomar medidas de protección, y no asociaciones u organismos no gubernamentales.

Esta posibilidad de solicitar se justifica por sí sola, pero se han tomado ciertas precauciones para evitar los peligros de una recolección incontrolada de informaciones. El interés superior del niño debe también aquí servir de guía, tanto a la autoridad requirente como a la autoridad requerida. Así, es sólo "si la situación del niño lo exige" cuando se autoriza la solicitud de informaciones. Corresponde a la autoridad requirente apreciar esta condición y, en la motivación de su solicitud de informaciones, hacer aparecer que se cumple tal condición. En el mismo espíritu, el artículo 37 prohíbe tal petición si pusiera en peligro la persona o los bienes del niño o constituyese una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia. El propio artículo 37 establece una prohibición simétrica a la autoridad requerida de transmitir las informaciones solicitadas si esta transmisión hace correr los mismos riesgos al niño o a los miembros de su familia.

Aunque el texto no lo expresa formalmente, debe admitirse que la autoridad requerida no está nunca obligada a proporcionar las informaciones solicitadas. Debe disponer de un poder propio de apreciación y la Conferencia rechazó una propuesta (Doc. de trabajo n° 99) que quería obligarla a motivar por escrito su decisión de rechazo. Es además posible que su ley interna no le permita responder a la solicitud de informaciones, particularmente cuando ésta infringiría normas de esta ley sobre el secreto profesional.

*Apartado 2*

145. El apartado primero deja a toda autoridad competente de un Estado contratante la posibilidad de dirigirse a toda autoridad de otro Estado contratante para pedirle las informaciones que necesite. Esta flexibilidad de funcionamiento puede ser ventajosa, pero puede también dificultar el funcionamiento de la cooperación deseada si la autoridad requerida no puede identificar cómodamente la autoridad requirente ni apreciar su cualidad para dirigir tal solicitud. Así, el apartado 2, siguiendo en esto una proposición de la delegación eslovaca (Doc. de trabajo n° 14), prevé la posibilidad para un Estado contratante de hacer una declaración según la cual las solicitudes previstas en el apartado primero sólo podrán ser encaminadas a través de su Autoridad central.

En las relaciones entre los Estados parte en el *Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial*, las peticiones previstas en este capítulo podrían encaminarse a través de los canales previstos en este Convenio. La solución es evidente y la Conferencia juzgó que no era necesario recordarlo en una disposición expresa en este Convenio.

**Artículo 35** (*Asistencia para la puesta en práctica de las medidas, derecho de visita*)

*Apartado 1*

146. Este apartado 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 éste en un establecimiento apropiado situado en un Estado distinto de aquel que ha tomado la medida de colocación.

El texto menciona particularmente esta asistencia para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita ya concedido, así como el derecho de mantener contactos directos regulares. En lo que se refiere al derecho de visita, esta cooperación entre autoridades locales de los Estados contratantes viene a completar y reforzar en cierta medida la cooperación no siempre eficaz prevista a los mismos fines entre las Autoridades centrales de los Estados contratantes por el artículo 21 del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*. En cuanto a los contactos regulares, su mantenimiento está previsto por el artículo 10 del *Convenio relativo a los derechos del niño*, que es así puesto en práctica por el futuro Convenio.

*Apartados 2 a 4 (atribución de derecho de visita)*

147. Estos apartados, cuyo origen se remonta a una propuesta de la Oficina Permanente presentada en la Comisión especial que fue rescatada durante la Sesión diplomática por propuestas de las delegaciones suiza, americana e irlandesa (Doc. de trabajo números 43, 96 y 100), se refieren a la asistencia en materia de atribución de un derecho de visita.

La hipótesis considerada es la de un progenitor que solicita la atribución de un derecho de visita, cuando reside en un Estado distinto del de la residencia habitual del niño. Las autoridades del Estado de residencia de este progenitor no son normalmente competentes en virtud de los artículos 5 a 10 para conceder este derecho de visita, pero son las que se encuentran en mejor posición para recoger las informaciones sobre la aptitud de este progenitor para ejercer el derecho de visita. Así, el apartado 2 permite a este progenitor pedir a estas autoridades recoger tales informaciones y pronunciarse sobre su aptitud para ejercer este derecho y sobre las condiciones en que podrá ejercerlo. Estas autoridades no son competentes para conceder el derecho de visita, pero pueden en cierta medida proporcionar un certificado de aptitud al progenitor solicitante, que la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 deberá tener en cuenta antes de pronunciarse sobre el derecho de visita.

148. Esta autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 podrá incluso, según el apartado 3, suspender el procedimiento hasta que termine el procedimiento previsto en el apartado precedente. Esta posibilidad de suspensión del procedimiento será particularmente útil en caso

de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado y de solicitud de modificación<sup>66</sup> o supresión del derecho de visita presentada en el Estado de la nueva residencia habitual. Pero estos mecanismos de consulta deben continuar siendo facultativos, a fin de no hacer más pesados los procedimientos y hacerlos inútilmente onerosos. La Conferencia, con esta idea, rehusó imponer a la autoridad del Estado de la nueva residencia habitual del niño, a la que se presentó una demanda de modificación o supresión del derecho de visita, suspender el procedimiento para permitir al padre residente en otro Estado iniciar el procedimiento previsto en el apartado 2.

149. Para evitar cualquier vacío en la protección del niño, el apartado 4 prevé que la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 podrá tomar medidas provisionales hasta que termine el procedimiento previsto en el apartado 2.

#### *Artículo 36 (niño en grave peligro)*

150. Este artículo, introducido a proposición de la delegación de Irlanda, se refiere a la hipótesis en que las autoridades competentes de un Estado contratante, que han tomado o van a tomar una medida de protección de un niño expuesto a un grave peligro (enfermedad que impone un tratamiento constante, droga, influencia maléfica de una secta, por ejemplo), sean informadas del cambio de residencia o de la presencia del niño en otro Estado. Estas autoridades tienen entonces la obligación de avisar a las autoridades de este otro Estado de este peligro y de las medidas tomadas o en curso de examen. A proposición de la delegación de Burkina Faso (Doc. de trabajo n° 83) esta obligación de información se extendió al caso de que el niño estuviera presente en un Estado no contratante.

Esta disposición presupone evidentemente para funcionar que las autoridades del primer Estado sean informadas de la presencia del niño en el segundo, lo que limita su eficacia práctica. Pero nada impide a las autoridades del primer Estado recurrir primero, en todo caso cuando el niño se encuentra en otro Estado contratante, a la solicitud de localización del niño sobre la base del artículo 31 *c*, y luego a la información prevista en este artículo 36.

#### *Artículo 37 (informaciones que hacen correr un riesgo al niño)*

151. Varias veces, con ocasión de la discusión de los artículos de este Capítulo que prevén la solicitud o la transmisión de informaciones relativas al niño y particularmente de los artículos 32, 34 y 36, se observó que esta solicitud o transmisión podría poner en peligro la persona o los bienes del niño o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia. El artículo 37 tiene en cuenta estas observaciones y ordena a la autoridad que crea que existe un tal riesgo no solicitar o transmitir informaciones.

#### *Artículo 38 (gastos)*

152. El funcionamiento de los mecanismos de cooperación tiene un coste y el artículo 38<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Existe en el apartado 3 una ligera discordancia entre los textos inglés y francés. Donde el texto francés habla de una solicitud para "*modifier ou supprimer*" el derecho de visita, el texto inglés emplea los verbos "*to restrict or terminate*". El texto francés, más amplio, parece corresponderse mejor con el espíritu de la disposición y con la intención de sus autores.

<sup>67</sup> Surgido de una propuesta de la delegación canadiense (Doc. de trabajo n° 109, modificado por el doc. de trabajo n° 115).

introduce la regla, que ese encuentra ya bajo una forma un poco diferente en el *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (art. 26), según la cual las Autoridades centrales y las demás autoridades públicas de los Estados contratantes soportan sus gastos que deriven de la aplicación del capítulo V. La expresión "autoridades públicas" designa las autoridades administrativas de los Estados contratantes y no los tribunales. Así, los gastos procesales y más genéricamente las costas procesales y particularmente de los abogados no están incluidos en este artículo. Por el contrario están incluidos, además evidentemente de los gastos fijos de funcionamiento de las autoridades, los gastos de correspondencia y transmisiones, de busca de informaciones diversas y de localización de un niño, de organización de mediación o de amigable composición, así como los gastos de puesta en práctica de las medidas adoptadas en otro Estado, particularmente las medidas de colocación<sup>68</sup>.

No obstante, el apartado reconoce a las autoridades de un Estado el derecho de "reclamar los gastos razonables correspondientes a los servicios prestados", que pueden ser, por ejemplo, la localización de un niño, la entrega de informaciones o de certificados, la ayuda al retorno del niño. Los términos empleados dejan pensar que esta "reclamación" puede consistir en una petición de reembolso de los gastos ya realizados o una petición de provisión antes de la prestación del servicio, debiendo formularse una u otra petición con una cierta moderación. Además, el apartado 2 prevé la posibilidad de que los Estados contratantes concluyan entre ellos acuerdos sobre el reparto de estos gastos.

#### *Artículo 39 (acuerdos entre Estados contratantes)*

153. Este artículo, del que se encuentra el equivalente en el artículo 39, apartado 2, del *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativa a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional*, prevé la posibilidad para los Estados contratantes de concluir entre ellos acuerdos que faciliten la aplicación del Capítulo sobre la cooperación. Se trata aquí, en el espíritu del texto, de acuerdos que refuercen la cooperación prevista por este Capítulo, por ejemplo, haciendo obligatorias algunas de sus disposiciones.

## CAPITULO VI - DISPOSICIONES GENERALES

#### *Artículo 40 (certificado internacional)*

154. La utilidad práctica de un certificado internacional que mencione el titular de la autoridad parental y sus poderes fue defendida por la Unión Internacional del Notariado Latino, que invocó el precedente del *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la administración internacional de las sucesiones*. Ya se trate de la persona del niño o más aún de sus bienes, la práctica necesita seguridad. Un certificado que tuviera fuerza probatoria y fuera reconocido en todos los Estados contratantes permitiría evitar gastos e impugnaciones.

---

<sup>68</sup> La Conferencia rechazó una proposición de la delegación belga (Doc. de trabajo n° 116) tendente a incluir los gastos de las medidas de colocación previstas en el artículo 3 e a cargo del Estado que hubiera ordenado la medida y no del Estado que la pone en práctica.

La Conferencia aceptó esta idea, pero no ha querido obligar a hacerlo a los Estados contratantes que no quisieran librar tal certificado (apartado 1). El certificado previsto en el artículo 40 tiene pues carácter facultativo. El Estado cuyas autoridades son competentes para librar el certificado es el de la residencia habitual del niño o el Estado de origen de una medida de protección. Corresponde a cada Estado que acepta el principio del certificado designar las autoridades habilitadas para librarlo (apartado 3). Estas autoridades no serán generalmente las que han adoptado la medida. Podrá ser una persona física, por ejemplo un notario, o una institución.

El certificado se expedirá "al titular de la responsabilidad parental o a toda otra persona a quien se haya confiado la protección de la persona o de los bienes del niño, a petición suya" (apartado 1). Esta persona estará, pues, en condiciones de presentar el certificado cuando quiera hacer valer su condición frente a terceros.

El certificado indicará quien es el titular de la responsabilidad parental, que ésta resulta de pleno derecho de la ley aplicable en virtud del artículo 16, o de una medida de protección tomada por una autoridad competente según el Capítulo II. Indicará igualmente los poderes del titular de la responsabilidad parental. En su caso, el certificado podrá, de forma negativa, indicar los poderes que dicho titular no posee. Por ejemplo, podrá mencionar que el representante legal de un niño que tenga su residencia en los Estados Unidos no tiene el poder de administrar los bienes que el niño tenga en un Estado extranjero.

155. Según el apartado 2 del artículo 40, "la condición y los poderes indicados por el certificado se tendrán por ciertos, salvo prueba en contrario". Cualquier interesado podrá, pues, impugnar la exactitud de las indicaciones que figuran en el certificado, pero en ausencia de impugnación, los terceros podrán tratar con toda seguridad con la persona indicada por el certificado y en los límites de los poderes que se mencionen.

#### *Artículo 41 (protección de datos personales)*

156. Este artículo recoge en sustancia la disposición que figura en el artículo 31 del Convenio de 29 de mayo de 1993 sobre adopción <sup>69</sup>. La protección de los datos personales, sobre todo cuando están informatizados, constituye además un objetivo general común de los Estados modernos. Como se ha indicado en relación al artículo 2 (*supra*), esta protección debe continuar garantizándose después de que el niño alcance la edad de 18 años.

#### *Artículo 42 (confidencialidad de las informaciones)*

157. Este texto prescribe que las autoridades a las que se han transmitido las informaciones garantizarán la confidencialidad conforme a la ley de su Estado. Esta disposición es el resultado de un compromiso. Algunas delegaciones hubieran deseado garantizar ahí la protección de los informadores, pues se ha podido decir que serían extremadamente discretos si fueran llamados para responder de las informaciones dadas. Otras delegaciones han argumentado en sentido contrario que no se podían tomar medidas que pueden privar a uno de los progenitores de su responsabilidad parental o incluso de un derecho de visita sobre la base de informaciones contra

---

<sup>69</sup> Vid sobre este artículo el Informe de G. Parra-Aranguren, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tomo II, p. 632.

las que este progenitor no ha podido defenderse. El compromiso consistió en someter el grado de protección de la confidencialidad a la ley del Estado de la autoridad destinataria de las informaciones.

**Artículo 43** (*dispensa de legalización*)

158. La dispensa de legalización o de cualquier formalidad análoga está prevista en otros Convenios <sup>70</sup>, pero no en el de 29 de mayo de 1993 sobre adopción. Diversas propuestas realizadas en la Sesión diplomática, refiriéndose a los numerosos fraudes en materia de actas del estado civil <sup>71</sup>, pretendían la supresión pura y simple de este artículo, o al menos la formulación de excepciones al principio de dispensa de legalización. Todas ellas fueron rechazadas, lo que no excluye en absoluto la posibilidad de la autoridad a la que se presentan los documentos y le parecen sospechosos de pedir informaciones al respecto.

La dispensa de legalización se extiende a todos los "documentos transmitidos o expedidos en aplicación del Convenio", es decir, a todas las informaciones escritas proporcionadas, a las decisiones judiciales y administrativas, así como a los certificados librados de acuerdo con el artículo 40.

**Artículo 44** (*designación de autoridades*)

159. Este artículo procede de una proposición de la delegación británica (Doc. de trabajo n° 2) destinada a facilitar el funcionamiento de los artículos a los que se refiere, permitiendo a la autoridad requirente de un Estado contratante saber a qué autoridad dirigirse en el Estado requerido cuando considera una transferencia de competencia hacia un foro más apropiado (arts. 8 y 9) o una colocación en el extranjero (art. 33). Pero esta designación es facultativa para los Estados contratantes que, en razón de la variedad y del gran número de autoridades a las que puede acudir según las situaciones, no estarían a menudo en condiciones de proporcionar listas completas.

**Artículo 45** (*destinatarios de las comunicaciones y declaraciones*)

160. Este texto indica a quien deben comunicarse las declaraciones de los Estados hechas en aplicación del Convenio. Aparece un reparto de tareas entre la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya y el depositario del Convenio.

**Artículos 46 a 49** (*cláusulas federales*)

161. Estos artículos contienen las cláusulas llamadas federales relativas a la aplicación del Convenio en los Estados cuyo sistema jurídico no está unificado. Estas cláusulas se han convertido en usuales en los Convenios de La Haya desde hace una treintena de años, pero se perfeccionan de un Convenio a otro y su redacción debe adaptarse al objeto de cada Convenio. Como se ha indicado en la introducción de este informe, un grupo de trabajo específico bajo la

<sup>70</sup> Vid particularmente el artículo 23 del Convenio de 25 de octubre de 1980 (sustracción de menores).

<sup>71</sup> Vid el Informe de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) redactado por Isabelle Guyon-Renard bajo el título "La fraude en matière d'état civil dans les Etats membres de la CIEC", *Revue critique de Droit international privé*, 1996, ppp. 541 y ss.

presidencia de Alegría Borrás, delegada de España, se encargó, durante la Sesión diplomática, de preparar los proyectos de artículos (Doc. de trabajo nº 111), que fueron adoptados casi sin modificaciones por la Conferencia. El artículo 46 concierne a las situaciones que sólo dan lugar a conflictos internos en un Estado contratante, los artículos 47 y 48 consideran la aplicación del Convenio en relación a los Estados que conocen conflictos de leyes interterritoriales, mientras que el artículo 49 hace lo propio para los Estados que conocen los conflictos de leyes interpersonales.

**Artículo 46** (*no aplicación del Convenio a los conflictos internos*)

162. El Convenio está destinado a regular los conflictos internacionales de autoridades y de leyes en materia de protección de niños. Un Estado contratante en que se aplican en la materia sistemas jurídicos diferentes, podrá, si lo desea, aplicar el Convenio para la solución de estos conflictos, pero este artículo precisa que no tiene obligación alguna de hacerlo <sup>72</sup>. Conviene precisar que los conflictos internos en un Estado contratante a que se refiere este artículo pueden ser tanto conflictos interterritoriales como conflictos interpersonales.

**Artículo 47** (*conflictos interterritoriales, reglas generales*)

163. Este artículo, al igual que el siguiente, indica cómo aplicar el Convenio en relación a un Estado que comprenda diversas unidades territoriales a las que se aplican sistemas jurídicos o conjuntos de reglas diferentes.

El objeto de este artículo es puramente técnico. Se trata de clarificar las modalidades de aplicación del Convenio en los Estados federales o semi-federales y en ningún caso, como habían podido temer algunas delegaciones, a obligar, por ejemplo, a un Estado contratante A que no reconocería la soberanía que el Estado contratante B pretendería ejercer sobre una cierta entidad territorial a reconocer las decisiones que habrían sido tomadas por el Estado B en dicha entidad territorial. Se trataría en tal caso de un problema de Derecho internacional público al que el Convenio es totalmente ajeno.

164. El artículo 47 da reglas generales, que pueden aplicarse tanto a las cuestiones de competencia de autoridades, de ley aplicable y de reconocimiento de medidas de protección, pero, en lo que concierne la determinación de la ley aplicable, su ámbito de aplicación queda fuertemente amputado por el artículo 48, que dicta normas especiales sobre este punto.

La idea general que inspira el artículo 47 y de la que se encuentran precedentes en otros Convenios <sup>73</sup>, es, para los Estados federales y semi-federales, localizar los elementos espaciales de conexión utilizados por el Convenio en la unidad territorial de dichos Estados en que se encuentran efectivamente localizados. Así ocurre con la residencia habitual del niño, su

---

<sup>72</sup> La misma regla se encuentra en diversos Convenios de La Haya, particularmente, Convenio intermediarios, de 14 de marzo de 1978, art. 20; Convenio regímenes matrimoniales de 14 de marzo de 1978, artículo 18; Convenio venta, de 22 de diciembre de 1986, artículo 20; Convenio sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980, artículo 33; Convenio sucesiones, de 1º de agosto de 1989, artículo 21; Convenio adopción, de 29 de mayo de 1993, artículo 38.

<sup>73</sup> Vid Convenio sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980, artículo 31; y sobre todo Convenio adopción de 29 de mayo de 1993, artículo 36.

presencia, la situación de sus bienes o incluso el vínculo estrecho que puede presentar con un Estado o el lugar de su desplazamiento o de su retención (números 1, 2, 3, 6 y 7). Del mismo modo, la referencia a una autoridad, una ley o un procedimiento debe referirse a la autoridad habilitada, a la ley o al procedimiento en vigor en la unidad territorial afectada (números 8 a 10). La dificultad principal se planteó en relación a la referencia al Estado del que el niño posee la nacionalidad (*cf.* art. 8, apartado 2, letra *a*). El artículo 47, número 4, indica que tal referencia se refiere a "la unidad territorial designada por la ley de este Estado o, en ausencia de reglas pertinentes, a la unidad territorial con la que el niño presente el vínculo más estrecho".

**Artículo 48** (*conflictos interterritoriales, reglas especiales sobre ley aplicable*)

165. Un breve estudio comparativo de los recientes Convenios de La Haya mostraría que se han utilizado los sistemas más diversos para determinar la ley de la unidad territorial aplicable cuando la norma de conflicto del Convenio designa la ley de un Estado que conoce los conflictos de leyes interterritoriales. Algunos Convenios proceden a una designación directa de la unidad territorial cuya ley será aplicable<sup>74</sup>. Otros se refieren principalmente a las normas de conflicto internas del Estado afectado, subsidiariamente a la ley de la unidad territorial con la que la situación tiene los vínculos más estrechos<sup>75</sup> o a la ley de una unidad territorial determinada directamente<sup>76</sup>. El artículo 48 del presente Convenio utiliza a este último sistema. La unidad territorial cuya ley se aplica es la que resulta identificada por las normas en vigor en el Estado afectado y en su ausencia, la designada según las disposiciones del artículo 47. Así, cuando el artículo 16 designa la ley del Estado de la residencia habitual del niño para regir la atribución de la responsabilidad parental de pleno derecho y este Estado comprenda varias unidades territoriales sometidas a leyes diferentes, será preciso, en primer lugar, ver si existen en el Derecho de este Estado normas que permitan identificar la unidad territorial cuya ley es aplicable y, a falta de tales reglas, aplicar, conforme al artículo 47, número 1, la ley de la unidad territorial en la que el niño tiene su residencia habitual.

**Artículo 49** (*conflictos interpersonales, ley aplicable*)

166. A diferencia de los artículos 47 y 48, el artículo 49 se refiere a los Estados que tienen conflictos interpersonales, es decir, Estados que comprenden diversos sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a categorías diferentes de personas. Todos los Convenios de La Haya que se preocupan de determinar la ley aplicable cuando las normas de conflicto que dictan designan la ley de un Estado de este tipo remitiéndose a las normas de conflicto internas de este Estado. Algunos se quedan ahí sin dar una solución para los casos en que tales reglas no existan en el Estado afectado<sup>77</sup>. Otros solucionan esta laguna remitiéndose, a falta de tales reglas, a la

---

<sup>74</sup> Vid Convenio intermediarios, de 14 de marzo de 1978, artículo 19; Convenio regímenes matrimoniales, de 14 de marzo de 1978, artículo 17; Convenio matrimonio, de 14 de marzo de 1978, artículos 18 y 19; Convenio venta, de 22 de diciembre de 1986, artículo 19; Convenio sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980, artículo 31 *b*; Convenio *trust*, de 1º de julio de 1985, artículo 23; Convenio adopción, de 29 de mayo de 1993, artículo 36 *b*.

<sup>75</sup> Convenio Alimentos, ley aplicable, de 2 de octubre de 1973, artículo 16.

<sup>76</sup> Vid Convenio regímenes matrimoniales, de 14 de marzo de 1978, artículo 16; Convenio sucesiones, de 1º de agosto de 1989, artículo 19, apartado 2.

<sup>77</sup> Vid Convenio matrimonio, de 14 de marzo de 1978, artículo 20; Convenio sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980, artículo 32; Convenio adopción, de 29 de mayo de 1993, artículo 37.

ley de los vínculos más estrechos <sup>78</sup>. El artículo 49 de este Convenio adopta este último sistema. En ausencia de normas en vigor en el Estado afectado que identifiquen la ley aplicable, se aplica la ley del sistema o del conjunto de normas con que el niño presente el vínculo más estrecho.

**Artículos 50 a 52 (conflictos de Convenios)**

167. Estos tres artículos tienen como punto en común el regular algunos conflictos que pueden nacer de la coexistencia de este Convenio con otros más antiguos y específicamente designados (arts. 50 y 51) o indeterminados (art. 52).

**Artículo 50 (primacía del Convenio sobre secuestro de menores)**

168. La primacía del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* sobre el *Convenio de 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores* ya se encontraba enunciada en el artículo 34 del Convenio de 1980 y era coherente extender esta primacía frente al nuevo Convenio, destinado a reemplazar el de 1961. Cuando un niño ha sido desplazado ilícitamente, la prioridad se encuentra en asegurar su retorno inmediato y es sólo después de este retorno cuando se pueden iniciar debates sobre el fondo de las medidas de protección. Las discusiones que precedieron a la adopción del artículo 7 (vid *supra*) hicieron aparecer, desde las primeras reuniones de la Comisión especial, el acuerdo de los Estados representados en la Decimoctava sesión para mantener esta primacía del Convenio de 1980.

El artículo 50, surgido de una propuesta de la delegación suiza (Doc. de trabajo n° 104) lo expresa claramente. La segunda frase del artículo 50 tiene como significado dejar de aplicar, sin embargo, el presente Convenio si, en un caso particular, sus disposiciones debían permitir asegurar mejor que las del Convenio de 1980 el retorno del niño u organizar el derecho de visita.

Este artículo afecta únicamente a las relaciones entre los Estados que sean parte a la vez del nuevo Convenio y del de 1980. Las relaciones entre los Estados que lleguen a ser parte en el nuevo Convenio, sin serlo del de 1980, pero siéndolo de convenios que tengan un objeto similar, no son considerados aquí, sino únicamente en el artículo 52 (vid *infra*).

**Artículo 51 (sustitución de los Convenios de 1902 y 1961)**

169. Este artículo, surgido de una proposición de la delegación suiza (Doc. de trabajo n° 55) enuncia en términos simples la sustitución en las relaciones entre Estados contratantes de los antiguos Convenios de 12 de junio de 1902 y 5 de octubre de 1961 por el presente Convenio <sup>79</sup>, a reserva de que esta sustitución no debe impedir el reconocimiento de medidas adoptadas anteriormente en aplicación del Convenio de 5 de octubre de 1961. En otros términos, las medidas tomadas de conformidad con el artículo 4 del Convenio de 5 de octubre de 1961 por las

<sup>78</sup>Convenio alimentos, ley aplicable, de 2 de octubre de 1973, artículo 16; Convenio sucesiones, de 1° de agosto de 1989, artículo 20; Comparar con el Convenio regímenes matrimoniales, de 14 de marzo de 1978, artículo 19.

<sup>79</sup> Vid para disposiciones comparables, Convenio menores, de 5 de octubre de 1961, artículo 18; Convenio alimentos, ejecución, de 2 de octubre de 1973, artículo 29; Convenio alimentos, ley aplicable, de 2 de octubre de 1973, artículo 18; Convenio venta, de 22 de diciembre de 1986, artículo 28.

autoridades del Estado contratante del que el niño tenía la nacionalidad deberán considerarse siempre en el Estado de la residencia habitual del niño como habiendo sido tomadas por autoridades competentes, incluso si entretanto los dos Estados afectados se han convertido en parte en el presente Convenio.

Queda, sin embargo, que la transición de un Convenio a otro dará lugar a dificultades que este texto no resuelve, pero sobre las cuales un documento de la Oficina Permanente (Doc. de trabajo nº 15) había llamado oportunamente la atención<sup>80</sup>. Si, por ejemplo, la residencia habitual de un niño cambia del Estado A al Estado B, ambos antiguamente parte en el Convenio de 1961 pero convertidos en parte en el nuevo Convenio en el momento del cambio, el nuevo Convenio debería lógicamente aplicarse a sus relaciones. Pero si el niño tiene la nacionalidad del Estado C, parte en el Convenio de 1961, pero no en el nuevo, el Convenio de 1961 continúa vinculando a los Estados A y B con el Estado C que podrá, al reivindicar la competencia de sus autoridades o el respeto de la relación de autoridad *ex lege* resultante de su ley, bloquear la aplicación del nuevo Convenio en las relaciones entre los Estados A y B. El único camino sería quizá para estos Estados denunciar el Convenio de 1961, lo que el artículo 51 preferiría sin embargo evitar organizando un período de transición.

#### *Artículo 52 (conflicto con otros Convenios, cláusula de desconexión)*

170. Este artículo es el fruto de discusiones muy largas y difíciles que se desarrollaron a lo largo de la Sesión diplomática. La dificultad venía de que los Estados miembros de la Unión Europea, que son también miembros de la Conferencia de La Haya querían, como se indicó *supra* en relación al artículo 10, que se les dejara la posibilidad de negociar entre ellos un Convenio que contendría normas sobre competencia de autoridades y reconocimiento de decisiones en materia de protección de niños, concretamente en caso de divorcio<sup>81</sup>. Pero, por otra parte, los demás Estados miembros deseaban evitar que la libertad reconocida a ciertos Estados contratantes de concluir entre ellos y con Estados terceros un Convenio independiente no tuviera como resultado debilitar el Convenio de La Haya y particularmente las obligaciones que los Estados contratantes y parte en el Convenio independiente hubieran contraído entre ellos como consecuencia del Convenio de La Haya. El texto finalmente adoptado resuelve las necesidades de los Estados europeos, a la vez que calma las iras de los demás Estados miembros de la Conferencia.

#### *Apartado 1*

171. Este apartado afecta únicamente a los acuerdos anteriores. Está de acuerdo con las cláusulas usuales de compatibilidad que se encuentran en numerosos Convenios, salvo para la última parte de la frase. El nuevo Convenio reserva la aplicación de los acuerdos anteriores concluidos por los Estados contratantes, salvo si los Estados parte en tales acuerdos hacen una declaración en sentido contrario.

#### *Apartado 2*

---

<sup>80</sup> Estas dificultades podrán durar mucho tiempo, ya que no se puede excluir que el Convenio de 1961 sea todavía ratificado por nuevos Estados. La Conferencia no ha aceptado la idea de excluir la posibilidad de nuevas ratificaciones.

<sup>81</sup> Cf. la negociación en curso del denominado "Convenio Bruselas II".

172. Este apartado 2 tiene directamente presente el Convenio en curso de negociación entre los Estados miembros de la Unión Europea, pero está redactado en términos generales y puede evidentemente interesar a otros Estados parte en el nuevo Convenio y que quieran concluir acuerdos regionales, por ejemplo.

Los acuerdos mencionados en este apartado son los que afectan a "los niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos". Los Estados europeos no han reivindicado la posibilidad de concluir entre ellos un acuerdo relativo particularmente a la protección de los menores mas que para los niños que tengan su residencia habitual en el territorio de uno de ellos. La precisión que figura en el texto significa que estos Estados tienen, en todo caso, la posibilidad de concluir acuerdos separados para dichos niños. Pero no parece poderse interpretar como una limitación del poder de los Estados contratantes de concluir acuerdos con terceros Estados. No se comprendería que esta precisión prohibiera a los Estados contratantes concluir con terceros Estados acuerdos que afectaran, por ejemplo, a los niños que tengan la nacionalidad de los Estados parte en tales acuerdos separados, cualquiera que sea el lugar de la residencia habitual de estos niños. Además, el apartado 3 no menciona esta limitación.

### *Apartado 3*

173. Este apartado indica que los acuerdos separados a concluir por uno o varios Estados contratantes "no afectarán a la aplicación de las disposiciones del presente Convenio, en las relaciones de estos Estados con los demás Estados contratantes". En otros términos, la libertad de concluir acuerdos separados es completa, pero los Estados contratantes parte en tales acuerdos separados no pueden en ningún caso apoyarse en estos acuerdos para desligarse de sus obligaciones hacia los demás Estados contratantes no parte en los acuerdos separados.

174. Es preciso reconocer que subsiste una cierta ambigüedad - que no es quizá totalmente involuntaria - en cuanto a las relaciones entre los apartados 2 y 3 de este artículo 52. La ambigüedad deriva precisamente de que la mención de la residencia habitual de los niños en el territorio de un Estado parte en el acuerdo separado no figura más que en el apartado 2. De ahí que sean posibles dos interpretaciones del apartado 3. La primera consideraría que las restricciones contenidas en este apartado no afectan mas que a los acuerdos mencionados, es decir, los que no se limitan a los niños que tienen su residencia habitual en el territorio de uno de los Estados parte en estos acuerdos. La segunda, que parece más exacta al relator y más conforme con la letra del texto, sería entender el apartado 3 como aplicable a todos los acuerdos separados, incluso a los limitados a los niños que tengan su residencia habitual en el territorio de los Estados parte en estos acuerdos.

175. A reserva de esta ambigüedad, el ámbito del apartado 3 puede ilustrarse con ayuda de algunos ejemplos. Si existe, en virtud del Convenio de La Haya, un criterio de competencia en beneficio de la autoridad de un Estado parte en dicho Convenio pero no en el acuerdo separado, los Estados contratantes que son también parte en el acuerdo separado deben reconocer que las medidas adoptadas por dicha autoridad sobre la base de este criterio de competencia lo han sido por una autoridad competente, incluso si el acuerdo separado excluye tal criterio de competencia. Recíprocamente, los Estados contratantes no parte en el acuerdo separado no deberán reconocer las medidas adoptadas en los demás Estados contratantes parte en tales acuerdos sobre la base de un criterio de competencia previsto por el acuerdo separado pero no por el Convenio de La Haya. Además, los Estados contratantes parte en el acuerdo separado deben respetar las obligaciones

de cooperación que el Convenio de La Haya les impone a su cargo.

#### *Apartado 4*

176. Este apartado asimila a los acuerdos separados las leyes uniformes que descansan sobre la existencia entre los Estados afectados de vínculos especiales. Esta disposición interesa particularmente a los Estados escandinavos.

#### *Artículo 53 (aplicación del Convenio en el tiempo)*

177. Este artículo incluye dos reglas de Derecho transitorio relativa a la competencia de autoridades y al reconocimiento de las medidas. Resulta lógicamente del apartado primero que las normas de competencia no se aplicarán en un Estado mas que a partir de la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado. Por consiguiente, las medidas tomadas en un Estado contratante antes de la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado, en aplicación de las normas de competencia anteriormente en vigor, no serán invalidadas por el hecho de la entrada en vigor del Convenio, incluso si las autoridades que las tomaron ya no son competentes según el Convenio. La suerte de las instancias pendientes sin que se haya tomado aún una medida en la fecha de entrada en vigor del Convenio debe regularse por el Derecho nacional de cada Estado contratante.

178. El apartado 2 limita la aplicación en el tiempo del Capítulo IV (reconocimiento y ejecución) a las medidas tomadas después de la entrada en vigor del Convenio a la vez, en el Estado de origen de las medidas y en el Estado requerido. Bien entendido que el Estado requerido puede siempre reconocer las decisiones tomadas anteriormente, pero esto será en virtud de su Derecho nacional y no en virtud del Convenio.

179. El artículo 53 no contiene una norma transitoria relativa a las normas de conflicto de leyes del Convenio. No obstante, la norma de conflicto del artículo 15 (ley aplicable a las medidas de protección) seguirá la disposición de derecho transitorio del apartado primero. En efecto, para que la regla del artículo 15 se aplique en un Estado contratante es preciso que las autoridades de este Estado sean competentes según el Convenio, lo que esta regulado, desde el punto de vista del Derecho transitorio, por el apartado primero del artículo 53.

Por el contrario, la laguna es completa en relación al derecho transitorio de la norma de conflicto sobre la ley aplicable a la responsabilidad parental *ex lege* (art. 16). Cuando el problema se plantee en un Estado contratante después de la entrada en vigor del Convenio respecto a él, las autoridades de dicho Estado aplicarán la norma de conflicto del artículo 16, pero esto no bastará para solucionar todos los problemas. La sustitución de una norma de conflicto por otra, por ejemplo de la ley de la residencia habitual a la ley nacional, podrá provocar por ejemplo un cambio de titular de la responsabilidad parental. Los problemas de derecho transitorio resultantes de este cambio dependerán, ante el silencio del Convenio, del Derecho nacional de cada uno de los Estados contratantes. Se puede suponer que no se cuestionará en un Estado contratante la validez de los actos realizados antes de la entrada en vigor del Convenio para este Estado por el titular de la responsabilidad parental según la ley designada por la antigua norma de conflicto. Pero no se pueden hacer conjeturas sobre la respuesta que se dará por el Derecho nacional de cada Estado contratante a la cuestión de saber si el nuevo titular de la responsabilidad parental según la ley designada por la nueva norma de conflicto tomará el lugar de la precedente o si, por analogía con la solución del conflicto móvil dada por el artículo 16,

este nuevo titular se añadirá al precedente, hasta que el eventual conflicto entre los dos se regule por una medida tomada por las autoridades de la residencia habitual del niño.

**Artículo 54** (*lengua de las comunicaciones*)

180. Este artículo regula los problemas de la lengua en que deben redactarse o traducirse las comunicaciones entre autoridades. Es una reproducción exacta del artículo 24 del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*. La comunicación se dirige en su lengua original y se acompaña de una traducción a la lengua oficial del Estado de la autoridad destinataria o, si no fuera posible, en francés o en inglés. Se prevé una facultad de reserva de la utilización sea del inglés sea del francés.

**Artículo 55** (*reserva relativa a los bienes*)

181. La reserva prevista en este artículo fue pedida por la delegación británica y apoyada en particular por las delegaciones de Australia y de Canadá. Estas delegaciones expresaron el temor de no poder convencer a sus Estados respectivos para que ratifiquen el Convenio si no se reservaba la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección de los bienes o de ciertos bienes, especialmente inmuebles, del niño situados en su territorio, así como la posibilidad de no reconocer una responsabilidad parental o una medida que sería incompatible con una medida tomada por sus autoridades en relación a dichos bienes. Nos encontramos aquí en las fronteras entre el derecho de bienes y el de protección de menores y las exigencias de la *lex situs* son particularmente fuertes. Se observó por añadidura que en ciertos Estados federales y particularmente en Australia, el Derecho de bienes es de la competencia de los Estados federados y que el Estado federal debe obtener el acuerdo de éstos para ratificar el Convenio.

**Artículo 56** (*Seguimiento del Convenio*)

182. Este artículo recoge el artículo 42 del Convenio de 29 de mayo de 1993 sobre adopción. Sólo beneficios pueden derivar de que la Conferencia organice periódicamente reuniones para examinar el funcionamiento práctico del Convenio y, en su caso, haga sugerencias para mejorarla. La Conferencia ha convocado a menudo reuniones de este tipo para otros Convenios que no lo habían previsto formalmente, pero la inserción de una disposición expresa tendrá valor de obligación para la Conferencia.

## CAPITULO VII - CLAUSULAS FINALES

**Artículos 57 a 63**

183. Estos artículos, preparados por la Oficina Permanente (Doc. de trabajo nº 112) y adoptados sin larga discusión, se han recogido de Convenios precedentes, particularmente del Convenio de 29 de mayo de 1993 en materia de adopción. Tratan de la firma, ratificación, aceptación o aprobación (artículo 57), de la adhesión (art. 58), de la posibilidad para los Estados que contienen varias unidades reguladas por sistemas jurídicos diferentes declarar a cuales de estas unidades se aplicará el Convenio (art. 59), del régimen de reservas y de su retirada (art. 60), de la entrada en vigor del Convenio (art. 61), de la denuncia (art. 62) y en fin de las notificaciones que el depositario del Convenio deberá hacer a los Estados miembros de la Conferencia y a los que

se hayan adherido al Convenio (art. 63).

Las diferencias no vinculadas al fondo entre estas cláusulas y las cláusulas correspondientes del Convenio sobre la adopción son mínimas. Según el art. 57, el Convenio sólo está abierto a la firma de los Estados miembros de la Conferencia y no a la de los Estados que han participado en la Decimoctava Sesión. A diferencia de lo que pasó para la adopción, estos otros Estados fueron invitados a la Decimoctava Sesión solamente como observadores. Participaron activamente en las discusiones, pero sin voto en las deliberaciones y podrán adherirse al Convenio siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 58.

La diferencia entre las dos situaciones se manifiesta sobre todo en cuanto a la fecha posible de adhesión y a la de producción de sus efectos. La adhesión no es en efecto posible más que después de la entrada en vigor del Convenio (art. 58) y el periodo de tres meses a la expiración de la cual el Convenio entra en vigor para los Estados que ratifican el Convenio o que se adhieren después de su entrada en vigor no comienza a correr, para cada Estado que se adhiere, mas que a la expiración del plazo de seis meses dado a los Estados contratantes para presentar una objeción a la adhesión (vid art. 61, apartado 2, letra *b*, que falta en el Convenio sobre adopción).

El artículo 62, en fin, prevé, a diferencia del Convenio sobre adopción, que la denuncia del Convenio puede limitarse a ciertas unidades territoriales a las que se aplica el Convenio.

París, 15 de enero de 1997