

XLIII SEMINARIO NACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO Y COMPARADO

**“EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL CONTEXTO
INTERNACIONAL ACTUAL”**

SEMINARIO VIRTUAL DEL 18 AL 20 DE NOVIEMBRE, 2020

**PROS Y CONTRAS DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996, SOBRE
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”**

LIC. MARIA VIRGINIA AGUILAR¹

I.- Introducción II.- Antecedentes Internacionales de esta convención
y conceptos que contiene III.- Estudio de Pros y Contras IV.-
Conclusiones V. Bibliografía.

RESUMEN: En el presente trabajo se pretende estudiar los posibles beneficios y
problemas que contiene esta convención, ya que por sí misma, contiene una
enorme carga de conceptos, pretendiendo concluir cuál sería su aplicación en
México.

SUMMARY:

The purpose of this work is to study the possible benefits and issues that are
contrained in this convention, given that the convention in itself contains an

¹ Licenciada en Derecho egresada de la UNAM. Especialista en Derechos Humanos en la UNAM. Fundadora de: AB Abogados Asociados y Aguilar International Litigation, ambos despachos especializados en litigio internacional. Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C. Ex presidente en el periodo 2013-2014 y de la Academia Euroamericana de Derecho de Familia. Profesora de Derecho Internacional Privado; Tratados y Contratos Internacionales en la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM. Miembro del Grupo de Asesores Jurídicos Externos de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Autora de varios artículos relacionados con el Derecho Familiar Internacional y del Manual de Derecho Familiar editado por Tirant Lo Blanch.

enormous amount of concepts. By the end of this study, conclusions will be given about possible uses of those concepts in Mexico.

I.- Introducción. -

Este trabajo trata primeramente de establecer la importancia de conocer y hacer un estudio objetivo de un documento convencional suscrito en la Haya, ya que por su extensión y conceptos podría ser una herramienta útil para el poder judicial y para los operadores del derecho familiar, en el marco de la nueva normalidad, siempre y cuando se consideren los límites y los riesgos que también contiene, por lo que, el tema trata de pros y contras de este convenio.

Me refiero al 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 Niños, que fue adoptada por unanimidad en la Décimo Octava sesión plenaria en la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, el 18 de octubre de 1996 y quedó abierta a la firma a partir del 19 de octubre de ese año. Para facilitar la continuidad de este escrito, a partir de este momento lo refiero como **CH/1996**.

Es de llamar la atención que un documento que es complementario de otros convenios en cuanto a la cooperación internacional para el cuidado de los menores, después de casi 25 años, únicamente se ha firmado por 49 Estados y esta pendiente de ratificación en otros, a pesar de que sí se usan sus conceptos.²

El interés del estudio de este documento convencional, es precisamente porque puede ser complementario de otros y porque sustituyó y conformó ausencias que era necesario establecer, por eso en una primera parte, hago notar la importancia de este documento que aun y cuando es complejo por sí mismo, ya que contiene diversos conceptos de derecho de familia en el aspecto del cuidado y protección de los menores como parte de la responsabilidad parental, su contenido puede ayudar a resolver las múltiples situaciones de problema que se presentan en las familias internacionales o binacionales, en sus desavenencias, donde los niños siempre sufren la peor parte, sobre todo como consecuencia de la Pandemia que el mundo ha sufrido durante este año.

La forma de desarrollar el trabajo además de este preámbulo, requiere de una segunda fase, que se refiere a sus antecedentes internacionales y revisar a qué

² En España entró en vigor el 1 de enero de 2002 y provocó un proceso de comunitarización del DIPr que provocó el proceso de adhesión a este documento, mediante la Decisión del Consejo 2003/93/CE para invitar a la comunidad a firmar, ratificar y adherirse a esta convención en interés de la Comunidad Europea y hemos visto que en Uruguay, Paraguay y Ecuador es una herramienta que complementa al Convenio de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

documentos sustituyó y con cuáles es compatible y porque, al analizar someramente, el contenido de sus artículos pues es un tema que da para mucho tiempo de estudio y de conclusiones. Finalmente, en un tercer capítulo tratar de reconocer cuáles son los pros y las contras del documento internacional **CH/1996** desde el punto de vista del análisis personal.

En cuanto a las conclusiones que se presentan al final, aclaro que son meras conjeturas sobre qué pasaría si México se adhiriera a este Convenio y si pudiera hacerlo con y sin los dos países del norte (Estados Unidos y Canadá), por ser estas naciones en razón de geografía, con las que tenemos el mayor número de tratos y conflictos en general y en especial de relaciones familiares, por el número de paisanos que se encuentran ahí y por el tamaño de nuestra frontera norte.

II.- Antecedentes Internacionales de esta Convención y conceptos que contiene. –

Como sabemos la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado desde hace muchos años ha sido un estudioso de la protección de los niños, en todos los sentidos, y ha invitado a los Estados participantes de sus diferentes convenios a revisar sus legislaciones nacionales para armonizar los aspectos de Derecho internacional privado que puedan ser compatibles, este Convenio no es la excepción pero además toca aspectos de cooperación judicial para mejorar la protección de menores en las relaciones jurídicas entre los progenitores.

Tuvo su origen, precisamente en ese constante interés de protección de la infancia y se fue desarrollando desde finales de la segunda guerra mundial, en convenios como los de obligaciones alimenticias³ como el reconocimiento y ejecución de decisiones en este aspecto, el de competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores⁴; en una temporada más actual y, siempre sobre la misma línea de resguardo, tenemos la convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional⁵ con la que es incluso compatible, así como, el convenio sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional⁶. Estas últimas se ha firmado por más de 50 países, y en su aplicación

³ Los convenios sobre obligaciones alimenticias a favor de los niños de 2 de octubre de 1956 y 15 de abril de 1958, modernizados y amplificados por los de 2 de octubre de 1973 y el de cobro internacional de alimentos de 2007

⁴ Del 5 de octubre de 1961 que fue un convenio de 25 artículos y es el verdadero antecedente de necesidad de cambio para el de 1996.

⁵ Esta convención es la del 25 de octubre de 1980 y que puede ser complementada por la de 1996 en cuanto a las definiciones de residencia habitual y la competencia de ley para los casos en los que antes o después de un desplazamiento internacional se integran inevitablemente aspectos de fondo de la custodia.

⁶ El 29 de mayo de 1993, que entró en vigor el 1° de mayo de 1995 después de la firma de 15 Estados Parte

varias de ellas son complementarias, como la de 2007 sobre cobro internacional de alimentos que es un concepto de protección de niños y con la de 1980 respecto a la residencia habitual, indica las exclusiones relacionadas con aspectos de fondo como la filiación y la de adopción, así como respecto a los bienes de los niños en fideicomisos y sucesiones porque algunos de estos conceptos no son compatibles con el objeto o fin del Convenio en estudio y amplía en mucho, el contenido del Convenio sobre la competencia de 1961 a la que absorbe y, todas las descritas nacen del marco legal general que está constituido por el convenio de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁷.

El documento convencional al que nos estamos refiriendo, la **CH/1996**, como se ha ido comentando, trató de corregir irregularidades o cuestiones prácticas que en otros convenios no se trataron o se quedaron cortos.

En seguida reseño el contenido del convenio: contiene 63 artículos distribuidos en siete capítulos; en su primer capítulo, establece su objeto o fin que consiste en: a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o los bienes de los niños, b) la ley aplicable en el ejercicio de la competencia; c) la ley aplicable a la responsabilidad parental; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección, de una forma muy ambiciosa como la propia convención lo dice “en todos los estados contratantes” y establecer la cooperación necesaria entre los estados para conseguir los objetivos.

En los primeros artículos establece el ámbito de aplicación y la edad de los niños a los que serán aplicables⁸, los conceptos de responsabilidad parental, y refiere las medidas previstas para la prevención⁹; conceptos, que como se acaba de manifestar, habían quedado sin una definición clara en otros convenios, como la residencia habitual¹⁰, y ahí también se encuentran las causas de excepción o de exclusión para la aplicación de este documento¹¹.

El capítulo II. Aquí los artículos tratan sobre la competencia y es evidente que superaron al convenio de 1961 sobre este tema, La parte importante es que “los Estados tendrán una limitación de la competencia de sus autoridades”¹² en este punto, el principio o la regla general es que se reconoce como autoridades competentes a las de la residencia habitual, incluso cuando sean traslados ilícitos,

⁷ Del 20 de noviembre de 1989, que ha tenido ya la firma de 187 países y que ha provocado cambios importantes en sus legislaciones nacionales.

⁸ Art. 2.- Es desde que nacen hasta los 18 años, distinto con la CH1980 que es hasta los 16 o la de 2007 de cobro internacional de alimentos que los establece hasta los 21 años.

⁹ Art.3.- Aspectos de cuidado y atención del menor, incisos de la a a) la g)

¹⁰ Artículos 5 y 7 de la CH/1996.

¹¹ Artículo 4 de la CH/1996.

¹² Informe Explicativo de P. Lagarde sobre la CH/1996. Pág 11.

caso contrario a la Convención de 1961 que daba competencia concurrente a las autoridades nacionales en caso de conflicto, lo que era gravemente contrario a la convención de 1980, la necesidad de que sea la autoridad de la residencia habitual estriba en que por hipótesis es la más próxima a la situación original del niño y la mejor enterada de sus necesidades y situación, sobre todo en menores binacionales o los que han sido trasladados ilícitamente.

Establece medidas de protección para los menores refugiados, desplazados o sin residencia habitual, así como, en casos de urgencia o con situaciones estrictamente territoriales, se establece como juez competente al juez del vínculo más estrecho con el niño o el de residencia habitual, dejando atrás el concepto del juez de la nacionalidad, sobre todo en niños binacionales.

Propone para los casos de divorcio una competencia concurrente con el juez del foro donde se encuentre el menor y, en el caso de posible transferencia de competencia a un foro apropiado, a el foro de divorcio, pero con restricción exclusiva a la protección de la persona y bienes del niño¹³.

El capítulo III trata sobre la ley aplicable, la regla es: “toda autoridad que adopta una medida de protección aplica su ley interna”, por ejemplo nos dice: “ Sin perjuicio del artículo 7 (sobre niños desplazados ilícitamente), son competentes para adoptar medidas de protección de la persona o bienes del niño, con carácter provisional y eficacia territorial restringida a este Estado, las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el niño o el bien perteneciente a este...”¹⁴ Entonces, lo que se puede observar, es que ya no resuelve la ley nacional sino que unifica los criterios para que sea aplicable la ley que corresponde a la responsabilidad parental y que sea el mismo, el que dicte las medidas de protección, por lo que en caso de conflictos de movilidad ilícita corresponde resolver también a la ley aplicable a la responsabilidad parental. En este capítulo igualmente se encuentran las relaciones de autoridad *ex lege*¹⁵.

Lo novedoso de este convenio es que delimita diferentes conceptos como: la expresión “responsabilidad parental” ¹⁶ asimismo, define qué se entiende por “Ley”, como el Derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes¹⁷, confirma el concepto de Guarda y de visita¹⁸ también considera el

¹³ Artículos 5 a 10 de la CH/1996

¹⁴ Artículo 12 de la CH/1996

¹⁵ Artículos del 11 al 14 Medidas de Protección y el capítulo III inicia con Ley Aplicable del artículo 15 Artículo 23 CH/1996.

¹⁶ Artículo I.2, CH/1996. “comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”.

¹⁷ Artículo 21.1 de CH/1996

¹⁸ Artículo 3.b) de CH/1996

reenvío a la ley de un Estado no contratante que pueda o quiera aplicar su propia ley y, solo en caso que no la aplique, será la ley de la residencia habitual. Aclarando, algo que resulta interesante y oportuno, que si la ley aplicable es manifiestamente contraria al orden público y al interés superior del niño se excluye la aplicación de la ley de este artículo¹⁹.

En el capítulo IV se trata sobre el Reconocimiento y Ejecución y reglamenta un concepto que era inexistente en la convención de 1961, que es el reconocimiento de las medidas de protección adoptadas en otro Estado contratante. Se expresa con claridad la diferenciación entre reconocimiento, ejecución, registro a fines de ejecución y la propia actuación de la ejecución (exequátur o registro), desde luego bajo los parámetros lógicos de evitar la revisión de los conceptos de fondo de la medida adoptada²⁰.

No obstante, existe consideraciones especiales en todos los aspectos del reconocimiento y ejecución, ya que tienen en cuenta el interés superior del niño e incluso se puede denegar²¹ si se encuentran que la medida fue considerada en contra del debido proceso, la posibilidad de ser oído tanto el niño²², si es contrario al orden público o al propio beneficio del menor e incluso si se dejan de respetar reglas de una acogida de menor en una Kafala o de protección legal en una institución análoga, que incluso admite una acción preventiva para el reconocimiento o no de una medida de protección²³.

En el Capítulo V. Que trata sobre La Cooperación y, aunque habla por sí misma, vemos que nuevamente la Haya para facilitar el cumplimiento de las convenciones, adopta el concepto de Autoridad Central, que son las autoridades administrativas o judiciales que facilitan el cumplimiento del documento convencional, que si bien, es un acierto porque el mecanismo de cooperación tiene un procedimiento de seguimiento continuo entre las autoridades establecidas por los Estados parte, también, llega a ser un problema en países en los que las autoridades que podrían ser nombradas, por lo regular se encuentran saturadas de trabajo, con bajos sueldos y con exceso de obligaciones y poderes para accionar estos documentos²⁴.

En este capítulo se habilita una autoridad en cada estado contratante y se sientan las bases de su actuación incluso para el cuidado del niño y sus bienes y solo se pueden activar estos mecanismos, si son estados parte para la puesta en práctica

¹⁹ Artículo 21.2 de CH/1996

²⁰ Artículos 23.1, 24, 25, 26, 27 y 28 de CH/1996.

²¹ Artículo 23.2 de CH/1996

²² Que es una consideración especial la escucha del menor que se encuentra dentro de un juicio relacionado con él, artículo 12 de la CDN

²³ Artículo 24 de CH/1996

²⁴ Artículo 29, con obligaciones del artículo 30 al 38 de CH/1996

las medidas de protección que establece este CH/1996, así como el respeto del derecho de visita y el derecho del niño a mantener contactos directos regulares con ambos progenitores.

Los servicios entre autoridades son gratuitos, pero brindan la oportunidad de repartir gastos en caso de que ambos estados se pongan de acuerdo, lo que resulta muy útil en tiempos como éste, que con las consecuencias del Covid-19, hay muchas economías devastadas. Este es precisamente uno de los efectos del contexto internacional actual.

En el capítulo VI. – Se refieren las disposiciones generales, que como su nombre lo indica, trata sobre diferentes conceptos, a saber: sobre las formas de continuidad y la facilitación del CH1996; precisa el tipo de relación entre los Estados con sistemas jurídicos federados o no unificados²⁵; la forma de aplicación en el tiempo; la confidencialidad de los datos de los Estados contratantes y las personas involucradas; los posibles conflictos entre convenios²⁶, es decir, que no es incompatible con el CH1980, que seguirá rigiendo en su objeto o fin de restituir un niño que fue ilícitamente sustraído o retenido, que no perjudica al CH1961 en cuanto a las medidas adoptadas, pero que, si sustituye en cuanto a la competencia de autoridades y ley aplicable; nuevamente establece que la ley aplicable es la del sistema o del conjunto de reglas con el que el niño presente el vínculo más estrecho, en atención a su beneficio superior; se establecen los idiomas (inglés y francés); las reservas²⁷ y las convocatorias para examinar el funcionamiento del Convenio.

El capítulo VII contiene las cláusulas finales que casi todos los documentos internacionales suelen tener, como que queda abierto a la firma, los estados depositarios, las adhesiones, la entrada en vigor que es el día primero del mes siguiente a la expiración un período de 3 meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación o en el mismo tiempo después de su entrega de aprobación o adhesión y que puede ser denunciado y la forma de hacerlo, así como las formas de notificación al Estado depositario²⁸.

III.- Estudio de Pros y Contras. –

Me interesa demostrar primeramente los **PROS** o lo que pueda ser positivo de este documento convencional:

- a) Como se puede observar de la descripción del convenio en principio no ofrece ninguna confusión en cuanto a conceptos del objeto que son:

²⁵ Artículos 40 a 56 y el 46 de CH/1996

²⁶ Artículos 50 a 52 de CH/1996

²⁷ Artículo 55 de CH/1996

²⁸ Artículos 57 a 63 de CH/1996

- i) Competencia
 - ii) Ley Aplicable
 - iii) Reconocimiento y Ejecución
 - iv) Medidas de Protección
- b) El hecho de que sea un nombre tan largo permite que haya exactitud sobre lo que se pretende.
- c) Este convenio sustituye al de 1961 sobre competencia y ley aplicable y establece conceptos más claros por lo que es un convenio eminentemente de derecho internacional privado y no de derecho material.
- d) Es proteccionista del niño al grado de que muchas cosas dependen del interés superior del niño, que, al ser un concepto del Convenio de la ONU sobre los Derechos del Niño, que es el marco general de todos los relacionados con menores, ofrece mayor comprensión y posibilidad de ser incorporado a cualquier ley nacional.
- e) Elimina el conflicto entre la ley de nacionalidad del niño y la de residencia habitual para el establecimiento de medidas de protección, incluso agregando la ley con la que el niño tenga mayor relación, lo que facilita la cooperación entre autoridades o la posibilidad de tener que establecer una norma de conflicto especial para niños.
- f) El tratado estipula que autoridades pueden ser competentes, sin limitarlas, ya que pueden ser administrativas o judiciales, que pueden estar en cualquier punto del territorio, por lo que establece la competencia internacional y no así la interna. En esto es igual que la CH1980 ya que se establece entre el país requerido y el requirente el estado contratante y no una parte de éste.
- g) Se considera no solo el cuidado de la persona del niño, sino también sus bienes, pero con posibilidad de que se establezcan reservas entre la responsabilidad parental o una medida de protección del niño, que pudiera ser incompatible con una medida respecto a los propios bienes del menor}
- h) El convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad parental ya sea como un concepto preciso o que se deba atender como una norma de conflicto de leyes, aunque esta no se establece como una regla general de reconocimiento. Es decir, la designación de “responsabilidad parental” analiza precisamente el encargo y compromiso de los padres sobre los hijos no como una relación de autoridad, sino en relación al cuidado y la representación del niño (*puissance*) en todo sentido, como autoridad parental, tutela, curatela, administración legal, custodia (*custody*) y guarda (*guardianship*), es decir, el documento es absolutamente claro en cuanto a

“los derechos y obligaciones que le pertenecen al padre y a la madre en virtud de la ley, para cuidar a sus hijos y asegurar su desarrollo ²⁹”.

AQUÍ ME QUEDE EN LA REVISIÓN

- i) El hecho de que el convenio establezca a las autoridades competentes como las de la residencia habitual es novedoso y compatible con los conceptos internacionales porque se encuentran en otros textos convencionales³⁰.
Al evitar la concurrencia de autoridades que puedan establecer medidas de protección sobre la persona o bienes del niño en Estados diferentes, evita confusiones y permite OJOOOOaun cuando al haber pasado a una nueva residencia habitual, se pueda cambiar y es un gran acierto no establecer una temporalidad para la decisión de dicha residencia, porque coartaría el concepto social de la decisión de vida de los padres, además, es una hipótesis más próxima a la autoridad que conoce mejor la situación del niño y la mejor enterada de sus necesidades, sobre todo en menores binacionales o trasladados ilícitamente.

- j) Para los casos de urgencia, de desplazamiento, de falta de residencia habitual o la del vínculo más estrecho es oportuno tener la posibilidad que otros Estados puedan ser llamados a intervenir en la protección del niño, pero de una manera restrictiva, UNICAMENTE para adoptar medidas de protección de los niños, aunque pueda haber una competencia concurrente con el foro del divorcio, sin ser definitiva por cuestiones de nacionalidad.

- k) La decisión de establecer la protección a partir del nacimiento evitó acudir al problema ético de la posibilidad de una interrupción voluntaria del embarazo o sobre el estatuto legal internacional sobre el embrión, ya que dejaron en libertad a cada Estado de reconocer las medidas dentro de su ley nacional sin obligarse a reconocer otras formas diferentes.

- l) La edad de protección del niño se estableció en relación a la Convención de los Derechos del Niño, a los 18 años, es decir, hasta la mayoría de edad, sin entrar en las problemáticas de si son o no capaces por su ley interna y tener que definir por el conflicto de leyes de la competencia por su ley personal donde puedan ser niños mayores con posibilidad de emancipación por matrimonio. Que desde luego en México esta posibilidad es ya inexistente.

²⁹ “Los debates demostraron que la responsabilidad parental no era comprendida del mismo modo por todas las delegaciones porque la definición es amplia” pag.14 del informe explicativo. Lo cual es comprensible, en México tiene que ver con el concepto de Patria Potestad y todo lo que esta institución contiene en sus artículos 414 al 416 del Código Civil de la Ciudad de México.

³⁰ CH1980

- m) Se respeta la obligación de asegurar el bienestar superior del niño, que al ser un concepto internacional importante ha permeado en las legislaciones de muchos estados parte, así como el derecho a ser escuchados en todo proceso judicial o administrativo que les pueda afectar.
- n) La convención no contiene disposición limitativa en el plano geográfico, en materia de conflicto de leyes, es aplicable a todos los niños que tengan su residencia habitual en un estado contratante, cualquiera que sea su nacionalidad o su residencia.
- o) La enumeración de las medidas de protección, como pueden variar de estado a estado, son a modo de ejemplo tratando de ser lo más amplias posibles precisando que pueden ser de atribución, ejercicio, retirada total o parcial de la responsabilidad parental, ya que se trata de la obligación de cuidado del menor, independiente de si es una relación de autoridad o no.
- p) Igualmente, el tema de custodia y visitas se trato de que fueran nociones de derechos de los padres en el contexto de la responsabilidad parental instaurado por el convenio de los Derechos del Niño, por lo que en el texto en ingles se establecieron como *residence order* en lugar de *custody* y de *Access* en lugar de *visitation or contact* cuando se trata de entender los contactos a distancia de un progenitor con su hijo.
- q) Se trato de establecer todas las medidas de protección como tutela, curatela u otras instituciones análogas en favor de los niños que perdieron a sus padres e incluso representantes en caso de conflicto de intereses y la existencia de familias de recepción o colocación de niños cuando no tengan padres, sin que tenga que operar la adopción, por ser un concepto tratado en otra convención.
- r) Precisamente las exclusiones del artículo 4 pretenden por una parte evitar los conflictos entre convenios, pero también tiene evita problemas de interpretación y no entra a cuestiones relacionadas con responsabilidad civil, filiación donde depende de la ley personal determinada por el derecho internacional privado de la autoridad requerida o que tenga que haber calificaciones o impugnaciones relacionadas con el domicilio del demandante, y no, a favor de las autoridades de la residencia habitual del niño. Asimismo, se excluyeron las sucesiones y los fideicomisos y las prestaciones sociales por que implican desviaciones del Convenio, ya que en realidad su objeto es la protección de la infancia de una manera inmediata, por lo que los derechos de asilo en materia de inmigración también se excluyen porque van en contra del poder soberano de los estados, pero

pueden velar por el derecho de asilo o de residencia como protección del niño.

En cuanto a los **CONTRAS**, también existen y pueden ser importantes, a saber:

1. En cuanto a la competencia, si bien se centraliza en las autoridades del Estado de residencia habitual, existe el riesgo y la posibilidad de decidir un cambio de residencia habitual por cuestiones de sustracción y en esta convención también la de la competencia para establecer medidas de protección para el niño. La explicación es: en un primer momento se dice que: “las autoridades tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes”, pero el supuesto del artículo 5.2, explica; “sin perjuicio de lo dispuesto en el 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual...”
2. El problema se provoca porque el artículo 7 establece la competencia de residencia habitual del lugar donde un menor tenía su residencia habitual hasta antes de un desplazamiento o retención ilícitos, que hasta aquí sigue la regla establecida por el CH1980, sin embargo, aclara al final “hasta el momento en que el niño adquiriera una residencia habitual en otro Estado.... Y continua en un inciso b) “el niño resida en este otro Estado por un periodo de al menos un año desde que la institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno...**y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio.**”
3. Si bien la idea original es que el traslado o retención ilícito, de conformidad con el artículo 3 de la CH1980, no permite modificar la competencia de las autoridades donde tenía el niño su residencia habitual antes de ser removido, y son los que tienen el derecho de fijar medidas de protección de la persona o de los bienes del niño, pero si perdura- dice la CH/1996- entonces, no puede ignorar, hasta el punto de privar a las autoridades del nuevo Estado, que se ha convertido en la nueva residencia habitual del niño, para convertirse en una competencia de protección.” Esta decisión es gravísima porque altera el área de excepción de la CH1980, ya que por una parte la protege y acepta los mismos preceptos en cuanto a la aceptación de desplazamientos ilícitos, no pueden establecer la integración de un niño a su nuevo medio, porque estarían prejuzgando, antes de que se decida la restitución del niño, lo que es contrario al artículo 16 de la CH1980.

4. Este concepto daría una vía de salida a todos los sustractores, porque se tardarían en aparecer un año y después alegarían que el niño está integrado para poder lograr cambiar la competencia. La primacía del convenio de 1980 soluciona el problema del derecho de guarda y al aceptar un posible cambio, pero, pone en peligro el cumplimiento de éste.
5. Otro contra es que, si bien del artículo 5 al 12 tienen conceptos muy interesantes, desde la general que “el cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante tiene como efecto en lo sucesivo hacer competentes a las autoridades de este otro Estado, salvo en los casos de desplazamiento ilícito”, hasta conceptos de materia procesal y de Derecho Internacional Privado, al hablar de competencia en casos de niños a los que no se les puede determinar residencia habitual o, niegan la existencia de competencias compartidas entre la residencia habitual anterior y la posterior, considera los casos de niños no acompañados, fugados, abandonados, las situaciones de urgencia para una protección duradera, la posible representación legal del menor, creando un foro de necesidad y, trata sobre la competencia del juez de divorcio, en caso de cambio de residencia habitual, así como planteamiento de riesgos, como el que la autoridad nuevamente competente tome rápidamente una medida que anule a aquella tomada, poco antes, por una autoridad competente anterior, que se puede considerar un riesgo agravado para un niño que de inicio fue protegido y que el próximo juez de su nueva residencia habitual pueda anular estas medidas. Lo anterior nos lleva a pensar que tantos foros como posibilidades, pueden llevar a decisiones equivocadas por parte del juez competente por tanta variedad.
6. Otro contra, se presenta cuando el cambio de residencia habitual del niño de un Estado contratante a otro, si las autoridades de la primera residencia habitual son requeridas para la adopción de una medida de protección, esta medida continúa y si la competencia de esta autoridad puede tomar medidas posteriores por un cambio de residencia habitual, hasta donde hay una *perpetuatio fori* o si se les obliga a declararse incompetentes. En este caso el Convenio lo deja al procedimiento interno de cada Estado.
7. Otra situación que si bien de inicio ha sido positiva, puede tornarse en un problema y por tanto en una contra e incluso en la causa de evitar la adhesión a un Convenio, me refiero a la creación de las Autoridades Centrales, ya que por lo regular los Estados parte, sobre todo en América, tiene una capacidad económica restringida y si el Convenio indica que su trabajo de facilitador sea gratuito, lo pueden enviar a una institución pública para el desarrollo del trabajo pero, si esa institución es la Autoridad Central de más de dos

Convenios, la solución puede volverse tortuosa o volver ineficaz el cumplimiento de ese convenio.

8. Otra situación contraria de este convenio es que se abstiene de proveer de medidas de protección a los mayores de edad incapaces, lo cual es contrario a la aceptación de las figuras de tutoría, curaduría, etcétera, que bien podrían colaborar en estos casos.

IV.- Conclusiones. –

PRIMERA: Una conclusión es que para México este Convenio es innecesario en tanto Estados Unidos sea omiso en firmarlo, porque nuestras relaciones de familia son más asiduas con este país, y aunque con el resto del mundo, pudiera ser útil para establecer medidas de protección para los niños, de inicio somos firmantes de diferentes documentos internacionales se sustituyen o suplen por el momento la necesidad.

SEGUNDA: Los foros de competencia pueden establecerse perfectamente con la Convención de Foro de la que sí somos parte, el reconocimiento y ejecución también está contemplado en la convención de la que ya somos parte, así como la adopción, que protege en la medida que se requiere en estos casos. Por otro lado, somos firmantes de la Convención de Cobro internacional de alimentos de 2007, que es también una medida de protección de niños, al ser un documento muy completo, debería de firmarse.

TERCERA: En Convenios tan amplios como el que se comenta, al no haberse firmado y tener tantos puntos de conexión con nuestra legislación interna podría ser oportuno crear soft law, mediante guías legislativas o seguir las guías de buenas prácticas y aplicar lo mejor que tenga en situaciones de niños binacionales o problemas de aplicación de más de una ley mediante los conceptos internacionales de Interés Superior del niño.

V. Bibliografía.

- 1.- Convenio de la Haya, 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 Niño del 19 de octubre de 1996.
- 2.- Convención de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores de 25 de octubre de 1980.
- 3.- Convención de la Haya Sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Menores del 5 de octubre de 1961.
- 4.- Convención de la ONU sobre los derechos del niño, noviembre de 1989.

5.- Convenio de la Haya, 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 Niño del 19 de octubre de 1996.

6.- Convención de la Haya para el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia del 23 de noviembre de 2007.

7.- Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro de 25 de noviembre de 1965.

8.- Convenio de la Haya Sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial del 1 de febrero de 1975.

9.- Código Civil de la cdmx

10.- JIMENEZ BLANCO, Pilar. *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*. Universidad de Oviedo. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires. 2008.Pp.10-11