

ASPECTOS CIVILES DE LA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE
PERSONAS MENORES DE EDAD
(LEGAL KIDNAPPING, ABDUCTION O ENLEVEMENT)



VICTOR JOSE CASTELLANOS ESTRELLA

Título de la obra:

Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Personas Menores de Edad.
(Legal Kidnapping, Abduction o Enlevement)

Autor:

Víctor José Castellanos Estrella

Primera edición

1,000 ejemplares.

Diagramación:

Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano
CENDIJD

Diseño de portada:

Enrique Reed
Dirección de Comunicaciones del Poder Judicial

Impreso en:

Editora Corripio, C. por A.

Santo Domingo, Rep. Dom.
Mayo 2009.



PRESENTACIÓN

Hoy, como nunca, las familias en el mundo, sin que las dominicanas constituyan la excepción, se encuentran sometidas a factores internos y externos que ponen en peligro su integridad como principal y más importante centro de formación de los niños, niñas y adolescentes. El afán de lucro y los malos ejemplos de los padres, unidos al bombardeo constante de una campaña de transculturización y la carencia de ética en el accionar de muchos, constituyen elementos que deben movernos a profunda preocupación y a una mayor reflexión sobre el rol de la familia en la sociedad moderna.

A los factores internos que se producen como consecuencia directa de la descomposición de la sociedad, debemos agregar los factores externos que se producen fruto del intercambio cada día más frecuente e intenso entre los países, por las facilidades que nos ofrecen los medios de comunicación y los medios de transportes en un mundo realmente globalizado.

En nuestros días bastan pocas horas para que una persona pueda desplazarse o ser desplazada de un territorio a otro extranjero, burlándose la autoridad territorial de los países del desplazado. De ahí la necesidad de la existencia de normas internacionales que reglamenten las diferentes situaciones que se presentan secuela de esos desplazamiento, específicamente el problema de las sustracciones de menores.

Es en estas circunstancias que el magistrado Víctor José Castellanos Estrella, Juez de la Cámara Penal de la Suprema

Corte de Justicia, prominente profesor universitario y estudioso constante de los problemas que afectan a los niños, niñas y adolescentes así como a la familia en general, nos presenta esta obra que consta de 747 páginas, enriquecida con una cantidad de anexos que le permiten al lector abreviar directamente en la fuente que ha servido de base fundamental para la producción de esta obra.

El magistrado Castellanos, al momento de enjuiciar la condición de sujeto de derechos de que se benefician los niños, niñas y adolescentes, aboga porque esa condición no sea concebida solamente en un sentido lógico, como un ser susceptible de adquirir derechos, sino que no debe olvidarse el sentido ético, como lo opuesto a un objeto y evitar la manipulación en que frecuentemente intervienen en los procesos, como en la adopción, los padres biológicos, adoptantes, profesionales del derecho y la medicina, autoridades administrativas y judiciales.

Critica sin ningún tipo de ambages que nuestra sociedad en su conjunto, y por razones de espacio vital y normal de nuestros niños y adolescentes, permite el que éstos vivan en una permanente agresión cultural, social y discriminatoria de su condición de persona en desarrollo. Siendo víctimas de ataques colectivos e individuales, donde la agresora es la misma sociedad donde se desenvuelven.

Al enjuiciar los espacios publicitarios donde los niños y niñas son los protagonistas, el magistrado Castellanos Estrella reflexiona con cierto dejo de indignación, cuando dice que existen espacios publicitarios que aparentemente exaltan al niño o al adolescente, pero se observa que en muchas ocasiones no son tratados como personas, sino como un sujeto que debe ser explotado, como una

inversión más. Agregando que también la familia en general y los hijos en particular, son atacados en su más recóndita intimidad.

Pero el autor, en esta obra dirige sus críticas también contra el propio hogar, porque en el mismo en muchas ocasiones es donde se manifiestan las grandes agresiones; muchas veces se revelan en las luchas permanentes de los padres y responsables en la búsqueda, cada quien, de una hegemonía con respecto a sus descendientes.

La idea central de Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Personas Menores de Edad (Legal Kidnapping, Abduction o Enlevement) consiste en tratar la situación que se presenta cuando los niños y adolescentes son desplazados o retenidos de un Estado a otro por uno de los padres, parientes o responsables, como una consecuencia de conflictos familiares.

Como un ingrediente adicional a los ya existentes que viene a agravar la situación es la que se deriva de los medios de transportes existentes, las comunicaciones, la permeabilidad de las fronteras y la migración laboral en busca de mejores condiciones de vida, todo lo cual permite que sean frecuentes los alejamientos y retenciones ilícitas de las personas menores de edad, tal como acertadamente lo consigna el autor.

La obra que nos presenta el Magistrado Castellanos Estrella tiene un rico contenido y ha de convertirse en material obligado de consulta para la solución de los asuntos que se presenten dentro de los aspectos a que la misma se contrae. Divide la misma en VII Capítulos, todos de importancia capital. El I está reservado a las Generalidades; el II a El Interés Superior del Niño; el III al Ámbito de Aplicación de la Convención de La Haya

sobre Sustracción Internacional de Personas Menores de Edad (Legal Kdnapping); el IV a la Convención Internacional sobre Restitución de Menores; el V a Traslados o Retenciones Ilícitas; Derecho de Guarda o Custodia; Derecho de Visita; Autoridad Parental; Análisis Conceptual; el VI a Operatividad del “Legal Interamericano”.

Quiero finalizar estas palabras destacando el papel que en la última década ha desempeñado el Poder Judicial de la República, principalmente el de la Suprema Corte de Justicia al poner en funcionamiento una estructura especializada para el asunto relativo a los niños, niñas y adolescentes, como lo ha sido en el ámbito jurisdiccional, los tribunales y cortes de niños, niñas y adolescentes, así como en el campo administrativo con la creación del Departamento de Niñez, Adolescencia y Familia. Además también hay que destacar el extraordinario papel de nuestro máximo tribunal judicial al momento de ejercer sus facultades reglamentarias, dictando resoluciones que han contribuido a una mejor aplicación de nuestras leyes. En este último sentido tenemos que destacar, a propósito de la obra del Magistrado Castellanos, la Resolución núm. 480-2008, que según se consigna en su ordinal primero, tiene por finalidad establecer el procedimiento para conocer de la solicitud de restitución de la persona menor de edad que no hubiere alcanzado los dieciséis años, trasladada o retenida de manera ilícita a la República Dominicana y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en el Estado de procedencia sean respetados.

Dr. Jorge A. Subero Isa

Presidente de la Suprema Corte de Justicia
República Dominicana

INDICE

CAPÍTULO I GENERALIDADES

- 1.1. Introducción 1
- 1.2. El cuidado y el amor compartido de los padres hacia sus hijos.
Imperativo humano, social y jurídico 9
- 1.3. Planteamiento del problema referente a los “Aspectos
Civiles del Secuestro Internacional de Menores” 16
- 1.4. Precisión terminológica..... 19

CAPÍTULO II EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

- 2.1. Introducción 23
- 2.2. Antecedentes y Derecho Comparado 24
 - 2.2.1. Características del Sistema Penal antes de la
Convención Internacional sobre los Derechos del
Niño: “situación irregular” 24
 - 2.2.2. Características del Sistema Penal a partir de la
Convención sobre los Derechos del Niño:
“protección integral de derechos” 30
- 2.3. Las reformas en República Dominicana 35
 - 2.3.1. Antecedentes 35
 - 2.3.2. Descripción del proceso de reforma legislativa 39
 - 2.3.3. Avances normativos 43

2.4. El “Interés Superior del Niño”, principio generador de una nueva cultura histórica de la niñez y de la adolescencia.....	51
---	----

CAPITULO III
ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCION
DE LA HAYA SOBRE LA SUSTRACCION INTERNA-
CIONAL DE PERSONAS MENORES DE EDAD
(LEGAL KIDNAPPING)

3.1. Introducción	63
3.2. Alcance del convenio	77
3.3. Principios generales.....	78
3.4. Definición.....	79
3.5. Regreso del niño	80
3.6. De la solicitud de restitución o admisibilidad de la petición	81
3.6.1. De igual modo, la solicitud debe estar acompañada o completada por	81
3.7. Derecho aplicable en el procedimiento de restitución en República Dominicana	82
3.8. Competencia jurisdiccional en el país.....	83
3.8.1. Competencia administrativa	83
3.8.2. Competencia jurisdiccional. Procedimiento.....	84
3.9. Medidas que puede tomar la autoridad central de los países contratantes.....	84
3.10. Oposición	85
3.11. Petición de suministro de información	86

3.12. Decisión sobre el regreso del niño no prejuzga sobre custodia o guarda del niño	86
3.13. Derecho de visita	87
3.14. Normas generales	87

CAPÍTULO IV

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE RESTITUCIÓN DE MENORES

4.1. Ámbito de aplicación	89
4.1.1. La acción restitutoria es otorgada sólo para los titulares del derecho de custodia (legitimación)	90
4.1.2. El procedimiento es formalista	90
4.1.3. Prevé la localización de menores sustraídos en forma ilícita	91
4.1.4. Prevé la coordinación de las autoridades centrales de los Estados parte por el Instituto Interamericano del Niño	91
4.1.5. Prevé la Aplicación de la Convención interamericana sobre Restitución Internacional de Menores sobre el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya.....	91
4.2. Contenido de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores: se refiere.....	93
4.3. Personas con capacidad legal para llevar a cabo la solicitud de restitución	94
4.4. Jurisdicción internacional para conocer de la solicitud de restitución de menores	94
4.5. Pedimento de urgencia	95

4.6.	La autoridad central de cada Estado Parte	95
4.7.	Modalidad para ejercer la solicitud.....	96
4.8.	Contenido de la solicitud para restituir a la persona del menor	96
4.9.	¿Cómo se debe realizar el trámite?	97
4.10.	Negación de la solicitud de restitución	98
4.11.	Oposición ante la autoridad del Estado requerido	99
4.12.	Plazos	99
4.13.	Características de los procedimientos previstos en la Convención.....	100
4.13.1.	Estos procedimientos tienen las siguientes características	101
4.14.	Alcance de la convención.....	102
4.15.	Localización de menores	103
4.16.	Derecho de visita	104
4.17.	Disposiciones generales.....	105
4.17.1.	Transmisión de exhortos y solicitudes.....	105
4.17.1.1.	Gratuidad.....	105
4.17.1.2.	Actuación oficiosa	106
4.17.1.3.	Orden público.....	106
4.18.	Inexistencia de prejudicialidad	107
4.19.	Disposiciones finales	107

CAPÍTULO V

TRASLADOS O RETENCIONES ILÍCITAS; DERECHO DE GUARDA O CUSTODIA; DERECHO DE VISITA; AUTORIDAD PARENTAL. ANÁLISIS CONCEPTUAL

5.1.	¿Qué son “traslados o retenciones ilícitas”?	109
5.2.	Precisiones sobre el derecho de custodia, de guarda y de visita planteados en las convenciones	110
5.3.	Derecho de guarda y régimen de visita en el Derecho Dominicano	110
5.3.1.	La autoridad parental termina con	111
5.3.2.	Suspensión de la autoridad parental	111
5.3.3.	Causas de terminación de la autoridad de los padres	112
5.3.4.	Al terminar la autoridad del padre y de la madre, produce los siguientes efectos	113
5.4.	Calificación del estado de minoridad	113

CAPÍTULO VI

OPERATIVIDAD DEL “LEGAL KIDNAPPING” EN OTROS PAÍSES

6.1.	Aproximación a su tipología y causas	117
6.2.	Actuación de los tribunales extranjeros como motivo desencadenante del “legal kidnapping”: la concesión de la guarda del menor	124
6.3.	La actitud de otros tribunales extranjeros frente a las solicitudes del “exequátur”	131
6.4.	Quid del Legal Kidnapping en los tribunales dominicanos	139
6.5.	Otras soluciones internacionales	142
6.6.	A manera de conclusión	147

CAPÍTULO VII

TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

7.1.	Planteamiento del problema	151
7.2.	Codificación del derecho internacional de menores	152
7.3.	Los proyectos tenidos en cuenta para elaborar la convención	153
7.4.	Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores	154
7.5.	Objeto de la convención	155
7.6.	Obligaciones de los Estados Parte en la convención	156
7.7.	Ámbito de aplicación de la convención	158
7.7.1.	Aplicación en razón de los sujetos involucrados	158
7.7.2.	Aplicación en razón de la materia la convención regula	159
7.7.3.	Aplicación entre Estados Parte y Estados no Parte en la convención	159
7.7.4.	Aplicación de la convención en cuanto a los procedimientos	160
7.8.	Definiciones	160
7.9.	Autoridad central	162
7.10.	Aspectos penales	163
7.10.1.	Obligaciones internacionales de los Estados Parte	163
7.11.	Competencia internacional para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores	164
7.12.	Extradición	165

7.13. Restitución inmediata del menor	166
7.14. Aspectos civiles	167
7.14.1. Legitimación para instaurar el procedimiento de localización y restitución del menor	167
7.14.2. Competencia para el procedimiento	167
7.14.3. Trámite	168
7.14.4. Plazo para promover la solicitud de localización y restitución del menor	169
7.14.5. Legalización y traducción de las solicitudes, documentos y anexos	169
7.14.6. Medidas de protección al menor víctima	170
7.14.7. Cooperación entre Estados Parte para el control de la salida y entrada de menores.....	170
7.14.8. Adopciones originadas en el tráfico internacional de menores.....	171
7.14.9. Revocación de la guarda o custodia	172
7.14.10. La solicitud de localización y restitución del menor es independiente de las acciones de nulidad y revocación	172
7.14.11. Gastos y costas	172
7.14.12. Asistencia jurídica gratuita	173
7.14.13. Cláusulas finales	173
7.14.14. Entrada en vigencia.....	175
BIBLIOGRAFÍA	177
ANEXOS	
• Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores	191

- Convención interamericana sobre restitución internacional de menores 209
- Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores.....223
- Resolución núm. 480-2008237
- Declaración de los derechos del niño245
- Convención sobre los derechos del niño249
- Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía285
- Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional 301
- Reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de la justicia de menores (“reglas de beijing”).....307
- Convención sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138).....323
- Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero.....337
- Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias355
- Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores365
- Resolución núm. 699-2007, sobre las medidas anticipadas a la entrada en vigencia plena de la Ley 136-03373

- Convenio de protección al niño y cooperación en adopción internacional.....409
- Convención de derecho internacional privado 431
- Informa sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las América. Reunión de expertos gubernamentales.....449
- Programa interamericano sobre cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de menores por uno de sus padres487
- Conclusiones y recomendaciones de la quinta reunión de la comisión especial para revisar el funcionamiento del convenio de la haya del 25 de octubre de 1980 497
- Consejo económico y social, comisión de prevención del delito y justicia penal523
- Foro internacional sobre secuestro familiar de menores: programa de acción de la convención de la haya 15 y 16 septiembre de 1998..... 531
- El tratamiento concreto de los derechos de guarda y de visita en el derecho convencional: posibilidad de mediación ante su incumplimiento.....587
- Proyecto de acuerdos bilaterales en materia de sustracción internacional603
- La obligación alimenticia especial referencia a la protección de la persona menor625
- Unidad de recuperación de menores 637
- Secuestro de menores 657
- Proyectos nacionales667
- Auto acordado excma. Corte suprema. Diario oficial de la República de Chile.....685

- Convención sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños. Violencia intrafamiliar santiago, 11/11/06693
- Sobre los derechos de los niños en Japón.....715
- Information concerning the agenda and organisation of the special commission and questionnaire concerning the practical operation of the convention and views on possible recommendations..... 721

**ASPECTOS CIVILES DE LA RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE PERSONAS
MENORES DE EDAD**

(LEGAL KIDNAPPING, ABDUCTION O ENLEVEMENT)¹

-
1. Texto revisado en la reunión de los representantes de habla española celebrada en la Haya, en octubre de 1989. Como documento de trabajo, se utilizó la traducción realizada en España y publicada en el *Boletín Oficial de Estado* del 24 de agosto de 1987, así como la corrección de errores publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, del 30 de junio de 1989. Existen asimismo, traducciones oficiales en Argentina, México, Ecuador y República Dominicana.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

1.1. Introducción.

Sin duda, que en las *personas*, el *estado de minoridad* y por ende su *capacidad de accionar* como seres humanos, concurren con otros atributos para conformar el plexo de instituciones que determinan a ésta en su proyección jurídica; más es indudable que ellas constituyen sus calidades más destacadas, a punto tal de que, modernamente, los conceptos de *persona menor de edad* y *capacidad*, se entrelazan y confunden. Recordemos, que para el derecho, la acepción de *la personalidad* que interesa es la que se refiere al *sujeto apto o no para ser titular de derechos y obligaciones y, para ejercerlos por sí mismo*².

Esa simbiosis entre *persona* y *capacidad* resulta de la propia perspectiva de lo jurídico, mientras que los conceptos vigentes en los ámbitos filosófico, sociológico, político o económico, guardan estrecha relación con el sentido que la unidad humana posee en ellos.

2. Convenio Interamericano sobre Restitución de Menores; Convención sobre el Tráfico Internacional de Menores.

Así fluye de la definición de capacidad que da Méndez Costa, María Josefa, la capacidad de los cónyuges, en *Estudios sobre sociedad conyugal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1981, Pág. 120.

En tanto para el derecho *la persona es el sujeto de la relación jurídica*, resulta consecuencia rigurosa que, como lo sostiene Spota, *a la noción de sujeto de derecho y deberes se halle íntimamente vinculado el problema a su capacidad*³. Ante esa realidad jurídica que evidencia la trascendencia de *la capacidad* y que la ubica en un plano cercano a los presupuestos *de la personalidad*, resalta aún más la carencia de un tratamiento suficiente y metódico por parte de nuestro derecho positivo. Bajo esa perspectiva, observamos, que el problema de la *capacidad* de la persona del menor de edad, en lo que hace a su regulación las normativas civiles, encuentran las mismas dificultades que tiene la *capacidad* como atributo de la persona en general.

Ahora bien, advertidos de la fusión de *capacidad y persona en los menores*, es preciso destacar, de igual modo, una fuerte vinculación entre *la capacidad y el estado de las personas*, al punto tal que éste último constituye la fuente de derechos y deberes e implica una capacidad de obrar y jurídica inherente a este estado⁴.

Empero, *el estado de minoridad* como atributo diferenciador y caracterizante, el cual se proyecta incidiendo en la personalidad toda del sujeto y determinando que, mientras se mantenga, el tratamiento jurídico que le corresponde difiera completamente del reservado a los mayores de edad⁵.

3. Spota, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1948, t. I, Vol. 3.1, Pág. 139.

4. Spota, ob.cit, t. I Vol. 3.2, Pág. 141.

5. D. Antonio, Daniel, *Derecho de menores*, 4ta. Ed., Astrea, Buenos Aires, 1994, Págs. 13 y siguientes.

Partiendo de lo expuesto, se colige que a la personalidad de la persona menor de edad, por ser sujeto de derecho, le corresponde una particular aptitud para que se constituya en titular de las relaciones jurídicas (capacidad), resultando dicha aptitud de la propia situación que el menor ocupa dentro de la sociedad en su conjunto (estado).

Ser “sujeto de derechos” no debe ser comprendido sólo en un sentido lógico, como un ente susceptible de adquirir derechos, sino que debe ser entendido también en un sentido ético, como lo opuesto a un “objeto” que puede ser manipulado a discreción por los adultos⁶. Esta “manipulación” es una tentación en la que caen demasiado frecuentemente quienes intervienen en los procesos; por ejemplo, en el de adopción -padres biológicos, adoptantes, profesionales del derecho y la medicina, autoridades administrativas y judiciales- cuando se trata de dejar expedita la vía que habrán de recorrer los hijos adoptivos -si así lo desean- para conocer su identidad de origen y construir su propia y única historia personal. El apropiarse de una parte de esta historia, con las enormes implicaciones humanas, psicológicas, sociales etc., que ello supone, ¿qué fundamento o justificación puede tener? ¿Dónde se tipifica y sanciona éste proceder?

Por otra parte, y visto desde otro ángulo, la sociedad dominicana en su conjunto y, por razones obvias como espacio vital y normal de nuestros niños y adolescentes, permite el que estos vivan en una permanente agresión cultural, social y discriminatoria de su condición de *persona en desarrollo*; son víctimas de ataques colectivos e individuales, siendo la agresora la misma sociedad

6. Grosman, Cecilia P.: *El hijo como sujeto de derechos en el ejercicio de la autoridad parental*, “Universitas”, núm. 59, Bogotá, 1980.

en donde estos se desenvuelven. Existen espacios publicitarios que aparentemente exaltan al niño o al adolescente, pero, se observa, que en muchas ocasiones no son tratados como personas, sino como un objeto que debe ser explotado, como una inversión más. Así, las familias, en general, y los hijos en particular, son atacados en su más recóndita intimidad. Empero, debemos decir, que también en innumerables ocasiones es en el mismo sagrario del hogar donde se manifiestan las grandes agresiones; muchas veces se revelan en las luchas permanentes de los padres y responsables en la búsqueda, cada quien, de una hegemonía con respecto a sus descendientes.

De igual modo, si bien es cierto, que la filiación biológica de los progenitores de un niño resulta ser fundamental para llevar a cabo cualquier acción referida al mismo, no menos cierto es, que unida a esa maternidad y paternidad, existen de igual modo, dos conceptos que necesariamente debieran estar unidos a la verdad biológica y son: la *maternidad y paternidad afectiva*. Ambas deben apuntar a aquella mujer o aquel hombre que han desarrollado una relación de cariño o de amor hacia un niño que puede o no pertenecerle genéticamente. No se trata de cualquier relación emocional, sino de aquella propia de una relación filial.

Sin lugar a dudas, en tiempos sombríos, cuando las noches siempre son oscuras, el derecho, no obstante, sigue su ruta. Desde las vertientes de fondo y de las técnicas procesales, no se detiene en el propósito que traza la estela de los tratados, de la Constitución y de las leyes de desarrollo.

Así, al caminar los primeros pasos de este siglo, con sucesivos reconocimientos y garantías, se afana por arropar a las personas que, por sus carencias o debilidades desde las luces de la

tutela judicial efectiva, cobran mayor presencia, la urgencia de una necesaria y oportuna consideración y tratamiento de los aspectos jurídicos: el niño, el adolescente, las nuevas formas de relaciones de y en pareja, con espectros cada vez más amplios en los contenidos de derecho, y en el potencial y dirección de las garantías jurisdiccionales, en su linaje diversificado y en el blindaje de protección que se recortan y adquieren virtualidad plena en legitimados con competencias propias para acceder a la tutela judicial efectiva.

Asimismo, es innegable, que en estas áreas sensibles de la relación familiar, lo impone el fondo común de una similar cultura jurídica y la envolvente evolución de las ideas y de las políticas referidas a la familia en general y, a la niñez en particular, para elegir los criterios más adecuados no dejando fuera el marco ético y los valores que ofrecen las convenciones que se ratifican por nuestro país, o se incorporan a su andamiaje jurídico.

La pauta de atender más circunstancialmente a las personales capacidades del menor de edad, a su verdadero desarrollo y aptitud de comprensión, es acaso lo aconsejable frente a lo que acontece en la sociedad de la información, de la inteligencia y del riesgo. Igual a lo que, al menos, pueda realizar por sí mismo, según sus condiciones de madurez.

Es dable también insistir, en que no puede hacerse una lectura parcializada de todos estos problemas y fenómenos del derecho de familia (en puridad de verdad, creemos, que tampoco de ninguna otra parcela del mundo jurídico) que prescinda de las modernas herramientas de las técnicas instrumentales: la legitimación, los poderes y discrecionalidad de los jueces, los mecanismos preventivos, las medidas urgentes etc. Es con su

adecuada utilización sincronizada, si se quiere, que puede plasmarse en la realidad del tráfico litigioso la tutela de protección continua e irrestricta. Son indudablemente garantías maleables en manos de una labor interpretativa fluyente, finalista, atenta a las consecuencias que se seguirán de los criterios y referencias que se utilicen; son todos ellos y mucho más, grandes dosis de cambios de mentalidad, de colaboración, concentración y economía procesal, y de las imprescindibles adecuaciones cuando no la inversión de las cargas probatorias, las grandes palancas para mudar la imagen de la jurisdicción. Si ello no se interioriza y hace palpable, es impensable asegurar, en concreto, la materialización del derecho.

Sin embargo, ante ese panorama, aún cuando la doctrina de la Protección Integral y el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente, resultan de primordial importancia para todas las cuestiones relativas a su custodia, como forma de protección de su minoridad y por consiguiente a sus limitaciones para actuar en el ejercicio de sus derechos, siempre en aras de buscar fórmulas de resguardo de los efectos perjudiciales que pueden ocasionar a su salud mental y física, un traslado o una retención ilícita; los niños y los adolescentes, por su propia naturaleza, salen perjudicados, toda vez que son seres muy vulnerables y desprotegidos dentro de la especie humana. La cotidianidad nos demuestra, en fin, la frecuencia con que las desavenencias matrimoniales derivan en conductas de los propios progenitores en las que los niños suelen ser tratados como meros objetos. Precisamente en quienes habría que confiar, los mayores, olvidan tutelarlos, más bien los agraden y lastiman.

1.2.- El cuidado y el amor compartido de los padres hacia sus hijos. Imperativo humano, social y jurídico.

En nuestro derecho positivo nacional referido a la familia y a la niñez, y, de igual modo, en el internacional, existe una tendencia actual como regla general, de propiciar, en la medida de lo posible, el ejercicio compartido de la autoridad parental⁷. Es la idea que sigue el anteproyecto de Código de Familia dominicano y que ha sido la tradición de las leyes referidas a la temática, al disponer que en ambos padres recaiga la autoridad parental sobre sus hijos menores de edad, salvo que el interés de los hijos exija que sólo la ejerza uno de ellos. Por consiguiente, existe una responsabilidad conjunta en la formación, desarrollo y proyección del hijo, aún en aquellos casos en que éste sólo conviva con uno solo de sus padres.

Empero, en algunos países, sobretodo en hermanos americanos, aún subsiste el régimen de propiciar la concesión de la autoridad parental a quien se le otorga la guarda. Tanto parte de la doctrina como de la jurisprudencia han tratado de fundar la necesidad de atribuir unilateralmente la tenencia de los hijos después de la ruptura conyugal en ciertos principios generales que tienden a preservar el interés de los menores. Tales principios deben ser analizados a la luz de un criterio desprovisto de dogmatismos, con el fin de evaluar si realmente responden a la protección del interés de los hijos.

Se ha sostenido que “la educación y formación del carácter de los menores requieren unidad de criterio en la dirección y estabilidad, lo que se desvirtúa cuando pasan frecuentemente de mano en mano”.

7. Anteproyecto de Código de Familia de la República Dominicana.

Si esto implica privilegiar a uno de los padres al concentrar en él la unidad de criterio, y provoca la exclusión implícita del otro en la dirección y educación del hijo, en realidad lo que se está haciendo es confundir unidad con una decisión unipersonal. Esa no es, por consiguiente, la mejor decisión, sobretodo en la edad de los apegos.

Unidad significa concurrencia de voluntades o criterios en una misma dirección; no concentración del poder de decisión en forma unipersonal o única. Decisiones éstas muchas veces llevadas a cabo por la lucha de poder entre los progenitores. De otro modo, deberíamos admitir, como silogismo lógico, que el presupuesto es que la unidad de criterio en la educación es imposible tras el divorcio, y si la unidad de criterio es requisito básico para la educación; la educación es imposible tras el divorcio. Esta conclusión -que, suponemos, será rechazada en lo explícito-, subyace tras la construcción del principio general de la unidad de criterio entendida como la intervención unipersonal de uno de los padres en la tenencia de los hijos.

Quizás el exagerado interés en sustentar las bases de la familia, sobre todo por motivos sentimentales, y su protección jurídica en el matrimonio provoque que, ante la separación o disolución del vínculo, resulte casi inconcebible la noción de familia funcional o sana. Eso podría ser el resultado de dos personas inmaduras para ser cónyuges o convivientes; así, todo intento de abordaje de las relaciones familiares después del divorcio está condicionado a una ideología de familia discapacitada o minusválida, incapaz de generar respuestas válidas a los requerimientos de la autoridad de los padres para con sus hijos.

Todo esto se traduce a través del principio de la atribución unipersonal de la tenencia, la convicción sobre imposibilidad de la

plenitud de la relación paterno-filial para ambos progenitores, como si ello estuviese impedido por una incapacidad inherente a su condición de cónyuges divorciados. Pienso que es una visión muy estrecha y limitada de la maternidad y paternidad afectivas de que hemos hablado anteriormente.

Sin lugar a dudas, el sistema adoptado, tanto en lo normativo como en lo cultural, de atribución unipersonal de la tenencia de los hijos, lleva implícita la idea de su inclusión en el “reparto” posterior al divorcio; ello presupone que los hijos son “objetos” “atribuibles” u “otorgables”, más como obviamente no son “divisibles”, se ha optado por la salomónica solución de adjudicarlos a uno de los cónyuges.

Otro de los principios absurdos en una sociedad que se precia de la inteligencia y la tecnología, es la que funda *la atribución de la tenencia de los hijos* en función del sexo de los mismos, y considera que “siendo el menor de sexo femenino, elementales motivos de orden natural hacen preferir a la madre como custodio inmediato de su desarrollo” o que “si se trata de mujeres menores puede tornarse más adecuada en esta etapa de su formación la convivencia con la madre”⁸. Para nosotros son criterios de la primera Edad Media en el devenir histórico de los pueblos.

No debe perderse de vista que el o los menores de cuya tenencia se trate, por la sola circunstancia de su normal desarrollo y evolución bio-psico-social, pueden requerir en distintas etapas de este proceso respuestas distintas que impliquen la mayor o menor par-

8. CNCiv., Sala C, 26/4/84, “E.D.”, t. 110, Pág. 591. Citado por Grosman, Cecilia P., y otros, *Los derechos del Niño en la Familia*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, Pág. 172.

participación de uno u otro progenitor en su educación y formación, sin necesidad de recurrir a una causa de gravedad extrema para introducir modificaciones en el régimen de tenencia.

Lo que pretendemos expresar es que sería aconsejable la admisión de cambios destinados al mejoramiento de la situación del menor, y no sólo para evitar perjuicios, reconociéndose de este modo la absoluta incompatibilidad entre el carácter estático del status quo y el esencialmente dinámico y mutable del desarrollo de un menor.

Empero, resulta llamativo comprobar cómo, aparentemente, el interés de los menores cambia por el estado civil de sus padres, ya que si la sociedad valora al hombre que trabaja muchas horas diarias para proveer al sustento familiar durante la convivencia matrimonial, considerando que ello es beneficioso para el interés de los hijos, a partir del divorcio la misma situación se torna contraria al interés de los hijos e impide que su tenencia se atribuya al padre.

Finalmente, todo lo anterior cede frente a la preservación de otros valores considerados aun más importantes que la división de roles en el matrimonio, como la pertenencia a una “familia constituida de acuerdo al orden natural de los afectos”, para lo cual se prefirió “atribuir la tenencia al padre que convive con los abuelos” para “integrar al menor a un núcleo familiar que le permita rehacer la confusión que puede habersele producido en los roles parentales” tras la comprobación de la nueva relación afectiva de la madre que ejercía la tenencia⁹.

9. Capel. CC Morón, Sala 1I, 1/6/82, “E.D.”, t. 19, Pág. 958. Citado por Grosman, Cecilia P., y otros. *Los derechos del Niño en la Familia*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, Pág. 64

Además, la preservación del modelo de familia nuclear como paradigma en la educación y formación de los hijos en sociedades aparentemente cerradas, ha llevado a sostener que “resulta difícil para un padre no poder convivir con su hijo y educarlo, pero debe ser insoportable que lo eduque, al menos en parte, el concubino de su mujer”.

Esta posición lleva necesariamente a dos reflexiones: la primera es que si como lo hemos visto, en general se excluye a priori la posibilidad de que el padre o la madre no custodio continúe con la educación del hijo y se prefiere a la madre, que es quien puede estar más tiempo con él; por otro lado se excluye también la posibilidad de que el hombre que convive con la madre comparta la autoridad con la progenitora en el orden doméstico, con lo que no se beneficia el interés de los hijos.

La segunda es que el hecho de que al progenitor no custodio se le reserve “la supervisión de la educación” del hijo, como forma de evitar su marginación en la función parental, no resulta en absoluto del todo ineficaz en su cometido.

Por último, podemos observar cómo en algunas decisiones de tribunales se entrecruzan y subordinan distintos valores y creencias; por una parte, la evolución de las costumbres ha llevado a que se sostenga que “no habiéndose probado falta de atención y cuidado o de idoneidad de la madre, la sola imputación de que la madre convive con un tercero, cuando la relación aparenta una estabilidad emocional y es conocida por las hijas, es insuficiente para admitir el cambio de tenencia reclamado”¹⁰. Por la otra, si

10. CNCiv., Sala B, 29/5/84, “L.L.”, 1984-D, Pág. 25. Citado por Grosman, Cecilia P., y otro. *Los derechos del Niño en la Familia*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, Pág. 25.

avanzamos en el análisis del fallo, comprobamos cómo, en realidad, el fundamento para denegar el cambio en la atribución de la tenencia a favor del padre no es la falta de perjuicio a las menores por la nueva relación afectiva de la madre, sino que “el sexo de las tres niñas y ... las lógicas tareas que (el padre) debe cumplir fuera del hogar impiden considerar otra posibilidad mejor”.¹¹

Se observa, pues, que se ha tratado de preservar como fundamento del mejor interés de las menores la división de roles acuñada durante el matrimonio, que deriva en la preferencia de la madre para el ejercicio de la tenencia de los hijos, sumada a las razones de orden natural que la indican como la solución más aconsejable por tratarse de hijas mujeres.

La necesidad de mantener la adjudicación de roles entre ambos progenitores encomendando a la madre el cuidado de los hijos, tampoco se altera en el supuesto de que la madre desempeñe una actividad laboral, ya que ello no es considerado un impedimento para otorgarle la tenencia, siempre que no afecte la labor de crianza cuando ésta “jamás debe pasar un día íntegro fuera de la casa”.¹²

A modo de síntesis del conjunto de valores expresados en las sentencias y decisiones judiciales, se ha juzgado como negativo el deseo del padre de gozar de la denominada “tenencia compartida” de los hijos. En lugar de reclamar la tenencia para sí, en el discurso judicial esta posición fue vista como una “actitud

11. *Ídem* nota anterior.

12. CNCiv., Sala D, 20/4/83, “L. L.”, 1983-C, Pág. 480. 1\ CNCiv., Sala D, 31/8/82, “L. L.”, 1983-C, Pág. 255 Citado por Grosman, Cecilia P., y otros. *Los derechos del Niño en la Familia*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, Pág. 480.

renuente a asumir en plenitud los deberes y responsabilidades que implica tal situación”.¹³

Más desfavorable aún es la valoración de la madre respecto de su intención de establecer un sistema de tenencia compartida, ya que en las sentencias que la deniegan se considera que ello implica una “abdicación de la tenencia” por parte de la madre¹⁴.

Los fundamentos que se han utilizado en las decisiones judiciales para rechazar la tenencia compartida responden a los mismos valores que desconocen los inconvenientes ya señalados de la atribución unilateral de la tenencia, y tratan de sostenerla como institución exitosa en la preservación del modelo de familia nuclear y de desvalorización de la organización familiar posterior al divorcio o separación conyugal.

Se ha sostenido que “la atribución de la guarda o tenencia a uno de los progenitores presupone el hecho de haberse interrumpido la convivencia de la progenie. Correlativamente, la tenencia compartida que se reclama exige ineludiblemente esa convivencia. De allí que el régimen de tenencia compartida a que se aspira es esencialmente incompatible con la situación de los padres divorciados”.¹⁵

13. CNCiv., Sala D, 3118182, “L.V, 1983-C, Pág. 255. 22, Citado por Grosman, Cecilia P., y otros. *Los derechos del Niño en la Familia*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, Pág. 255.

14. CNCiv., Sala D, 31/8/82, “L. L.”, 1983-C, Pág. 255, Citado por Grosman, Cecilia P., y otros. *Los derechos del Niño en la Familia*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, Pág. 255.

15. *Idem* nota anterior.

1.3.- Planteamiento del problema referente a los “Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores”.

Partiendo de todas esas verdades sociales y familiares desarrolladas en los párrafos precedentes, en efecto, existe un gran problema, cuando los niños y adolescentes son *desplazados o retenidos* de un Estado a otro por uno de los padres, parientes o responsables, como una consecuencia de conflictos familiares.

Hoy, se agrava aún más esta situación, tomando en cuenta los medios de transportes existentes, las comunicaciones, la permeabilidad de las fronteras y la migración laboral en busca de mejores condiciones de vida, todo lo cual permite que sean frecuentes los *alejamientos y retenciones ilícitas* de las personas menores de edad.

Observemos, sin embargo, que todo esto plantea en forma subyacente una realidad, la existencia de un gran *problema social y familiar*, en donde se encuentran mezclados intereses económicos, sociales, educativos, políticos y de muy variada índole. Es decir, en los actuales momentos de tráfico jurídico externo, las relaciones familiares ocupan un lugar importante entre aquellas materias que son objeto de debate e intento de solución en el seno de las organizaciones jurídicas y sociales.

Por consiguiente, el tema del *desplazamiento o retención ilícita de personas menores de edad* ha sido objeto, en sus inicios, de estudio, ponderación y regulación en tres foros internacionales: la Conferencia de La Haya del 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el

Consejo de Europa, relativo al Reconocimiento y Ejecución en Materia de Guarda de Personas Menores de Edad; estos convenios que, desde ópticas y espacios diferentes, disciplinan la materia¹⁶. En el período de su elaboración, una nota se puso claramente de manifiesto: el hecho de que, a pesar de la constante tendencia social hacia la comunidad de costumbres y de hábitos de vida, sobre todo en ámbitos regionales localizados, donde los niveles económicos, educación o cultura parecen estar en un mismo estadio, las respuestas jurídicas ante idénticos hechos frente a iguales necesidades distan mucho de ser uniformes, y es precisamente en el campo de la familia donde las diferencias de regulación entre los distintos sistemas jurídicos cobran mayor virulencia, puesto que sobre esta materia, se proyectan “*con mayor intensidad las concepciones sociales, ideológicas o económicas que inspiran su ordenación jurídica en cada sistema estatal*”.¹⁷

Por lo expuesto, complejos y variados son los factores que se conjugan en un caso de restitución internacional de la persona de un menor o como se conoce en el lenguaje jurídico internacional: legal kidnapping, y ello, quizás, sea la causa de las grandes dificultades que se plantean a la hora de adoptar soluciones, que en ningún caso han sido unívocas. Especialmente significativa a este respecto, por

-
16. Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia; hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1984 y el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980 (Vid. texto en J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 522-527).
17. Cf. J. D. González Campos, *Derecho internacional privado. Introducción*. Madrid, Universidad Autónoma, 1984, Pág. 9.

la originalidad del mecanismo empleado, por lo menos para el país, es la operatividad de los convenios relativos al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y, de igual modo, el restablecimiento de dicha custodia. Ahora bien, se precisa enfatizar fuertemente, que el “objeto de estos convenios” sobre restitución, es resolver la problemática consistente en que “la custodia o tenencia o la guarda” de una persona menor de edad se ha visto interrumpida por haber sido “retenido ilegalmente y trasladado al exterior, o porque habiendo viajado de acuerdo con la ley de cada Estado”, dicha persona menor ha sido retenida en forma ilegal en otro Estado diferente al de su “residencia habitual”.

Es importante enfatizar, de igual modo, que esa atribución de custodia, tenencia o guarda de la persona menor de edad, tiene que haber sido otorgada previamente por los tribunales y el derecho vigentes del Estado en que dicho menor tenía su residencia habitual.

Por consiguiente, dichas convenciones, *en ningún momento alteran o prejuzgan, ni tampoco deciden lo relativo a la autoridad parental, o a la tenencia, o a la guarda*, situaciones estas que tienen que ser resueltas por el Estado y por la ley competentes tal y como lo hemos reseñado en el párrafo precedente.

Entonces, en base a los argumentos esbozados, éstas solamente regulan los aspectos civiles de la retención ilegal de menores de edad, tratando de resolver un problema que se presenta en forma constante y frecuente en muchos países, incluyendo el nuestro, República Dominicana.

En ese sentido, profundizar en la génesis de este problema y ver de qué forma incide la cooperación internacional en su resolución

y cómo los tribunales dominicanos abordan la figura de la “*restitución internacional*” (*legal kidnapping*), serán los objetivos de los apartados que siguen. Para ello se analizan, en principio, las diversas situaciones que pueden presentarse, así como la actitud de los tribunales, tanto en los supuestos de *atribución de guarda y custodia* como en aquellos otros en los que se enfrentan al reconocimiento de una sentencia extranjera, para pasar en un momento posterior al análisis de las soluciones internacionales hasta ahora ofertadas y concluir contemplando la incidencia del problema en lo que concierne concretamente a nuestro país.

1.4.- Precisión terminológica.

En primer término, de acuerdo con la temática que nos ocupa, hay que establecer diferencias entre los instrumentos internacionales, sus definiciones, conceptos, mandatos y proyecciones en los Estados. A esos fines, en el presente escrito, vamos a analizar, en primer término, el Convenio de La Haya; en segundo lugar, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, mencionadas, y, en tercer lugar, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, de manera de establecer sus similitudes y sus diferencias.

Sin embargo, una cosa es cierta, que todos los instrumentos o mecanismos internacionales y aún los nacionales, en materia de restitución, pueden sustentarse o decidirse a partir de: una *decisión administrativa* o en una *sentencia emanada de un tribunal*, cuyo reconocimiento y ejecución puede hacer efectiva la *restitución* que en este escrito nos convoca, sobre aquellas personas menores de edad que han sido *retenidas o trasladadas ilícitamente de un país a otro*. Pero, debemos aclarar, que las

dos primeras convenciones reseñadas, *no son concebidas como tráfico de personas menores de edad, ni es un secuestro*, cuya etiología, si se quiere, tiene una connotación represiva, de índole penal, tal y como lo desarrollaremos en otra parte de este escrito. No, esa no puede y no debe ser la idea, concepción o finalidad de la problemática, puesto que lo que pretendemos explicitar y desarrollar, es el procedimiento organizado e implementado por los convenios internacionales para el *logro, sólo, de la restitución de las personas menores de edad*; empero, los Convenios de La Haya y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, presentan, a nuestro entender, su propia connotación y fisonomía, siendo autónomos, distinto del usado en materia de sentencias extranjeras que, por el contrario, utilizan para su operatividad del empleo de los procedimientos tradicionales del *exequátur* (las llamadas sentencias de *exequátur* en nuestro país). Ahora bien, para poder contrastar las finalidades de estas dos primeras convenciones y, al mismo tiempo, establecer sus diferencias, nos permitiremos, en apartados situados más adelante, analizar el Convenio Interamericano sobre Tráfico Internacional de Menores, que no persigue, tal y como hemos aclarado las finalidades de las dos mencionadas convenciones.

Por esas razones, partiendo de la terminología usada por los instrumentos internacionales sobre la materia, entre ellos, el Convenio de La Haya, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del 15 de octubre de 1980, ya citado, debidamente aprobado por nuestro Congreso Nacional el 4 de mayo de 2004, promulgado a su vez por el Poder Ejecutivo el 25 de mayo de 2004, la Convención sobre los Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Congreso

Nacional mediante Resolución núm. 8-91, del 23 de marzo de 1991, publicada en la Gaceta Oficial núm. 9805, del 15 de abril de 1991, y en América, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 25 de julio de 1989, igualmente citada, habría que ponderar, tomando como referencia lo que se pretende en estos casos, muchas de las expresiones usadas por los mismos, las utilizadas en el lenguaje coloquial y aún en el ámbito jurídico y jurisdiccional internacional o vernáculo. Partiendo de esos enunciados, pensamos, quedarían descartadas expresiones tales como *secuestro*, *sustracción o protección*, entre otras. Toda vez, que la primera no define en toda su amplitud el caso y, a su vez denota implicaciones penales, como hemos dicho; la segunda, *la sustracción*, de igual modo, aparenta ser un tipo penal y sólo apunta hacia el acto reprochable; sin embargo, justo es reconocer que es la usada en gran parte de los instrumentos internacionales, pero, aún así, a nuestro modo de pensar, resulta desacertada, ya que, en realidad no existe un *secuestro* en el sentido jurídico de la palabra, sino un *desplazamiento ilícito de la guarda o una burla a la autoridad parental*. Es más, si cotejamos el término *secuestro* como ilícito penal, con el concepto *retención*, esta última expresión se acerca más a la *burla de la autoridad parental* que nuestro Código Penal vigente sí lo contempla como sustracción de menores. Por último, también se descarta la expresión *protección*, puesto que el hecho que acontece en sí mismo no caracteriza dicho vocablo en la práctica.

Partiendo pues de esas premisas, pensamos que la expresión que resulta más adecuada a lo que hoy nos ocupa, es la utilizada por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita por la Cuarta

Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en la ciudad de Montevideo en 1989, se refiere a la “restitución”. Por esa razón estas líneas y en el desarrollo del trabajo, usamos el término “restitución” y no otra.

¿Por qué hacemos esta selección?

Toda vez que la referida Convención de Montevideo, hace particular énfasis y quien suscribe también, en la actividad que debe realizarse: sólo *la restitución*, sobre todo, por la intervención de los Estados-Partes, *frente a los traslados o retenciones ilícitas de menores por los actos ejecutados por los padres o responsables.*

Empero, “la terminología internacional para referirse al fenómeno de la sustracción internacional de menores varía según las diversas ópticas desde donde se aprecie esta práctica. Expresiones como: “secuestro interparental, traslado ilícito, detención ilegal, o la francófona enlevement”, aunque parece que se impone internacionalmente la utilización de la expresión “kidnapping o abduction”¹⁸.

Al final de este proceso de análisis semántico, si se quiere, que nos señalan los convenios internacionales, sí observamos el objetivo final; éste no es más que lograr la restitución de los menores que han sido ilícitamente trasladados o retenidos de un país a otro y que se espera deban realizar los Estados suscribientes de éstos instrumentos internacionales.

18. *El secuestro interparental en los matrimonios mixtos.* Adolfo Alonso Carvajal y Nuria Chamorro Alonso.

CAPÍTULO II

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2.1.- Introducción.

Tomando en consideración que en el desarrollo de estas líneas hemos tenido la oportunidad de referirnos al papel que juega *el interés superior del niño* en todo lo que tiene que ver con la acción en restitución de la persona de un menor de edad o adolescente, nos permitimos profundizar, aún en forma somera, sobre este y otros principios referidos a la minoridad.

Con la aprobación en el año 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), se marca, si se quiere, un antes y un después en relación a la valoración del menor de edad como persona y como sujeto de derecho. Sin dudas, ha sido la culminación de todo un peregrinar hacia la consecución final del reconocimiento y protección de éste.

La valoración de los derechos humanos como tales, hace emerger la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de iguales derechos que los seres humanos adultos, y, por consiguiente, los Estados deben promover políticas públicas en esa dirección.

Ahora bien, esa nueva visión del panorama de la infancia no sólo en el país, sino a nivel mundial, pretende concretizar los

mecanismos de protección a que hemos hecho alusión en párrafos anteriores.

2.2.- Antecedentes y Derecho Comparado.

2.2.1.- Características del Sistema Penal antes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: “situación irregular”¹⁹

“En términos teóricos, se ha sostenido que las leyes que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la convención, pertenecen a lo que se ha dado en llamar la “doctrina de la situación irregular”. Estas leyes conciben a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces.

En líneas generales, el sistema de la situación irregular puede ser caracterizado mediante las siguientes nociones:

1. La primera es que reflejan criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo pasado y principios de éste. De esa concepción positivista se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (o “potenciales infractores”) de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización -o neutralización en su caso- y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos. Desde la perspectiva de las teorías del castigo, tal justificación ha sido llamada prevención especial y dio paso al reemplazo de las penas por medi-

19. “Modelo de Protección Integral de los Derechos del Niño y la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”. MARY BELOFF. *Revista Justicia y Derecho de los Niños*. Núm. 1. UNICEF.

das de seguridad, terapéuticas o tutelares respecto de estos “menores en situación irregular” o en “estado de abandono, riesgo o peligro moral o material”, o en las igualmente vagas no obstante ser más modernas- categorías de “menores en circunstancias especialmente difíciles” o “en situación de disfunción familiar”.

2. El segundo rasgo característico de la situación irregular es el argumento de la tutela. Mediante este argumento fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños y a los jóvenes. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia y la juventud sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención “protectora” del Estado. Estas características de las leyes de la situación irregular explican y justifican la abolición del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal de un Estado de derecho. El desconocimiento de este principio permite que las leyes contemplen el mismo tratamiento tanto para niños y jóvenes que cometen delitos cuanto para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la familia, a la alimentación, a la salud, a la educación, al esparcimiento, a la vestimenta, a la capacitación profesional, entre otros. Además posibilita que las reacciones estatales sean siempre por tiempo indeterminado y limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor en “situación irregular”.

3. El tercer rasgo característico de estas leyes es la singular función atribuida al juez de menores, quien deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más propias de las políticas sociales, por decirlo de alguna manera. En este sentido es importante recordar que el mayor porcentaje del trabajo de los juzgados de menores que funcionan según las previsiones de las leyes de la situación irregular es de naturaleza tutelar o asistencial. Esta función del juez de menores y, en general, la lógica de la situación irregular tuvo gran acogida en América Latina y se articularon perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en la doctrina de la situación irregular se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos ochenta años. La concepción de un otro como objeto o como súbdito, pero no como sujeto con derechos, la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto y el expediente escrito, la concentración de todas las funciones en una sola persona -el juez-, cuestiones morales y religiosas fundamentando las decisiones penales, la privación de libertad como regla; en suma, la violación de todas las garantías individuales, son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo cuanto por el procedimiento previsto por las leyes de la situación irregular. Por esas razones ambos sistemas son de difícil -sino imposible compatibilización, con el Estado de derecho.

Si se hiciera una lista de los aspectos que caracterizan a una ley de la situación irregular, para determinar en qué medida una ley o proyecto de ley se acercan o se alejan de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, habría que incluir necesariamente los siguientes indicadores:

4. Los niños y jóvenes aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las leyes no son para toda la infancia y la adolescencia sino sólo para una parte del universo de la infancia y la adolescencia, son para los “menores”.
5. Se utilizan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los “menores” al sistema de justicia especializado.
6. En este sistema, es el “menor” quien esta en situación irregular y por ello es intervenido; son sus condiciones personales, familiares y sociales, las que lo convierten en un “menor en situación irregular”, y por eso tanto él como su familia son objeto de intervenciones estatales coactivas.
7. A partir de esa concepción, existe una división entre aquellos que serán atravesados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los “menores”), y los niños y jóvenes, sobre quienes este tipo de leyes -como se señaló- no trata. Un ejemplo de este punto es que frente a un mismo problema de la familia, un grupo de personas (los “menores”) son intervenidos por la justicia de menores, en tanto que otro grupo, probablemente, si hay intervención judicial, será intervenido por la justicia de familia.

8. También aparece que la protección es de los “menores” en si mismos, de la persona de los menores; de ahí la idea de que son “objetos de protección”.
9. Por eso, esa protección frecuentemente viola o restringe derechos, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos.
10. Aparece también la idea de la incapacidad.
11. Vinculada con ésta última, entonces, la opinión del niño es irrelevante.
12. En la misma lógica, se afecta la función jurisdiccional, ya que el juez de menores debe ocuparse no sólo de las cuestiones típicamente “judiciales” sino también de suplir las deficiencias de la falta de políticas sociales adecuadas.

Por eso se espera que el juez actúe como un “buen padre de familia” en su misión de encargado del “patronato” del Estado sobre estos “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”. De ahí que el juez no esté limitado por la ley y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño.

13. Todo está centralizado.
14. Así queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños y jóvenes que cometen delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia; es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas sociales”.

15. De este modo es que también se instala la categoría del “menor abandonado/delincuente” y se “inventa” la delincuencia juvenil. Se relaciona este punto con la “profecía autocumplida”: si se trata a una persona como delincuente aun cuando no haya cometido delito, es probable que exitosamente se le pegue esa etiqueta y que, en el futuro, efectivamente lleve a cabo conductas criminales.
16. Como consecuencia de todo lo explicado, se desconocen todas las garantías individuales reconocidas por los diferentes sistemas jurídicos de los Estados de Derecho a todas las personas (no sólo las personas adultas).
17. Principalmente, la medida por excelencia que adoptan los juzgados es la privación de la libertad. Todas las medidas se adoptan por tiempo indeterminado.
18. Se considera a los niños y jóvenes imputados de delitos como inimputables, lo que entre otras cosas implica que no se les hará un proceso con todas las garantías que tienen los adultos, y que la decisión o no de privarlos de libertad o de adoptar cualquier otra medida no dependerá necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, si el niño o joven se encuentra en “estado de riesgo”.

Siquiera se considera que se trata de un procedimiento-. Por un lado, la cuestión relativa a la imputación del delito se ventila en el proceso penal, el cual, durante la etapa de instrucción, no difiere del correspondiente a los adultos. Por el otro, es en el expediente tutelar donde el juez decide todo lo atinente a la restricción de derechos del sometido a proceso, incluida la pérdida forzosa de la libertad, sin necesidad de

que dichas medidas con relación a lo acontecido en el proceso penal, hasta el punto de que la medida de interacción puede continuar aun cuando el imputado sea sobreseído, sobre la base de la finalidad de protección que debe perseguir el juez.

19. Se prescribe también que toda medida respecto del menor de edad se adoptará previo dictamen del asesor de menores”.

2.2.2.- Características del Sistema Penal a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño: “protección integral de derechos”.²⁰

“El sistema de la protección integral de derechos de los niños surge de la convención, de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas y devienen obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional. Estos instrumentos son: -las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing aprobadas por la Asamblea General cuatro años antes de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; -las

20. “Modelo de Protección Integral de los Derechos del Niño y la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”. MARY BELOFF. *Revista Justicia y Derecho de los Niños*. Núm. 1. UNICEF.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; y -las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh. No es posible dar una definición acabada de protección integral de los derechos de los niños. De hecho, la falta de claridad respecto a qué significa protección integral permite todavía a algunos funcionarios defender las leyes de la situación irregular como modelos de protección integral de la infancia. Sin embargo, sí es posible afirmar que protección integral es protección de derechos. En ese sentido, el cambio con la doctrina de la situación irregular es absoluto es de considerar a cualquier ley basada en esos principios como una ley de protección integral.

Ejemplo de lo afirmado precedentemente es que una noción central de la doctrina de la protección integral, como lo es la del interés superior del niño, que ha sido también criticada por su vaguedad, ha sido en este marco interpretada como un principio garantista de modo que significa la satisfacción de los derechos del niño. Así, protección integral significa protección de los derechos, mientras que interés superior del niño significa satisfacción de sus derechos.

Básicamente, el cambio de sistema se ve reflejado en las nuevas legislaciones de los países que han adecuado de manera sustancial su ordenamiento jurídico a la convención. En términos legales, es posible afirmar que una ley se encuentra en un marco de protección integral de los derechos de los niños cuando aparecen las características que se mencionan a continuación:

1. Se definen los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o

violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos como judiciales, si así correspondiere.

2. Por eso desaparecen las vagas y antijurídicas categorías de “riesgo”, “peligro moral o material”, “circunstancias especialmente difíciles”, “situación irregular”, etc.
3. Se establece en todo caso que quien se encuentra en “situación irregular” cuando el derecho de un niño o adolescente se halla amenazado o violado, es alguien en o alguna institución del adulto (familia, comunidad o Estado).
4. Se distinguen claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión penal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una gestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales.
5. Las políticas se caracterizan por estar diseñadas e implementadas por la sociedad civil y el Estado, por estar descentralizadas y focalizadas en los municipios.
6. Se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que tienen, no saben o no son capaces, y pasan a definirlos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho.
7. Se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.

8. La protección es de los derechos del niño y/o el adolescente. No se trata, como en el modelo anterior, de proteger a la persona del niño o adolescente, del “menor”, sino de garantizar los derechos de todos los niños o adolescentes.
9. Por lo tanto, esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe.
10. También por ese motivo la protección no puede significar intervención estatal coactiva.
11. De la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “menores”.
12. Ya no se trata de incapaces, media-personas, personas incompletas o incapaces, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un *plus* de derechos específicos, precisamente por reconocer el hecho de que están creciendo.
13. De ahí que de todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta²¹.

21. Sobre este tema ver Baratta, Alessandro: “Infancia y Democracia”, en García Méndez, Emilio Y Beloff, Mary Ana: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis/Desalma, Bogotá, 1998.

14. Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia).
15. El juez, como cualquier juez, está limitado en su intervención por las garantías.
16. En cuanto a la política criminal, se reconocen a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas. La principal, en relación con los adolescentes, es la de ser juzgados por tribunales específicos con procedimientos específicos, y aquella que establece que la responsabilidad del adolescente por el acto cometido se exprese en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos. Este reconocimiento de garantías es independiente del hecho de sostener que los niños y jóvenes son inimputables, como es el caso, por ejemplo, del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil.
17. Se establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven un catálogo de medidas, en el que lo alternativo, excepcional, ultima ratio y por tiempo breve, es la privación de libertad. Estas medidas se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de la libertad en institución especializada. Deben dictarse por tiempo determinado.
18. Se determina que la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave”.

A partir de esa oleada de cambios positivos hacia la niñez, ha posibilitado el desarrollo de las normativas mundiales y vernáculas tendentes a reemplazar toda una serie de normas que tenían sus sustentos en la doctrina de la “situación irregular”.

2.3.- Las reformas en República Dominicana.

2.3.1.- Antecedentes.

La República Dominicana inició la revisión de sus políticas, leyes y programas para niños y adolescentes a finales de la década de los setenta, como parte del proceso de renovación de las políticas sociales impulsado por la administración que gobernó en el país en el período 1978-1982.

“La creación del Consejo Nacional para la Niñez²² (CONANI) y la celebración del Año Internacional del Niño facilitaron el inicio del proceso de discusión y revisión de las políticas estatales para la niñez, a través de una serie de encuentros, seminarios, talleres y reuniones técnicas, de las cuales pudieron extraerse cinco preocupaciones básicas con respecto al tema²³:

- 1) La existencia de una legislación obsoleta, dispersa en diferentes códigos y leyes adjetivas, que no daba respuesta a las necesidades de la población ni a la realidad social e institucionalidad;

22. * Nota a la segunda edición. El comentario y texto legislativo reproducen en forma idéntica a lo ya publicado en la primera edición.

El Consejo Nacional para la Niñez es una institución gubernamental creada en 1978 por el entonces recientemente electo presidente de la República, Dr. Antonio Guzmán.

23. Quezada, t., Onaplan, 1989.

- 2) La fragmentación y dispersión de la atención dirigida a la niñez a través de las distintas instancias estatales, sin que existiese una política clara;
- 3) La preponderancia en un enfoque asistencial y clientelista en la prestación de servicios, de baja cobertura, al costo y escasa participación de la comunidad;
- 4) La carencia de una visión preventiva y de desarrollo en el diseño de los programas; y
- 5) Una tendencia marcada a la institucionalización para la solución de las llamadas situaciones de riesgo personal o social”.

“Las reuniones técnicas relativa a la situación de la niñez continuaron y adquirieron una visibilidad pública mayor ante la existencia de un número creciente de niños, niñas y adolescentes en situaciones de pobreza y riesgo, como resultado del impacto que tuvo en el país, como en toda la región, la denominada “década perdida”. La atención se concentró cada vez más en niños y niñas trabajando y viviendo en las calles o instituciones, maltratados y en extrema pobreza”²⁴.

“UNICEF empezó a asesorar a la República Dominicana en el año 1988 mediante el Programa de Menores en Circunstancias Especialmente Dificiles que fue coordinado por la Oficina Nacional de Planificación (ONAPLAN), colocando el acento en la necesidad de revisar las políticas sociales básicas. El Programa de Menores en Circunstancias Especialmente Dificiles (MCED)

24. Martínez, Ara Gena, Santana Adalgisa y Sánchez, Elisa, Comentario de Reformas legislativas en República Dominicana, en *Infancia Ley Democracia*, Págs. 1272 y sgtes.

asumió la tarea de informar, divulgar y abogar sobre el contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, primero desde UNICEF y luego conjuntamente con ONAPLAN²⁵.

En 1989, con la aprobación unánime de la Convención Internacional de los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se continuó con la distribución de la información sobre la convención desde el denominado Comité Asesor de las Acciones a favor del Menor²⁶ que había constituido la ONAPLAN en su intento de coordinar las instituciones y programas gubernamentales y no gubernamentales en favor de la niñez.

“Mediante una gestión conjunta de ONAPLAN y UNICEF, se rescató la necesidad de revisar políticas, leyes y programas en favor de la infancia y adolescencia en función de las necesidades reales de la población y las experiencias de las instituciones. El denominado Comité Asesor de las Acciones en favor del Menor creó un espacio de discusión y reflexión para una serie de actores e instituciones que lo requerían y arribó rápidamente a conclusiones claves con respecto a la necesidad de reconocer la situación de los “menores en circunstancias especialmente difíciles” como el resultado de una carencia en las políticas sociales básicas y de una falta de visión de desarrollo en lo concerniente a la orientación de la política económica. En ese entonces, no parecía posible que el Comité Asesor de Acciones en Favor del Menor consiguiera elevar sus demandas para que fueran consideradas por los demás actores del sector social, mucho menor por los demás sectores de la sociedad”²⁷.

25. Martínez, Ara Gena, Santana Adalgisa y Sánchez, Elisa Ob. Cit, Pág. 1273.

26. *Ibidem*, Pág. 1273.

27. Martínez, Ara Gena, Santana Adalgisa y Sánchez, Elisa Ob. Cit Pág. 1272.

“De esa forma, en 1990 tuvo lugar la Cumbre Mundial a favor de la Infancia; se aprobaron sus planes de acción y entró en vigencia la convención, sin que ésta última pareciese otra cosa que una meta más a ser alcanzada, y no el instrumento jurídico sobre el cual se sostenían la cumbre, los planes nacionales y la posibilidad real de mejorar la condición de la niñez. Con la firma de la Declaración de la Cumbre Mundial, el país se inició en el 1991 la elaboración de su plan de acción nacional. Siete comisiones técnicas fueron creadas y coordinadas por la ONAPLAN con apoyo en una comisión nacional de alto nivel político, encabezada por el vicepresidente de la República”²⁸.

“En el mismo año, como resultado de la gestión que había estado realizando el Comité Asesor de Acciones en favor del Menor coordinado por la ONAPLAN desde el 1989, con la asistencia de UNICEF, el país ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. El comité asesor fue ampliado y convertido en subcomisión técnica para la elaboración del Plan de Acción Nacional en lo referido a los menores en circunstancias especialmente difíciles. En el proyecto de esa subcomisión de trabajo fue definida la meta de revisar las políticas y leyes en favor de la infancia, para adecuarlas al contenido de la convención, como parte del Plan de Acción Nacional para la Infancia. Era evidente desde entonces que la convención no había sido reconocida como el marco del Plan de Acción, ni como el instrumento de referencia para la revisión de políticas, leyes y programas. El proceso que reveló el poder de la convención fue el resultado del trabajo en grupo de instituciones y personas por producir una

28. Martínez, Ara Gena, Santana Adalgisa y Sánchez, Elisa Ob. Cit. Pág. 1273.

mejora sustancial en las condiciones de vida y de desarrollo de niñas, niños y adolescentes”²⁹.

2.3.2 Descripción del proceso de reforma legislativa.³⁰

“En el año 1991, la República Dominicana ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el instrumento específico de derechos humanos jurídicamente más ratificado y socialmente más aceptado en toda la historia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La ratificación de la convención compromete a los Estados-Parte a adoptar medidas educativas, administrativas, de movilización social y normativas, encaminadas a la divulgación y aplicación de su contenido.

En el período transcurrido entre 1991 y 1994, los trabajos de divulgación del contenido de la convención se extendieron a todas las instituciones y sectores encargados de definir las políticas sociales básicas. La promoción de una revisión de las leyes se enfatizó, y fueron convocados para ello juristas y técnicos de organizaciones gubernamentales, no gubernamentales y académicas. Un tercer anteproyecto de ley surgió como resultado de los trabajos y motivaciones de la Dra. Rafaela Alburquerque, diputada al Congreso Nacional por el Partido Reformista Social Cristiano. De igual forma, con la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el CONANI reanimó su promoción del anteproyecto del Código del Menor que había sido sometido al Poder Ejecutivo en 1988.

Por su parte, la ONAPLAN convocó a representantes de la judicatura, legisladores, personal del ministerio público, de las áreas

29. *Ibidem*, Pág. 1273.

30. *Ibidem*, Pág. 1273.

de salud y educación, organizaciones gubernamentales, no gubernamentales y universidades, a las discusiones sobre la reforma legislativa, y coordinó el proceso de revisión de las leyes. Se formó un grupo de trabajo para la revisión e integración de los aportes de las discusiones. Como resultado del proceso, dos años después fue acordada la elaboración de un texto único que debería contener los aspectos más positivos de los diferentes anteproyectos, en consonancia con la Convención. La ONAPLAN y UNICEF contrataron a dos consultoras³¹ a quienes los asistentes al último de los talleres realizados encomendaron la elaboración del texto único, que debía ser sometido nuevamente a la consideración de todos los participantes en el proceso, para su revisión y discusión.

Para la elaboración del texto se hicieron numerosas consultas y reuniones técnicas con juristas, y profesionales de distintas ramas. De igual forma, se contó con la revisión de la documentación disponible sobre el proceso de reforma legislativa que estaba teniendo lugar en la región en esa época. Esos fueron los elementos básicos que dieron como resultados un primer borrador integrado. Luego se inició la revisión por parte de los participantes a los talleres”.

El proceso de revisión legislativa contó también con la dinámica política del momento: un año pre-electoral en el cual se estaban poniendo en discusión y en juego las habilidades de los diferentes partidos para presentar propuestas de cambios ante la realidad nacional. En marzo de 1993, sin que estuviese listo el anteproyecto de texto unificado, el anteproyecto de Código del Menor de la Dra. Rafaela Alburquerque fue presentado en el Congreso Nacional para su conocimiento y aprobación, y retirado

31. Adalgisa Santana y Marta Olga García.

posteriormente por la gestión conjunta de ONAPLAN, UNICEF y las organizaciones del Comité Asesor de Acciones en Favor del Menor por el conocimiento del anteproyecto unificado todavía en estado de primer borrador. El anteproyecto perimido en las cámaras en lo que parecía en aquel momento su declaración de defunción, ante la mirada expectante de los grupos que habían participado y promovido su elaboración.

En agosto de 1993, este anteproyecto de ley fue sometido nuevamente a las cámaras del Congreso Nacional por una comisión presidida por tres secretarios de Estado, en respuesta al reclamo de las organizaciones que habían participado en su elaboración, ante la muerte de quince adolescentes privados de libertad en lo que fue declarado como un intento de fuga. El Congreso Nacional creó entonces una comisión bicameral para su estudio y un gran número de enmiendas fueron integradas como resultado de vistas públicas y recomendaciones de organizaciones gubernamentales, no gubernamentales e internacionales, como UNICEF³².

“El período legislativo de agosto de 1993 a febrero de 1994 finalizó sin que el anteproyecto, revisado y aprobado por la Cámara de Diputados, fuera sancionado. En el período de febrero a junio de 1994 el anteproyecto del Código del Menor fue aprobado úni-

32. El Programa Regional sobre los Derechos del Niño de la Oficina de UNICEF se estableció en el mes de agosto de 1993 como resultado del análisis de las transformaciones que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño debía traer a todas las instituciones y programas dirigidos a la niñez, incluido UNICEF. La asesoría prestada a la República Dominicana a principios de septiembre del año 1993 por el recién instalado asesor del UNICEF para América Latina y el Caribe, Emilio García Méndez, constituyó la primera misión del Programa Derechos del Niño en la región. En su encuentro con la comisión bicameral, el asesor regional de UNICEF propuso modificaciones sustanciales al texto del anteproyecto, algunas de las cuales fueron consideradas y otras no.

camente con el nombre de Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes por el Congreso Nacional, en medio del furor político de la campaña electoral.

En 1994 el Poder Ejecutivo promulgó la Ley 14-94 que creó el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, con la cual el país logro avanzar sustancialmente en su adecuación a la convención. La Ley 14-94 entró en vigencia en el mes de enero de 1995 y, junto a la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, reformuló sustancialmente las relaciones del Estado y, en sentido general, los adultos, con las personas que tienen menos de dieciocho años. En otras palabras, la nueva ley modificó la forma en que los individuos, las familias, las instituciones y el sistema de justicia se relacionan con la población desde su nacimiento hasta los dieciocho años. La promulgación de la Ley 14-94 constituyó un avance significativo en lo relacionado con las medidas normativas. A partir de entonces, han ido definiéndose todo un conjunto de reglamentos y normas en función de lo establecido por el código³³.

33. La Ley 8-96. sobre Lactancia Materna, la Ley General de Educación promulgada el 15 de abril de 1997 y la Ley 24-97 que introduce modificaciones al Código Penal han tenido como referencia específica a la Ley 14-94. De igual forma, los Decretos 59-95, 31-96 y 144-97 se refieren, respectivamente, al Reglamento del Código, de la Ley sobre Lactancia Materna y la creación del Comité Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, en consonancia con la CDN y la Ley 14-94. Por lo menos dieciocho resoluciones administrativas han sido dictadas también como consecuencia de la ley. Ver en este sentido los avances legislativos contenidos al final del comentario.

2.3.3.- Avances normativos.³⁴

a) Leyes promulgadas:

- Ley 14-94 que crea el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes;
- Ley 8-96 sobre lactancia materna;
- Ley General de Educación, promulgada el 25 de abril de 1997;
- Ley 24-97 que modifica aspectos del Código Penal y el Código de Procedimiento Criminal, promulgada el 27 de enero de 1997;

b) Decretos del Poder Ejecutivo:

- Decreto 59-95 que contiene el reglamento para la aplicación de la ley 14-94;
- Decreto 31-96 de fecha 12 de mayo de 1996 que establece el reglamento para la aplicación de la ley sobre lactancia materna;
- Decreto 144-95 que establece la creación de un Comité Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil;

c) Resoluciones:

- 03-93 de la Secretaría de Estado de Trabajo sobre los trabajos peligrosos para menores de edad;

34. Martínez, Ara Gena, Santana Adalgisa y Sánchez, Elisa Ob. Cit Pág. 1284.

- 30-93 de la Secretaría de Trabajo sobre trabajo de menores de edad en el campo;
- 09-93 de la Secretaría de Trabajo que fija la prohibición del trabajo nocturno para menores de edad;
- 12-93 que califica las ocupaciones consideradas aprendizaje, aprobadas por la Junta de Formación Técnico Vocacional;
- Resolución de fecha 6 de junio de 1995 de la Suprema Corte de Justicia que otorga competencia provisional a cámaras civiles y tribunales de primera instancia;
- Resolución de la Suprema Corte de Justicia de 31 de octubre de 1997;
- 1-91 de la Secretaría de Estado de Educación y Cultura sobre la integración de niños y niñas con necesidades especiales a las aulas;
- 832-96 de la Secretaría de Estado de Educación y Cultura sobre programas de prevención del uso indebido de drogas incorporadas al plan de estudios;
- Resolución de fecha 31 de julio de 1997 de la Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social que obliga a declarar las muertes de niños y niñas menores de un año y de mujeres de 10 a 49 años de edad a las direcciones de salud;
- Resolución del Organismo Rector del Sistema de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes, de fecha 1ro.

de octubre de 1997 mediante las cuales se aprueba el proyecto para la reintegración familiar y escolar de niños que vivan en las calles;

- Propuesta administrativa del Organismo Rector del Sistema de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes sobre declaraciones de niños y niñas abandonados, enviada a la Junta Central Electoral, del 1ro. de octubre de 1997;
- Propuesta administrativa del Organismo Rector del Sistema de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes sobre las declaraciones tardías, del 1ro. de octubre de 1997;
- Orden departamental de la Secretaría de Estado de Educación, Bellas Artes y Cultura que dispone la inscripción provisional de niños no declarados dando un plazo de tres meses para su declaración;
- Resolución departamental que obliga a las oficialías civiles a indicar solamente los nombres de padre y madre al hacer las declaraciones de nacimiento, sin especificar la naturaleza de la filiación;
- Orden general del Jefe de la Policía Nacional de fecha 20 de noviembre de 1996, que crea la Comandancia y Departamento Especial de Menores;
- Orden departamental de la Secretaría de Estado de Turismo que crea el programa para la erradicación de la prostitución infantil en centros turísticos;
- Circular de la Dirección General de Pasaportes que crea un departamento de menores, y modifica las regulaciones

para la obtención de pasaportes por parte de menores de 18 años.

- Resolución núm. 602-2004, de la Suprema Corte de Justicia sobre los Procedimientos de Adopción de Niños y Niñas en Abandono.
- Resolución núm. 699-2004, de la Suprema Corte de Justicia sobre Medidas Anticipadas.
- Resolución núm. 1209-2004, de la Suprema Corte de Justicia sobre Disposiciones Transitorias a la entrada del Código Procesal Penal y la Vigencia Plena de la Ley núm. 136-03.
- Resolución núm. 1618-2004, de la Suprema Corte de Justicia sobre el Procedimiento en los Tribunales de Control de la Ejecución de la Sanción
- Resolución núm. 1471-2005, de la Suprema Corte de Justicia sobre el Procedimiento de Homologación de Acuerdos de Provisión de Alimentos.
- Resolución núm. 1841-2005, de la Suprema Corte de Justicia sobre el Procedimiento en Materia de Familia.
- Resolución núm. 34, de la Suprema Corte de Justicia sobre el Principio X de la Ley núm. 136-03 de la Gratuidad de las Actuaciones.
- Resolución núm. 1186-2006, de la Suprema Corte de Justicia sobre Habilitación de los Jueces de Paz.

- Resolución núm. 1738-2006, de la Suprema Corte de Justicia sobre el Recurso de Apelación y la Decisión de un Nuevo Juicio.
- Resolución núm. 2634-2006, de la Suprema Corte de Justicia sobre Medidas Cautelares y Celebración de Audiencias durante la Etapa Preparatoria.
- Resolución núm. 3686-2007, de la Suprema Corte de Justicia sobre la Obtención de las Declaraciones de Personas Menores de Edad Víctimas, Testigos o Co-imputadas en relación a las Causas Penales.
- Resolución núm. 480-2008, de la Suprema Corte de Justicia sobre la Aplicación del Convenio de los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Como se observa, es preciso resaltar que dentro de ese proceso de reformas se sustituyó la vieja Ley núm. 603, que creó el Tribunal Tutelar de Menores, imbuida de dosis total de la doctrina de la “situación irregular”; luego apareció la Ley núm. 14-94, como se ha dicho, que sin lugar a dudas fue un gran paso de avance en esa nueva dirección al cambiar los patrones de la “situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”, doctrina esta última que se fundamenta precisamente en una nueva valoración de la persona del menor como persona y sujeto de derecho. Los derechos de los menores, por consiguiente, no son autónomos, sino que forman parte de los derechos humanos de las personas en su totalidad.

Sin lugar a dudas que la Convención sobre los Derechos del Niño ha forjado una síntesis de las normas provenientes de instru-

mentos de derecho humanos de carácter general. Sin embargo, cualquier disposición referida a la convención, se interpreta que ésta supo valorar en el nuevo contexto, que el derecho de familia como tal, tenía que particularizar de su haber, el derecho de los menores, desarrollando lo que hoy conocemos como “el interés superior del niño”

Ahora bien, como concepto: ¿Qué es el “interés superior del niño”?

Esta expresión, el "interés superior del niño", forma parte de las llamadas "nociones-marco"³⁵, particularmente frecuentes en el derecho de familia. Con su introducción, se produce un auto limitación del Poder Legislativo, pues se deja en manos del juzgador tomar la decisión de acuerdo con la información que surge del caso concreto, o sea, conforme a las circunstancias de hecho, de lugar y de tiempo. De alguna manera, si observamos, se tiene como propósito ofrecer un espacio abierto y flexible al juez o funcionario público y legitimar la autoridad de la decisión judicial o administrativa. El concepto, pues, se recrea constantemente en un largo itinerario a través de situaciones únicas con propia identidad. Así, la noción abandona su lugar de pura fórmula y deviene en riqueza existencial que se nutre constantemente con las discusiones jurídicas referidas a la minoridad, así como, por las construcciones y argumentaciones de los abogados y, al final por las fundamentaciones y argumentaciones que hacen de ella los tribunales del país en sus constantes decisiones.

No obstante, existe otra parte de la doctrina que sostiene que “el interés superior del niño, es un principio vago, indeterminado

35. Pousson, Jacqueline y Alain: *L’Affection et le droit*, Ed. du CNRS, París, 1990, Pág. 70.

y sujeto a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico”.³⁶

Fundamentados en esa premisa, también dentro de la doctrina, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las decisiones que se tomen basadas en ella, no satisfagan debidamente las exigencias de la seguridad jurídica. Es más, existen quienes lamentan que la convención la recogiera, porque amparados en “interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia convención consagra³⁷.

Empero, siendo justo, la convención ha elevado “el interés superior del niño” al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

En base a esos y otros postulados, en el país, mediante sentencia del 28 de junio de 2006, la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia, en relación al Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente, dijo: “Los niños, niñas y adolescentes como personas humanas en desarrollo tiene iguales derechos que todas las demás personas; por tanto, de sobrevenir colisión entre los de-

36. Cillero Bruñol, Miguel, *en Infancia, Ley y Democracia*, tomo 1, Temis, Editorial Desalma, Pág. 69 y siguientes.

37. Ob cit. Pág. 70.

rechos de ambos priman los derechos de los niños, niñas y adolescentes al de los adultos, aunque siempre procede ponderar los derechos en conflicto para adoptar siempre aquella medida que asegure al máximo la satisfacción de los mismos que sea posible y su menor restricción y riesgo por lo que sus padres y madres ejercerán sus prerrogativas sin perjuicio del interés superior del niño, niña y adolescente”³⁸ Por la sentencia que acabamos de reseñar, la Corte de Casación dominicana, fundamentándose en la doctrina universal de los derechos humanos el "interés superior del niño", como forma de garantizar los derechos consagrados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño presente en todo discurso público referido a la infancia, y fundamento obligado en los pronunciamientos judiciales que se relacionan con la persona del niño.

De igual manera, la jurisprudencia³⁹ dominicana también ha sostenido, que es de importancia capital que en una relación familiar debe mantenerse mediante el contacto directo de ambos padres en forma regular, puesto que uno de los ejes fundamentales de la referida convención internacional es la regulación de la relación hijos-padres en la medida en que se reconoce el derecho de éstos a la crianza y la educación y a la vez el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades, tomando un carácter prioritario frente a los derechos de las personas adultas⁴⁰.

Ahora bien, es importante observar, que cuando se produce la interpretación judicial por parte del juzgador al evaluar en un proce-

38. Cas. Civ. núm. 17; 28 de junio 2006, B. J. 1147, Págs. 220-226.

39. Cas. Civ. núm. 6 ; 13 de octubre 2004, B.J. 1127, Págs. 205-215 ; Cas. Civ. Núm. 1; 6 de abril 2005, B. J. 1133, Págs. 75-84.

40. Cas. Civ. núm.17, 28 de junio 2006, B. J. 1147, Págs. 220-226.

so cualquiera el "interés superior del niño", adquiere, si se quiere, la fuerza de una gestación normativa. Si en un primer momento la lectura de cuál es dicho interés se nutre de la historia singular, más tarde su reproducción en los discursos judiciales forja reglas capaces de llenar los vacíos de la ley o de neutralizar la aplicación de ciertos preceptos. Es decir, la pauta se convierte en un poderoso instrumento de creación judicial que alimenta el cambio legal por las cámaras legislativas. En base a esto, hoy la República Dominicana goza de una normativa referida a los menores, que traduce el sentir de la Convención de los Derechos del Niño.

2.4.- El "Interés Superior del Niño", principio generador de una nueva cultura histórica de la niñez y de la adolescencia.

Sin lugar a dudas, detrás de la valoración circunstanciada de cuál es "el interés superior del niño" subyacen las creencias y los valores generales sobre lo que es beneficioso para la infancia. Colegimos aquí las dos caras indisolubles de la noción, esto es, tanto su connotación social como su dimensión individual y singular. Empero, cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales⁴¹. La pauta, pues, es una construcción sujeta a singularidades históricas, culturales e incluso, regionales. Por ejemplo, en el pasado, el interés del niño ha servido para justificar los castigos corporales y la detención de menores en las condiciones más inhumanas⁴², para "enderezar-

41. Rubellin-Devichi, Jacqueline: *The Best Interests in French Law and Practice*, "International Journal of Law and the Family", vol. 8, n° 2, 1994, Pág. 259.

42. They, Irlme: *L'enfant face a la separación parentale*, «Cahiers du City», núm. 4, Vaucresson, París, Pág. 151.

lo" y "encarrilarlo por el camino del bien", nociones de nuestro lenguaje coloquial familiar. En nuestros primeros tiempos de la época colonial, cuentan los narradores de épocas pasadas, que en aras del "bien" del hijo, el padre podía solicitar a la justicia, en virtud de su poder de corrección, su reclusión por desobediencia, por una "inclinación torcida o extraviada", por ser "incorregible" o por tener "perversa inclinación"; obsérvese, la enorme carga de irresponsabilidad paternal. Así el juez condenaba al hijo y lo enviaba, generalmente, por cuatro o cinco años, a las cárceles. Incluso, los magistrados eran más misericordiosos que los propios progenitores, pues algunos de ellos pedían que los niños fueran privados de su libertad "por todo el tiempo de su vida"⁴³. Más que personas eran objetos de sus progenitores.

Hoy, en las sociedades modernas, se rechazan estas prácticas, violatorias de los derechos fundamentales más elementales de la niñez como ser humano en proceso de desarrollo. Sin embargo, justo es reconocer, que en el presente todavía opera en las mentalidades, la idea de que muchas veces es indispensable y beneficia al niño ejercer la violencia como un instrumento educativo. Craso error esta última corriente.

Todavía, sin embargo, en muchas y variadas culturas, aún en nuestra América morena, se piensa que no lesiona el interés del niño la aplicación de costumbres que implican verdaderas mutilaciones y atentados a la integridad personal del niño. Según

43. Kluger, Viviana: Consideraciones sobre las relaciones paterno-filiales en el Río de La Plata. Del ámbito doméstico a los estrados judiciales (17851812), para ser publicado en las actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. La autora cita los datos mencionados extraídos del Archivo General de la Nación y del Archivo Histórico de la provincia de Buenos Aires.

cuentan las reseñas culturales, en Egipto las niñas, cuando llegan a la edad de 10 años, sufren la ablación del clítoris. Esto así, con motivo deshumanizante, una joven egipcia relata esta experiencia y concluye: "... tenía que tragarme el dolor y las lágrimas para no preocupar a mis padres que eran gente muy humilde y creían que estaban haciéndome un bien..."⁴⁴.

Empero, durante el siglo XX, han surgido movimientos de protección mayor, tal y como hemos avanzado en los párrafos anteriores, no sólo con la Convención de los Derechos del Niño, sino también la Declaración de Ginebra y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional podemos encontrar como hemos reseñado, la Ley 14-94 y la Ley 136-03, Código para la Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes.

La convención supera, por decisión de los propios Estados, incluyendo República Dominicana, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales.

Todo esto supone que cada caso impone una evaluación a fondo para no caer en arcaísmos desgarrantes. Por consiguiente, con mayor razón, en las decisiones de los tribunales es necesario articular dos aspectos muy importantes: Por una parte, los jueces y funcionarios organizados para dirimir los conflictos, deben tener en cuenta, al apreciar el interés del niño, los usos

44. Se trata de ritos de identificación por género, basados en la idea de que el placer sexual sólo es patrimonio de los hombres, mientras que para la mujer las relaciones sexuales deben tener como única finalidad la maternidad. En la Conferencia sobre Población realizada en El Cairo se ha incluido un párrafo de condena a esta costumbre.

y costumbres propios del medio social y cultural en que se ha desenvuelto habitualmente el menor, pues es deber del Estado y de la sociedad respetar la identidad y la pluralidad cultural; por la otra parte, este relativismo cultural, que exige aceptar las diferencias, no puede servir de escudo para tolerar interpretaciones que signifiquen una vulneración de la dignidad que pertenece a la persona del niño, como un ser en desarrollo y, sobre todo, como seres humanos, y que afectan sus derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos de jerarquía constitucional.

Ahora bien, existe en el país y a nivel mundial, una marcada e interminable valoración de cuál es el mejor interés del niño en donde juegan los valores y tradiciones de cada país, como hemos referido anteriormente.

Por ejemplo, los franceses acuerdan un valor cultural y simbólico considerable a los lazos del niño con su familia biológica, pero cuando ya se decide por el procedimiento de la adopción, por ejemplo, se rompen radicalmente tales vínculos. En cambio, en Inglaterra, aparecen con mayor frecuencia las soluciones intermedias. Los ingleses separan de manera definitiva a un niño de su familia con mayor facilidad que en Francia; pero, al mismo tiempo, con una gama de arreglos que permiten la continuación de las relaciones con la familia biológica⁴⁵.

En República Dominicana, se tiene, en el caso de la adopción, una fundamentación en donde se considera una institución jurídica de orden público e interés social que permite crear, mediante sentencia, un vínculo de filiación voluntario entre personas que no lo tienen por naturale-

45. Grevot, Alain: *L'enfant, la famille, qui protéger?*, «Recherches et Prévisions», Paris, núm. 41, septiembre 1995, Págs. 1 y ss.

za⁴⁶. De igual modo, de una parte, es una medida de integración y protección familiar para los niños, niñas y adolescentes en función de su interés superior; pero, por otra parte, este proceso debe ser llevado bajo la suprema vigilancia del Estado, de forma de evitar un tráfico de seres humanos. A esos fines, la adopción en el país, tiene un carácter excepcional. Sin embargo, existe un absolutismo en las consecuencias, ya que, en la adopción, de acuerdo a las leyes, se deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de esta, así como todos sus efectos jurídicos, con excepción de los impedimentos matrimoniales. Más aún, el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico⁴⁷. Estas fórmulas vernáculas llevadas a la práctica, son un valladar para evitar vulnerar sus derechos fundamentales como personas en desarrollo.

Empero, es de observarse que el devenir de la vida comunitaria y las decisiones de los tribunales, no sólo la diferencia cultural engendra particulares interpretaciones acerca de lo que es "bueno" o "malo" para el niño, sino que dentro de una misma sociedad confluyen ideologías diversas que revelan el pluralismo propio de un sistema democrático. A esos fines, sin embargo, muchas veces los jueces somos portadores de diferentes valores y preferencias que se exteriorizan en las prácticas judiciales.

Veamos:

Por ejemplo, si la idea del juzgador es preservar a la familia de una intromisión estatal, se colige como beneficioso para

46. Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, artículo 116.

47. *Ibidem*, artículo 116.

el niño que la justicia se inmescuya lo menos posible en las decisiones paternas y tolerará, si el término se admite, en mayor medida los excesos de un progenitor. En cambio, si el juez, por encima de la privacidad de la familia, pone el acento en garantizar los derechos del niño, sus determinaciones serán más penetrantes y decisivas, haciendo que la autoridad de los padres sufra mayores limitaciones en virtud del "interés del hijo".

De igual modo, un estudio reciente realizado en Colorado, Estados Unidos, evidenció que los jueces que tenían un promedio de alrededor de 63 años, con un ejercicio de la magistratura término medio de 19 años, eran más proclives a otorgar la guarda a la madre en los casos controvertidos; los padres que aspiraban a la custodia del hijo debían necesariamente acreditar la incapacidad de la progenitora. En cambio, los jueces más jóvenes, 38 años de promedio, con una media de ejercicio de la magistratura de 3 años, aun cuando, igualmente, acordaban con mayor frecuencia la guarda a la madre, rechazaban como fundamento de sus decisiones la preferencia materna formulada de manera abstracta y general⁴⁸.

Más aún, los jueces, al mismo tiempo, por lo menos en nuestra cultura, sufren el impacto de las diferentes convicciones que se enraízan en la sociedad dominicana como resultado de los trabajos de expertos en ciencias de la conducta. Las conclusiones de los informes, que luego se generalizan, cargan de diferentes maneras el parámetro señalado, convirtiéndose luego en predicciones revestidas de verdad científica que se aplican en casos futuros.

48. Charlow, Andrea: Awarding Custody: "The Best Interests of the Child and Other Fictions", en Child, Parent & State, Ed. Temple University Press, Filadelfia, 1994, Pág. 3.

Otras veces son los prejuicios sociales los que llevan al juzgador a considerar como perjudiciales para el niño ciertas características de los padres, rechazadas por la comunidad. El caso "Palmori y Sidoti", en los Estados Unidos, ejemplifica esta posibilidad. Un tribunal inferior negó la tenencia de la hija a la madre porque recientemente se había casado con una persona de distinta raza. El tribunal argumentó que "a pesar de las medidas que se han tomado para mejorar las relaciones interraciales en este país, es inevitable que Melanie, si permanece en su situación actual y llega a la edad escolar, volviéndose más vulnerable a la presión de sus pares, sufrirá el estigma social que sin duda sobrevendrá"⁴⁹. La Suprema Corte de los Estados Unidos revocó el fallo y afirmó que "los efectos de un prejuicio racial, por reales que sean, no pueden justificar una discriminación que aleje al niño de la madre natural. La Constitución no puede controlar dichos prejuicios, pero tampoco debe tolerarlos" (1984).

Una cosa, sin embargo, nos plantea temores, y es que el parámetro también es un campo abierto a divergencias ideológicas en cuanto a la orientación sexual del progenitor, pues, como se ha evidenciado en la jurisprudencia de otros países, un juez puede considerar que esta conducta no constituye un peligro que permita la suspensión de la comunicación, a menos que afecte al hijo; a otro, por el contrario, le bastará esta preferencia sexual para negar tal trato paterno o materno filial⁵⁰. En Gran Bretaña, por ejemplo, una madre perdió la tenencia de la hija por ser lesbiana, pese a que el informe de la asistencia social, que recomendó la guarda a favor

49. Florida District Court of Appeal 426 So 2d 34, cit. por Elster, John: Juicios Salomónicos, Ed. Gedisa, Barcelona, 1991, nota 76.

50. Casos citados por Jean Hauser en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", núm. 1, enero-marzo 1994, Pág. 92.

de la progenitora, señaló que "la identidad sexual de ambos niños estaba bien establecida y los dos hijos expresaron el deseo de vivir con la madre puesto que ésta podía presumirse que brindaría mejor cuidado material que el padre"⁵¹.

Igualmente, se pueden enraizar en la mente del juez el que puedan operar circunstancias que son ajenas al interés del niño y más bien se relaciona con cuestiones vinculadas a los protagonistas adultos. En los casos de guarda, por ejemplo, aunque no se diga en la sentencia, subyace con frecuencia la idea de que la merece en mayor medida el cónyuge "inocente". El hecho de que la madre dedicara su vida al cuidado de los hijos con sacrificio de su desarrollo personal, también puede impulsar al magistrado a compensar estos desvelos, sin evaluar realmente cuál es la conveniencia del niño.

En suma, es preciso que los jueces ponderemos cada caso y pensemos, al tomar la decisión, que en ella está la suerte de una persona menor de edad: el juez o funcionario, al decidir cuál es el mejor interés del niño, al referenciar los hechos, los mediatiza a través de sus valoraciones particulares, de su historia y sus experiencias personales. Su juicio no es una representación de la realidad como algo objetivo y externo, sino que reconstruye esta realidad de acuerdo con su particular "mirada"; en muchos casos nos dejamos llevar por subjetivismos peligrosos y sentimentalismos paranóicos. En otras palabras, el que decide no es un observador aséptico y pasivo que aprehende una verdad. Recoge, por una parte, el contenido dado por la cultura y la sociedad en que vive, pero, por la otra, elabora "su verdad", lamentablemente. Sin embargo, no deben asustarnos las distintas comprensiones

51. Elster, John: ob. cit., Pág. 128.

del "interés del niño" ni los discursos disímiles. Las narraciones diferentes no sólo dan cuenta de los diferentes horizontes, sino que muchas veces no hay respuestas lineales frente a preguntas complejas, pues en la realidad del niño se entrecruzan variados intereses y a veces no es fácil la elección.

Ahora bien, ¿qué utilidad tiene para nuestro estudio sobre los aspectos civiles de la restitución internacional de menores el interés superior del niño?

De entrada, es muy importante que se entienda que la única interpretación posible del principio del interés superior del niño, es cuando de este es posible afirmar que su aplicación, la protección de los derechos humanos de los menores prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo.

Ahora bien, analicemos, por ejemplo, en primer lugar, el caso "Daniela", en Colombia, que adquirió un protagonismo público, social y hasta con ribetes políticos, y desnuda con toda dramática las distintas versiones que puede exhibir el mencionado "interés superior" del niño.

La mayoría juzgó que dicho interés se conecta con el derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su habitual medio de vida familiar y social, por lo que lo favorece volver a la situación anterior al acto de desplazamiento o retención indebidos ⁵², salvo cuando "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en situación into-

52. es, 14/6/95, "E.D.", t. 164, Pág. 21.

lerable" (Art. 13, párrafo 10, inc. b, Convención de La Haya). Este peligro psíquico es un grado acentuado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente se produce en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de los padres. En el tribunal que se ocupó del caso, los votos disidentes, en cambio, consideraron que correspondía denegar la restitución si un nuevo desarraigo se podía traducir necesariamente en un daño cierto para la salud del menor⁵³. El retorno del niño, se dijo, debe ceder ante cualquier duda razonable de dañar la formación del "yo", o de perjudicar su evolución y desarrollo. Uno de los jueces integrantes de la minoría pronosticó que la restitución afectaría la evolución afectiva y mental de la niña "no sólo por la ausencia de la madre, sino por la presencia de una mujer extraña incorporada por el padre". Estas expresiones revelan, al margen de la justicia o injusticia de la posición sustentada, que en el ánimo de los magistrados pesaron estereotipos sociales que, ya de suyo, no necesariamente representan la verdad. Por una parte, han privilegiado la figura de la madre para un normal desarrollo de la niña y han omitido toda consideración sobre la importancia que podría tener para ella la persona del padre. Por la otra, evidenciaron una clara prevención respecto de la nueva familia que constituyó el progenitor, a la presentada como una circunstancia peligrosa para la sana evolución de la niña⁵⁴.

Por otra parte, existe una posición encontrada puesto que en una entrevista realizada por Dilia Leticia Jorge Mera⁵⁵ para la revista

53. Del voto disidente del Dr. López; es, 14/6/95, "E.D.", t. 164.

54. CS, 14/6/95, "E.D.", t. 164, págs. 21 y ss.

55. Entrevista realizada por Dilia Leticia Jorge Mera para la revista Gaceta Judicial a la abogada litigante Linda Shay Garndner, socia de la firma de abogados "Rooney, Mannicci /Gardner", en la ciudad de Beethlehem, Pensilvania,

Gaceta Judicial a la abogada litigante Linda Shay Gardner, socia de la firma de abogados “Rooney, Mannicci /Gardner”, en la ciudad de Beethlehem, Pensilvania, Estados Unidos de América, con motivo de la conferencia de la organización no gubernamental P.A.R.E.N.T Internacional (Parents Advocating for Recovery through Education by Networking Together) (Padres Abogando por la Recuperación a través de la Educación mediante el Trabajo de Redes) en la ciudad de Washinton, D.C., en primer lugar, ella admite que los Estados Unidos de América tiene una forma diferente de manejar con este tipo de casos de restitución de menores, pues ellos tienen lo que se llama “el Acta de la Jurisdicción Uniforme para la Custodia de los Niños, que hace las veces del Convenio Internacional de La Haya, que persigue restituir a los menores sin importar los mejores intereses de dicho menor”. Agrega,” La Conferencia de La Haya básicamente dice que el niño sea devuelto como quiera, no dejar que el alegato de abuso se use como herramienta”. Plantea además: “Desafortunadamente, normalmente tenemos jueces y sabemos que los jueces no han sido entrenados en técnicas de entrevista para niños, pero ellos siempre creen que pueden hacer lo mejor, y es aquí donde nos complicamos de nuevo con “lo que es mejor para los niños”. La entrevistada admite que: “El enfoque de la Convención de La Haya debe ser retornar a los niños y no en el bienestar superior de ellos, y eso algunas veces choca, porque como abogados queremos pensar en lo mejor para los niños, y con eso en mente, no siempre devolverlos es lo mejor para ellos.

Estados Unidos de América, con motivo de la conferencia de la organización no gubernamental P.A.R.E.N.T Internacional (Parents Advocating for Recovery through Education by Networking Together) (Padres Abogando por la Recuperación a través de la Educación mediante el Trabajo de Redes) en la ciudad de Washington, D.C.

Pero, la idea es devolverlos al país original y litigar la custodia”. Si observamos detenidamente la entrevista, el interés superior del niño pasa a un segundo plano, puesto que, lo importante es la restitución del menor. No importa más nada. Se debe ordenar la restitución y después se averigua. Sin embargo, el interés superior del niño en muchos países incluyendo el nuestro, en los casos que hemos podido investigar, se tiene muy en cuenta a la hora de decidir un caso de restitución.

Como vemos, estas orientaciones ubican el mejor interés del niño en diferentes aspectos y modalidades. Unos consideran que el niño va a tener una mayor estabilidad emocional si se desprende totalmente del grupo familiar que no pudo contenerlo; otros, en cambio, sin olvidar la relevancia esencial que reviste el lazo social, piensan que es posible mantener vínculos que no necesariamente deben excluirse. En el fondo, colegimos que el interés superior del niño resulta esencial tomarlo en cuenta en las decisiones jurisdiccionales.

CAPÍTULO III

“ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE PERSONAS MENORES DE EDAD. (LEGAL KIDNAPPING)”⁵⁶

3.1.- Introducción.

Nos permitimos introducir este capítulo aportando unas expresiones de la abogada litigante americana, ya citada, Shay Gardner⁵⁷ al referirse a la Convención de la Haya. Ella se expresa diciendo: “Es muy difícil y doloroso al mismo tiempo, porque (refiriéndose a la sustracción de menores), uno de los padres gana o pierde. Cuando hay sustracción es muy difícil que ganen ambos padres, porque, o se cambia la vida que el niño tenía con uno de sus padres, o se está dejando en el mismo medio donde vive, y al menos aislándolo de uno de sus padres, así que esta situación lo hace muy difícil”.

56. Texto revisado en la reunión de los representantes de habla española celebrada en La Haya, en octubre de 1989. Como documento de trabajo, se utilizó la traducción realizada en España y publicada en el *Boletín Oficial de Estado* del 24 de agosto de 1987, así como la corrección de errores publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, del 30 de junio de 1989. Existen asimismo, traducciones oficios en Argentina, México, Ecuador y República Dominicana.

57. Entrevista citada hecha por Dilia Leticia Jorge Mera, ob cit. *Gaceta Judicial*, del 20 de septiembre a 4 de octubre de 2002, Págs. 26 y sigtes.

En efecto, aplicar los términos de la Convención de La Haya, supone necesariamente la existencia de un diferendo entre sus progenitores o guardadores toda vez dicha convención adquiere eficacia cuando existe un desplazamiento o retención ilícitos de un hijo de una familia cualquiera. En el actual marco sociológico de *aldea global* en las comunicaciones y los medios de transportes, cada día es más corriente el hecho de que, ante la quiebra del matrimonio o de la autoridad parental, a los menores afectados se les retenga o desplace a otro país distinto a aquél en que desarrollaban su vida ordinaria con el fin de lograr el amparo del ordenamiento jurídico de lugar a donde hayan sido desplazados.

Numerosos y cualificados son ya los comentarios que se han vertido sobre este instrumento internacional. Es por ello que nuestra labor debe reducirse a un repaso somero de los medios que en él se arbitran como aplicables a los supuestos de desplazamiento internacional de un menor a través de las fronteras.

El resultado de los trabajos de la Decimocuarta sesión de la Conferencia de La Haya puede calificarse como un convenio *sui generis*, que escapa de algún modo a clasificaciones rígidas. No se trata de una convención sobre el derecho aplicable (aunque éste pueda ser tenido en cuenta para apreciar la existencia de un desplazamiento o una retención ilícitos, como pone de manifiesto el Art. 14), ni tampoco de reconocimiento y ejecución de sentencias o resoluciones en la materia contemplada. junto al calificativo anterior puede añadirse el de su carácter autónomo, como fuera puesto de relieve por E. Pérez Vera⁵⁸ ya que las propuestas que

58. Cf. Commission spéciale, Rapport de F. Pérez Vera, Conférence de La Haye, Actes ... op. cit., páginas 178 y 179, y del mismo modo en las conclusiones de la comisión especial, Pág. 165.

en los albores de su elaboración pretendían tomar como base el Proyecto que paralelamente existía sobre el mismo tema en el marco del Consejo de Europa o, de otro lado, limitarse a crear un protocolo al convenio de 5 de octubre de 1961 fueron descartadas en favor de la opción que, sobre la base del exclusivo interés del menor y la instrumentalización de una efectiva cooperación entre las autoridades de los Estados parte, resolviera eficazmente el problema del traslado ilícito de menores. No obstante, hasta llegar a esta solución se barajaron alternativas de diverso orden, desde la ya reseñada de facilitar la ejecución de decisiones hasta la creación de un Tribunal, pasando por la posibilidad de no reconocer a la persona responsable del traslado ilícito el acceso a los tribunales⁵⁹.

Las situaciones de *legal kidnapping*, aunque, como ya hemos reiterado, están conectadas necesariamente con la realidad actual (no podemos olvidar que los factores coadyuvantes a su proliferación: mejora de los medios de comunicación, supresión de formalidades en el paso de un Estado a otro y la misma existencia de gran número de matrimonios mixtos, son características de nuestro tiempo), tal y como hemos dicho al principio de este escrito, se enmarcan dentro del más amplio campo de la protección de menores, tema éste que ha contado tradicionalmente con la atención de los foros internacionales. El Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, hecho en Nueva York el 20 de junio de 1956, o los que en esta misma materia fueron elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya en 1973 (sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y sobre reconocimiento y ejecución) son buena muestra de ello, si bien

59. *Ibid*, Págs. 46-51.

fueron el Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, que reguló la tutela de los menores en el terreno del derecho aplicable, y el Convenio de 5 de octubre de 1961, concerniente a la competencia de autoridades y la ley competente en materia de protección de menores, los que de una forma global han abordado el tema. Sin embargo, ni uno ni otro han tenido eficacia alguna respecto de la prevención de retenciones internacionales de menores por sus padres y otras personas. En este ámbito la iniciativa surgió de la Conferencia de Ministros de justicia en el seno del Consejo de Europa, en su sesión de Basilea del 15 al 19 de mayo de 1972. A partir de este momento se comenzaron los trabajos que habrían de llevar a la adopción del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.

Algunos países europeos, entre ellos España, ejercitando la facultad concedida a los Estados parte por el artículo 17 del Convenio, vino a modificar la estructura y filosofía de los preceptos anteriormente analizados. Al desvincular las esferas materiales y temporales, obviando estas últimas y aplicando las causas más amplias de denegación del reconocimiento, se está dando una nueva perspectiva al texto y posibilitando una «nueva lectura» del mismo a la luz de las peculiaridades que el problema tiene en lo que concierne a nuestra población. Esta nueva lectura, que puede apoyarse en cualquiera de las causas recogidas en la Reserva número 2, es especialmente importante en lo que concierne a su apartado a), que junto con la disposición del artículo 5.4, puede dar lugar a una acción sobre el fondo del supuesto

planteado⁶⁰. Son los efectos y no la posible bondad técnica de las resoluciones los que el juez español debe valorar; las concretas repercusiones fácticas en un momento y en un supuesto dados. No creemos que ello sea forzar la letra del precepto, sino darle la significación y alcance consciente o inconscientemente buscados. La adopción de esta línea interpretativa por parte de jueces y Tribunales españoles no sólo es deseable, sino que se vuelve imprescindible en la actual situación de nuestros emigrantes en Europa y ante la actitud que reflejan en sus fallos los Tribunales de los países de acogida.

- Importante es también, a nuestro juicio, la regulación que en el artículo 11 se hace del derecho de visita. Después de remitirse a las mismas condiciones de reconocimiento y ejecución que rigen las decisiones de guarda, el precepto citado incluye una importante particularidad, cual es la posibilidad de que la autoridad del Estado requerido que sea competente pueda fijar “las modalidades del cumplimiento y del ejercicio del derecho de visita”, así como de resolver en cuanto al mismo en el caso en que ese extremo no viniera recogido en la decisión extranjera. El alcance y las posibilidades que esta disposición abre son difícilmente valorables apriorísticamente, aunque no parece descartarse que el juez del *exequátur* pueda “modificar” las modalidades de ejecución respetando lo esencial del derecho atribuido en el Estado de origen de la sentencia. Por otro lado, consideramos que se trata de una de las

60. En este lugar de la reserva se especifica que esta reserva la facultad de denegar el reconocimiento y ejecución de resoluciones... si se comprueba que los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales por los que se rigen la familia y los hijos en España.

características más positivas del Convenio y que en mejor medida pueden contribuir a la evitación de supuestos de desplazamiento ilícito de menores, actuando sobre el derecho de visita y haciendo que no se quede en mera constatación formal sin posibilidades de traducirse en un derecho efectivo.

Al hilo de lo anterior ha de señalarse que aunque toda la Convención tiene su base en el “interés del menor”, ése, en tanto que tal, no está expresamente recogido en el texto de la misma, y ello se debe, como señaló E. Pérez Vera en su *Rapport explicatif*, a que no se ignoró el hecho de que el recurso por parte de las autoridades internas a una tal noción implicaría el riesgo de traducir en él manifestaciones del particularismo social o cultural de una comunidad concreta, a fin de defender sus valores subjetivos respecto de los de otras comunidades⁶¹.

Así, la Convención de La Haya no trata sino aspectos puramente fácticos, sin pretender entrar en la cuestión de fondo de los derechos de guarda y visita. Su eficacia se fundamenta en la cooperación entre las autoridades administrativas y judiciales en un doble momento: cuando el menor ha sido ya desplazado y antes de que se produzca ese desplazamiento, “en la medida en que se trata de garantizar el goce efectivo de los derechos de guarda y visita, haciendo desaparecer una de las causas más frecuentes de desplazamiento de niños, señalándose asimismo que el derecho de visita es un corolario necesario del derecho de guarda”⁶².

61. Conferencia de La LLave, Actes..., Op. Cit. Pág. 431.

62. Cf. Commission spéciale, Rapport de F. Pérez Vera, Conférence de La LLave, Actes ... op. cit., páginas 178 y 179, y del mismo modo en las conclusiones de la comisión especial, Pág. 165.

No obstante la filosofía anterior, y como consecuencia de las discrepancias de opinión que sobre la prohibición de conocimientos sobre el fondo de los supuestos habían sido puestas de manifiesto en la comisión que presentó el proyecto, el texto definitivo incorporó la cláusula del artículo 20 como una alternativa al comportamiento puramente mecánico de las autoridades. Los comentarios discrepan sobre su verdadero alcance, y así, mientras unos ven en ella la confirmación de la noción de orden público internacional, para otros no se trata sino de una solución de compromiso que no tendrá mayor incidencia, ya que el orden público se encuentra de alguna manera concretizado en los preceptos que regulan las condiciones de devolución del menor.

Debemos volver a hacer notar que el problema que subyace en la mayoría de los supuestos de *legal kidnapping* no es el ejercicio *de iure* del derecho de visita, sino el de su efectividad de hecho. Es por ello que los intentos “preventivos” podrán tener, a lo sumo, una virtualidad catalizadora del sentimiento del progenitor desposeído de la guarda, pero difícilmente jugarán un papel decisivo en la evitación del secuestro. Es preciso significar en este mismo sentido que, a pesar de la declaración de principio de conjugar estos dos objetivos -el de la prevención y el del retorno del menor-, el convenio dedica el núcleo principal de su articulado a disciplinar la cooperación *ex post* al hecho del desplazamiento, mientras que la regulación específica del derecho de visita se constriñe a un solo artículo (el 21), quedando en un manifiesto segundo plano y dejando de lado la recomendación que ya el *Rapport Oyer* consideraba como básica respecto de la importancia del derecho que tiene el padre desposeído de la guarda a poder mantener los contactos

periódicos con sus hijos que hagan posible la continuidad de los plazos afectivos existentes⁶³.

La conferencia centró toda su atención en un aspecto concreto del interés efectivo del menor: la conveniencia de no ser trasladado de su entorno vital. Todos los instrumentos, plazos y condiciones que se articulan en el convenio están exclusivamente en función de su retorno inmediato. Sin pretender negar la enorme importancia que ello tiene, y considerando como loable la adopción de una solución internacional en este sentido, no podemos dejar de señalar que se trata de un esfuerzo parcial, ignorante de gran parte de la problemática en la que se circunscriben los supuestos de *legal kidnapping* o que sin ignorarla, como parece desprenderse de los trabajos preparatorios, no entra en ella de forma global.

Por otra parte, una información publicada en el periódico La Vanguardia de Catalunya⁶⁴, decía en su titular del día 10 de marzo del año que discurre: “En los últimos cuatro años, 22 niños han sido secuestrados por uno de sus progenitores”. En el desarrollo de la publicación dicho periódico decía: “El secuestro interparental es una situación que afecta a más de un país y por tanto precisa de una regulación internacional. Por ejemplo, en los 34 casos de los archivos de la ONG en Catalunya se menciona a 21 países: seis europeos, siete americanos, cinco árabes, dos africanos y uno de Oceanía”. Agrega el medio de comunicación citado: Desde su fundación la ONG Asociación para la Recuperación de Niños Sacados de su país han sido localizados y restituidos 21 niños, englobados en 14 casos distintos. Fueron encontrados

63. Conferencia de La LLave, Actes..., Op. Cit. Págs. 42-43.

64. Periódico *La Vanguardia*, 10 de marzo 2008, Ediciones S.L., de Catalunya, España.

en Venezuela, Colombia, Uruguay, Suecia, Alemania, Portugal, Yemén o Líbano. También han sido vistos niños sustraídos en otros 21 países de Europa, América, África o Asia, si bien las autoridades aún no han podido devolverlos al miembro de la pareja que tiene su custodia”.

Desde 1980 el número de casos de traslados internacionales de menores ha ido en aumento. “Los países que resultaron con mayores casos bajo el marco de la Convención Internacional de La Haya fueron la Autoridad central de los Estados Unidos de América (National Centre for missing and exploited children) con el mayor número de solicitudes (256) e Inglaterra y Gales con 174. En cuanto el género de las personas secuestradores se determinó que la mayoría fueron mujeres (madres) en un 70% y hombres (padres) en un 29.2%. se pudo determinar en ese mismo estudio, y en base a las respuestas recibidas que durante el año 1999, de las 744 aplicaciones que se llevaron a cabo, habían 1,080 niños envueltos, de los cuales un 37.2% oscilaban entre la edad de 0 a 4 años, un 41.4% entre la edad de 5 a 9 años, 21.3% entre la edad de 10 a 16 años y 16 o más un 0.1%. En cuanto al género de los niños sustraídos, de los 1,080 casos, sólo en 1070 casos fueron establecidos su sexo, en lo que destaca que el 53.3% fueron varones y el 46.7% fueron hembras. Finalmente en cuanto a las soluciones de los casos o que quedan aún pendientes, se determinó lo siguiente: la devolución de los niños fue rechazada en un 10.5%; la devolución voluntaria fue realizada en un 18%; la devolución judicial fue ordenada en un 32.2%; la devolución fue rechazada en un 10%; el retiro de los casos fue realizado en

un 10.2%; los casos pendientes se encuentran en un 16% y otros no especificados en un 3.1%.”⁶⁵

Por lo expuesto, llegamos a la conclusión que el problema es sumamente grave para todos los países y, como veremos más adelante, la República Dominicana no es la excepción.

Ahora bien, la Convención queremos enfatizar, sólo regula *los aspectos civiles de la restitución de personas menores de edad*, lo que implica, como hemos dicho, que nada se dispone sobre el tipo penal del *secuestro*. Sin embargo, la doctrina, en principio, rechaza que se trate este tema por el derecho penal, ya que por tratarse de problemas que normalmente se desarrollan en el ámbito de las relaciones familiares, se trata de buscar soluciones pacíficas a unos conflictos de carácter privado y familiar. Sólo, a nuestra opinión, sería aconsejable el tratamiento penal cuando intervengan terceras personas con intereses ajenos al ámbito familiar o cuando los móviles correspondan a lo que ha venido llamándose Tráfico *Internacional de Menores*; es por esa razón que como colofón de este escrito, trataremos esta temática.

Es útil mencionar, que uno de los procedimientos para salvaguardar los derechos de los menores ante los desplazamientos ilícitos internacionales en el ámbito de las relaciones familiares es el de dictar normas específicas que faciliten el rápido reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, como por ejemplo, lo recogido en el Convenio de Luxemburgo del Consejo de Europa, de 1980, del cual haremos mención en otra parte de este escrito.

65. *Gaceta Judicial*, República Dominicana, mayo del 2001, por Dilia Leticia Jorge Mera, Ob. Cit.

Conforme al artículo primero de la Convención, el ámbito de aplicación se organiza en lo siguiente:

1. Asegurar la pronta restitución de la persona menor de edad que tenga residencia habitual en uno de los Estados partes y que haya sido trasladado ilegalmente de un Estado parte a otro Estado parte;
2. Asegurar la pronta restitución de la persona menor de edad, que habiendo sido trasladado legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente;
3. Para hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de quienes sean titulares de estos derechos.

Debemos también ponderar dentro del ámbito de aplicación: el ámbito de aplicación material (¿Para qué?) y personal (¿A quién?) (*ratione materiae* y *ratione personae*)

El Convenio tiene su fundamento de aplicación en los siguientes principios:

1. El principio de inmediatez en la acción restitutoria del menor de edad.
2. Restitución de la situación fáctica al status quo preestablecido del menor de edad.
3. Garantizar la validez universal del derecho de custodia y visita de ambos progenitores.
4. Definición del traslado ilícito.
5. La residencia habitual.

6. Límites de edad.
7. Interés superior del niño en las decisiones a tomar respecto a la sustracción internacional de menores.
8. Ahora bien, ¿de dónde surgen estas inquietudes centralizadas en el artículo primero de la convención?

Surgen de una reunión llamada de expertos celebrada en San José de Costa Rica y de la misma Convención de La Haya, de 1980. Es por eso que, la Convención sólo resulta aplicable a los titulares de la autoridad parental, antiguamente “Patria Potestad”, y para aquellos que por una decisión soberana de los Estados partes, les ha sido otorgado la guarda, ampliándose de esa forma el ámbito de la Convención. Debemos agregar, que de igual modo también fue objeto de ponderación el “*derecho de visita*” que no había sido regulado previamente en los convenios que sobre el particular se celebraron en Argentina, Perú y Chile.

Por otra parte, los Estados suscribientes de la Convención se obligan a adoptar las medidas necesarias, incluyendo los procedimientos de urgencia para asegurar la aplicación efectiva de la misma. Por esas razones, la Convención sostiene en que:

1. Se fundamenta en el interés superior del menor y en la protección, garantizando la efectividad de la custodia o tenencia de dicho menor.
2. Sólo regula los aspectos civiles de la restitución internacional de menores y, por tanto, como hemos repetido, no se refiere a los aspectos penales.
3. Busca proteger a los menores en el plano internacional contra los efectos perjudiciales de un traslado o de un regreso ilícito.

4. Fija el procedimiento para garantizar el regreso inmediato del niño al estado donde reside habitualmente, así como garantizar la protección del derecho de visita de una de los padres.

Es de particular interés observar, que del preámbulo de la Convención, podemos inferir, como factor determinante la “*residencia habitual*” de la persona del menor; entendiéndose como tal, *el lugar en que éste se encontraba inmediatamente anterior a su desplazamiento o de su restitución*. En la doctrina la residencia habitual, “se ha convertido en un tema importante en la Convención de La Haya. A medida que nos convertimos en una sociedad más fluida, a medida que las personas viajan o viven alrededor del mundo, lo que normalmente se ha definido como residencia habitual, es ese lugar donde el niño está acostumbrado a vivir; es más difícil de describir⁶⁶”. Agrega la abogada Shay Gardner: “La manera que yo creo que es más fácil de describirla es diciendo: es el último lugar en que las partes interesadas estuvieron juntas con el niño, y asintieron estar juntos. En otras palabras, el último lugar donde ellos tomaron la decisión de estar. Para mi esa es una de las maneras más fáciles de definirla, porque se puede determinar la residencia habitual de la noche a la mañana” Más aún la entrevistada añade: “Por ejemplo, si yo fuera oficial del servicio exterior en los Estados Unidos, y fuera asignada a la República Dominicana, pero después dejé mi puesto y decidimos vivir allá. ...Porqué es ahí donde van a estar. Ahí fue que acordaron estar juntos. Allí es donde están con los niños. Así que no se toma mucho tiempo para establecer la residencia habitual. Es solamente en qué lugar van a estar juntos”. En ocasión de estos pronunciamientos sobre la

66. Jorge Mera, Dilia Leticia, Ob. Cit., *Gaceta Judicial*, Pág. 29.

residencia habitual, podemos hacer dos observaciones: Primero: *la residencia* en el derecho dominicano, difiere del *domicilio*, ya que éste, en principio es uno sólo, y se entiende como el lugar donde están sus principales intereses; mientras que *la residencia* es el lugar transitorio en donde realmente se encuentra una persona en un momento dado. Por eso puede tenerse más de una *residencia* y sólo un *domicilio*. En segundo lugar: la medida de la *residencia habitual*, es transitoria, y puede cambiarse en forma rápida. Sin embargo, no podemos, de igual forma, confundirla con la figura de *la habitación*, como manera de individualizar a las personas, toda vez que ésta es mucho más transitoria que la *residencia*. Es ocasional. No siempre se relaciona con el hogar del niño y con sus alrededores, sino también al ambiente que los padres determinan.

Otro tema de interés que es preciso analizar, es el que se relaciona con la *autoridad parental*. Cuando la convención se refiere a la *autoridad parental, a los derechos de custodia o guarda*, estos deben resultar de lo dispuesto en la ley respectiva de los Estados partes, o en una sentencia judicial, o si la legislación lo permite, del acuerdo amigable que hayan podido celebrar los padres o responsables de la persona menor de edad.

No admite discusión, que este convenio parte de la base de la existencia de una decisión sobre los derechos de guarda o de visita, cuyo cumplimiento se va exigir más allá de las fronteras donde fue dictada. Su objetivo último es lograr el cumplimiento de la decisión con el consiguiente retorno al lugar donde residía antes del hecho ilícito del desplazamiento o de la retención, mediante una comisión rogatoria, exhorto u otra comunicación redactada a estos fines.

A todos estos fines, basta que la guarda ejercida de forma efectiva sea modificada unilateralmente por alguien para que los mecanismos de protección del convenio entren en funcionamiento: las autoridades competentes, judiciales o administrativas, con al cooperación de las autoridades centrales de los Estados-parte, ordenarán el retorno inmediato del menor al lugar donde residía antes del momento de hecho, sin tratar de dilucidar acerca del fondo del derecho de guarda, sin necesidad de pasar por el trámite del exequátur, caso de que existan decisiones judiciales o administrativas ni aunque se produzcan con posterioridad.

Las palabras claves de esta convención son:

- Restitución y-o secuestro
- Traslado o retención ilícitas
- Autoridad parental
- Derecho de guarda
- Derecho de visita
- Residencia habitual
- Autoridad central

3.2.- Alcance del Convenio.

Este convenio tiene por objeto determinar, si ha existido un traslado o retención ilícita, como hemos dicho, de manera que posteriormente se pueda asegurar el regreso inmediato de niño, ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado contratante. Hay que proceder urgentemente para asegurar el regreso inmediato de los niños y lograr los demás objetivos del convenio;

en particular, según el art. 7, deben tomarse las medidas apropiadas, ya sea directamente o con la colaboración de cualquier intermediario:

1. Para localizar a un niño trasladado o retenido ilícitamente;
2. Para prevenir nuevos peligros para el niño o perjuicios para las partes interesadas, tomando o haciendo tomar medidas provisionales;
3. Para asegurar la entrega voluntaria del niño o facilitar una solución amistosa;
4. Para intercambiar, si ello resultara útil, datos relativos a la situación social del niño;
5. Para proporcionar información general en cuanto a la legislación del Estado relativa a la aplicación del convenio;
6. Para incoar o facilitar el inicio de un procedimiento judicial o administrativo con el fin de obtener el regreso del niño y, según sea el caso, de permitir que el derecho de visita sea organizado o efectivamente ejercido;
7. Para conceder o facilitar, según sea el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado;
8. Para asegurar, en el plano administrativo, si fuere necesario y oportuno, el regreso del niño sin peligro;

3.3.- Principios generales.

En el proceso de restitución de la persona menor de edad, rigen los principios de: intermediación, conciliación, economía procesal,

abordaje interdisciplinario, y de cooperación jurídica internacional. No obstante, en todas las medidas ordenadas concernientes al menor de edad solicitado, siempre debe existir una condición primordial: el que se atienda el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

3.4.- Definición.

El convenio define el secuestro⁶⁷ como “Desplazamiento de un menor fuera del territorio del Estado en que tenga su residencia habitual, o retención del mismo fuera de este territorio por tiempo diferente del establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación al contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento en el lugar de residencia habitual del menor”.

Sin embargo, el convenio que no convoca no se refiere al conflicto de leyes aplicables en el tiempo o el espacio, ni a la validez de las resoluciones judiciales o administrativas de un estado en el territorio de otro⁶⁸. Tampoco al derecho, conferido o no, de custodia de uno u otro progenitor. El convenio tiene como fin específico garantizar el retorno inmediato del niño o niña retenido mediante uso de fuerza o intimidación y que dejó indefenso a uno de los progenitores para gozar del derecho sea de visita o de custodia.

67. Queremos recordar que siempre hemos sostenido que el término secuestro no es el término aplicable, puesto que resulta más saludable el de Restitución por los motivos aportados en este escrito.

68. Para estos casos la Conferencia Internacional de La Haya emitió el Convenio sobre Competencia de las Autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961.

3.5.- Regreso del niño.

Según el Art. 8 del convenio, la persona, institución u organismo que pretenda establecer y luego restituir, un niño que ha sido trasladado o retenido en violación del derecho de tenencia o guarda, pueden hacerlo saber, ya sea a la autoridad central donde el niño resida habitualmente o bien a la autoridad central de cualquier Estado contratante, para que éstas brinden su asistencia con el fin de asegurar el regreso del niño.

Sin embargo, pueden presentarse ocasiones por las cuales el niño no debe ser devuelto. Por ejemplo, si el niño ha vivido con uno de sus padres en un área por un tiempo más o menos apreciable, que caracterice la residencia habitual, él se ha ido acostumbrando a ella, pero, fue objeto de abuso en ese lugar y el padre o madre que lo trasladó o retuvo ilícitamente, lo alega; en puro derecho, aplicar la convención sería devolver al menor sin más dilaciones. A nuestro modo de pensar no podemos aplicar la convención al pie de la letra, puesto que le estaríamos dando más importancia a la convención, más que a los hechos mismos, a la seguridad del menor y a los principios de una realidad que puede ser lacerante, deshumanizante y estigmatizadora para éste, contrario al interés superior del niño. Recordemos, sin embargo, que la convención involucra un retorno al país, no al “padre o madre secuestrador”. Lo que se debe tomar en cuenta son las circunstancias de ese país y si ese país será capaz de proteger al niño. En fin, en estos casos, los términos de la convención se pueden llevar a cabo sin dejar de defender al niño, aún le quiten poder a la misma.

3.6.- De la solicitud de restitución o admisibilidad de la petición.

La solicitud restitución debe contener:

- Información sobre el nombre del solicitante, del niño y de la persona de la que se alegare se hubiere llevado o retenido al niño;
- La fecha de nacimiento del niño, cuando fuere posible obtenerla;
- Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar el regreso del niño;
- Toda información disponible sobre el paradero del niño y el nombre de la persona con quien se presume está el niño.

Todo esto supone que el peticionante debe acreditar la verosimilitud de su derecho, argumentando sumariamente en el escrito y demostrando, posteriormente, por medio de las pruebas que estime pertinentes y someter las mismas a la sana crítica, que se encuentra en ejercicio de la guarda o custodia del menor de edad en cuestión. Sin embargo, aún la convención hace mutis del uso de testigos para probar la ilicitud que se alega, creemos prudente, sobre todo que no se prohíbe, aceptar que estos pueden ser acreditados, permitiéndose, cuando sea posible, la tacha de los mismos.

3.6.1.- De igual modo, la solicitud debe estar acompañada o completada por:

1. Copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes;
2. Declaración jurada que emane de la autoridad central u otro organismo competente donde el niño residiere habitualmen-

te o de una persona habilitada (o competente), relativa a la legislación del Estado en la materia;

3. La autoridad central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre⁶⁹.
4. Cualquier otro documento pertinente.

Toda esta documentación, tiene que haber sido traducida al idioma del país requerido.

3.7.- Derecho aplicable en el procedimiento de restitución en República Dominicana.

Son aplicables:

1. La Constitución de la República;
2. Los tratados y convenciones internacionales debidamente ratificados por los Estados partes, de manera general, y, de manera particular aquellos que se refieren a la restitución internacional;
3. La Ley núm. 136-03, Código para la Protección y Derechos Fundamentales de Niños, niñas y adolescentes;
4. El Código Civil y el Código de Procedimiento Civil de manera supletoria;
5. Cualquier otra ley de carácter civil relacionada con la materia.

69. Artículo 28 de la Convención.

3.8.- Competencia jurisdiccional en el país.

Son competentes:

1. Las salas civiles de los tribunales de niños, niñas y adolescentes;
2. En aquellos casos en que no exista en la demarcación territorial donde se plantea la litis una sala civil de niños, niñas y adolescentes, la correspondería a los tribunales de niños con plenitud de jurisdicción;
3. Las cortes de apelación de niños, niñas y adolescentes;
4. En ausencia de tribunales de niños, le correspondería a:

Salas civiles de los juzgados de primera instancia en atribuciones de niños, niñas y adolescentes;

A los juzgados de primera instancia con plenitud de jurisdicción, en atribuciones de niños, niñas y adolescentes

A las cámaras civiles de las cortes de apelación, en atribuciones de niños, niñas y adolescentes;

A las cortes de apelación con plenitud de jurisdicción en atribuciones de niños, niñas y adolescentes;

De manera excepcional, a la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia.

3.8.1- Competencia administrativa.

1. Ministerio Público; y
2. Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI).

3.8.2.- Competencia jurisdiccional. Procedimiento.

En la República Dominicana el procedimiento en los tribunales a los fines de darle cumplimiento al Convenio de La Haya ha sido organizado por la Suprema Corte de Justicia mediante Resolución núm. 480-2008 del 6 de marzo de 2008, la cual figura como anexo núm.1 en esta publicación.

3.9.- Medidas que puede tomar la Autoridad central de los países contratantes.

La autoridad central del Estado donde se encuentra el niño tomará o hará tomar las medidas apropiadas para asegurar su entrega voluntaria⁷⁰. Si tiene conocimiento de que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente a la autoridad central de ese otro Estado contratante e informará a la autoridad central requirente o al solicitante, según sea el caso⁷¹

Las autoridades administrativas o judiciales de todo Estado contratante deberán proceder con urgencia para el regreso del niño. El artículo 11 determina al respecto: “Cuando la autoridad judicial o administrativa enterada no hubiere tomado una decisión en un plazo de seis semanas a partir del inicio de los procedimientos el solicitante o la autoridad central del Estado requerido podrá, por iniciativa propia o a solicitud de la autoridad central del Estado requirente, pedir una declaración sobre los motivos de esa demora. Si la respuesta fuere recibida por la autoridad central del Estado requerido, esta autoridad deberá transmitirla a la autoridad central del Estado requirente o al solicitante, según sea el caso”.

70. Artículo 10.

71. Artículo 9.

Según el artículo 12 del convenio, cuando un menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento antes la autoridad judicial o administrativa del estado contratante donde se encuentre el menor, han transcurrido un período inferior a un año desde que el menor fue trasladado o retenido ilícitamente, la autoridad competente ordenará su regreso inmediato.

La autoridad judicial o administrativa, incluso, si estuviera enterada después del vencimiento del período de un año antes mencionado, debe ordenar el regreso del niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio.

Cuando la autoridad administrativa o judicial del Estado requerido tuviere motivos para creer que el niño ha sido llevado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de regreso del niño, justificando su decisión.

3.10.- Oposición.

Según el artículo 13, la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar el regreso del niño cuando la persona, institución u organismo que se opusiere a su regreso pruebe:

- a) Que la persona, institución u organismo que cuidaba de la persona del niño no ejercía efectivamente el derecho de guarda en el momento del traslado o no regreso o había consentido o asentido posteriormente a ese traslado o no regreso;
- b) Que existe un grave riesgo que el regreso del niño lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera lo coloque en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá también negarse a ordenar el regreso del niño, si se constata que éste se opone a su regreso, y que ya alcanzó una edad y madurez en donde se muestre que es conveniente tener en cuenta su opinión.

Para apreciar las circunstancias, la autoridad administrativa o judicial debe ponderar las informaciones suministradas por la autoridad central o cualquier otra autoridad competente del Estado donde el niño resida habitualmente acerca de su situación física, psíquica y social.

3.11.- Petición de suministro de información.

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido podrá tener en cuenta la legislación, las decisiones judiciales o administrativas del Estado donde resida de manera habitual el menor, y cualquier otra medida para decidir con conocimiento de causa.

3.12.- Decisión sobre el regreso del niño no prejuzga sobre custodia o guarda del niño.

Hemos sostenido permanentemente que una decisión acerca del regreso del niño dado en el marco del convenio, no afecta, bajo ninguna circunstancia, *el derecho de guarda o custodia* en cuanto al fondo⁷².

Se puede negar el regreso del niño si ello no es permitido por los principios fundamentales del Estado requerido sobre la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y, sobretudo por el interés superior del menor⁷³.

72. Artículo 19.

73. Artículo 20.

3.13.- Derecho de visita.

Cuando lo que está en juego es el *derecho de visita*, se puede, dirigir una solicitud relativa al *derecho de visita* a la Autoridad central de un Estado contratante en la misma forma que una solicitud para el regreso del niño⁷⁴.

En cuanto al procedimiento, el inciso final del artículo 21 dice que: “Las autoridades centrales, ya sea directamente o por intermediarios, puede incoar o favorecer un procedimiento legal con el fin de organizar o de proteger el derecho de visita, así como las condiciones a las cuales pueden estar sometidas el ejercicio de este derecho”.

3.14.- Normas generales.

No se puede exigir caución o depósito, para garantizar el pago de costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos señalados en el convenio⁷⁵.

No se exige ninguna legalización o trámite similar⁷⁶.

Toda solicitud, notificación u otro documento son enviados en su idioma original a la autoridad central del Estado requerido; acompañadas por una traducción al idioma oficial o uno de los idiomas oficiales de ese Estado o si esta traducción presenta dificultades, por una traducción al francés o al inglés⁷⁷.

74. Artículo 21.

75. Artículo 22.

76. Artículo 23.

77. Artículo 24.

Cada autoridad central debe soportar sus propias costas al aplicar el convenio.⁷⁸

Los mandatos de la convención son irretroactivos, o sea que, no se aplica sino respecto de Estados partes para secuestros o no regresos ilícitos que se han producido después de su entrada en vigor en dichos Estados⁷⁹.

78. Artículo 26.

79. Artículo 35.

CAPITULO IV

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN DE MENORES

4.1.- Ámbito de Aplicación.

Contrario al anterior capítulo que hemos analizado, lo referente al Convenio de La Haya, en este capítulo analizamos la convención Interamericana sobre Restitución de Menores; convenio cuyo radio de acción es como acuerdo bilateral entre Estados en el espacio geográfico de América; es decir, es un instrumento hemisférico similar a la Convención de La Haya, pero, ésta última es de carácter general para todos los países suscribientes y tiene por objeto resolver el problema de la *burla a la custodia, tenencia o guarda de las personas menores de edad*, cuando esta se han visto interrumpidas porque el menor o adolescente han sido trasladados al exterior, o porque habiendo viajado de acuerdo a la ley, dichos menores o adolescentes han sido retenidos en forma ilegal.

Ahora bien, como principio general y, a su vez, en su función de acuerdo marco, cualquier disposición del Convenio de La Haya, impide que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del

menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones que puedan originar dichas restricciones⁸⁰.

No obstante, la importancia de ambos Convenios y su similitud, existen algunas diferencias entre los mismos:

4.1.1. La acción restitutoria es otorgada sólo para los titulares del derecho de custodia (legitimación).

El Convenio de La Haya faculta a cualquier persona, institución u organismo que sostenga que un menor de edad ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor para garantizar su restitución⁸¹. En cambio el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores sólo “podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio de derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el artículo 4 (padres, tutores, guardadores o cualquier institución).

4.1.2. El procedimiento es formalista.

La Convención de La Haya aboga por evitar los procedimientos formales a favor de la inmediatez en la toma de decisión (urgencia). Al parecer las disposiciones de la Convención Interamericana se inclinan hacia la definición de un procedimiento garantista, ciertamente regido por requisitos más precisos que los señalados en la Convención de La Haya y con plazos ciertos fijados en el mismo Convenio.

80. Artículo 36 del Convenio de La Haya.

81. Artículo 8 del Convenio de La Haya.

4.1.3. Prevé la localización de menores sustraídos en forma ilícita.

Un aporte significativo de la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores, es la precisión de la contribución que puede hacer la autoridad central con la parte requirente de la localización en su territorio de menores de edad trasladados en forma ilícita y que tienen su residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante.

4.1.4. Prevé la coordinación de las Autoridades Centrales de los Estados parte por el Instituto Interamericano del Niño.

El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como organismo especializado de los Estados americanos, coordinar las actividades centrales en el ámbito de la convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Partes. Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros organismos internacionales competentes en la materia⁸².

4.1.5. Prevé la aplicación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores sobre el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya.

La Convención Interamericana establece en su artículo 34: “Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueron parte de este convenio y de la Convención de La Haya, regirá la primera (la Convención Interamericana). Sin

82. Artículo 27 de la Convención Interamericana.

embargo, los Estados podrán convenir entre ellos en forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya.

No obstante, es importante enfatizar que tanto la Convención de La Haya, como la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores, en cuanto al fondo, no alteran ni prejuzgan ni deciden lo relativo a la autoridad parental, la tenencia o la guarda de la persona menor de edad, sólo juzgan si resulta procedente la restitución de la persona del menor a su residencia habitual.

De igual modo es importante consignar, que en el ámbito interamericano, el Código Bustamante y los tratados de Montevideo de 1889 y 1939, no contienen normas expresas sobre restitución de personas menores o de mayores incapaces, pero sí se sujeta al régimen jurídico de fondo de éstas. Vale también mencionar una serie de tratados en América Latina y otras partes del mundo que de una u otra forma están relacionados con la temática.

Veamos:

Tratados de Uruguay con Argentina, Chile y Perú y a escala mundial los siguientes convenios:

- Convención Europea sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones relativas a la Guarda de Menores y el Restablecimiento de la Guarda de éstos adoptada por el Consejo de Europa, el 20 de marzo de 1980;
- Convención entre Francia y Alemania sobre Protección de Menores, del 31 de agosto de 1939;
- Convenio entre Francia y Brasil, del 30 de enero de 1981;
- Convención entre Francia y Hungría, relativa a la Cooperación Judicial en Materia Civil y Familiar, del 31 de julio de 1980;

- Acuerdos de reciprocidad entre Francia y Canadá, del 9 de septiembre de 1977, y entre Francia y Estados Unidos, mediante canje de notas del 20 de agosto de 1980;
- Convenios celebrados entre Francia y Portugal el 20 de julio de 1983;
- Con Egipto, el 15 de marzo de 1982;
- Con Marruecos, el 10 de agosto de 1981;
- Con Túnez, el 18 de Marzo de 1982;
- Convención sobre los Aspectos Civiles de Menores de La Haya, 1980, citado;
- Convención sobre Competencia y Ley Aplicables en Materia de Protección de Menores, La Haya, 1961:

Han sido ponderados también para los efectos de hacer eficaz la implementación de las normativas nacionales e internacionales sobre retención y restitución de personas menores de edad, los siguientes materiales de trabajo:

1. El proyecto del Comité Jurídico Interamericano, 1986;
2. El proyecto preparado por la Reunión de Expertos de San José de Costa Rica del 17 de diciembre de 1989;

4.2.- Contenido de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores: Se refiere:

1. En su primera parte, al ámbito de aplicación de la misma; limitándose sólo a los aspectos civiles de la “restitución de menores”;

2. El estado de minoridad; al efecto de la convención sólo se considera menor a toda persona que no haya cumplido los dieciséis años;
3. A la calificación de los derechos de guarda y de visita;
4. Al ámbito de temporalidad en cuanto a su aplicación, resultando de que sólo se aplica para aquellos menores cuando el procedimiento a ellos referido se inició antes que éste cumpliera los 16 años;
5. A la definición del traslado o retención de la persona menor de edad;
6. A quienes pueden llevar a cabo el procedimiento de restitución.

4.3.- Personas con capacidad legal para llevar a cabo la solicitud de restitución:

1. Los padres;
2. Los que tienen asignada la guarda, custodia y tenencia del menor;
3. Las instituciones de protección al menor;

4.4.- Jurisdicción internacional para conocer de la solicitud de restitución de menores.

Veamos:

1. Ante las autoridades judiciales o administrativas, según lo determine la legislación interna de cada Estado parte en

cuyo territorio el menor tuvo su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento;

2. Ante la autoridad judicial o administrativa prevista en la legislación de los Estados partes en que se encuentra o se supone se encuentra al momento de instaurarse la demanda;
3. Ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado donde se produjo el hecho ilegal que ha dado motivo a la reclamación;

4.5.- Pedimento de urgencia:

Veamos:

1. La demanda se puede presentar ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte en cuyo territorio se encuentra el menor de edad al momento de hacerse la solicitud;
2. La demanda se puede presentar ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado donde se produjo el hecho ilegal que dio origen a la reclamación.

4.6.- La Autoridad central de cada Estado parte.

Se prevé que cada Estado parte designe una autoridad central y comunique luego esta decisión al Secretario General de la OEA. Recordemos que estamos analizando la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y por consiguiente se circunscribe al sistema interamericano.

4.7.- Modalidad para ejercer la solicitud:

Existen en el convenio cuatro formas de llevar a cabo el procedimiento de restitución; a saber:

1. Por conductos de exhortos o cartas rogatorias;
2. Directamente;
3. Ante las autoridades competentes del Estado donde fue llevado el menor;
4. Por la vía diplomática o consular.

4.8.- Contenido de la solicitud para restituir a la persona del menor.

El artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores señala los contenidos básicos:

1. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información respecto a la identidad del solicitante, del menor o adolescente sustraído y, de ser posible, de la persona a quien se le imputa el desplazamiento o retención. En este caso, la convención no dice nada sobre aquellas personas que han ayudado o facilitado la acción. Pienso que esto último tiene que ver su naturaleza civil del convenio.
2. Información sobre el lugar en que la persona del menor o del adolescente se encuentra, las circunstancias y fecha en que se realizó la operación o del vencimiento del plazo autorizado;
3. Los fundamentos de derecho en que se funda la pretensión de restitución;

Toda solicitud debe estar acompañada de los siguientes documentos:

1. Copia íntegra y auténtica de cualquier decisión judicial o administrativa, o el acuerdo que lo motive. Un sumario de los hechos, y, el derecho aplicable. Sin embargo, existe una Convención sobre Derecho Internacional Privado que permite que el juez apoderado del caso aplique, de oficio, el derecho que él crea que corresponde; las partes deben colaborar en la búsqueda de las pruebas.
2. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;
3. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o adolescente solicitado;
4. Debe ser traducida toda la documentación aportada al idioma que se habla en el país requerido;
5. Indicación de cuáles medidas deben ser implementadas para llevar a cabo el retorno:
6. En los casos de que la tramitación se haya efectuado de país a país, o, mejor dicho, a través de las autoridades diplomáticas o consulares del país requerido o por intermedio de la autoridad central de éste, no se necesita de legalización.

4.9.- ¿Cómo se debe realizar el trámite?

El trámite se debe realizar de forma inmediata; el juez exhortado o la autoridad central deben procurar emplear los medios

necesarios para que el menor o adolescente retorne el país de “residencia habitual” de forma amistosa, pero en forma inmediata. Si no se obtiene resultado de esta forma, las autoridades correspondientes deben tomar las medidas urgentes para someter al requerido a una custodia provisional, previa audiencia y, si es el caso, dispondrán su devolución. Las autoridades del país requerido deben tomar las medidas pertinentes para que el menor no sea trasladado a otro país.

4.10.- Negación de la solicitud de restitución.

El artículo 11 de la convención establece que se puede negar la restitución en los siguientes casos:

Cuando se pruebe:

1. Que los padres, o tutores o quien pretendidamente tenía la guarda, no ejercían efectivamente al momento de hacerse la solicitud;
2. Que existe un gran riesgo de que la restitución del menor lo pueda exponer a un peligro físico o psíquico;
3. Que el menor o el adolescente se niega a regresar; manifestación esta que debe ser tomada en cuenta tomando en consideración su edad y madurez.

En atención al artículo 25 de la convención, se agrega otra forma de negar la solicitud: “Cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

Si la solicitud debe ser conocida por un tribunal, la prueba presentada, precisa ser sometida a las reglas de la “sana crítica y el interés supremo del menor”.

4.11.- Oposición ante la autoridad del Estado requerido.

Una vez presentada la solicitud, si existe oposición, ésta debe presentarse dentro de los 8 días hábiles siguientes a que la autoridad del país requerido haya tomado conocimiento de la situación y le haya dado a conocer la misma a la otra parte. Ante esa oposición, las autoridades del país requerido, deben decidir la oposición tratando de resolverlo en forma amigable. Esa decisión se debe resolver dentro de un plazo de 60 días siguientes a la recepción de la oposición.

En cuanto a las forma de notificación, la convención no establece formato alguno; lo que, por consiguiente, es válida cualquier forma de hacer saber a quien retiene al menor de que se ha iniciado el procedimiento de restitución.

4.12.- Plazos.

El Art. 13 de la Convención preceptúa, que si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fue recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se ordenan las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarían sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

Se trata de un plazo de caducidad que obra automáticamente y que, por el simple transcurso del tiempo extingue la restitución

decretada, así como todas las providencias que se hubieren dictado en él.

El Art. 14, en ese mismo sentido, consagra la caducidad del procedimiento de restitución en la misma forma prevista en los convenios bilaterales suscrita por Uruguay con Argentina, con Chile y con Perú, y en la Convención de La Haya de 1980 (Art. 12). Se determina en dicho artículo 14 que los procedimientos previstos en la convención deben ser instaurados dentro del plazo de un año calendario, contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido desplazado o retenido ilegalmente.

Por otra parte, respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se debe computar a partir del momento en que se han hecho precisas y efectivamente localizados. Sin embargo, dicho Art. 14 instituye una excepción que permite a la autoridad requerida tramitar el procedimiento, aun caducado el plazo, si a su juicio las circunstancias del caso lo aconsejan: Es una excepción basada en el “interés del menor” y demuestra la flexibilidad de los procedimientos de la Convención en interés de la justicia.

4.13.- Características de los procedimientos previstos en la Convención.

La Convención contempla estos procedimientos:

1. De restitución de menores cuando ha sido interrumpido el ejercicio de la autoridad parental por los padres o por uno de éstos, o cuando los guardadores no han podido ejercer la guarda del menor, o cuando se ha hecho imposible ejercer su custodia o tenencia;

2. De localización de menores, en cuyo caso es suficiente una solicitud acompañada de los datos necesarios para dar con el paradero del menor;
3. Para que se pueda ejercer el derecho de visita que se tramita por el procedimiento previsto para la restitución del menor.

4.13.1.- Estos procedimientos tienen las siguientes características:

- Tienen finalidad social, y por esto no son formalistas;
- No hay demanda sino solicitud. Además, propiamente no hay proceso en la forma como lo regula el derecho procesal, sino un procedimiento especial internacional *sui generis*;
- Gratuidad;
- Oficiosidad, sin perjuicio del impulso de los interesados;
- No obra la prejudicialidad penal, ya que únicamente se refiere a aspectos civiles;
- La caducidad puede no aceptarse cuando está de por medio el interés superior del menor;
- La preclusión puede no aplicarse, a juicio de la autoridad, y si está de por medio el interés superior del menor;
- La autoridad competente tiene poder discrecional para examinar el cumplimiento de alguno de los requisitos o documentos de la solicitud;

- Siempre se debe oír a la persona que retiene al menor y garantizarle el derecho al debido proceso y a una adecuada defensa;
- Siempre se debe oír al menor, y si su juicio es maduro, puede tenerse en cuenta al decidir la oposición a la restitución;
- No se prejuzga el fondo o mérito y, por ende, los procedimientos de la convención no deciden sobre patria potestad, guarda, tenencia o custodia del menor.

Estos aspectos deben ser decididos por la autoridad con jurisdicción internacional, aplicando la ley que corresponda según las reglas de conflictos y debiéndose seguir lo pertinente en cuanto al *exequátur*.

Estas características se exigen toda vez que la convención sólo pretende que se restituya al menor al lugar en que residía antes de ser trasladado al exterior y que se respete el *statu quo ante*, o sea la situación existente antes que se produjera el hecho ilícito.

4.14.- Alcance de la Convención.

El Art. 15 de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de menores expresa, que la restitución implica que se prejuzgue sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda. En efecto, el procedimiento pretende única y exclusivamente volver al menor a su entorno natural del cual ha sido separado. El problema de fondo se debe tramitar ante el juez competente, y este aspecto no está regulado en la convención. Como el procedimiento no es riguroso sino que su objeto

y fin es lograr la restitución del menor en el momento en que se pueda, el Art. 16 dice que “Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento”. Es otra norma que tiende a superar los formalismos de los procedimientos civiles en orden, a lograr que prevalezca el interés del menor. El Art. 17 contempla, por su parte, un caso de prejudicialidad necesario para que tenga efectividad el procedimiento de restitución: “Después de haber sido informadas del desplazamiento ilícito de un menor o de su retención en el marco del artículo 4º, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde el menor ha sido desplazado o donde está retenido no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones del presente convenio para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación del Convenio”.

4.15.- Localización de Menores.

Los Arts. 18, 19 y 20 de la convención consagran un procedimiento especial para localización de las personas menores de edad, que constituye medida indispensable para la efectividad del procedimiento de restitución de ellos.

El Art. 18, por su parte, dice que “La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 5º, así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de

la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio de otro Estado”. Esta solicitud debe ser presentada por la autoridad central, o por las autoridades judiciales o administrativas, o por los padres, tutores o guardadores, o por las instituciones administrativas competentes. La solicitud pretende ubicar el paradero del menor.

El Art.19 dispone que “La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción. La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente”.

El Art. 20 determina un plazo de caducidad así: “Si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del artículo 19 podrán quedar sin efecto. El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención”.

Esto significa que la caducidad del procedimiento especial de localización del menor no implica la del procedimiento de restitución de éste, que se puede tramitar en la forma prevista por la convención.

4.16.- Derecho de visita.

El Art. 21 de la convención, con base en lo establecido por La Convención de La Haya de 1980, establece el mismo procedi-

miento previsto para la restitución del menor, respecto del ejercicio del derecho de visita.

4.17.- Disposiciones generales.

4.17.1.- Transmisión de exhortos y solicitudes.

El Art. 22 de la Convención determina que los exhortos y solicitudes relativos a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso. Son cuatro opciones posibles, como una forma de hacer más expedita la cooperación internacional en esta materia. Esto facilita la utilización de la convención y permite cumplir más fácilmente sus metas y propósitos.

4.17.1.1.- Gratuidad.

Conforme al Art. 23, la tramitación de los exhortos y solicitudes y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito y caución, cualquiera que sea su denominación. Si la parte utiliza los servicios de un abogado debe pagado, advirtiéndose que no es necesario apoderado para el procedimiento. Sin embargo, al ordenar la restitución, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros causados por la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución. Esta norma es de elemental justicia, ya que el que lo retuvo ilegalmente debe sufrir las consecuencias de su hecho ilegal.

4.17.1.2.- Actuación oficiosa.

Conforme al Art. 24 de la convención, la tramitación de los exhorto es oficiosa, pero las partes interesadas pueden intervenir por sí mismas o por intermedio de apoderado.

4.17.1.3.- Orden público.

El Art. 25 dice: “La restitución del menor dispuesta conforme a la presente convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido y consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño”.

La concepción del orden público internacional previsto en la norma anterior tiene estas características:

- a) La no aplicación de la convención sólo procede cuando haya violación manifiesta de los principios básicos del Estado requerido y que están contenidos en la Constitución y leyes de dicho Estado;
- b) La violación debe ser manifiesta, notoria y grave;
- c) La inaplicabilidad de la convención también se presenta cuando se desconocen los derechos humanos consagrados en tratados a escala universal y regional.

La razón está en que las normas de derechos humanos son de jus cogens por haber sido aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto y estar contenidas en las cartas de la ONU, OEA y numerosos instrumentos internacionales. La obligación de respetar los derechos humanos es internacional, por cuanto deriva

de tratados internacionales y no es de la jurisdicción interna de los Estados.

4.18.- Inexistencia de prejudicialidad.

Según el Art. 26, la tipificación del delito de secuestro de un menor no impide la tramitación del procedimiento de restitución del menor. En este aspecto, es preciso hacer notar que la misma Convención Interamericana sobre Restitución de Menores establece una diferencia en forma implícita con la Convención sobre el Tráfico Internacional de Menores al plantear lo indicado en el párrafo precedente.

4.19.- Disposiciones finales.

Las disposiciones finales están contenidas en los Arts. 27 a 37, y son las mismas adoptadas en convenciones anteriores suscritas en las conferencias de derecho internacional privado. Pueden resumirse así:

- La convención está abierta a todos los Estados de la OEA;
- Permite la adhesión de cualquier otro Estado;
- Cada Estado puede formular reservas, “siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas, y que no sean incompatibles con el objeto y fines de esta convención”;
- Permite a los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos sobre la materia, declarar que la convención se aplica a

todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas;

- Entre Estados que fueren partes en el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, rige esta convención. Pero los Estados podrán convenir en la aplicación prevalente del Convenio de La Haya de 1980;
- La convención no restringe otras convenciones que en el futuro se suscriban, o las prácticas más favorables que los Estados observen en esta materia; y
- La convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha del depósito del segundo instrumento de ratificación.

CAPÍTULO V

TRASLADOS O RETENCIONES ILÍCITAS; DERECHO DE GUARDA O CUSTODIA; DERECHO DE VISITA; AUTORIDAD PARENTAL.- ANÁLISIS CONCEPTUAL

5.1.- ¿Qué son “traslados o retenciones ilícitas”?

Por lo expresado en los párrafos anteriores y como forma de profundizar en el desarrollo de la temática en ambos Convenios analizados: el Convenio de La Haya y el Convenio Interamericano, entendemos que el objetivo primordial, es lograr restituir al menor cuando éste ha sido *trasladado o retenido en forma ilícita*.

Así, el artículo núm. 3, del Convenio sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, considera *ilícitos los traslados y retenciones de una persona menor de edad*:

1. Cuando se hayan producidos contrariando un derecho de custodia o guarda, separada o conjuntamente, a una persona, institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que dicho menor de edad, tenía su habitual residencia inmediatamente antes de su traslado o retención;
2. Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención,

o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Enfatizo, sin embargo, este instrumento internacional toma en cuenta, que es el objetivo de nuestro escrito, como hemos dicho, los aspectos civiles del traslado o retención ilícita de personas menores de edad, dejando fuera del marco regulatorio todo lo referido a traslados o retenciones delictuosas, tales como el secuestro y el tráfico internacional de personas menores de edad.

5.2.- Precisiones sobre el *derecho de custodia, de guarda y de visita* planteados en las Convenciones.

A esos fines, el *derecho de custodia* a que se hace referencia en la anterior definición, la Convención de La Haya y la Convención Interamericana lo enmarcan dentro:

1. Del derecho relativo al cuidado de la persona menor de edad y, en especial, el de decidir su lugar de residencia; y
2. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor de edad por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

5.3.- Derecho de Guarda y Régimen de Visita en el Derecho Dominicano.

El *derecho de guarda y régimen de visita* necesitan ser estudiadas dentro del contexto de la autoridad del padre y de la madre, puesto que éstas vienen a ser el conjunto de derechos y deberes que le asisten, en principio, a ambos, en igualdad de condiciones, obviamente, en relación a los hijos e hijas que no

han alcanzado la mayoría de edad. Esta sumisión a la autoridad de los padres, se fortalece con la Ley núm. 855, de 1978, Gaceta Oficial núm. 9478. Cuando la ley habla de la autoridad del padre y de la madre, se refiere a su protección en su seguridad, salud y moralidad. Esto comprende además, el derecho y el deber de guarda, vigilancia y educación. Preciso es decir, entonces que, esa autoridad delegada en el padre y la madre, debe ser ejercida en forma conjunta, salvo que se haya decidido que uno de ellos sea en forma exclusiva quien la tenga.

En ejercicio de la autoridad parental, cualquier conflicto que pudiera surgir sobre los derechos y obligaciones que ésta conlleva, el ministerio público de niños, niñas y adolescentes, puede conciliar los intereses de las partes. En caso contrario, se debe apoderar un tribunal (Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes), de manera de dirimir dicho conflicto.

5.3.1- La autoridad parental termina con:

1. La mayoría de edad del o de la adolescente;
2. El fallecimiento del niño, niña y adolescente;
3. La emancipación del o la adolescente por vía judicial o por matrimonio;
4. La suspensión definitiva de la autoridad del padre o de la madre por decisión judicial;

5.3.2.- Suspensión de la autoridad parental.

Si se trata de una suspensión temporal de la autoridad del padre y de madre, ésta se produce por:

1. Falta, negligencia o incumplimiento injustificado de sus deberes, cuando tengan los medios para cumplirlos;
2. Cuando por acción u omisión, comprobadas por el juez competente, amenacen o vulneren los derechos del niño, niña o adolescente y pongan en peligro su seguridad y bienestar integral aún como resultado de una medida disciplinaria;
3. Declaración de ausencia;
4. Ser puesto bajo el régimen de tutela de mayor edad;
5. Intervención civil o judicial.

5.3.3.- Causas de terminación de la autoridad de los padres:

La normativa referida a la persona de los menores, establece las causas de terminación de la autoridad parental por decisión judicial, a saber:

1. Cuando el padre y madre o las personas responsables, de hecho y de derecho, sean declarados mediante sentencia judicial como autor material o autor intelectual o cómplice de crímenes o delitos en contra de la persona del hijo o hija o en contra del otro cónyuge o conviviente;
2. Cuando el padre y la madre o persona responsable incumpla las obligaciones establecidas por el juez competente, en el proceso de suspensión temporal de la autoridad;
3. Autor material o intelectual o cómplice de delitos o crímenes cometidos, conjuntamente, con niños, niñas y adolescentes
4. Por la comisión de las infracciones contenidas en la Ley núm. 24-97, sobre Violencia Intrafamiliar.

5.3.4.- Al terminar la autoridad del padre y de la madre, produce los siguientes efectos:

1. Si la terminación se origina respecto de ambos padres de Niños, Niñas y Adolescentes podrán:
 - a) Ser sujetos de guarda y adopción;
 - b) La autoridad parental puede ser asumida por los ascendientes, hermanos y hermanos mayores de edad, tíos o tías; excepcionalmente por el Estado.
2. Si la terminación se produce respecto de uno de los padres, la autoridad parental corresponde de derecho al otro.

5.4.- Calificación del estado de minoridad.

Conviene establecer, que el convenio que nos convoca, debe ser aplicado a la persona menor que no haya alcanzado la edad de 16 años y éste tuviera su residencia habitual en un Estado de los suscribientes de este convenio inmediatamente antes de violar los derechos de custodia o visita.

Obsérvese, que el Convenio modifica la minoridad que plantea la Constitución dominicana, toda vez que ésta preceptúa que la mayoría de edad se alcanza al cumplir los 18 años de edad. Por consiguiente, al ratificar un convenio en esas condiciones, se acepta, que se fijó exclusivamente para la aplicación de este instrumento internacional y, por tanto, no modifica ni puede, nuestra legislación interna sobre la capacidad de las personas.

Ahora bien, hemos expresado que el *derecho de custodia*, comprende el derecho relativo al cuidado de la persona de la persona

menor de edad y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. Esto supone una suerte de calificación autárquica flexible.

Al presente, ese *derecho de custodia* puede resultar, de acuerdo con la parte in fine del referido artículo 3 de la convención de:

1. Una atribución de pleno derecho;
2. Una decisión judicial o administrativa;
3. Un acuerdo vigente, según el derecho en vigor en el Estado en que la persona menor de edad tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

Por otra parte, entendemos, en relación al derecho de visita, al tenor del Convenio, que al resultar del derecho de trasladar al menor, por un período limitado a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual, no plantea tal derecho como cuando a quien le corresponde éste, no lo traslada, sino que lo va simplemente a visitar en el lugar en donde tiene su residencia habitual la persona del menor.

En ese mismo sentido, el artículo 110, de la Ley núm. 136-03, Código para la Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, al referirse al traslado o retención ilegal de éstos, lo diseña de manera particular para aquellos casos en que una persona, más allá de los derechos que le hayan sido reconocidos, retenga a un niño, niña y adolescente, o lo traslade a un lugar o país diferente del que tenga su residencia habitual, sin la debida autorización, considerando estas acciones como que han sido hechas en forma ilegal. Plantea además, que el Ministerio Público de niño, niña y adolescente debe restituirlo a la persona que legalmente tiene asignada la guarda. En el caso de que dicho

traslado haya sido hecho a otro país, le corresponde dar los pasos correspondientes para reclamar su devolución ante las autoridades de aquel otro país.

Es de observarse, que la normativa dominicana, tiene unas ideas centrales que es preciso resaltar. Veamos:

1. Retiene, al igual que los instrumentos internacionales, las dos situaciones claves: retención y traslado de un niño, niña y adolescente;
2. Esa retención o traslado se efectúe de manera distinta de donde el niño, niña y adolescente tiene su residencia habitual; esa retención o traslado resulta ilegal cuando no se tenga la debida autorización. Nótese que la ley nuestra no señala de manera particular quien es que debe autorizar dicho traslado; sólo que al referirse a las actuaciones del ministerio público, dice, que debe restituirse al niño, niña y adolescente a la persona que tenga legalmente su guarda. Sin embargo, inferimos que dicha autorización debe provenir de quien, en ese momento, tenga la guarda.

El Código de Niños, Niñas y Adolescentes dominicano, de igual modo, la Convención, usan la frase residencia habitual; Ahora bien, desaparece, como se observa, la noción principal: el domicilio; lugar éste, que determina más que el objeto de un derecho, es un medio que responde al interés público de fijar la situación de las personas en la comunidad social. Así, tan importante es que una persona tenga un nombre como atributo de su personalidad, como lo es el que tenga un domicilio, toda vez que facilita su individualización. No obstante, al descartar el convenio la noción de domicilio, aún éste en el lenguaje jurídico dominicano sea el asiento legal o, mejor dicho, donde real y efectivamente ésta se en-

cuentra situada en derecho, y tomar como referencia su residencia habitual, acepta como válida la tesis de que la residencia es el lugar donde realmente está la persona y, por consiguiente, resulta más concreto que el concepto de domicilio, ya que, en principio, se supone la existencia de un solo domicilio, pero, la residencia puede ser más de una. Empero, estos tres conceptos, el nombre, el domicilio y la residencia, contribuyen y se complementa en la labor de individualización de los seres humanos. Así, un niño, niña y adolescente se le tiene como su residencia habitual, el lugar donde inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención, está. Ahora bien, la residencia habitual puede tener más de una razón para que se le considere donde están sus principales actividades, no sólo se circunscriben a la escuela, sino a otras; en esos casos habría que dejar al tribunal, en su momento, si el asunto se torna litigioso, cuál es en verdad, por las pruebas aportadas, que debe ser tenido como residencia habitual.

Una cosa es cierta, el Convenio de La Haya gira en torno del concepto de *residencia habitual* de la persona del menor, tal y como se plantea en la normativa dominicana. Como se observa, el legislador convencional marca un verdadero hito, desplazando el centro de atención del *concepto de domicilio*, como el lugar de su principal establecimiento y, además, pone como lugar de calificación, el de la residencia de la persona del menor, no la de sus padres. Recordemos que el menor, en los términos de la doctrina de la *protección integral*, es persona, con todas las consecuencias que esto crea. Además, resulta mucho más acertado el criterio porque se centra en la persona en torno a la cual merece protección, aún resulte diferente a la normativa positiva dominicana.

CAPÍTULO VI OPERATIVIDAD DEL “LEGAL KIDNAPPING” EN OTROS PAISES

6.1.-Aproximación a su tipología y causas.

Como hemos observado, tanto *el derecho de guarda y el régimen de visita*, se encuentran debidamente reglamentados en nuestra normativa como país y, de igual modo en el procedimiento establecido en el convenio que nos ocupa. Sin embargo, como forma de tener una visión más amplia de la temática, nos hemos permitido analizar la operatividad del “Legal Kidnapping” en otros países y las soluciones por ellos tomadas.

Veamos:

El número de retenciones *ilícitas o traslados* de niños por sus padres y otras personas que pretenden tener algún *derecho sobre su guarda y custodia* aumenta espectacularmente desde hace algunos años. A pesar de la ausencia de estadísticas fiables, son diversas las razones que favorecen esta tendencia, entre las que debemos destacar como especialmente significativas, agregándose a las mencionadas en los párrafos anteriores, *las mejoras en las vías de comunicación y la supresión de formalidades en el franqueo de fronteras, así como, y de manera muy especial, las profundas diferencias de cultura y nivel socioeconómico*

*entre los Estados de origen de los componentes de una familia internacional. La existencia del denominado “conflicto de civilizaciones” es una nota común en el trasfondo de todo supuesto de legal kidnapping internacional*⁸³.

Aunque el vacío de datos actualizados apuntado, y la escasez de casos que llegan hasta los Tribunales, impiden realizar un estudio en profundidad y hace que cuanto se vierta en estas páginas tenga el carácter de la provisionalidad que el momento incipiente de esta práctica implica, podemos señalar una tipología que se desprende de la realidad y que desborda, en alguna medida, el esquema clásico de lo que se ha venido entendiendo como secuestro internacional de menores, child abduction o enlevement d'enfant,. Junto a este caso tipo, que se basa en una familia internacional rota, uno de los padres, al que le ha sido atribuido el derecho de guarda, y el otro, que con ocasión del ejercicio de un derecho de visita desaparece con su hijo⁸⁴, nos encontramos con una gran riqueza de matizaciones y problemas que tienden a la extensión del supuesto a otras situaciones, como, por ejemplo, la reflejada en la Sentencia del Tribunal de justicia del cantón de Ginebra, de 16 de Junio de 1982 (Betty A. c. Juan R.⁸⁵), una de las más antiguas en esta materia, que hubo de resolver sobre la custodia de una hija no matrimonial de un hispano-filipino y una

83. Vid. J. C. Fernández Rozas en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. 11, Oviedo, 1984, p. 101, donde hace una expresiva descripción de lo que el conflicto de civilizaciones comporta.

84. Supuestos del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ponferrada de 28 de septiembre (S. S. c. C. del b.) (inédito), Decisión de la Dirección de Justicia del Cantón de Zurich de 22 de enero de 1975 (Huber c. Miller) (Ann. suisse dr. int., vol. XXXII, 1976, pp. 271-277); Sent. Trib. de Apelación de Dodecaneso (Grecia) núm. 1/1976 (Journ. dr. int., t. 108, 1981, P. 98).

85. Cf. Ann suisse dr. int., vol XXXIX 1983, pp. 346-351.

nacional inglesa que mantenían una unión libre y que habían reconocido ambos a la niña. Tras una serie de desavenencias, el padre desapareció con la menor, encontrándose en paradero desconocido, al tiempo de interponer la demanda; se aprecia en este caso que no existe ni un matrimonio ni una sentencia previa de atribución de la guarda y visita, sin que ello obste, en nuestra opinión, a que pueda calificarse como un supuesto de legal kidnapping. En este mismo orden de ideas, la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de la Seine (5 Ch.), de 13 de junio de 1960 (Gómez de Silva c. dame Finkelstein)⁸⁶ resolvió una petición de exequátur de sentencia de divorcio pronunciada en México, en la que se concedía la guarda del hijo común del matrimonio al padre, de nacionalidad mexicana, y un derecho de visita a la madre, francesa. Previamente a la solicitud, Mme. Finkelstein se había trasladado a Francia en compañía de su hijo y había introducido ante los Tribunales franceses nueva instancia de divorcio, solicitando la guarda del mismo. La peculiaridad del supuesto, que hasta aquí encaja perfectamente en la tipología “clásica”, se manifiesta en la aceptación o consentimiento a posteriori por parte del padre, a condición de no pagar a su esposa la cantidad periódica que se establecía en la sentencia mexicana. Este comportamiento cambió radicalmente ante la solicitud de la guarda por parte de la madre, ante la cual el señor Gómez de Silva emprendió el camino de los Tribunales con la pretensión de hacer valer la originaria decisión, por la que era el legítimo tenedor del derecho de guarda. Interesa resaltar en este momento el añadido del “consentimiento” de principio que parece que hubo

86. Cf. *Journ. dr. int.*, t. 88, 1961, pps. 750-756, y la nota de J. D. Bredin.

y que, si bien no desvirtúa la calificación de kidnapping legal, sí al menos la modula y no puede dejar de ser tenido en cuenta⁸⁷.

En la línea de supuestos que enriquecen la tipología contemplada, el caso Sandin c. Alamir⁸⁸) “podría ilustrar, en palabras de Ph. Kahn un curso de Derecho Internacional”: un padre iraní, una madre sueca, el nacimiento de un hijo en Suiza, el divorcio de los padres en Irán, la residencia del padre en Francia, la de la madre en Suiza junto a la madre de su esposo, un posible conflicto móvil y un enlevement d’enfant. Pasando por alto otros aspectos sobre los que tendremos ocasión de volver, es interesante poner de relieve que el desplazamiento se produjo cuando un Tribunal suizo que conocía la demanda de separación interpuesta por la madre había concedido a ésta la guarda del menor; sin embargo, al introducir M. Alamir la instancia de divorcio en Irán, la esposa renunció a su demanda en Suiza y se personó en el procedimiento iraní, como consecuencia del cual la guarda fue atribuida al padre. Nos encontramos así con otra perspectiva o “tipo” de desplazamiento ilegal que deja de tener tal calificativo por sentencia del Estado donde el menor fue trasladado; sentencia que no se opone a ninguna otra resolución y que hace desaparecer la situación de retención ilícita.

Hemos dejado deliberadamente para el final de este escueto recorrido que el devenir del tiempo nos proporciona, las situaciones que, de alguna manera, modulan el tipo standard de legal

87. Si bien el Art. 13 del Convenio de La Haya establece como una causa de denegación del retorno el hecho de que el desplazamiento hubiera sido consentido (apartado a) *in fine*, que fue introducido en la redacción final del texto, ya que no constaba en el proyecto de la comisión).

88. *Sent. Trib. de Grande Instance de Toulon de 5 de agosto de 1980 (Journ. dr. int., t. 109, 1982, páginas 138-145, y nota de F. Kahn).*

kidnapping, el caso que se planteó en la Sentencia del Tribunal de Casación holandés de 14 de mayo de 1971 (Ring c. Gould)⁸⁹. Se trata de un supuesto que podría servir de base y de conclusión para las presentes consideraciones, puesto que en él se conjugan de manera simultánea la práctica judicial tendente a la protección de las relaciones más estrechamente ligadas con el foro con independencia de la legalidad vigente y de los legítimos intereses sancionados en el extranjero, los efectos que el paso del tiempo provoca en las relaciones entre el padre y sus hijos y, en fin, la característica peculiar de haberse llevado a cabo la retención o alejamiento por quien ostentaba el derecho de guarda y custodia, lo que hacía imposible el ejercicio del derecho de visita atribuido a la otra parte. Se trata de un caso extremo en el que la situación arbitrariamente creada por uno de los padres se presenta como elemento decisivo en la valoración de las exigencias del interés del menor, que al cabo de siete años que tardó en solucionarse el pleito ante los Tribunales no eran, evidentemente, las de su retorno a un Estado y en compañía de un padre presumiblemente desconocidos para él.

Como se aprecia, por los escasos ejemplos planteados, son múltiples las posibilidades de configuración de una retención internacional de una persona menor de edad por parte de uno de sus padres y depende, en la mayoría de las ocasiones, de la oportunidad y del ingenio del actor. No es posible limitarse a un modelo y creemos que la futura práctica nacional e internacional desbordará la tipología multiplicando los problemas que la acompañan. Las concretas medidas a tomar para atajarlos pueden ubicarse ex ante o ex post. A estas últimas corresponden los Convenios de

89. Cf. *Journ. dr. int.*, t. 105, 1978, pp. 329-330.

La Haya y Luxemburgo citados; a las primeras, la práctica judicial de algunos tribunales⁹⁰. No obstante, consideramos que la terapia debe centrarse en la génesis del problema, en sus causas y, más concretamente, en los motivos que lo desencadenan. Ya quedó señalada la importancia que el conflicto de civilizaciones tiene en este ámbito; son las concretas manifestaciones del mismo, a través de la actitud de los tribunales, las que precipitan la retención⁹¹.

90. En concreto, los Tribunales franceses levantan una serie de barreras, como las que se plasman en la *Sent. Trib. de Grande Instance de Toulouse de 9 de junio de 1985* (inédita), en la que se ha discriminado manifiestamente a la madre, nacional española, y que es fiel reflejo de la práctica francesa en el terreno de la guarda y custodia de menores. En ella se recogen algunas de las medidas que reiteradamente el Ministerio de justicia francés ha mostrado como las únicas que pueden dar una “cierta seguridad” en ausencia de cooperación internacional a nivel de estructuras judiciales en el dominio de la guarda (*vid.* respuestas del Ministerio de justicia ante las cuestiones suscitadas dentro de este marco en *Rev. crit dr. int. pr-* 1974, pp. 170-171; *ibid.*, 1977, pp. 608-609; *ibid.*, 1983, pp. 352-353. Y por todas ellas la respuesta recogida en *ibid.*, 1981, pp. 785-786, en la que se indica que los Tribunales franceses, en caso de riesgo en el ejercicio del derecho de visita, por prever un posible abuso en el mismo, limitarán éste al territorio nacional mediante una prohibición de salida del mismo con carácter temporal). Igualmente limitan el ejercicio del derecho de visita más allá de las fronteras, subordinándolo al previo *exequatur* de la resolución ante los Tribunales del Estado donde se pretenda ejercer tal derecho por su titular; en todo caso, es a los jueces a quienes corresponde, en función del riesgo de desplazamiento y teniendo en cuenta la existencia o ausencia de relaciones convencionales en el marco de la asistencia judicial, tomar las medidas apropiadas y limitar su alcance, tanto en el espacio como en el tiempo. Entre éstas figuran, aparte de las transcritas, el depósito de fianza, la retirada de pasaporte, la supervisión del ejercicio del derecho de visita por una tercera persona e incluso la restricción de dicho derecho al domicilio del padre que ostenta la guarda.

91. *Vid.* Especialmente, *Huber c. Miller, Ann. suisse dr. int., loc. cit. supra nota 5*; *Ring C. Gould, Journ. dr. int., loc. cit. supra nota 10*; *Sent. Obergericht del cantón de Argovie de 15 de junio de 1979* (G. G. C. J. H.), (*Ann. suisse dr. int., vol. XXXVII, 1981, pp. 424-431*), donde los tribunales helvéticos fueron

El procedimiento para llevar a cabo la ejecución del convenio, el Estado dominicano, por ejemplo, designó como autoridad central, al Consejo Nacional para la Niñez (CONANI), que es el encargado del cumplimiento de las obligaciones que nos impone dicho convenio. Pero, no obstante, a esos fines el Estado puede designar libremente una o más como autoridad central, sea ésta una persona física o una institución y, al mismo tiempo, se necesita especificar la extensión de terreno que correspondería a la o las mismas. Es a la autoridad central que le corresponde la facultad de recibir las solicitudes de restitución de menores de edad cuando son requeridas.

Ahora bien, a la autoridad central de cada país, le corresponde tomar las medidas apropiadas que le permitan:

- a) Localizar la persona menor de edad trasladada o retenida de manera ilícita.
- b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual deben adoptar medidas provisionales.
- c) Garantizar la restitución voluntaria de la persona menor de edad o facilitar una solución amigable.
- d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente.
- e) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del

protagonistas de un típico caso de denegación de justicia ante la solicitud de un nacional estadounidense en el sentido de que le fuera atribuida la guarda y custodia de su hijo, adoptado con anterioridad a su reconocimiento por un matrimonio suizo y residente en Suiza.

menor, y en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita o de guarda.

- f) Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial, incluida la participación de abogado.
- g) Otras medidas que permitan garantizar la restitución de la persona menor de edad.

6.2.- Actuación de los Tribunales extranjeros como motivo desencadenante del “legal kidnapping”: la concesión de la guarda del menor.

El problema de la protección de menores, dentro del cual tiene perfecta cabida el específicamente desarrollado en estas líneas, cuenta ya desde hace mucho tiempo con un lugar propio dentro de los esfuerzos llevados a cabo en el ámbito de la cooperación internacional. Fue, no obstante, el caso Boli⁹² el que suscitó un especial interés, que, traspassando el mero aspecto humano, se situó frente a las dificultades que en el plano jurídico internacional la cuestión presentaba. Sin entrar en el complejo entramado de problemas a los que hubo de hacer frente el Tribunal Internacional de Justicia, varios son los puntos que merecen ser aquí destacados: la cuestión de la calificación sobre el alcance y contenido de la tutela y, en especial, sobre la inclusión en la misma de los derechos de “guarda, educación y otros”, la operatividad del orden público en el caso y la actitud en general de los Tribunales cuando se encuentran ante supuestos en los que está en juego la guarda y custodia de un menor. La conclusión que

92. Vid. texto en J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Materiales de Prácticas*, op. cit., pp. 273-275, y la bibliografía que allí se cita.

de toda la argumentación del tribunal apuntan H. Batiffol y Ph. Francescakis es que los Estados miembros en una convención, en este caso se trataba de la Convención de La Haya de 1902, sobre Protección de Menores, no están obligados a hacer prevalecer la misma “sobre aquellas de sus normas cuya aplicación no dé lugar a conflictos de leyes, en el sentido de que estas normas son aplicables en su conjunto con exclusión de toda ley extranjera”⁹³.

Avanzando un estadio más en lo que el asunto Boli puede tener de revelador respecto a la actitud de los tribunales frente a los casos en que han de decidir sobre las relaciones jurídicas de un menor en su entorno familiar, nos parece sumamente precisa la opinión de M. Simón-Depitre a propósito de la Sentencia de la Cour de Burdeos de 30 de mayo de 1910⁹⁴, cuando apuntaba que el fallo “es manifiestamente revelador de la repugnancia que presentan las autoridades de un país para devolver un menor que les fue confiado. Estas tienen tendencia a pensar que el verdadero interés del menor se haya en permanecer en su país y bajo su control. Esto es precisamente lo que ocurrió en el caso de Marie Elisabeth Boli”⁹⁵.

93. H. Batiffol y Ph. Francescakis, *L'arret Boli de la Cour Internationale de Justice et sa contribution a la théorie du droit international privé*, Rev. crit. dr. int. pr., 1959, p. 270.

94. M. Simon Depitre, *La protection des mineurs en droit international privé après l'arret Boli de la Cour Internationale de Justice*, Travaux Como fr. dr. int. pro (1960-1962), París, Dalloz, 1963, p. 116.

95. Cf. en este sentido la Sent. Cour d'Appel de París (1 Ch.) de 23 de noviembre de 1954 (Karolyi C. Assavas), (Rev. crit. dr. int. pr., 1956, pp. 63-65 Y la nota de Y. Lequette). Y. Lequette, *Protección familiar et protection étatique des incapables*, París, dalloz, 1976 ; L. Topor, *Les conflits de lois en matiere de puissance parentale*, París, Dalloz, Pág. 224, espec. 230-234.

Trasladándonos al ámbito vecino de la guarda y su atribución, problema que hemos considerado como uno de los pilares que cimientan la base de los supuestos de legal kidnapping, es interesante constatar que un examen de la jurisprudencia y de la práctica judicial en el plano internacional nos conduce a la conclusión de que las cuestiones de orden público de calificaciones sobre el alcance de las categorías utilizadas en la norma de conflicto no son más que los instrumentos que enmascaran la tendencia apuntada por M. Simón-Depitre. En efecto, en la gran mayoría de los supuestos en los que, viéndose implicados matrimonios mixtos o nacionales de un Estado con el que las diferencias de sociedad y cultura son notorias, se ha de decidir sobre la guarda y, en su caso, los derechos de visita respecto de un menor, el problema objeto del conflicto se obvia por completo y, aunque se suscite la cuestión de la ley aplicable a la guarda, las soluciones que a esta premisa se den no van a tener virtualidad efectiva en la decisión sobre el fondo⁹⁶.

Dos son las posibilidades formales que se han abierto en torno al tema de la ley aplicable a la guarda del menor en caso de divorcio: la que toma en consideración la ley rectora de los efectos del divorcio o la aplicación de la que regula las relaciones paternas filiales de forma autónoma⁹⁷. Ante esta alternativa, como pusiera de relieve A. Ponsard, “el interés de elegir entre la ley de los efectos del divorcio y la ley de la patria potestad sólo existe en la

96. Cf. en este sentido la sent. Cour d'Appel de Paris (1ch) de 23 de noviembre de 1954. Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1956, pp 63-65 y la nota de Lequette y Leouette, Protection familiale et protection étatique des incapables, Paris, Dalloz, 1976, pp. L. Topor, Les conflicts de lois en matière de puissance parentale, Paris, Dalloz, pp. 224, espec. 230-234.

97. Cf. A. Ponsard en la nota de la *Sent. Trib. civil de la Seine (4 Ch.)* de 16 de enero de 1959 (*Vidal C. Marshall*), (*Journ. dr. int.*, t. 87, 1960, p. 122).

medida en la que las dos leyes no se confundan en una sola”⁹⁸. Debe añadirse que esa ventaja también desaparece cuando la fórmula del interés del menor no va a permitir una beligerancia de hecho a una u otra solución. En favor de la conexión con base en las relaciones paterno filiales parece abogar la consideración de que, aunque el divorcio es un contencioso que ciertamente influye en el derecho de guarda, no puede olvidarse que frente a la familia divorciada sólo subsiste el hijo, que mantiene relaciones segmentadas con cada uno de sus padres. El menor se convierte en el centro de la relación jurídica que concierne no sólo a su guarda, sino también a su mantenimiento y educación. Puede parecer que frente a esta situación deba ser en el cuadro de las relaciones parciales en el que deba organizarse la protección del menor⁹⁹; sin embargo, la opción por la competencia de la ley que rige los efectos del divorcio o la separación parece tener ventajas prácticas en el plano internacional, como el hecho de que el juez que conoce del divorcio está en condiciones óptimas para tener en cuenta todas las circunstancias de hecho que han influido en la ruptura familiar y determinar conforme a ellas el régimen de guarda que mejor se adecue a las nuevas necesidades del menor¹⁰⁰. Esta rápida descripción de las posibilidades teóricas

98. Vid. en este sentido la interesante nota de Y. Leouette a la *Sent. Cour d'Appel de París (1 Ch.) de 18 de diciembre de 1973 (Hiouad C. Ben Jamaa)* y la *Sent. Cour d'Appel de París (24 Ch.) de 1 de julio de 1974 (El Kodssv C. El Kadi)*, (*Journ. dr. int.* t. 102, 1975, p. 530).

99. Vid. J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II 00edo, 1984, p. 164.

100. En esta línea la *Sent. Cour d'Appel de París (1 Ch.) de 14 de mayo de 1954 (Djenangi C. Dejenangi)* (*Journ. dr. int.*, t. 81, 1954, pp. 782-784); la *Sent. Cour d'Appel de París (15 Ch.) de 13 de julio de 1951 (Petrosian)* (*Journ. dr. int.*, t. 79, 1952, pp. 612-616) aplicó la *lex fori al* amparo del orden público francés.

que se ofrecen a los Tribunales no debe, sin embargo, llevarnos a error. El problema de la ley aplicable, aun presente en la mayoría de los casos, es puramente ficticio y transparenta una práctica completamente ajena al mismo. Un estudio pausado sobre las decisiones judiciales hasta ahora contempladas pone de manifiesto una profunda disfunción entre éstas y la teoría. Los Tribunales de los países de nuestro entorno se desentienden de la búsqueda del derecho aplicable y someten los casos a la ley extranjera, en tanto que la ley penal o bajo el ropaje de un orden público, que a veces no tiene como base la negación de ninguna ley extranjera, ya que ésta deja de ser tenida en cuenta de forma totalmente apriorística¹⁰¹. En otras ocasiones, como muy acertadamente ha puesto de manifiesto D. Mayer, las autoridades “parecen desinteresarse del problema de la competencia legislativa para dedicarse a cuestiones más sociológicas que jurídicas sobre el interés del menor”¹⁰².

El problema de la calificación de los derechos de guarda y visita y de los títulos conforme a los cuales es aplicada la ley extranjera de manera sistemática es así un lugar común en la práctica que comentamos. En este sentido, la apreciación de W. Wengler¹⁰³ respecto a la existencia de conjuntos de normas jurídicas que forman unidades teleológicas y de la importancia de esta co-

101. Cf. la nota a la Sent. Cour Cassation (1 Ch.) de 30 de enero de 1979 (Nejib Bayar c. J. Nemeth) (Journ. dr. int., t. 106, 1979, pp. 393-397).

102. W. Wengler, Reflexions sur la technique des qualifications en droit international privé, Rev. crit. dr. int. pr., 1954, pp. 668-669.

103. Cf. asuntos Vidal c. Marsbal/; Gómez de Silva c. Finkelstein, cit. supra nota 7; El kodssy c. El Kadi. Hiouad c. Ben Jamaa, cit. supra nota 20, Sent, Trib. de Apelación de París (10 Ch.) de 21 de junio de 1962 (Belaid c. Ministerio Público) (texto en J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, Materiales de Prácticas, op. cit., pp. 268-269).

nexión desde el punto de vista de política legislativa a la hora de calificar y clasificar un precepto dado se encuentra en la base de la polémica suscitada en torno a la ley aplicable a la guarda del menor y está, de hecho, en las soluciones jurisprudenciales de los supuestos hasta ahora descritos. La guarda o los derechos de visita, en sí mismos no poseen una cualidad *sui generis* que les haga ser objeto de un punto de conexión especial en la norma de conflicto; se trata de pretensiones, de relaciones jurídicas potenciales que se enmarcan dentro de otras relaciones más amplias (sean efectos del divorcio, sean relaciones paterno filiales), sin olvidar su posible inclusión dentro de las leyes penales y seguridad o dentro de las normas de procedimiento. El sesgo que el juez de a estas alternativas decidirá, en principio, la solución técnica en cada caso concreto, siempre dejando a salvo la operatividad del orden público, que desempeña un importante papel¹⁰⁴.

Todas estas vías de actuación tienden a una inflación de supuestos en los que se obvia la ley normalmente aplicable para sustituirla por la ley extranjera o para decidir la cuestión sin referencia a ley alguna, excluyendo, con base única en el interés del menor, todo intento de racionalización del conflicto. Ello parece abocar a un proceso casi irreversible de derogación de la norma de conflicto en el ámbito de la guarda del menor, lo que, si bien es cierto que podría contribuir al logro de soluciones ponderadas en cada caso concreto, llevaría a una situación de inseguridad jurídica total, haciendo más inminente el peligro de un nacionalismo jurídico. Buena prueba de este proceso es la incidencia que el orden público tiene en los supuestos de atribución de la guarda

104. Sent. Trib. de Grande Instance de Toulon de 5 de agosto de 1980, cit. supra nota 9. (27)Journ. dr. int., t. 81, 1954, pp. 172-177.

de un menor. La propia noción del interés del menor, salvo en los casos en que se traduce positivamente en unos parámetros rígidos (edad, sexo, estado mental, etcétera), se manifiesta como una norma en blanco a través de la cual el legislador ha hecho delegación de sus poderes al juez para que éste la complete. Así, la intervención del orden público cobra unos caracteres especiales, ya que el control ejercido por los jueces recae directamente sobre su propia interpretación acerca del interés del menor, teniendo en cuenta apreciaciones de hecho con todo lo que ello conlleva de posible arbitrariedad. Son los problemas planteados por lo que de subversivo tiene una legislación sociológica de la familia que puede conducir a una hipotrofia en la aplicación de la ley.

Junto al papel desempeñado por el orden público, no podemos dejar de reseñar una decisión de los tribunales franceses, el caso Sandin C. Alamir en el que el concepto de “leyes de policía” fue utilizado para calificar las normas que establecían las medidas concernientes a la guarda de menores. Se trata de un caso complejo, del que merece ser transcrita parte de la argumentación del Tribunal, según el cual:

“La guarda, medida provisional, no se relaciona ni con la filiación ni con la tutela; considerando, en efecto, que las medidas que concierne a la guarda de un menor y al derecho de visita se consideran en Francia como derivadas de las leyes de policía y de protección de la infancia, y no como medidas que afectan a su estatuto personal; considerando que estas medidas tienen siempre un carácter provisional y que los tribunales franceses son competentes de manera general cuando el demandado reside en Francia ...”.

Son, en fin, argumentos elocuentes por sí mismos para, junto con el resto de lo hasta aquí expuesto, mostrarnos la tendencia de la práctica judicial a la hora de decidir sobre los derechos de guarda y visita. Si a ello añadimos un somero repaso por los antecedentes de hecho de cada una de las decisiones citadas, nos encontramos con que se trata de supuestos en los que se veían implicados nacionales de países (Egipto, Irán, Marruecos) cuyo nivel de civilización dista mucho del de Europa Occidental y en los que, bien la ley normalmente aplicable, bien la persona misma del propio extranjero, fueron de alguna manera discriminados.

6.3.-La actitud de otros tribunales extranjeros frente a las solicitudes del “exequátur”.

Las tendencias apuntadas en el apartado anterior tienen una prolongación en la contemplación del grado de reconocimiento de las situaciones jurídicas creadas en el extranjero por parte de los tribunales.

Por ejemplo, los tribunales británicos han mantenido desde antiguo una tendencia a obviar las decisiones extranjeras en la materia que nos ocupa. Paradigma de este prejuicio nacionalista es la Sentencia Judicial Committee of the Privy Council del 15 de marzo de 1951 (McKee c. McKee)¹⁰⁵, en la que se conocía de un típico supuesto de legal kidnapping, en el que había sido trasladado un menor desde California a Ontario, contraviniendo una resolución de un tribunal estadounidense. De la argumentación

105.Cf. Journ. dr. int., t. 100, 1973, pp. 430-432; en este mismo sentido, Sent. Chancery Division de abril de 1969, y Sent. Court of Appeal Civil Division de 28 de mayo de 1968 (ibid., pp. 340-342), fiel reflejo de la jurisprudencia McKee c. McKee; Sent. Couri of Appeal, Civil División de 7 de mayo de 1970 (ibid., pp. 430-432).

del fallo se desprende la existencia de una “competencia superior” de los tribunales de la residencia del menor para decidir sobre la guarda del mismo. Asimismo se apunta que el hecho de la existencia de una resolución anterior dictada por tribunal competente es un matiz que ha de ser “tenido en cuenta”, pero que no puede determinar a quién debe ser atribuida la guarda; sólo el interés del menor es factor determinante. Todo ello se ha visto confirmado por otras decisiones, como la Sentencia House of Lords, del 19 de febrero de 1969 (J. c. C.), en la que se especifica que ni la ausencia ni la existencia de una resolución dictada por los tribunales del domicilio extranjero del menor puede restringir la competencia de los tribunales ingleses en la materia ni impedir la aplicación de la ley inglesa¹⁰⁶. Sobre esta particular actitud en los tribunales, ver Resolución de la Suprema Corte de Justicia dominicana sobre la solicitud de suspensión de un caso típico de “legal kidnapping” entre un ciudadano francés y una dominicana¹⁰⁷.

Igualmente sintomático es el estudio de cuatro decisiones escocesas dictadas con una diferencia de seis años y que esbozan una tendencia incipiente hacia las mismas posiciones que hemos venido observando, aunque sin identificarse plenamente con ellas. La práctica de los tribunales escoceses difiere de la de los tribunales ingleses, por cuanto que en los casos en los que la decisión extranjera ha sido dictada por un tribunal competente es reconocida y ejecutada normalmente. Esta orientación ha sido puesta de manifiesto tanto en su vertiente positiva, por la Sentencia Court of Session (Inner House, First Oivision) del 9

106. *Ibid.*, pp. 429-430.

107. Resolución núm. 935 de fecha 5 de marzo del 2008 de la Suprema Corte de Justicia.

de diciembre de 1966 (Pease c. Pease), como en su lado negativo, rechazando el exequátur en la Sentencia Court of Session (Inner House First Oivision) del 31 de enero de 1968 (Hoy c. Hoy)¹⁰⁸. La misma tendencia se aprecia en las decisiones de la Court of Session (Inner House), del 10 de noviembre de 1972 (Sergeant c. Sergeant), y Court of Session (Outer House) del 27 de junio de 1973 (Kelly c. Marks)¹⁰⁹, aunque ciertamente matizada por la precisión del poder que en todo momento tienen los tribunales escoceses para modificar las decisiones extranjeras sobre la guarda cuando la salud física o síquica del menor que se encuentre en Escocía se halle comprometida. Se observa, de cualquier modo, la realidad de la afirmación de A. V. Dicey y J. H. C. Morris, en el sentido de que la práctica de las cortes escocesas tiende a considerar y reconocer las decisiones extranjeras relativas a la custodia, siempre que hayan sido dictadas por los tribunales competentes del domicilio del menor, como pertenecientes al estatuto personal, solamente susceptibles de supervisión en interés del menor. En definitiva, concluyen los autores citados que la diferencia entre la práctica inglesa y la escocesa es más bien de grado que de sustancia¹¹⁰.

El mismo acusado sesgo, contrario a la eficacia de las decisiones extranjeras en Europa en materia de guarda frente a otros tribunales europeos resulta apreciable en dos resoluciones de

108. Journ. dr. int., t. 107, 1980, pp. 134-135.

109. Cf. Dicey & Morris, *The Conflict of Law*, (9 ed.), Londres, Stevens and Sons Limited, 1973; vid. también en general, Cheshire & North's, *Private International Law*, (10 ed.), Londres, Butterworths 1979, páginas 470-476, donde se plantea el mismo problema respecto de los casos específicos de kidnappilg,- vid vid., asimismo, G. H. JONES, «Conflicts of Jurisdiction in the United Kingdom affecting children», ICLO, 1960, páginas 15-23.

110. *Ann. suisse dr. int.*, vol XXX, 1974, pp. 266-267.

los tribunales helvéticos: la Sentencia del Tribunal cantonal de Valais, del 1 de septiembre de 1972 (Weigand c. Weigand¹¹¹, que rechazó el exequátur de una sentencia alemana en la que se estatúa sobre la guarda de un menor mediante medidas provisionales y en la cual el orden público procesal fue el argumento esgrimido, y la Sentencia Obergericht del cantón de Thurgovie del 10 de Julio de 1973¹¹², en la que los abuelos paternos de dos niños que a la muerte de su padre fueron llevados a Suiza por su madre, intentaron ejecutar en este país la sentencia francesa que les concedía un derecho de visita sobre sus nietos. En este caso, el argumento por el que se denegó el reconocimiento fue la pretendida competencia exclusiva de los tribunales suizos sobre los temas de patria potestad o autoridad parental relativos a las personas allí domiciliadas. Es preciso añadir que en ambos supuestos la solicitud de ejecución se amparaba en dos instrumentos internacionales, la Convención de 2 de noviembre de 1929 entre la Confederación suiza y el Estado alemán relativa al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y sentencias arbitrables, y la concluida con Francia sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil de 15 de junio de 1869, que, sin embargo, no sirvieron para llevar a buen fin las pretensiones de quienes instaban el reconocimiento¹¹³.

111. *Ann. suisse dr. int.*, vol XXXII, 1976, pp. 264-266.

112. *Ann. suisse dr. int.*, vol XXXII, 1976, pp. 264-266.

113. Vid. ambos textos detalladamente comentados B. Dutoit, F. Noepfler, P. Lalive y P. Mercier, *Repertoire de droit international privé suisse*, vol. 11, *Les conventions bilatérales sur les conflits de juridictions, la reconnaissance et l'exécution des juguements étrangers*, Berna, Staempfli y Cía, S. A., 1983, páginas 17-115 y 165-202; in vid., asimismo, desde otro punto de vista, la actitud de los tribunales helvéticos en la Sent. del Obergericht del Canton de Argovie de 15 de junio de 1979, (C. G. c. J. H.), (*Ann. suisse dr. int.*, loc. cit. supra nota 15 y la crítica allí vertida).

La práctica francesa no supone ninguna modificación sustancial de la línea seguida por los tribunales británicos o helvéticos. La situación hasta 1955 es fielmente expuesta por A. Ponsard¹¹⁴, y con este autor podemos describirla señalando la existencia de un control, desde el punto de vista de los principios del derecho francés, que se subordina a una serie de condiciones derivadas de la técnica jurídica, unas, y de la oportunidad, otras: la necesidad de que la resolución haya sido dictada por un “*tribunal competente desde la perspectiva del sistema francés*”, aplicando al fondo la “ley designada por el sistema francés de conflicto de leyes” y el respeto a las bases de un orden público cuyas exigencias “no son las mismas dependiendo de que se trate de adquirir un derecho y obtener una condena en Francia o, al contrario, de ejercer allí un derecho ya adquirido y de ejecutar una condena pronunciada en el extranjero”¹¹⁵. Si reparamos en otra jurisprudencia más reciente, nos encontraremos con la existencia de *exequátur* parciales, donde el comodín del orden público ha hecho que el juez francés modifique sustancialmente las medidas de guarda, siempre en beneficio del nacional; con denegaciones de reconocimiento y ejecución cuya base se encuentra en los “criterios de apreciación” del *interés del menor* seguidos por el tribunal extranjero y contrarios al “método” interno considerado como primordial para la institución de la guarda, y, en fin, con el recurso siempre fácil a la calificación de “leyes de policía y seguridad”¹¹⁶.

114. Ponsard, *La reconnaissance et l'exécution en France des décisions étrangères concernant la garde des enfants et l'obligation alimentaire*, *Rev. cril. dr. int. pr.*, 1955, pp. 33-51.

115. *Ibid.*, pp. 44-46.

116. *Cf. Sent. Trib. De Grande Instance de la Seine (5 Ch.) de 13 de julio de 1960 (Gómez de Silva C. Finkeisicín)*, loc cit. supra nota 7, en la que se modificó la guarda que en principio se había atribuido al padre (mexicano) para

No menos sintomática y sí quizá más cruda es la ya citada *Sentencia del Tribunal de Casación holandés de 14 de mayo de 1971 (Ring c. Gould)*¹¹⁷, que siete años más tarde del hecho del *kidnapping*, rechazó todas las pretensiones formuladas por el demandante: la concesión de la guarda de sus hijas y subsidiariamente la concesión de un derecho de visita sobre las mismas; ambas demandas con base en sendas resoluciones judiciales dictadas en el país de origen de padres e hijas (EE.UU.). La denegación de lo solicitado por la Alta Corte holandesa se basó en el hecho de que no se trataba de la ejecución de dichas sentencias, sino de la atribución de los derechos que se pretendían. En efecto, aunque no se trataba de un procedimiento de *exequatur*, cabe preguntarse si, a la vista de la actitud del tribunal, hubiese sido otra su postura en el caso de que así hubiera sido.

Sería injusto concluir este repaso por la práctica jurisprudencial comparada sin mencionar la Sentencia del Tribunal de Apelación de Oodecaneso número 1/1976¹¹⁸, que reconoció y ejecutó una sentencia sueca, resolviendo un típico supuesto de legal kidnapping. Desgraciadamente, esto no es más que una rara excepción en una práctica plagada de argumentos en favor de la ampliación de los poderes del juez nacional del país requerido para regular y modificar por sí mismo las situaciones conflictivas que presiden

otorgársela a la madre (francesa); *Sent. Cour de Cassation (1 Ch.) de 30 de enero de 1979 (Nejib Bayar C. J. Nemeth)*, *loc. cit.* supra nota 23 ; también hay que precisar en este punto que se trataba de los intereses del padre (tunecino), al que la sentencia que se pretendía ejecutar concedía la guarda de sus dos hijas, enfrentados a los de la madre, de nacionalidad francesa; *Sent. Trib. de Grande Instance de Toulon de 5 de agosto de 1980 (Sandin Solbritt C. Almir)*, *loc. cit.* supra nota 9.

117. *Journ. dr. int.*, t. 108, 1981, p. 18.

118. *Journ. dr. int.*, t. 108, 1981, p. 18.

todo supuesto de guarda de menores, ignorando toda relación creada más allá de sus fronteras. Curiosamente, es un país de “cultura parcialmente diferenciada”¹¹⁹ el que proporciona la única muestra de un criterio basado en la cooperación internacional y en la armonía internacional de soluciones.

Volviendo a la esfera de los tribunales españoles por la importancia comparativa para los tribunales dominicanos, por lo que se refiere a la su práctica en materia de exequátur, se ha de señalar que en el momento actual no se pueden considerar representativa de una tendencia diáfana. La escasez de los supuestos que se han negado ante su Tribunal Supremo y la peculiar situación de la época franquista en la que todo intento de conseguir en España el reconocimiento de una sentencia extranjera de divorcio (dentro de la cual se encontraba, la mayoría de las veces, el problema de la guarda de los hijos), chocaba con la barrera del orden público, hacen que las decisiones que hemos encontrado reseñadas tengan tan sólo un carácter testimonial. Baste señalar como mero apunte que en el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1) del 9 de enero de 1960¹²⁰, ante una solicitud de exequátur de decisión eclesiástica dictada en los Estados Unidos de Norteamérica sobre la custodia de un menor, la Sala se declaró incompetente.

119. Vid. C. Labrusse, *La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère*, *Travaux Com. fr. dr. int. pro* (1975-77), pp. 101-133. Efectivamente, es sumamente significativo que los países de “segundo orden” a los que la autora citada se refiere son los que en mayor medida colaboran en la solución de los supuestos de *legal kidnapping* con soluciones desprovistas de la connotación nacionalista que se aprecia en los demás. La resolución griega reseñada o el ya citado Auto *del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponferrada* (supra nota 3) son buena prueba de ello.

120. Cf. A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 392-394.

El propio tribunal denegó con posterioridad el reconocimiento y ejecución de una sentencia belga sobre separación matrimonial y otorgamiento de alimentos y custodia de hijos en el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1) del 16 de octubre de 1961¹²¹, previo dictamen del Ministerio Fiscal en el sentido de que “debe estar de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 954 de la misma -se está refiriendo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española “LEC” y no acredita de modo fehaciente la concurrencia de la circunstancia del mencionado artículo de dicha Ley de Enjuiciamiento, que, en definitiva, decide los casos que, como el presente, ofrezcan dificultad, siendo esta razón, en unión de la provisionalidad de los acuerdos y de referirse a cuestiones familiares entre personas que tienen distinta nacionalidad y religión, la que inclina al Ministerio Fiscal a oponerse a la concesión del exequátur”.

El mismo resultado presidió los Autos del Tribunal Supremo (Sala 1) del 20 de febrero de 1962 y del 7 de diciembre de 1966¹²², en los que subyacían sendos supuestos de legal kidnapping. Del segundo de los mismos merece transcribirse parte de su argumentación, en la que de una forma manifiesta se protege a la parte española, al entender que tampoco puede accederse a lo solicitado en la hipótesis aquí contemplada acudiendo a la norma que se consigna en el artículo 954 de la Ley de Ritos mencionada: 1º, porque al pretenderse el cumplimiento de la resolución dictada el 23 de agosto de 1963 por el 4.º Juzgado de Letras de Menores de Santiago de Chile no debe olvidarse que en ella se ordena “restituir a dicho país un menor de edad nacido y resi-

121. *Ibid.*, pp. 398-400 y la crítica que el autor realiza a la afirmación del Ministerio Fiscal en cuanto a la diferencia de nacionalidades de las partes.

122. *Ibid.*, pp. 400-402 y 421-422.

dente en España para arraigarle en él y ponerle bajo la tuición¹²³ de su madre”, sin que previamente, y de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 169 y 171 del Código Civil se hubiese privado al padre de la patria potestad que sobre él ejerce...”.

6.4.- Quid del legal Kidnapping en los tribunales dominicanos.

Debemos comenzar diciendo, que para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos, en el sentido que hemos esbozado de la definición que nos trae el artículo núm. 3, del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido, podrán tomar en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales y administrativas, estén o no reconocidas en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

Partiendo de lo expresado, en la República Dominicana aparentemente, son muy limitados los casos de traslados o retenciones ilícitas, sea como país requerido o requirente.

Ver cuadro anexo facilitado por la autoridad central del país, el Consejo Nacional para la Niñez y Adolescencia.

123.Tuición en el sistema de derecho de familia chileno significa “derecho de guarda”.

TOTALIDAD DE CASOS EN EL AÑO 2007
CONOCIDOS POR LA AUTORIDAD CENTRAL
(CONSEJO NACIONAL PARA LA NIÑEZ)¹²⁴

Año 2007	
Países	
Usa	22
Cánada	1
Pakistan	1
Italia	1
Rep. Dom. (Estado Requerido)	7
Brasil	1
India	1
España	4
Alemania	1
Total	39

TOTALIDAD DE CASOS CONOCIDOS EN EL PAÍS¹²⁵

PAÍSES	
Usa	49
Cánada	4
Ecuador	1
Pakistán	2
Italia	1
Rep. Dom. (Estado Requerido)	9
Guadalupe	1
Brasil	1
India	1
España	4
Alemania	0
Loc. desconocida	2
Total	75

A pesar de que el número de casos decididos por los tribunales dominicanos resulta, aparentemente, ser muy exiguo de acuerdo a los números indicados en el cuadro que sigue, no obstante que

124. Datos suministrados por el Consejo Nacional para la Niñez.

125. *Ibidem*.

hicimos un rastreo en todos los tribunales. Sin embargo, los jueces nos manifestaron que los casos de restitución entran al tribunal bajo otra denominación, quizás por desconocimiento de las partes, de los abogados y de los mismos jueces al no otorgarle la calificación correspondiente. Ahora bien, en cuanto al fondo se trata de demandas en restitución de personas menores de edad.

EXPEDIENTES DE RESTITUCION DE MENOR CONOCIDOS POR LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE DISTRITO NACIONAL¹²⁶.

447-04-00485	Entrada como demanda en guarda	Niños retenidos ilícitamente por la madre en Estados Unidos
447-05-01148	Entrada como demanda en guarda	Niños retenidos ilícitamente por el padre en Estados Unidos
447-06-01095	Entrada como demanda en guarda	Niños retenidos ilícitamente por el padre en República Dominicana
447-07-00511	Entrada como demanda en restitución de menor	Niña retenida ilícitamente por la madre en República Dominicana
447-07-00281	Entrada como demanda en suspensión de autoridad parental	Niña trasladada y retenida ilícitamente por la madre en Estados Unidos
447-08-00008	Entrada como demanda en restitución de menor	Niños retenidos ilícitamente por la madre en República Dominicana

Nota: Ningún otro tribunal del país ha conocido del procedimiento de restitución de personas menores de edad, salvo, dos sentencias más falladas por la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de La Vega, en que se ordena una medida previa, la colocación de un menor en

126. Datos suministrados por la juez Antonia Josefina Grullón Blandino de la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional.

hogar provisional, a los fines, al parecer, para luego conocer de la solicitud de la restitución; la otra, de la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de Santo Domingo; sentencia esta última en la que el tribunal consideró mal perseguida la acción en restitución de menores. La Corte de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional posteriormente modificó esta decisión, ordenando la restitución, y luego se pidió a la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia la suspensión de su ejecución. En definitiva, como se puede observar, el número de solicitudes de restituciones son pocas; sin embargo, todo parece coincidir que llegan al tribunal persiguiendo otra acción, por ejemplo, solicitud de guarda.

6.5.- Otras soluciones internacionales.

España, por su peculiar configuración como país generador de mano de obra en la historia reciente, no es ajena a los problemas que se entretajan en torno a la atribución de la guarda y custodia, así como a la eventual concesión de un derecho de visita respecto de un menor. Muy al contrario, el enorme contingente de españoles en el extranjero hace que proliferen los matrimonios mixtos, República Dominicana no es la excepción como receptora de ciudadanos españoles; la mayor o menor fortuna de los mismos no es objeto del presente estudio, pero no es necesario justificar que a los problemas de toda familia se suman, en estos casos, los derivados de la diferencia de idioma, de cultura o de forma de concebir una misma relación familiar. El “conflicto de civilizaciones”, el cual hemos mencionado, es un factor que juega siempre en contra de la estabilidad y que puede desencadenar una crisis, con las consiguientes secuelas para los hijos.

La primera manifestación que despertó en España el interés por la práctica del *legal kidnapping* fue el asunto *Bornes c. Fuentes Bobo*, que terminó el camino ante los Tribunales por la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1) del 8 de abril de 1975*, pero que tuvo importantes consecuencias posteriores¹²⁷. Con independencia de los razonamientos jurídicos que llevaron a las soluciones dadas por las diferentes instancias, y a pesar de que el Tribunal Supremo no entró en el fondo del asunto, se trataba de un caso típico de desplazamiento internacional de menores, no ya por uno de sus padres, sino por los dos, en momentos diferentes. Fue un supuesto que sensibilizó a la opinión y a la doctrina españolas y que mostró nítidamente las diferentes vertientes del problema.

Otro reciente caso, el que dio lugar a la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2) del 25 de abril de 1985*¹²⁸, pone de manifiesto el alto grado de crudeza que se puede enmascarar tras un supuesto de legal kidnapping. Aunque la Sala de lo Penal hubo de resolver sobre una calificación de detenciones ilegales, lesiones, partici-

127. Conviene recordar el examen somero de los hechos: un español y una noruega contrajeron matrimonio civil en Oslo, del que tuvieron un hijo; la esposa interpuso posteriormente demanda de separación, consiguiendo la custodia del niño e intentó ejecutar la resolución en España, ya que el marido había trasladado aquí al pequeño. Denegada dicha petición, le fue concedida, mediante medidas provisionales, la custodia del hijo junto a los abuelos paternos, medidas revocadas con posterioridad por el juzgado, que atribuyó la custodia al padre. Tras varias vicisitudes judiciales, el Tribunal Supremo estimó que el niño debía quedar bajo los cuidados de la madre hasta que cumpliera los siete años. Una vez con el hijo en su poder, la señora Bornes se trasladó a Noruega, ignorando la sentencia española al amparo de la que se había dictado en su país de origen (Q. Col. Leg. Jurisp. Civ., marzo-abril 1975, núm. 153; J. Puente Egido, D. int. pro Doctrina Legal del T. S., pp. 641-642 y la nota; J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 270-273).

128. Cf. La Ley, t. 1985-3, pp. 147-163.

pación en el delito y otros extremos, desde el exclusivo punto de vista criminal, el primer resultando de la resolución transparente de forma manifiesta la existencia de uno de los supuestos que venimos contemplando: un desplazamiento internacional de menores realizado por su padre, nacional español, ante el temor de que el proceso de divorcio que su esposa, estadounidense, había incoado en Miami llegara a un resultado que le privara de la custodia de sus hijos, como así ocurrió con posterioridad al traslado de los mismos a España.

Pero es quizá en el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponferrada del 28 de septiembre de 1985 donde confluyen el conjunto de las consideraciones hasta aquí vertidas: problema del traslado o sustracción internacional de menores con una de las soluciones que en el plano internacional se han pretendido arbitrar: el Convenio de Luxemburgo, al que ya hemos hecho alusión. El resultado de su aplicación, de forma un tanto “mecánica” y sin agotar los recursos que el propio instrumento convencional ofrecía, ha sido la reintegración de una situación dada a su status quo anterior al traslado del menor. Sin embargo, la toma en consideración de los intereses de la población residente y de los propios intereses del Estado en cuanto tal parecen haber permanecido lejos de la reglamentación de este supuesto del tráfico externo¹²⁹. En un momento en el que el particularismo y la creciente

129. En tal sentido vid. E. Pérez Vera, *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional*, Granada, Colección monográfica Universidad de Granada, 1973, p. 74; M. Virgos Soriano, en Uned, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1985, p. 85; J. A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas básicos* (3 ed.), Madrid, Tecnos, 1983, pp. 153 ss.

importancia del Derecho Internacional Privado “autónomo”¹³⁰ son la nota común en la regulación de las relaciones privadas internacionales, presidida por intereses económicos, políticos y demográficos, no es descabellado abogar por que los criterios de política legislativa traspasen las fronteras y estén presentes en el preámbulo de toda adhesión o ratificación con el objetivo de coordinar las distintas instancias, interna e internacional, a fin de que no se produzcan situaciones de importancia ante actos arbitrariamente creados en el extranjero.

Desde este último punto de vista, y respecto a la actitud que los tribunales de otros países, en especial de Europa, pueden tener frente a los tribunales españoles, el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1) de 13 de octubre de 1984¹³¹, es ampliamente significativo de la situación de ingravidez a la que éstos pueden verse abocado con base en el juego automático de las normas convencionales. En este supuesto, un español divorciado en Francia había obtenido el derecho de visita sobre su hijo por Sentencia Cour d’Appel de Versail/es del 22 de febrero de 1980, revocado a instancia de su ex esposa ante el Tribunal de Grande Instance de Perpignan. Así las cosas, la representación del padre solicita del Tribunal Supremo español que se dicte resolución declarando el derecho de visita, modificando así las resoluciones francesas, a lo que no accedió dicho máximo tribunal español por obvias razones, ya que no se pretendía el mero exequátur, sino entrar a conocer sobre el fondo, y le estaba expresamente prohibido por el convenio hispano-francés sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas de

130. En expresión acuñada por J. D. González Campos y que ya es un lugar común en la terminología internacional-privatista.

131. Aranzadi, Rep. *Jurisprudencia*, 1984, núm. 4,778.

28 de mayo de 1969. Con independencia del aspecto puramente técnico procesal, que no plantea mayores problemas, ya que, en efecto, las argumentaciones del Tribunal Supremo español son jurídicamente intachables ante un planteamiento equivocado de la demanda, el caso sirve de telón de fondo a una realidad que no puede ser obviada por los tribunales extranjeros y dominicanos, y, especialmente, por el legislador, igualmente dominicano y extranjero: el tratamiento desigual y discriminatorio del que han venido siendo objeto los emigrantes en Europa. No sólo las autoridades dominicanas y de otros Estados conceden la mayor parte de las veces la custodia a sus nacionales, sino que la atribución del derecho de visita, que en el caso de retorno del emigrante se ve enormemente dificultado e incluso reducido a mera utopía, puede, como en el caso descrito, ser revocada hasta hacer desaparecer tal derecho. Igualmente representativa de esta situación, pero con el algo más que le proporciona su mayor actualidad, es la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Toulouse del 9 de junio de 1985¹³². Los antecedentes se remontan al año anterior, cuando una sentencia del mismo tribunal decretaba el divorcio entre un nacional francés y su esposa española, confiando la guarda de los dos hijos nacidos del matrimonio al padre y otorgando a la madre un derecho de visita libre, con la prohibición de llevarse a los niños fuera de Francia sin el expreso consentimiento de su ex marido. Al contraer este último nuevas nupcias, la madre solicitó a la juez de asuntos matrimoniales autorización para traer a sus hijos a España durante los meses de verano; sin embargo, el tribunal francés, arguyendo la posibilidad o riesgo de no devolución de los niños, ante la ausencia de instrumento internacional que ligara a los dos países (hay

132. Inédita.

que señalar que en la fecha en la que se dictó la resolución gala España ya era parte del Convenio de Luxemburgo, extremo éste ignorado, o al menos no tenido en cuenta), no se definió sobre la petición, exigiendo como requisito para ello que fuera solicitado en España el exequátur de la sentencia francesa que concedía la guarda al padre. En estos momentos, el procedimiento de reconocimiento y ejecución de la misma no sabemos cuál ha sido su suerte, no obstante nuestra indagatoria. La hipertrofia que éste presenta en cuanto al número de demandas de exequátur, hace que cuando se resuelva el presente, si es que se resuelve algún día o si ha sido resuelto, madre haya perdido, si no de derecho sí de hecho, a sus propios hijos¹³³.

6.6.- A manera de conclusión.

Hemos intentado presentar una aproximación a los supuestos de *legal kidnapping* desde la descripción de la práctica internacional y desde la óptica dominicana, sin eludir en ningún momento la toma de posición crítica.

El recorrido realizado sobre las diversas actitudes de los tribunales dominicanos y extranjeros, tanto en los casos de atribución de la guarda y custodia de un menor, así como un eventual derecho de visita, como a la hora de reconocer y ejecutar una decisión en esta misma materia, no ofrece lugar a dudas: la tendencia a la protección de las situaciones más estrechamente vinculadas con el derecho nacional deja poca fertilidad al terreno de las soluciones técnico-jurídicas y de la toma en consideración de las situaciones jurídico-privadas legalmente constituidas en el extranjero. Por otro lado, la omnipresencia del interés supremo

133. En lo que concierne a la práctica francesa vid. lo señalado en nota.

del menor, bajo diversas calificaciones, actúa como una verdadera norma material imperativa de configuración jurisprudencial, incompatible con cualquier intento de seguridad jurídica o de una real aplicación del Convenio de La Haya, de 1980.

Los supuestos de *legal kidnapping* son una realidad que aqueja nuestro tiempo y que necesita una reglamentación ad-hoc eficaz, por lo menos la Suprema Corte dominicana tal como hemos dicho elaboró una resolución sobre la aplicación de dicho convenio; sin embargo, todos los estudios comienzan por señalar las causas sin explicar los “motivos”; todas las soluciones se orientan hacia el restablecimiento de un status qua que no se cuestiona en ningún momento, que se toma un *a priori* absoluto. En definitiva, se trata de poner fin a una situación patológica sin preguntarse por la patología del estado anterior. Los Convenios de La Haya, Interamericano y de Luxemburgo dan, desde ópticas distintas, respuestas parciales al problema. La composición de los organismos internacionales, así como la complejidad de los intereses en presencia y la diversidad de concepciones socio-jurídicas que en ellos confluyen hacen que sus soluciones sean, la mayor parte de las veces, compromisos que, intentando reflejar los intereses de todos, no llegan hasta las últimas consecuencias en la resolución de los problemas que se abordan. Por ello, consideramos necesaria la adopción de las medidas necesarias y de capacitación de nuestros actores judiciales, ante la incorporación a nuestro ordenamiento de instrumentos multilaterales, como los estudiados, de manera de hacer efectivos los mismos, siempre guardando la debida cautela.

Esta heterogeneidad de intereses en presencia se muestra con mayor amplitud en la Conferencia de La Haya que en el seno

del Consejo de Europa, por lo que, junto a otras muchas razones que creemos que se transparentan en las páginas anteriores, la aplicación efectiva del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, si bien debe constituir un objetivo prioritario en el momento actual, no menos cierto que precisa de una capacitación profunda y prioritaria de todos los actores del sistema judicial dominicano, tal y como nos hemos expresado. La utilización que se haga del reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, debe servir como punto de referencia, como estudio práctico de la realidad del *legal kidnapping* entre la población dominicana y aportar los datos sociológicos necesarios para que cualquier toma de postura se haga con pleno conocimiento de lo que ha conllevado su aplicación.

Se impondría, que tras las presentes reflexiones, la consecuencia lógica sería ofrecer alternativas viables; sin embargo, la propia naturaleza esencialmente particularista del derecho de familia y las diversas maneras de entender el papel del Estado en el tema de la protección de menores, hacen que sea realmente difícil arbitrar soluciones aceptables. Una constatación sí es patente: en el concreto campo estudiado, las respuestas pasan, necesariamente, por la cooperación internacional, pero las hasta ahora adoptadas no dejan de situarse en una perspectiva *ex post*, que da por hecho el “secuestro” o “restitución” y trata de remediar sus efectos. En esta línea, y sin caer en el mismo prejuicio nacionalista que hemos planteado, debemos concluir con un sí a la cooperación internacional; pero un sí con contrapartidas: la garantía de una igualdad de trato de dominicanos y extranjeros ante los tribunales de los demás Estados; la plena eficacia de los

derechos de guarda y visita a ellos otorgados, suprimiendo las trabas que, como hemos visto, son práctica habitual en algunos estadios judiciales; la configuración de tales derechos teniendo en cuenta las peculiaridades del posible retorno del titular a su país de origen, etcétera. Lo contrario sería dar un paso atrás en las actuales circunstancias del tráfico externo y transparentar una notable miopía a la hora de articular nuestra política convencional.

CAPÍTULO VII

TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

7.1.- Planteamiento del Problema.

Es un hecho que existe el tráfico internacional de menores que se presenta en diversas formas y modalidades. Para resolver este problema los Estados han adoptado medidas preventivas analizando la posibilidad de tipificar como delito dicho tráfico internacional de menores y se está buscando la cooperación internacional. Como una forma de cooperación la Quinta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado, adoptó la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, suscrita en marzo de 1994 en Ciudad de México, Distrito Federal (México). Al iniciar el estudio del sistema internacional de tráfico de menores, debemos enfatizar algo que en el cuerpo de este trabajo hemos dicho: esta normativa internacional castiga el ilícito penal de tráfico de menores. Diferente son la acción en restitución que organiza la Convención de La Haya y la Convención Interamericana, que sólo plantean darle cumplimiento a una decisión de guarda y derecho de visita ordenado por las autoridades judiciales del país requirente.

7.2. Codificación del Derecho Internacional de Menores.

Tanto a nivel universal como en el campo regional, los Estados están emprendiendo la tarea de codificar el Derecho Internacional de Menores. Se trata de reforzar la cooperación de los Estados mediante la adopción de reglas de conflictos, de reglas uniformes en ciertos casos, y de medidas que los Estados adopten para la protección del menor. Las Naciones Unidas adoptaron en el año de 1989 la Convención sobre Derechos del Niño, que constituye indudablemente el mayor esfuerzo para la protección de la niñez. (ver anexo)

El preámbulo de esta Convención recordó lo que dice la Declaración de los Derechos del Niño: “El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Se expresa también que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Por otra parte, el Derecho Internacional de Menores ha sido objeto de regulación a nivel internacional e interamericano.

Se pueden citar las siguientes convenciones a nivel interamericano:

- Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, La Paz, 1984. Esta Convención entró en vigor el 26 de mayo de 1988 y ha sido ratificada por Colombia y México.

- Convención Interamericana sobre restitución de menores, Montevideo, 1989. Esta convención no ha entrado en vigor ni ha sido ratificada por ningún Estado.
- Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, Montevideo, 1989. Esta Convención no ha entrado en vigor ni ha sido ratificada por ningún Estado.

En el ámbito europeo, se puede mencionar el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Niños y Restablecimiento de Custodia, Consejo de Europa, Luxemburgo, 1980.

En el ámbito mundial existen las siguientes convenciones multilaterales:

- Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, La Haya, 1980, que nos convoca en este trabajo.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 1989.
- Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, La Haya, 1933. Y otros más.

7.3.- Los proyectos tenidos en cuenta para elaborar la Convención.

Interamericana sobre tráfico internacional de menores, fueron los siguientes:

- a) Proyecto presentado por el gobierno de México el 11 de agosto de 1992, titulado “Proyecto de Convención Interamericana

sobre los aspectos penales de la sustracción, retención ilegal y tráfico de menores”, que fue objeto de observaciones y comentarios por los gobiernos.

- b) Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre lineamientos que en materia penal, deberían ser incorporados en una Convención sobre tráfico internacional de menores; y
- c) Proyecto elaborado por la reunión de expertos que se celebró en México del 13 al 16 de octubre de 1993, titulado “Proyecto de Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”, que contempla tanto los aspectos civiles como los aspectos penales.

7.4.- Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores¹³⁴:

El preámbulo de la Convención se basa en estos principios:

1. Asegurar una protección integral y efectiva del menor, por medio de una convención que permita regular los aspectos civiles y penales del tráfico internacional de menores, y garantizar el respeto de sus derechos;
2. El reconocimiento de que el tráfico internacional de menores constituye una preocupación universal; y,
3. La reafirmación de la importancia de la cooperación mundial para lograr una eficaz protección del interés superior del menor.

Igualmente, el preámbulo recuerda lo previsto en los artículos 11 y 35 de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la

134. OEA Ser.K/ XXI. 5, CIDIP-V/doc. 36/94 rev. 5, 18 marzo 1994.

Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. El Art. 11 dice:

- “1. Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”.
- “2. Para este fin, los Estados partes promoverán la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

El Art. 35 preceptúa: “Los Estados partes tomarán las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

Como puede verse hay consenso universal en luchar contra el tráfico internacional de menores en cualesquiera modalidad que se presente (secuestro, venta, trata de menores, traslado o retención ilícita).

7.5.- Objeto de la convención.

El Art. 1 dice: “El objeto de la presente convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo”.

Conforme al texto de este artículo, la convención tiene como objeto la prevención y sanción del tráfico internacional de menores. Este objetivo se logra a través de normas jurídicas en la

convención, que regulan los aspectos civiles y penales del tráfico internacional de menores.

La convención tiene una finalidad fundamental que es la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor. Esto significa que el texto de la convención debe interpretarse conforme a este principio rector que también aparece en el preámbulo de la misma.

7.6.- Obligaciones de los Estados Parte en la Convención.

Conforme a lo previsto en el Art. 1, los Estados parte en la convención asumen estas obligaciones:

- a) Asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior. Esto significa que los Estados-parte deben tomar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier orden, conforme a su derecho interno, para suministrar protección integral al menor. La necesidad de suministrar la mencionada protección, ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas en 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los Arts. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el Art. 10) y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan por el bienestar del niño.

La protección del menor comienza desde antes del nacimiento. La Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, expresa que:

“El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

La protección al menor debe ser integral, sin discriminación, y las medidas que dicten los Estados para este efecto deben tener como consideración primordial el interés superior del niño.¹³⁵

Hay que tener en cuenta que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados deben tomar las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que sean apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.¹³⁶

b) Instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados parte, que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito.

Esta obligación se fundamenta en la solidaridad de los Estados parte para prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores. Esta cooperación implica la adopción de normas jurídicas que tipifiquen tal delito internacional de menores y medidas administrativas para la prevención del mismo.

135. (Art. 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989).

136. (Art. 3 de la convención).

Se trata de un deber de cooperar que los Estados asumen por su propia voluntad para erradicar dicho flagelo.

- c) Asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

La obligación de restitución al Estado de residencia habitual del menor, se debe a que hay que retornarlo al lugar donde tiene su centro de vida, y del cual ha sido ilícitamente desprendido. Esta restitución tiene dos características:

1. Debe ser pronta; y
2. Debe tenerse en cuenta siempre el interés superior del menor, para lo cual hay que analizar las circunstancias de cada caso.

7.7.- Ámbito de aplicación de la convención.

7.7.1.- Aplicación en razón de los sujetos involucrados.

De acuerdo al Art. 2 de la convención, ésta se aplica a cualquier menor que resida habitualmente en un Estado parte, o se encuentre en un Estado parte, en el momento en que ocurra un acto de tráfico internacional contra dicho menor.

La Convención se aplica para dos situaciones:

- a) Cuando el menor resida habitualmente en un Estado parte en el momento en que sea objeto del tráfico internacional; y
- b) Cuando el menor se encuentre en un Estado parte en el momento en que sea objeto del tráfico internacional.

Los puntos de conexión para determinar la ley aplicable al menor son la residencia habitual del menor, o la permanencia del menor en el territorio de un Estado parte. Estos dos factores son fáciles de demostrar, y no tienen las dificultades del domicilio en que hay que investigar el *ánimus domicilii*, que plantea el derecho interno dominicano.

7.7.2.- Aplicación en razón de la materia la Convención regula:

- a) Los aspectos penales del tráfico internacional de menores, para lo cual hay que tener en cuenta la definición contenida en el Art. 2 y que se analizará a continuación; y,
- b) Los aspectos civiles del tráfico internacional de menores *en lo no previsto por otras convenciones sobre la materia*. Hay que recordar que a nivel interamericano existe la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores, de Montevideo, de 1989, y en el ámbito mundial la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de La Haya, de 1980, ambas ya analizadas.

7.7.3.- Aplicación entre Estados parte y Estados no parte en la Convención.

Por regla general y en virtud de la relatividad de los vínculos jurídico internacionales, la Convención no se aplica sino entre Estados parte que hayan manifestado su consentimiento internacional en la forma prevista en la misma Convención. Sin embargo, dadas las especiales características de ésta, que busca primordialmente proteger los menores, se adoptó una norma que permite la cooperación voluntaria y en la medida de lo posible entre Estados parte y Estados no parte en dicha Convención.

El Art. 4 expresa que: “Los Estados parte, en la medida de lo posible, cooperarán con los Estados no parte en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito”.

“En tal sentido, las autoridades competentes de los Estados parte deberán notificar a las autoridades competentes de un Estado no parte, en aquellos casos en que encuentre en su territorio a un menor que ha sido víctima del tráfico internacional de menores en un Estado parte”.

Como puede observarse se trata de una cooperación bilateral voluntaria entre un Estado parte y un Estado no parte en beneficio de los menores objeto de tráfico ilícito internacional, y cuyo fundamento radica en la solidaridad de los Estados americanos.

La norma no impone obligación jurídica internacional a los Estados no parte en la convención, sino que consagra un deber solidario de cooperación.

7.7.4.- Aplicación de la Convención en cuanto a los procedimientos.

Conforme al Art. 6, en interés superior del menor, los procedimientos deben ser confidenciales en todo momento.

7.8.- Definiciones.

Las definiciones de los términos empleados en la convención están en el Art. 2 son las siguientes:

1. Por menor se entiende todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años. Esta definición es para efectos de la

convención, y por tanto, no modifica la legislación interna de los Estados que hayan establecido la mayoría de edad a los 16 años u otra edad. Esta definición no coincide con la prevista en el Art. 1 de la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, que dice: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". La determinación de la mayoría de edad se establece conforme a la ley de residencia habitual o permanencia del menor.

2. Por "Tráfico internacional de menores" se entiende: "La sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción o de traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos".

La definición explica el término "propósitos ilícitos", expresando que:

"Incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado".

Asimismo, la definición explica el término "medios ilícitos" diciendo que:

"Incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se encuentre".

Conforme a esta definición, para que exista tráfico internacional de menores se requiere lo siguiente:

- a) Que exista un menor, o sea una persona menor de 18 años;
- b) Que sea sustraído, trasladado o retenido, o la tentativa de estos actos, del territorio de un Estado parte donde el menor se encuentre o tenga su residencia habitual, al territorio de otro Estado parte; y,
- c) Que la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de estos actos, sea con propósitos o medios ilícitos.

Hay que advertir que la enumeración de los actos que constituyen “propósitos ilícitos” o “medios ilícitos”, no es taxativa, sino por vía de ejemplo, como se demuestra con la expresión “entre otros” que contienen ambas definiciones.

7.9.- Autoridad central.

De acuerdo al Art. 5, cada Estado parte designará una autoridad central y comunicará dicha designación a la secretaría general de la Organización de Estados Americanos.

Un Estado federal, o un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos, o un Estado con unidades territoriales autónomas, puede designar más de una autoridad central y especificar la extensión jurídica o territorial de sus funciones.

El Estado que haga uso de esta facultad designará la autoridad central a la que puede dirigirse toda comunicación.

En caso de que un Estado parte designara más de una autoridad central hará la comunicación pertinente a la secretaría general de la Organización de Estados Americanos.

La utilización de las autoridades centrales de los Estados parte como conducto para la aplicación de la convención ha sido empleada en las convenciones suscritas en las conferencias interamericanas especializadas sobre derecho internacional privado y ha dado buen resultado, máxime si se tiene en cuenta que la vía diplomática es muy lenta.

7.10.- Aspectos penales.

7.10.1.- Obligaciones internacionales de los Estados parte:

Las obligaciones que asumen los Estados parte en la Convención en materia penal son las siguientes:

- a) Adoptar medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores definido en la Convención (Art. 7). Las medidas pueden ser la adopción de leyes, decretos, actos administrativos y cualquier medida que sea eficaz para la prevención y sanción del tráfico internacional de menores. Estos aspectos quedan librados al derecho interno de cada uno de los Estados parte.
- b) Prestarse asistencia mutua en forma pronta y expedita por intermedio de sus autoridades centrales.

La asistencia mutua debe efectuarse:

1. Dentro de los límites de la ley interna de cada Estado parte; y,
2. Conforme a los tratados internacionales aplicables por estar vigentes entre los Estados parte. Por ejemplo, se

puede citar la Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, adoptada en Nassau, Bahamas, el 23 de mayo de 1992 en el vigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

El objeto de la asistencia es para la práctica de diligencias judiciales y administrativas, la obtención de pruebas y demás actos procesales que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la convención.¹³⁷

- c) Establecer por medio de sus autoridades centrales mecanismos de intercambio de información sobre legislación nacional, jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional de menores en sus respectivos territorios.¹³⁸

Este intercambio de información puede servir para diseñar tácticas y estrategias para combatir el tráfico internacional de menores.

- a) Adoptar las medidas que sean necesarias para remover los obstáculos que puedan afectar la aplicación de la convención.¹³⁹

7.11.- Competencia internacional para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores:

El Art. 9 de la convención establece varios factores de competencia en forma alternativa y consagra la prevención para el Estado que primero hubiere conocido del delito.

137. (Art. 8, letra a).

138. (Art. 8, letra b).

139. (Art. 8, letra c).

Los factores para determinar la competencia para conocer el delito relativo al tráfico internacional de menores, son los siguientes:

1. El Estado parte donde tuvo lugar la conducta ilícita;
2. El Estado parte de residencia habitual del menor;
3. El Estado parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y,
4. El Estado parte en el que se hallare el menor que ha sido víctima de dicho tráfico.

El literal a) consagra la territorialidad de la ley penal. El literal b) atiende al Estado de residencia habitual del menor.

Los literales c) y d) se refieren al lugar donde se encuentre el presunto delincuente, o el menor. No hay prelación entre estos factores, ni son acumulativos. El Estado que primero conozca previene a los demás Estados en el conocimiento del hecho ilícito.

7.12.- Extradición.

El Art. 10 establece lo siguiente:

- Si uno de los Estados parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición proveniente de un Estado parte con el cual no ha celebrado tratado, o en caso de haberlo no lo contemple entre los delitos extraditables, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para concederla en caso de tráfico internacional de menores.

- Asimismo, los Estados parte que no supeditan la extradición a la existencia de un tratado, reconocerán el tráfico internacional de menores como causal de extradición entre ellos.
- Cuando no exista tratado de extradición, ésta estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho interno del Estado requerido”.

Esta norma consagra tres hipótesis:

- a) Estados que supeditan la extradición a la existencia de un tratado aplican éste. Ahora bien, si en el tratado no está contemplado el tráfico internacional de menores como delito extraditable, se considera esta convención como base jurídica necesaria para conceder la extradición.
- b) Si los Estados Parte no supeditan la extradición a la existencia de un tratado, reconocen el tráfico internacional de menores como causa de extradición entre ellos; y,
- c) Cuando no exista tratado de extradición, ésta se sujeta a las condiciones que sean exigidas por el derecho interno del Estado requerido.

7.13.- Restitución inmediata del menor.

El Art. 11 de la Convención preceptúa que las acciones que se instauren conforme a la Convención, “no impiden que las autoridades competentes del Estado parte donde el menor se encontrare, ordenen en cualquier momento su restitución inmediata al Estado de su residencia habitual, considerando el interés superior del menor”.

7.14.- Aspectos civiles.

7.14.1.- Legitimación para instaurar el procedimiento de localización y restitución del menor.

El Art. 12 establece que: “La solicitud de localización y restitución del menor derivada de esta Convención, será promovida por aquellos titulares que establezca el derecho del Estado de la residencia habitual del menor”. Esto significa que para determinar la legitimación activa, o sea los titulares que pueden iniciar el procedimiento previsto en la Convención, hay que acudir a la legislación del Estado de la residencia habitual del menor.

7.14.2.- Competencia para el procedimiento.

De acuerdo al Art. 13 de la convención, son competentes para conocer de la solicitud de localización y de restitución, a opción de los reclamantes:

- Las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte de residencia habitual del menor; o,
- Las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido.

Es decir, es facultativo u opcional de los reclamantes utilizar como puntos de contacto la residencia habitual del menor o el lugar donde se encuentra o se presume que se encuentra retenido el menor.

Existe una competencia en casos de urgencia. En este caso los reclamantes determinan si existe urgencia y pueden presentar

la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

7.14.3.- Trámite.

De acuerdo al Art. 14 de la convención, la solicitud de localización y de restitución se tramita en dos formas:

- a) Por intermedio de las autoridades centrales; y,
- b) Directamente por las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte de residencia habitual del menor, o las del Estado parte donde se encontrare o se presume que se encuentra retenido.

Las autoridades requeridas acordarán los procedimientos más expeditos para hacer efectiva la solicitud de localización y restitución del menor.

Recibida la solicitud de localización y restitución del menor, según el párrafo 2 del Art. 14, “las autoridades requeridas dispondrán las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y restitución del menor. Además, se adoptarán las medidas para proveer la inmediata restitución del menor y, de ser necesario, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, conforme a las circunstancias, e impedir de modo preventivo que el menor pueda ser trasladado indebidamente a otro Estado”.

Los Estados partes deben adoptar medidas legislativas o administrativas para crear procedimientos internos que permitan la aplicación efectiva de la convención.

7.14.4.- Plazo para promover la solicitud de localización y restitución del menor:

Conforme al texto del Art. 14 de la Convención, la solicitud de localización y restitución del menor debe ser promovida dentro de los ciento veinte días de conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícitos del menor. Cuando la solicitud de localización y de restitución fuere promovida por un Estado parte, éste dispondrá para hacerlo de un plazo de ciento ochenta días.

Cuando fuere necesario proceder con carácter previo a la localización del menor, el plazo anterior se contará a partir del día en que ella fuere del conocimiento de los titulares de la acción.

A pesar de lo anterior, el último párrafo de dicho Art. 14 expresa que *“las autoridades del Estado parte donde el menor fuere retenido podrán ordenar en cualquier momento la restitución del mismo conforme al interés superior de dicho menor”*.

7.14.5.- Legalización y traducción de las solicitudes, documentos y anexos.

Conforme al Art. 15 de la convención, en las solicitudes de cooperación comprendidas en esta convención, transmitidas por vía consular o diplomática o por intermedio de las autoridades centrales no será innecesario el requisito de legalización u otras formalidades similares.

En las solicitudes de cooperación tramitadas directamente entre tribunales de la zona fronteriza de los Estados parte, tampoco será necesario el requisito de la legalización.

Asimismo, están exentos de legalización los documentos que se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de las autoridades centrales.

Empero, las solicitudes deben ser traducidas, en su caso, al idioma o alguno de los idiomas oficiales del Estado parte al que se dirijan. Respecto a los anexos, bastará la traducción de un sumario que contenga los datos esenciales de los mismos.

7.14.6.- Medidas de protección al menor víctima.

El Art. 16 de la convención establece que las autoridades competentes de un Estado parte que compruebe que en el territorio de su jurisdicción se encuentra una víctima del tráfico internacional de menores, deben adoptar las medidas inmediatas que sean necesarias para su protección, incluso aquellas de carácter preventivo que impidan el traslado indebido del menor a otro Estado.

Estas medidas serán comunicadas por medio de las autoridades centrales a las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del menor. Las autoridades intervinientes adoptarán cuantas medidas sean necesarias para que los titulares de la acción de localización y restitución del menor estén informados de las medidas adoptadas.

Se trata de una cooperación en interés del menor que tiene carácter cautelar para evitar que el transcurso del tiempo haga muy difícil la restitución del menor.

7.14.7. Cooperación entre Estados parte para el control de la salida y entrada de menores.

El Art. 17 de la convención preceptúa que las autoridades centrales de los Estados parte intercambiarán información y colaborarán con sus autoridades competentes judiciales y administrativas en

todo lo relativo al control de la salida y entrada de menores a su territorio.

7.14.8.- Adopciones originadas en el tráfico internacional de menores.

El Art. 18 dice: *“Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. En la respectiva acción de anulación, se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor. La anulación se someterá a la ley y a las autoridades del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate”*.

Esta norma tiene estas características:

- Consagra una acción de anulación de la adopción y de otras instituciones afines. Para determinar la adopción y las figuras afines, hay que acudir a la legislación del Estado parte de que se trate.
- La acción de anulación de la adopción procede cuando se haya originado, o su fin sea el tráfico internacional de menores. En el proceso respectivo debe demostrarse que la adopción tiene su origen, o su fin sea el tráfico internacional de menores.
- La anulación se somete a la ley y a las autoridades del Estado donde se haya constituido la adopción o la institución afín de que se trate; y,
- En la acción de anulación se debe tener en cuenta en todo momento el interés superior del menor, por lo cual la

autoridad respectiva debe analizar las circunstancias de cada caso.

7.14.9.- Revocación de la guarda o custodia:

El Art. 19 de la convención expresa que la guarda o custodia son susceptibles de revocación cuando tengan origen o su fin sea el tráfico internacional de menores, en las mismas condiciones antes expresadas para la adopción. Esto significa que esta acción se somete a la ley y a las autoridades del Estado donde se haya constituido la guarda o la custodia, que debe probarse que la misma (guarda o custodia) tiene su origen o su fin en el tráfico internacional de menores, y que hay que tener en cuenta en todo momento el interés superior del menor.

7.14.10.- La solicitud de localización y restitución del menor es independiente de las acciones de nulidad y revocación.

Conforme al Art. 20 de la convención *“la solicitud de localización y de restitución del menor podrá promoverse sin perjuicio de las acciones de anulación y revocación previstas en los artículos 18 y 19”*.

7.14.11.- Gastos y costas.

El Art. 21 de la convención expresa que la autoridad competente podrá ordenar que el particular o la organización responsable del tráfico internacional de menores pague los gastos y las costas de la localización y restitución, en tanto dicho particular u organización haya sido parte en ese procedimiento.

Los titulares de la acción o, en su caso, la autoridad competente podrán entablar acción civil para obtener el resarcimiento de las costas, incluidos los honorarios profesionales y los gastos de localización y restitución del menor, a menos que éstos hubiesen sido fijados en un procedimiento penal o un procedimiento de restitución conforme a lo previsto en la convención.

La autoridad competente o cualquier persona lesionada podrán entablar acción civil por daños y perjuicios contra los particulares o las organizaciones responsables del tráfico internacional de menores.

7.14.12.- Asistencia jurídica gratuita.

El Art. 22 expresa que: *“Los Estados parte adoptarán las medidas que sean necesarias para lograr la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor, conforme a su derecho interno, e informarán a las personas legítimamente interesadas en la restitución del menor de las defensorías de oficio, beneficios de pobreza e instancias de asistencia jurídica gratuita a que pudieran tener derecho, conforme a las leyes y los reglamentos de los Estados parte respectivos”.*

7.14.13.- Cláusulas finales.

Los Arts. 23 al 35 de la convención tienen las cláusulas finales. Estas cláusulas son las siguientes:

1. El Art. 23 permite opcionalmente a los Estados parte reconocer y ejecutar las sentencias penales proferidas en otro Estado parte que contengan condena, a indemnizar daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores.

2. El Art. 24 define algunos términos empleados en la convención en cuanto a los Estados que tengan dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes. Estas definiciones son las siguientes:
3. El Art. 25 consagra la cláusula federal, que es usual en todas las convenciones interamericanas. El Art. 25 dice: “Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

“Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas”.

4. El Art. 26 contiene una norma que conlleva el respeto al principio de la cosa juzgada. Dice lo siguiente: “Los Estados parte podrán declarar, al momento de la firma, ratificación o adhesión a la presente Convención, o con posterioridad, que no se podrá oponer en juicio civil en ese Estado parte excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por ese delito, pronunciada en otro Estado parte”.

5. El Art. 27 consagra una norma común a todas las convenciones interamericanas, que contempla que las autoridades competentes de las zonas fronterizas de los Estados parte podrán acordar, directamente y en cualquier momento, procedimientos de localización y restitución más expeditos que los previstos en la convención y sin perjuicio de ésta.

La segunda parte del Art. 27 deja a salvo la favorabilidad en interés del menor: *“Nada de lo dispuesto en esta convención se interpretará en el sentido de restringir las prácticas más favorables que entre sí pudieran observar las autoridades competentes de los Estados parte para los propósitos tratados en ella”*.

El Art. 32 deja a salvo los tratados vigentes entre los Estados parte: *“Nada de lo dispuesto en la presente convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las partes”*.

6. El Art. 31 permite formular reservas *“siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas y que no sea incompatible con el objeto y fin de esta convención”*.
7. Las demás normas de la convención sobre firma, ratificación, entrada en vigor, denuncia y depósito, son las usuales en las convenciones interamericanas.

7.14.14.- Entrada en vigencia.

Esta convención se adoptó el 18 de marzo de 1994 en la cuarta sesión plenaria de la quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado¹⁴⁰.

140.(OEA/Ser.K/ XXI.5, CIDIP-V/doc. 36/94 rev. 5, 18 de marzo de 1994).

Esta convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique esta convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Igualmente, cualquier Estado parte podrá denunciar esta convención, que cesará en sus efectos para el Estado denunciante transcurrido un año a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia.

BIBLIOGRAFÍA

-A-

- Albarracín, Marta: *Adopción: nuevo orden: “Derecho de Familia”*, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Ed. Abeledo-Perrot, n° 7, 1992.
- Adroer Biosca, Salome: *Forma del Matrimonio y Derecho Internacional Privado*, Bosch, Barcelona, 1993.
- Alterini, Atilio A., y Boldorini, María C.; *Estructura general, instrumentos fundamentales y complementarios*, t. I, Colección Sistema Jurídico del Mercosur, Abeledo-Perrot, 1994.
- Amézquita de Almeida, Josefina. *Lecciones de Derecho de Familia*, Bogotá, Editorial Temis, Librería, 1980.
- Argúas, Margarita, y Lazcano, Carlos A.: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1928.
- Arriana, Carlos Alberto: *La construcción de la identidad en el niño desde el punto de vista social y su regulación jurídica*, *En el derecho a la identidad*, coord. Alicia Pierini, Eudeba, Buenos Aires, 1991.
- Ariés, Philippe: *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, Ed. Taurus, Madrid, 1987.

- Arminjon P.: *Précis de droit international privé*, París, 1927.
- Arpiri, Jorge O.: *El abandono como causa de la pérdida de la patria potestad*, “Rev. La Ley”, t. 1977-A, p. 9.
- Voz filiación, en Enciclopedia del Derecho de Familia, Ed. Universidad, t. II, p. 360.

-B-

- Bartin, Etienne: *Etudes de Droit International Privé*, París, 1889.
- *Principes de Droit International Privé selon la loi et la jurisprudence française*, París, 1920, 1932 y 1935.
- Batiffol, Henri: *Traité Elementaire de Droit International Privé*, 1968.
- Batiffol, Henri, y Lagarde, P.: *Droit International Privé*, 10^a Ed., LGDJ, París, 1996.
- Belluscio, Augusto C.: *El doble del régimen de la adopción*, “Rev. La Ley”, t. 144, p. 773.
- La Convención sobre los Derechos del Niño y el Derecho Argentino, “Rev. La Ley”, t. 1991-A, p. 10.
- Belluscio, César. *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1974.
- Bernal González, Alejandro, *Procedimiento de Familia y de Menores*, primera edición, 1985.
- Biocca, Stella M.: *Estudios de Derecho Internacional Privado. Matrimonio en Derecho Internacional Privado*, 1969.

- Bonnecase, Julián. *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia*, Puebla (México), Editorial de José M. Cajica, 1945.

-C-

- Caicedo Castilla, José Joaquín. *Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Editorial Temis, 1960.
- Calandrelli, Alcides: *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, La Buenos Aires, Buenos Aires, 1911.
- Capparelli, Julio C.: *El derecho de visita y su relación con el nuevo grupo familiar de hecho*. “Rev. El Derecho”, t. 11, p. 156.
- Carrillo Bascary, Miguel: *La protección de la vida: reflexiones sobre el concepto de “niño” y sus implicancias normativas*, “Rev. Jurisprudencia Argentina”, t. 1992-I, p. 864.
- Carbonnier, Jean, *Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 1960.
- Castan Vásquez, José María. *La patria potestad*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960.
- Commaille, Jacques: *Analyse Intoductive: l’avenir de la famille et la place de l’enfant, en Enfance et Violences*, PUF, París, 1992.

-D-

- D’ Antonio, Daniel Hugo: *El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor*, “Rev. El Derecho”, t. 165, p. 1297.

- *Patria potestad*, Banco de datos del derecho de menores y de la familia, Ed. Zeus, Rosario, 1983.
- *Régimen legal de la adopción*. Ley 24.779, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.
- Despagnet, Prats: *Précis de Droit International Privé*, París, 1909.
- Díaz de Guijarro, Enrique: *El interés familiar y el interés social en las cuestiones sobre tenencia compartida de los hijos, en Hipótesis de nulidad matrimonial y de divorcio*, “Rev. Jurisprudencia Argentina”, t. 1989-I, p. 979.
- Febres Pobeda, C.: *Apuntes de Derecho Internacional Privado*, Mérida Venezuela, Universidad de los Andes, 1962.
- *Derecho Internacional Privado*. Jurisprudencia Venezolana, Mérida, Universidad de los Andes, 1967.

-F-

- Fernández Flores, José Luis: *Manual de Derecho Internacional Privado*, Edersa, Madrid, 1993.
- Fernández Prida, J.: *Derecho Internacional Privado*, Cuesta, Valladolid, 1896.
- Ferrer Correia, A.: *Derecho Internacional Privado*, Biblioteca Jurídica Atlántida, Coimbra, 1970.
- Fiore, Pascual: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1889.

-G-

- Gaceta Judicial, del 20 de septiembre a 4 de octubre de 2002, pág. 26 y sigtes.
- García Méndez, Emilio: *Infancia: legalidad democrática, derecho y realidad*, en *El derecho y los chicos*, Espacio Editorial, Buenos Aires, 1995.
- García Méndez, Emilio, y Carranza, Elías: *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América latina*, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992.
- Grevot, Alain: *L' enfant, la famille, qui protéger?*, "Recherches et Prévisions", París, n° 41, septiembre 1995, ps. 1 y ss.
- Goldschmidt, Werner: *Derecho Internacional Privado*, 6ª Ed., Al cuidado de Miguel Ángel Ciuro Caldani, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- Graverson, R.: *The Conflict of Laws*, Londres, 1974.
- Grosman, Cecilia P.: *Acción alimentaria de los hijos extra-matrimoniales no reconocidos o no declarados como tales*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
- *¿Es la suspensión del régimen de visitas una medida conveniente ante la falta de los alimentos?*, "Rev. La Ley", t. 1983-B, p. 1156.
- *Intercambio interdisciplinario acerca del derecho de visitas a los hijos en casos de divorcio*, "Terapia Familiar", n° 15, p. 256.
- *La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia*, "Rev. El Derecho", t. 107, p. 1011.

- *Los derechos del niño en la familia. La ley, creencias y realidades, en Vivir en Familia*, UNICEF-Losada, Buenos Aires, 1994.
- *Significado de la Convivencia sobre los Derechos del Niño en las relaciones de familia*, “Rev. La Ley”, t. 1993-B, p. 1089.
- Guastavino, Elías: *Régimen de visitas en el derecho de familia*, “Rev. Jurisprudencia Argentina”, t. 1976-I, p. 657.
- Guggenheim, Martin: *The Best Interests of the Child: Much ado About Nothing?*, en Child, Parent & State, Ed. Temple University Press, Filadelfia, 1994, p. 3.

-H-

- Hauser, Jean-Huet-Weiller: *Traité de droit civil*, L.G.D.J., París, 1989.
- Herrera Mendoza, L.: *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos*, Caracas, 1960.
- Herscovici, Pedro: *Los hijos de la separación*, “Terapia Familiar”, n° 15.

-I-

- Iglesias, Susana: Villagra, Helena, y Barrios, Luis: *Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño*, en García Méndez, E., y Carranza, E.: *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América latina*.

-J-

- Jitta, Josephus: *La substance des obligations dans le Droit Interntional Privé*, Librairie Delinfante Frères, La Haya, 1907.
- *Método de Derecho Internacional Privado*, traducción de Fernández Prida, La España Moderna, Madrid, 1911.
- Juglart, Michel de. *Tours de droit civil*, tomo I, volumen I, 8ª Edición, París, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1976.

-K-

- Krause, Harry D. *Family law, Cases and Materials*, American Casebook Series, West Publishing, Co., 1976; y misma obra, autor y West Publishing, C. St. Paul, Minn. 1988.
- Kunn, Arthur: *Principes de Droit anglo-american*, París, 1924.

-L-

- Lagomarsino, Carlos A. R., y Uriarte, Jorge A.: *Separación personal y divorcio*, Ed. Universidad, Bueno Aires, 1991.
- Lalive, P.: *Tendances et Methodes en Droit International Privé*, « Recueil des Cours », t. 143, 1974-III.
- Leclerq, Jacquez. *La Familia*, Barcelona, Editorial Herder, 1962.
- Lerebours-Pigeonniere, Paul: *Droit International Privé*, Dalloz, París, 1962.

- Loussouarn, Y.: *Cours général de Droit International Privé*, « Recueil des Cours », t. 139, 1973, ps. 269 a 386.
- Lloveras de Resk, María E., y Lloveras, Nora: *Reflexiones acerca de la patria potestad y algunas de sus funciones relevantes*, en Derecho de Familia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990.
- López del Carril, Julio: *Derecho de familia*, Ed. Perrot, Bs. As., 1984.
- El discurso peyorativo y su *influencia en la conservación de la tenencia o guarda de los hijos*, “Rev. La Ley”, t. 1990-A, p. 69.
- Lucker-Babel, Marie-Françoise: *The Right of the Child to Express Views and to be Heard: An attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child*, “The international Journal of children’s Rights, v. 3, n° 3 y 4, Holanda, 1995.

-M-

- Martínez, Ara Gena, Santana, Adalgisa, Sánchez, Elisa, *Comentario al Proceso de Reforma Legislativa en República Dominicana*, en Infancia, Ley y Democracia Págs. 1271-1285.
- Maury, Jacques: *Derecho Internacional Privado*, México, 1949.
- *Règles générales des conflits de lois*, “Recueil des Tours”, t. 57, 1936-III, ps. 329 a 569.
- Mayer, P. : *Droit International Privé*, 4^a Ed., Montchretien, París, 1991.

- Makianich de Basset, Lidia: *Derecho de visitas*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
- *Marco normativo del derecho de visitas*, “Rev. El Derecho”, t. 143, p. 908.
- Méndez Costa, María J.: *Del abuso del derecho en las relaciones de familia*, “Boletín del instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral”, No. 7, p. 14.
- *Patria potestad del progenitor excluido de la guarda del hijo*, “Rev. La Ley”, t. 1990-E, p. 166.
- Mendoza, Elena: *El derecho a la identidad, Art. 8 Convención sobre los Derechos del Niño*, en “Derecho de Familia”, Revista de Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, No. 10.
- Meulders-Klein, Marie-Therese: *Les droits de l’enfant. A la recherche d’un équilibre entre parents et enfants, en L’enfant et les Conventions Internationales*, Presses Universitaires de France, PUF, France, 1996.
- Miaja de la Muela, A.: *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Madrid, 1972; *Parte Especial*, Atlas, Madrid, 1985-1987.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Derecho de Menores*, Bogotá, Editorial Jurídicas Wilches, 1983.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 4ª Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1999.

-N-

- Niboyet, Jean P.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, París, 1928.
- *Traité de Droit International Privé*, París 1947.

-P-

- Pallares, Beatriz: *Régimen internacional del matrimonio*, Astrea, 1990.
- Planiol, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, revisado por G. Ripert y J. Boulanger, 4^a Edición, París, 1948.
- Polakiewicz, Marta; Blanco, Luis G., y Gavotti, Alicia: *En el mejor interés del menor*, “Rev. Jurisprudencia Argentina”, t. 1993-I, p. 871.
- Pousson, Jacqueline y Alain: *L’Affection et le droit*, Ed. Du CNRS, París, 1990, p. 70.

-R-

- Rabel, Ernest: *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, Ann Arbor, Michigan, 1958.
- Rapallini, Liliana E.: *Temática de Derecho Internacional Privado*, Lex, La Plata, 1989.
- Ripert, Georges y Boulanger, Jean. *Tratado de derecho civil*, según el Tratado de Planiol, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1963.

- Rosenczweig, Jean Pierre: *Les droits des enfants en france*, Institut de L'Enfance et de la Famille, París, 1992, p. 15.
- Rubellin-Devichi, Jacqueline: *L'Enfant et les conventions internationales*, sous la Direction de Jacqueline Rubellin-Devichi et Rainer Frank, Presses Universitaires de Lyon, 1996.
- *The Best Interests in French Law and Practice*, "International Journal of Law and the Family", vol. 8, núm. 2, 1994, p. 259.

-S-

- Samtleben, J.: *Derecho Internacional Privado en América Latina*. Teoría y Práctica del Código Bustamante, Depalma, 1983.
- Sierra Rincón, Néstor Antonio. *Procesos ante los jueces de familia*, primera edición, Santa Fe de Bogotá, D.C., ediciones librería del profesional, 1991.
- Smith, Raymond: *Clonflict of laws*, Cavendish, Londres, 1993.

-T-

- Tapias Rocha, Hernando. *Conferencias de Derecho de Familia*. Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1969.
- Therey, Irene: *L'Enfant face a la separación parentale*, "Cahiers du City", núm. 4, Vaucresson, París, p. 151.
- Travieso, Juan Antonio: *Derechos Humanos, fuentes e instrumentos internacionales*, Ed. Heliasta, Colombia, 1996.

-V-

- Valbuena, Gustavo A. *Derechos de los Hijos Naturales*, Bogotá, Talleres Mundo al día, 1936.

-W-

- Wagmaister, Adriana, y Levy, Lea M.: *La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos*. Trascendencia jurídica, “Rev. Jurisprudencia Argentina”, t. III, p. 302.
- Wainerman, Catalina y otros: *Vivir en Familia*, Ed. UNICEF/Losada, Buenos Aires, 1994.
- Direcciones electrónicas
- www.todoelderecho.com
- www.oas.org.
- www.tuabogadodefensor.com
- www.crnjapan.com
- www.jurischile.com
- www.rivcoda.org/bureau/
- www.ncjrs.gov/html/ojjpg
- www.geocities.com/territorialsocial
- Anexos

ANEXOS

CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Los Estados signatarios del presente convenio, profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita, han resuelto concluir un convenio a tal efecto, y han acordado las disposiciones siguientes:

CAPÍTULO I ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

ARTÍCULO 1. La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

- Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

ARTÍCULO 2. Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus

territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

ARTÍCULO 3. El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

ARTÍCULO 4. El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

ARTÍCULO 5. A los efectos del presente Convenio:

- El “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;

- El “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

CAPÍTULO II

AUTORIDADES CENTRALES

ARTÍCULO 6. Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

Los Estados federales, los Estados en que estén vigentes más de un sistema de derecho o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la Autoridad Central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la Autoridad Central de dicho Estado.

ARTÍCULO 7. Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;

- Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

CAPÍTULO III

RESTITUCION DEL MENOR

ARTÍCULO 8. Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

- Información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
- Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;
- Una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- Una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado;
- Cualquier otro documento pertinente.

ARTÍCULO 9. Si la Autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante.

ARTÍCULO 10. La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las

medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

ARTÍCULO 11. Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante.

ARTÍCULO 12. Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3, y en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

ARTÍCULO 13. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

- La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

ARTÍCULO 14. Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

ARTÍCULO 15. Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.

ARTÍCULO 16. Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, 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 período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

ARTÍCULO 17. El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

ARTÍCULO 18. Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

ARTÍCULO 19. Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

ARTÍCULO 20. La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

CAPÍTULO IV DERECHO DE VISITA

ARTÍCULO 21. Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las

condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

CAPÍTULO V DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 22. No podrá exigirse fianza ni depósito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

ARTÍCULO 23. No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, legalización ni otras formalidades análogas.

ARTÍCULO 24. Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés.

No obstante, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda solicitud, comunicación u otros documentos que se envíen a su Autoridad Central.

ARTÍCULO 25. Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

ARTÍCULO 26. Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir gasto alguno de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o

en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor.

ARTÍCULO 27. Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la solicitud carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente de sus motivos al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso.

ARTÍCULO 28. Una Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

ARTÍCULO 29. El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o del derecho de visita en el sentido previsto en los artículos 3 ó 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

ARTÍCULO 30. Toda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes.

ARTÍCULO 31. Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables en unidades territoriales diferentes:

- Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;
- Toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente el menor.

ARTÍCULO 32. Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado.

ARTÍCULO 33. Un Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores, no estará obligado a aplicar el presente Convenio, cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de derecho.

ARTÍCULO 34. El presente Convenio tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores entre los Estados partes en ambos Convenios.

Por lo demás, el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un

menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

ARTÍCULO 35. El presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

Si se hubiera formulado una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 ó 40, la referencia a un Estado contratante que figura en el párrafo precedente se entenderá que se refiere a la unidad o unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

ARTÍCULO 36. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones.

CAPÍTULO VI CLÁUSULAS FINALES

ARTÍCULO 37. El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que eran Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión.

Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

ARTÍCULO 38. Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio.

El instrumento de adhesión será depositado en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que se adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de adhesión.

La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados contratantes.

El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el día uno del tercer mes siguiente al depósito de la declaración de aceptación.

ARTÍCULO 39. Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Convenio se extenderá al conjunto de los territorios a los que representa en el plano internacional, o a uno o varios de ellos. Esta declaración surtirá efecto en el momento en que el Convenio entre en vigor para dicho Estado.

Esa declaración, así como toda extensión posterior, será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

ARTÍCULO 40. Si un Estado contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas jurídicos distintos en relación a las materias de que trata el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación,

aprobación o adhesión, que el presente Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración.

Estas declaraciones se notificarán al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos y se indicará en ellas expresamente las unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

ARTÍCULO 41. Cuando un Estado contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las autoridades centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio, o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

ARTÍCULO 42. Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el artículo 24 y en el tercer párrafo del artículo 26, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 ó 40. Ninguna otra reserva será admitida.

Cualquier Estado podrá retirar en cualquier momento una reserva que hubiera formulado. La retirada [1] será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

La reserva dejará de tener efecto el día uno del tercer mes siguiente a las notificaciones a que se hace referencia en el párrafo precedente.

ARTÍCULO 43. El Convenio entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito del tercer instrumento de ratifica-

ción, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los artículos 37 y 38.

Después, el Convenio entrará en vigor:

- Para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o se adhiera con posterioridad, el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
- Para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido el Convenio de conformidad con el artículo 39 ó 40, el día uno del tercer mes siguiente a la notificación a que se hace referencia en esos artículos.

ARTÍCULO 44. El Convenio tendrá una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 43, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido.

Salvo denuncia, el Convenio se renovará tácitamente cada cinco años.

Toda denuncia será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, por lo menos seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años. La denuncia podrá limitarse a determinados territorios o unidades territoriales a los que se aplica el Convenio.

La denuncia tendrá efecto sólo respecto al Estado que la hubiera notificado. El Convenio continuará en vigor para los demás Estados contratantes.

ARTÍCULO 45. El Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos notificará a los Estados miembros de la

Conferencia y a los Estados que se hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38, lo siguiente:

- 1) Las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que hace referencia el artículo 37;
- 2) Las adhesiones a que hace referencia el artículo 38;
- 3) La fecha en que el Convenio entre en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 43;
- 4) Las extensiones a que hace referencia el artículo 39;
- 5) Las declaraciones mencionadas en los artículos 38 y 40;
- 6) Las reservas previstas en el artículo 24 y en el párrafo tercero del artículo 26 y las retiradas previstas en el artículo 42;
- 7) Las denuncias previstas en el artículo 44.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, firman el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que se depositará en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se remitirá por vía diplomática copia auténtica a cada uno de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

ÁMBITO DE APLICACIÓN

ARTÍCULO 1. La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

ARTÍCULO 2. Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.

ARTÍCULO 3. Para los efectos de esta Convención:

- a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;
- b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

ARTÍCULO 4. Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos

que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

ARTÍCULO 5. Podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el artículo 4.

ARTÍCULO 6. Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención.

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo.

ARTÍCULO 7. AUTORIDAD CENTRAL. Para los efectos de esta Convención cada Estado Parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

En especial, la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención.

Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención.

PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN

ARTÍCULO 8. Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el artículo 6, de la siguiente forma:

- a. A través de exhorto o carta rogatoria; o
- b. Mediante solicitud a la autoridad central, o
- c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

ARTÍCULO 9.

1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener:
 - a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o

- retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;
- b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y
 - c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.
2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:
- a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;
 - b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;
 - c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;
 - d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y
 - e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

3. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos O de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.
4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

ARTÍCULO 10. El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor.

Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 9 y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del menor.

Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

ARTÍCULO 11. La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

- a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o
- b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

ARTÍCULO 12. La oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene.

Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte.

Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.

ARTÍCULO 13. Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren

tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

Los gastos del traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

ARTÍCULO 14. Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

ARTÍCULO 15. La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

ARTÍCULO 16. Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del artículo 4, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable

haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

ARTÍCULO 17. Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

LOCALIZACIÓN DE MENORES

ARTÍCULO 18. La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél.

ARTÍCULO 19. La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

ARTÍCULO 20. Si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del artículo 19 podrán quedar sin efecto.

El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención.

DERECHO DE VISITA

ARTÍCULO 21. La solicitud que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares podrá ser dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado Parte conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la presente Convención. El procedimiento respectivo será el previsto en esta Convención para la restitución del menor.

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 22. Los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso.

ARTÍCULO 23. La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación.

Si los interesados en la tramitación del exhorto o solicitud hubieren designado apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgue, estarán a su cargo.

Sin embargo, al ordenar la restitución de un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución.

ARTÍCULO 24. Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, y no requieren intervención de parte interesada. Lo anterior no obsta para que las partes intervengan por sí o por intermedio de apoderado.

ARTÍCULO 25. La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

ARTÍCULO 26. La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.

ARTÍCULO 27. El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de

los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma.

Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia.

DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 28. La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 29. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 30. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 31. Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmada, ratificada o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas, y que no sea incompatible con el objeto y fines de esta Convención.

ARTÍCULO 32. Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhe-

sión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones posteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones posteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

ARTÍCULO 33. Respecto a un Estado que tenga en materia de guarda de menores dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes:

- a. Cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;
- b. Cualquier referencia a la ley del Estado de la residencia habitual contempla la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.

ARTÍCULO 34. Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta

Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención.

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.

ARTÍCULO 35. La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma

bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia.

ARTÍCULO 36. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 37. La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Parte.

ARTÍCULO 38. El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que

hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en los artículos pertinentes de la presente Convención.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE MONTEVIDEO, REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, el día quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES

Los Estados Parte en la Presente Convención,

CONSIDERANDO la importancia de asegurar una protección integral y efectiva del menor, por medio de la instrumentación de mecanismos adecuados que permitan garantizar el respeto de sus derechos;

CONSCIENTES de que el tráfico internacional de menores constituye una preocupación universal; TENIENDO EN CUENTA el derecho convencional en materia de protección internacional del menor, y en especial lo previsto en los artículos 11 y 35 de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989;

CONVENCIDOS de la necesidad de regular los aspectos civiles y penales del tráfico internacional de menores; y

REAFIRMANDO la importancia de la cooperación internacional para lograr una eficaz protección del interés superior del menor,

Convienen lo siguiente:

CAPÍTULO PRIMERO NORMAS GENERALES

ARTÍCULO 1. El objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior

del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.

En tal sentido, los Estados Parte de esta Convención se obligan a:

- a. Asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior;
- b. Instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y
- c. Asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

ARTÍCULO 2. Esta Convención se aplicará a cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor.

Para los efectos de la presente Convención:

- a. “Menor” significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años.
- b. “Tráfico internacional de menores” significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.
- c. “Propósitos ilícitos” incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito

ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.

- d. “Medios ilícitos” incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.

ARTÍCULO 3. Esta Convención abarcará, asimismo, los aspectos civiles de la sustracción, el traslado y la retención ilícitos de los menores en el ámbito internacional no previstos por otras convenciones internacionales sobre la materia.

ARTÍCULO 4. Los Estados Parte, en la medida de lo posible, cooperarán con los Estados no Parte en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito.

En tal sentido, las autoridades competentes de los Estados Parte deberán notificar a las autoridades competentes de un Estado no Parte, en aquellos casos en que se encuentre en su territorio a un menor que ha sido víctima del tráfico internacional de menores en un Estado Parte.

ARTÍCULO 5. A los efectos de la presente Convención, cada Estado Parte designará una Autoridad Central y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Un Estado Federal, o un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos, o un Estado con unidades territoriales autó-

nomas, puede designar más de una Autoridad Central y especificar la extensión jurídica o territorial de sus funciones. El Estado que haga uso de esta facultad designará la Autoridad Central a la que puede dirigirse toda comunicación.

En caso de que un Estado Parte designara más de una Autoridad Central hará la comunicación pertinente a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 6. Los Estados Parte velarán por el interés del menor, procurando que los procedimientos de aplicación de la Convención permanezcan confidenciales en todo momento.

CAPÍTULO II ASPECTOS PENALES

ARTÍCULO 7. Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores definido en esta Convención.

ARTÍCULO 8. Los Estados Parte se comprometen a:

- a. Prestarse asistencia mutua en forma pronta y expedita por intermedio de sus Autoridades Centrales, dentro de los límites de la ley interna de cada Estado Parte y conforme a los tratados internacionales aplicables, para las diligencias judiciales y administrativas, la obtención de pruebas y demás actos procesales que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos de esta Convención;
- b. Establecer por medio de sus Autoridades Centrales mecanismos de intercambio de información sobre legislación

nacional, jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional de menores en sus respectivos Estados; y

- c. Disponer las medidas que sean necesarias para remover los obstáculos que puedan afectar en ellos la aplicación de esta Convención en sus respectivos Estados.

ARTÍCULO 9. Tendrán competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores:

- a. El Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita;
- b. El Estado Parte de residencia habitual del menor;
- c. El Estado Parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y
- d. El Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico.

Tendrá preferencia a los efectos del párrafo anterior el Estado Parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito.

ARTÍCULO 10. Si uno de los Estados Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición proveniente de un Estado Parte con el cual no ha celebrado tratado, o en caso de haberlo no lo contemple entre los delitos extraditables, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para concederla en caso de tráfico internacional de menores.

Asimismo, los Estados Parte que no supeditan la extradición a la existencia de un tratado reconocerán el tráfico internacional de menores como causal de extradición entre ellos.

Cuando no exista Tratado de extradición, ésta estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho interno del Estado requerido.

ARTÍCULO 11. Las acciones instauradas conforme a lo dispuesto en este capítulo no impiden que las autoridades competentes del Estado Parte donde el menor se encontrare ordenen en cualquier momento su restitución inmediata al Estado de su residencia habitual, considerando el interés superior del menor.

CAPÍTULO III ASPECTOS CIVILES

ARTÍCULO 12. La solicitud de localización y restitución del menor derivada de esta Convención será promovida por aquellos titulares que establezca el derecho del Estado de la residencia habitual del menor.

ARTÍCULO 13. Serán competentes para conocer de la solicitud de localización y de restitución, a opción de los reclamantes, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte de residencia habitual del menor, o las del Estado Parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido.

Cuando existan razones de urgencia a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

ARTÍCULO 14. La solicitud de localización y de restitución se tramitará por intermedio de las Autoridades Centrales o directamente ante las autoridades competentes previstas en el artículo 13 de esta Convención. Las autoridades requeridas acordarán los procedimientos más expeditos para hacerla efectiva.

Recibida la solicitud respectiva, las autoridades requeridas dispondrán las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y restitución del menor. Además, se adoptarán las medidas para proveer la inmediata restitución del menor y, de ser necesario, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, conforme a las circunstancias, e impedir de modo preventivo que el menor pueda ser trasladado indebidamente a otro Estado.

La solicitud fundada de localización y de restitución deberá ser promovida dentro de los ciento veinte días de conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícitos del menor. Cuando la solicitud de localización y de restitución fuere promovida por un Estado Parte, éste dispondrá para hacerlo de un plazo de ciento ochenta días.

Cuando fuere necesario proceder con carácter previo a la localización del menor, el plazo anterior se contará a partir del día en que ella fuere del conocimiento de los titulares de la acción.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las autoridades del Estado Parte donde el menor fuere retenido podrán ordenar en cualquier momento la restitución del mismo conforme al interés superior de dicho menor.

ARTÍCULO 15. En las solicitudes de cooperación comprendidas en esta Convención transmitidas por vía consular o diplomática o por intermedio de las Autoridades Centrales, será innecesario el requisito de legalización u otras formalidades similares. En el caso de solicitudes de cooperación cursadas directamente entre tribunales de la zona fronteriza de los Estados Parte tampoco será necesario el requisito de la legalización. Asimismo, estarán exentos de legalización en el Estado Parte solicitante los documentos que sobre el particular se devuelvan por las mismas vías.

Las solicitudes deberán estar traducidas, en su caso, al idioma o idiomas oficiales del Estado Parte al que se dirijan. Respecto a los anexos, bastará la traducción de un sumario que contenga los datos esenciales de los mismos.

ARTÍCULO 16. Las autoridades competentes de un Estado Parte que constaten en el territorio sometido a su jurisdicción la presencia de una víctima de tráfico internacional de menores deberán adoptar las medidas inmediatas que sean necesarias para su protección, incluso aquellas de carácter preventivo que impidan el traslado indebido del menor a otro Estado.

Estas medidas serán comunicadas por medio de las Autoridades Centrales a las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del menor. Las autoridades intervinientes adoptarán cuantas medidas sean necesarias para que los titulares de la acción de localización y restitución del menor estén informados de las medidas adoptadas.

ARTÍCULO 17. De conformidad con los objetivos de esta Convención, las Autoridades Centrales de los Estados Parte intercambiarán información y colaborarán con sus autoridades competentes judiciales y administrativas en todo lo relativo al control de la salida y entrada de menores a su territorio.

ARTÍCULO 18. Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores.

En la respectiva acción de anulación, se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor.

La anulación se someterá a la ley y a las autoridades competentes del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate.

ARTÍCULO 19. La guarda o custodia serán susceptibles de revocación cuando tuvieren su origen o fin en el tráfico internacional de menores, en las mismas condiciones previstas en el artículo anterior.

ARTÍCULO 20. La solicitud de localización y de restitución del menor podrá promoverse sin perjuicio de las acciones de anulación y revocación previstas en los artículos 18 y 19.

ARTÍCULO 21. En los procedimientos previstos en el presente capítulo, la autoridad competente podrá ordenar que el particular o la organización responsable del tráfico internacional de menores pague los gastos y las costas de la localización y restitución, en tanto dicho particular u organización haya sido parte de ese procedimiento.

Los titulares de la acción o, en su caso, la autoridad competente podrán entablar acción civil para obtener el resarcimiento de las costas, incluidos los honorarios profesionales y los gastos de localización y restitución del menor, a menos que éstos hubiesen sido fijados en un procedimiento penal o un procedimiento de restitución conforme a lo previsto en esta Convención.

La autoridad competente o cualquier persona lesionada podrá entablar acción civil por daños y perjuicios contra los particulares o las organizaciones responsables del tráfico internacional del menor.

ARTÍCULO 22. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para lograr la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor conforme a su derecho interno e infor-

marán a las personas legítimamente interesadas en la restitución del menor de las defensorías de oficio, beneficios de pobreza e instancias de asistencia jurídica gratuita a que pudieran tener derecho, conforme a las leyes y los reglamentos de los Estados Parte respectivos.

CAPÍTULO IV CLAUSULAS FINALES

ARTÍCULO 23. Los Estados Parte podrán declarar, al momento de la firma, ratificación o adhesión a esta Convención o con posterioridad, que se reconocerán y ejecutarán las sentencias penales dictadas en otro Estado Parte en lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores.

ARTÍCULO 24. Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, toda mención;

- a. A la ley del Estado se entenderá referida a la ley en la correspondiente unidad territorial;
- b. A la residencia habitual en dicho Estado se entenderá referida a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado;
- c. A las autoridades competentes de dicho Estado se entenderá referida a las autoridades autorizadas para actuar en la correspondiente unidad territorial.

ARTÍCULO 25. Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que

la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones posteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones posteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.

ARTÍCULO 26. Los Estados Parte podrán declarar, al momento de la firma, ratificación o adhesión a la presente Convención o con posterioridad, que no se podrá oponer en juicio civil en ese Estado Parte excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por este delito, pronunciada en otro Estado Parte.

ARTÍCULO 27. Las autoridades competentes de las zonas fronterizas de los Estados Parte podrán acordar, directamente y en cualquier momento, procedimientos de localización y restitución más expeditos que los previstos en la presente Convención y sin perjuicio de ésta. Nada de lo dispuesto en esta Convención se interpretará en el sentido de restringir las prácticas más favorables que entre sí pudieran observar las autoridades competentes de los Estados Parte para los propósitos tratados en ella.

ARTÍCULO 28. Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 29. Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 30. Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigor. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 31. Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmada, ratificada o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas y que no sea incompatible con el objeto y fines de esta Convención.

ARTÍCULO 32. Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las Partes.

ARTÍCULO 33. Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 34. Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.

ARTÍCULO 35. El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.

EN FE DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención.

HECHO EN LA CIUDAD DE MEXICO, D. F., MEXICO, el día dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

RESOLUCIÓN NO. 480-2008



Dios, Patria y Libertad República Dominicana

En Nombre de la República, la Suprema Corte de Justicia, regularmente constituida por los Jueces Jorge A. Subero Isa, Presidente; Rafael Luciano Pichardo, Primer Sustituto de Presidente; Eglys Margarita Esmurdoc, Segundo Sustituto de Presidente; Hugo Álvarez Valencia, Juan Luperón Vásquez, Margarita A. Tavares, Enilda Reyes Pérez, Dulce Ma. Rodríguez de Goris, Víctor José Castellanos Estrella, Ana Rosa Bergés Dreyfous, Edgar Hernández Mejía, Darío O. Fernández Espinal y José E. Hernández Machado, asistidos de la Secretaria General, en Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, hoy 6 de marzo de 2008, años 164^o de la Independencia y 145^o de la Restauración, dicta en Cámara de Consejo la siguiente resolución:

Visto los artículos 3, párrafo 2, 8, numeral 2, literal j), 10 y 67 de la Constitución de la República;

Visto los artículos 14, inciso h) de la ley Orgánica núm. 25-91 de la Suprema Corte de Justicia, del 15 de octubre de 1991, modifi-

cada por la Ley núm.156-97, del 10 de julio de 1997, y 29, inciso 2, de la Ley núm. 821 de Organización Judicial, de 1927;

Visto el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de fecha 25 de octubre de 1980, aprobado por el Congreso Nacional en fecha 4 de mayo de 2004, promulgado por el Poder Ejecutivo el 25 de mayo de 2004;

Visto la Convención sobre los Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Congreso Nacional mediante Resolución núm. 8-91, del 23 de marzo de 1991, publicada en la Gaceta Oficial núm. 9805, del 15 de abril de 1991;

Visto el artículo 110 de la Ley 136-03 que instituye el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes;

Atendido, que la República Dominicana ratificó el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores;

Atendido, que el Convenio tiene por finalidad garantizar la restitución de la persona menor de edad trasladada a cualquier Estado Parte o retenida de manera ilícita en él y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados se respeten en los demás Estados Parte;

Atendido, que de acuerdo al artículo 3 del Convenio, se consideran ilícitos el traslado y la retención de una persona menor de edad cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que la persona menor de edad tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado

o retención y cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa;

Atendido, que en virtud de lo establecido en el artículo 4 del Convenio, éste se aplica a toda persona menor de edad que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio deja de aplicarse cuando la persona menor alcance la edad de 16 años;

Atendido, que conforme a los efectos del Convenio, el derecho de custodia comprende el derecho relativo al cuidado de la persona menor de edad y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; y, el derecho de visita comprende el derecho de llevar a la persona menor de edad, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual;

Atendido, que conforme dispone el Convenio en el artículo 13, la autoridad judicial del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del niño, niña o adolescente si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona menor de edad no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladada o retenida o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

Existe un grave riesgo de que la restitución exponga a la persona menor de edad a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera la ponga en una situación intolerable.

La autoridad judicial puede asimismo negarse a ordenar la restitución de la persona menor de edad si comprueba que la propia persona se opone a su restitución, cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Atendido, que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes resulta de primordial importancia para todas las cuestiones relativas a su custodia, en aras de protegerles de los efectos perjudiciales que puede ocasionarles un traslado o una retención ilícita y garantizar el restablecimiento de la situación familiar alterada;

Atendido, que el artículo 2 del citado Convenio establece que los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios los objetivos del mismo, recurriendo a procedimientos de urgencia;

Atendido, que con estas medidas se persigue establecer el procedimiento que permita garantizar la restitución de la persona menor de edad protegida por el Convenio a un Estado en que tenga su residencia habitual, de acuerdo al artículo 12 del indicado instrumento;

Atendido, que es pertinente que se adopte el procedimiento a seguir en los tribunales de niños, niñas y adolescentes o en cualquier tribunal que ejerza esas funciones, a fin de garantizar la efectiva aplicación del derecho que tiene la persona menor de edad que ha sido trasladada o retenida de manera ilícita, a ser restituida a su domicilio habitual;

Atendido, que los procedimientos administrativo y judicial de restitución de la persona menor de edad deben culminar en un

plazo de seis semanas a partir de la fecha de su inicio, de acuerdo al artículo 11 del Convenio, en consecuencia procede fijar plazos breves para el conocimiento del proceso;

Por tanto,

RESUELVE:

PRIMERO: La presente resolución tiene como finalidad establecer el procedimiento para conocer de la solicitud de restitución de la persona menor de edad que no hubiere alcanzado los dieciséis años, trasladada o retenida de manera ilícita a la República Dominicana y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en el Estado de procedencia sean respetados; **SEGUNDO:** Es competente para conocer de la solicitud de restitución de una persona menor de edad, en virtud del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la sala civil del tribunal de niños, niñas y adolescentes; donde no la hubiere, el tribunal de niños, niñas y adolescentes en atribuciones civiles y, en su defecto, la cámara civil del juzgado de primera instancia, si estuviere dividido en cámaras o el juzgado de primera instancia, en caso de plenitud de jurisdicción, ambos en atribuciones de niños, niñas y adolescentes, de la demarcación territorial donde se encuentre la persona menor de edad que haya sido objeto de un traslado o de una retención ilícita; **TERCERO:** Tiene calidad para incoar o promover la apertura de un procedimiento judicial de restitución la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de guarda o de visita de la persona menor de edad y la autoridad central dominicana encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio. En todos los casos, esta autoridad es parte en el proceso de restitución y

como tal debe participar en el mismo; **CUARTO:** Las actuaciones se practicarán con intervención del ministerio público y los interesados podrán actuar personalmente o mediante la representación de abogado; **QUINTO:** El procedimiento tiene un carácter urgente y debe culminar, en todas sus instancias, en un plazo no mayor de seis semanas, contado desde la fecha en que se solicite la restitución de la persona menor de edad; **SEXTO:** Promovida la solicitud de restitución ante la autoridad central y si hubiere fracasado el requerimiento para la restitución voluntaria ante dicha autoridad: a) el tribunal competente es apoderado por quien tenga calidad según esta resolución, mediante solicitud que debe ir acompañada de la documentación requerida en el artículo 8 del Convenio; b) la autoridad judicial dicta resolución, en el plazo de cuarenta y ocho horas, requiriendo a la persona que ha sustraído o retiene a la persona menor de edad, para que en la fecha que determine, que no podrá exceder de los tres días siguientes, comparezca ante el tribunal con la persona menor de edad y manifieste si accede voluntariamente a la restitución del niño, niña o adolescente a la persona, institución u organismo que es titular del derecho de guarda o de visita o, en otro caso, si se opone a la restitución por existir alguna de las causas establecidas en el Convenio; c) si no comparece la persona requerida, la autoridad judicial continua con los procedimientos aun en su ausencia y dispone todas las medidas que resulten pertinentes a fin de obtener la presencia de la persona requerida y de la persona menor de edad de que se trate; **SEPTIMO:** Si comparece la persona requerida y accede a la restitución voluntaria de la persona menor de edad, se levanta acta, acordando la autoridad judicial, mediante auto, la conclusión del procedimiento y la entrega del niño, niña o adolescente a la persona, institución u organismo

titular del derecho de guarda o de visita; **OCTAVO:** Si la persona requerida no accede voluntariamente a la restitución de la persona menor de edad por existir algunas de las causas establecidas en el artículo 13 del Convenio, el asunto será ventilado y decidido por la autoridad judicial, en cuyo caso, libraré auto citando a las partes, al ministerio público y a la autoridad central, a una audiencia que tendrá lugar en un plazo no superior a los dos días siguientes y ordena las medidas provisionales que juzgue pertinentes en relación con la persona menor de edad; **NOVENO:** En la audiencia se escucha a las partes, al ministerio público, a la autoridad central y a la persona menor de edad, si procede, sobre su restitución; **DÉCIMO:** La autoridad judicial decide por sentencia, dentro de los cinco días siguientes a contar desde la fecha de la audiencia, si procede o no la restitución, teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente y los términos del Convenio; **DÉCIMO PRIMERO:** La sentencia que decida sobre la solicitud de restitución sólo puede ser impugnada mediante el recurso de apelación, no estando abierto el recurso de casación, ni otro recurso ordinario o extraordinario. La apelación se interpone por instancia depositada en la secretaría de la corte de apelación de niños, niñas y adolescentes competente o de la corte que haga sus veces, dentro del plazo de cinco días hábiles a partir de dictada la sentencia, cuando las partes se encuentren presentes y, en caso contrario, a partir de la notificación de la misma. La corte de apelación apoderada fija audiencia que debe conocerse dentro de los dos días siguientes, quedando a cargo de la secretaría de la corte de apelación realizar los requerimientos para la citación de las partes en el proceso y la notificación de la instancia contentiva del recurso, mediante cualquiera de los medios establecidos en la Resolución núm. 1732-05 la Suprema Corte

de Justicia de fecha 15 de septiembre de 2005. **PÁRRAFO:** La corte de apelación debe decidir el recurso dentro del plazo de cinco días siguientes a la audiencia; **DÉCIMO SEGUNDO:** Ordena comunicar la presente resolución a las salas civiles de los tribunales de niños, niñas y adolescentes, a los tribunales de niños, niñas y adolescentes con plenitud de jurisdicción, a las cámaras civiles de los juzgados de primera instancia y a los juzgados de primera instancia con plenitud de jurisdicción, en atribuciones de niños, niñas y adolescentes, a las cortes de apelación de niños, niñas y adolescentes, a las cámaras civiles de las cortes de apelación y a las cortes de apelación con plenitud de jurisdicción, en atribuciones de niños, niñas y adolescentes, al Procurador General de la República, al Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI), en su calidad de autoridad central, y a la Dirección General de la Carrera Judicial; **DÉCIMO TERCERO:** Ordena publicar la presente resolución en el Boletín Judicial.

(Firmado) Jorge A. Subero Isa.- Rafael Luciano Pichardo.- Eglys Margarita Esmurdoc.- Hugo Álvarez Valencia.- Juan Luperón Vásquez.- Margarita A. Tavares.- Enilda Reyes Pérez.- Dulce Ma. Rodríguez de Goris.- Víctor José Castellanos Estrella.- Ana Rosa Bergés Dreyfous.- Edgar Hernández Mejía.- Darío O. Fernández Espinal.- José E. Hernández Machado.

La presente resolución ha sido dada y firmada por los señores Jueces que figuran en su encabezamiento, el mismo día, mes y año en él expresados, lo que yo, Secretaria General, certifico. (Firmado) Grimilda Acosta de Subero.-

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Proclamada por la Asamblea General en su
resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959

PREÁMBULO

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Considerando que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,

Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle, La Asamblea General,

Proclama la presente Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

PRINCIPIO 1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

PRINCIPIO 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

PRINCIPIO 3. El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

PRINCIPIO 4. El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena

salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

PRINCIPIO 5. El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

PRINCIPIO 6. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

PRINCIPIO 7. El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la

educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

PRINCIPIO 8. El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

PRINCIPIO 9. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

PRINCIPIO 10. El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989

Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

PREÁMBULO. Los Estados Partes en la presente Convención, Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarios para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”,

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

ARTÍCULO 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

ARTÍCULO 2.

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a

cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

ARTÍCULO 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidos por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su

personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

ARTÍCULO 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

ARTÍCULO 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de importarle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

ARTÍCULO 6.

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

ARTÍCULO 7.

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

ARTÍCULO 8.

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

ARTÍCULO 9.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesario en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesario en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adaptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las

partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

ARTÍCULO 10.

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarios para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

ARTÍCULO 11.

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

ARTÍCULO 12.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

ARTÍCULO 13.

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarios:
 - a. Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
 - b. Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

ARTÍCULO 14.

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones pres-

critas por la ley que sean necesarios para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

ARTÍCULO 15.

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidos de conformidad con la ley y que sean necesarios en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

ARTÍCULO 16.

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

ARTÍCULO 17. Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

- a. Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
- b. Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c. Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
- d. Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
- e. Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

ARTÍCULO 18.

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo

que respecto a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

ARTÍCULO 19.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesario al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

ARTÍCULO 20.

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

ARTÍCULO 21. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a. Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, porientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.
- b. Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen.

- c. Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.
- d. Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar á beneficios financieros indebidos para quienes porticipan en ella.
- e. Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

ARTÍCULO 22.

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.
2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales

competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesario para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

ARTÍCULO 23.

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la porticipación activa del niño en la comunidad.
2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.
3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo

a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

ARTÍCULO 24.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
 - a. Reducir la mortalidad infantil y en la niñez.

- b. Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarios a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud.
 - c. Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente.
 - d. Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.
 - e. Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos.
 - f. Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.
4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresi-

vamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

ARTÍCULO 25. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

ARTÍCULO 26.

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarios para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.
2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

ARTÍCULO 27.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarios para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por porte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

ARTÍCULO 28.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
 - a. Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos.
 - b. Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas

- tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad.
- c. Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados.
 - d. Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas.
 - e. Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.
2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.
 3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

ARTÍCULO 29.

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:
 - a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.

- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas.
 - c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya.
 - d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.
 - e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.
2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

ARTÍCULO 30. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

ARTÍCULO 31.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

ARTÍCULO 32.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:
 - a. Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar.
 - b. Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo.
 - c. Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

ARTÍCULO 33. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

ARTÍCULO 34. Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarios para impedir:

- a. La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal.
- b. La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales.
- c. La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

ARTÍCULO 35. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarios para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

ARTÍCULO 36. Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

ARTÍCULO 37. Los Estados Partes velarán por que:

- a. Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá

la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

- b. Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.
- c. Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.
- d. Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

ARTÍCULO 38.

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no porticipen directamente en las hostilidades.
3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.
4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

ARTÍCULO 39. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

ARTÍCULO 40.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño

por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:
 - a. Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
 - b. Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i. Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - ii. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
 - iii. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo

- de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;
- iv. Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la porticipación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
 - v. Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
 - vi. Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
 - vii. Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.
3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a. El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
 - b. Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.
4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

ARTÍCULO 41. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a. El derecho de un Estado Parte; o
- b. El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II

ARTÍCULO 42. Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

ARTÍCULO 43.

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.
2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.
3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.
4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos condidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.
6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.
7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.
8. El Comité adoptará su propio reglamento.
9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.
10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente

Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.
12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

ARTÍCULO 44.

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:
 - a. En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;
 - b. En lo sucesivo, cada cinco años.
2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga

cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.
4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.
5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.
6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

ARTÍCULO 45. Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

- a. Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los or-

- ganismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;
- b. El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;
 - c. El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;
 - d. El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

PARTE III

ARTÍCULO 46. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

ARTÍCULO 47. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 48. La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 49.

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 50.

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que les notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación.

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.
3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

ARTÍCULO 51.

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.
2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.
3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

ARTÍCULO 52. Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

ARTÍCULO 53. Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 54. El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

**PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS
DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS,
LA PROSTITUCIÓN INFANTIL
Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS
EN LA PORNOGRAFÍA**

**Aprobada por la Asamblea General por Resolución
A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en
vigor: 18 de enero de 2002**

Los Estados Partes en el presente Protocolo,

Considerando que para asegurar el mejor logro de los propósitos de la Convención sobre los Derechos del Niño 1 y la aplicación de sus disposiciones y especialmente de los artículos 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 y 36, sería conveniente ampliar las medidas que deben adoptar los Estados Partes a fin de garantizar la protección de los menores contra la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía,

Considerando también que en la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce el derecho del niño a la protección contra la explotación económica y la realización de trabajos que puedan ser peligrosos, entorpecer su educación o afectar su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social,

Gravemente preocupados por la importante y creciente trata internacional de menores a los fines de la venta de niños, su prostitución y su utilización en la pornografía,

Manifestando su profunda preocupación por la práctica difundida y continuada del turismo sexual, a la que los niños son especialmente vulnerables ya que fomenta directamente la venta de niños, su utilización en la pornografía y su prostitución,

Reconociendo que algunos grupos especialmente vulnerables, en particular las niñas, están expuestos a un peligro mayor de explotación sexual, y que la representación de niñas entre las personas explotadas sexualmente es desproporcionadamente alta,

Preocupados por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la Internet y otros medios tecnológicos modernos y recordando la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet (Viena, 1999) y, en particular, sus conclusiones, en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de la Internet,

Estimando que será más fácil erradicar la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía si se adopta un enfoque global que permita hacer frente a todos los factores que contribuyen a ello, en particular el subdesarrollo, la pobreza, las disparidades económicas, las estructuras socioeconómicas no equitativas, la disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas, los conflictos armados y la trata de niños,

Estimando que se deben hacer esfuerzos por sensibilizar al público a fin de reducir el mercado de consumidores que lleva a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y estimando también que es importante fortalecer la asociación mundial de todos los agentes, así como mejorar la represión a nivel nacional,

Tomando nota de las disposiciones de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección de los niños, en particular el Convenio de La Haya sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, la Convención de La Haya sobre la Jurisdicción, el Derecho Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y Medidas para la Protección de los Niños, así como el Convenio No 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación,

Alentados por el abrumador apoyo de que goza la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que demuestra la adhesión generalizada a la promoción y protección de los derechos del niño,

Reconociendo la importancia de aplicar las disposiciones del Programa de Acción para la Prevención de la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, así como la Declaración y el Programa de Acción aprobado por el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Estocolmo del 27 al 31 de agosto de 1964, y las demás decisiones y recomendaciones pertinentes de los órganos internacionales competentes,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo a los fines de la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Han convenido en lo siguiente:

ARTÍCULO 1. Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

ARTÍCULO 2. A los efectos del presente Protocolo:

- a. Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- b. Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- c. Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

ARTÍCULO 3.

1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

- a. En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:
 - i. Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:
 - a. Explotación sexual del niño;
 - b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;
 - c. Trabajo forzoso del niño;
 - ii. Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;
 - b. La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2;
 - c. La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.
2. Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos.
 3. Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad.

4. Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.
5. Los Estados Partes adoptarán todas las disposiciones legales y administrativas pertinentes para que todas las personas que intervengan en la adopción de un niño actúen de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales aplicables.

ARTÍCULO 4.

1. Todo Estado Parte adoptará las disposiciones necesarios para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3, cuando esos delitos se cometan en su territorio o a bordo de un buque o una aeronave que enarboles su pabellón.
2. Todo Estado Parte podrá adoptar las disposiciones necesarios para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3 en los casos siguientes:
 - a. Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado o tenga residencia habitual en su territorio;
 - b. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado.
3. Todo Estado Parte adoptará también las disposiciones que sean necesarios para hacer efectiva su jurisdicción con

respecto a los delitos antes señalados cuando el presunto delincuente sea hallado en su territorio y no sea extraditado a otro Estado Parte en razón de haber sido cometido el delito por uno de sus nacionales.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo excluirá el ejercicio de la jurisdicción penal de conformidad con la legislación nacional.

ARTÍCULO 5.

1. Los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes, y se incluirán como delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro, de conformidad con las condiciones establecidos en esos tratados.
2. El Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá invocar el presente Protocolo como base jurídica para la extradición respecto de esos delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones establecidos en la legislación del Estado requerido.
3. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán que esos delitos dan lugar a la extradición entre esos Estados, con sujeción a las condiciones establecidos en la legislación del Estado requerido.

4. A los efectos de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido no solamente en el lugar donde ocurrieron sino también en el territorio de los Estados obligados a hacer efectiva su jurisdicción con arreglo al artículo 4.
5. Si se presenta una solicitud de extradición respecto de uno de los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3 y el Estado requerido no la concede o no desea concederla a en razón de la nacionalidad del autor del delito, ese Estado adoptará las medidas que correspondan para someter el caso a sus autoridades competentes a los efectos de su enjuiciamiento.

ARTÍCULO 6.

1. Los Estados Partes se prestarán toda la asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3, en particular asistencia para la obtención de todas las pruebas necesarios para esos procedimientos que obren en su poder.
2. Los Estados Partes cumplirán las obligaciones que les incumban en virtud del párrafo 1 del presente artículo de conformidad con los tratados u otros acuerdos de asistencia judicial recíproca que existan entre ellos. En ausencia de esos tratados o acuerdos, los Estados Partes se prestarán dicha asistencia de conformidad con su legislación.

ARTÍCULO 7. Con sujeción a las disposiciones de su legislación, los Estados Partes:

- a. Adoptarán medidas para incautar y confiscar, según corresponda:
 1. Los bienes tales como materiales, activos y otros medios utilizados para cometer o facilitar la comisión de los delitos a que se refiere el presente Protocolo;
 2. Las utilidades obtenidas de esos delitos;
- b. Darán curso a las peticiones formuladas por otros Estados Partes para que se proceda a la incautación o confiscación de los bienes o las utilidades a que se refiere el inciso i) del apartado a);
- c. Adoptarán medidas para cerrar, temporal o definitivamente, los locales utilizados para cometer esos delitos.

ARTÍCULO 8.

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo y, en particular, deberán:
 - a. Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos;
 - b. Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa;
 - c. Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños

- víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional;
- d. Prestar la debido asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas;
 - e. Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas;
 - f. Velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias;
 - g. Evitar las demoras innecesarios en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas.
2. Los Estados Partes garantizarán que el hecho de haber dudas acerca de la edad real de la víctima no impida la iniciación de las investigaciones penales, incluidas las investigaciones encaminadas a determinar la edad de la víctima.
 3. Los Estados Partes garantizarán que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo, la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño.
 4. Los Estados Partes adoptarán medidas para asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajen con

víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente Protocolo.

5. Los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, medidas para proteger la seguridad e integridad de las personas u organizaciones dedicadas a la prevención o la protección y rehabilitación de las víctimas de esos delitos.
6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, ni será incompatible con esos derechos.

ARTÍCULO 9.

1. Los Estados Partes adoptarán o reforzarán, aplicarán y darán publicidad a las leyes, las medidas administrativas, las políticas y los programas sociales, destinados a la prevención de los delitos a que se refiere el presente Protocolo. Se prestará particular atención a la protección de los niños que sean especialmente vulnerables a esas prácticas.
2. Los Estados Partes promoverán la sensibilización del público en general, incluidos los niños, mediante la información por todos los medios apropiados y la educación y adiestramiento acerca de las medidas preventivas y los efectos perjudiciales de los delitos a que se refiere el presente Protocolo. Al cumplir las obligaciones que les impone este artículo, los Estados Partes alentarán la participación de la comunidad y, en particular, de los niños y de los niños víctimas, en tales programas de información, educación y adiestramiento, incluso en el plano internacional.
3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas posibles con el fin de asegurar toda la asistencia apropiada a las víctimas

de esos delitos, así como su plena reintegración social y su plena recuperación física y psicológica.

4. Los Estados Partes asegurarán que todos los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo tengan acceso a procedimientos adecuados para obtener sin discriminación de las personas legalmente responsables, reparación por los daños sufridos.
5. Los Estados Partes adoptarán las medidas necesarios para prohibir efectivamente la producción y publicación de material en que se haga publicidad a los delitos enunciados en el presente Protocolo.

ARTÍCULO 10.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas necesarios para fortalecer la cooperación internacional mediante acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales, para la prevención, la detección, la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de actos de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o el turismo sexual. Los Estados Partes promoverán también la cooperación internacional y la coordinación entre sus autoridades y las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, así como las organizaciones internacionales.
2. Los Estados Partes promoverán la cooperación internacional en ayuda de los niños víctimas a los fines de su recuperación física y psicológica, reintegración social y repatriación,

3. Los Estados Partes promoverán el fortalecimiento de la cooperación internacional con miras a luchar contra los factores fundamentales, como la pobreza y el subdesarrollo, que contribuyen a la vulnerabilidad de los niños a las prácticas de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o en el turismo sexual.
4. Los Estados Partes que estén en condiciones de hacerlo proporcionarán asistencia financiera, técnica o de otra índole, por conducto de los programas existentes en el plano multilateral, regional o bilateral o de otros programas.

ARTÍCULO 11. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo se entenderá en perjuicio de cualquier disposición más propicia a la realización de los derechos del niño que esté contenida en:

- a. La legislación de un Estado Parte;
- b. El derecho internacional en vigor con respecto a ese Estado.

ARTÍCULO 12.

1. En el plazo de dos años después de la entrada en vigor del Protocolo respecto de un Estado Parte, éste presentará al Comité de los Derechos del Niño un informe que contenga una exposición general de las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento a las disposiciones del Protocolo.
2. Después de la presentación del informe general, cada Estado Parte incluirá en los informes que presente al Comité de los Derechos del Niño, de conformidad con el artículo 44 de la Convención, información adicional sobre la aplicación del Protocolo. Los demás Estados Partes en el Protocolo presentarán un informe cada cinco años.

3. El Comité de los Derechos del Niño podrá pedir a los Estados Partes cualquier información pertinente sobre la aplicación del presente Protocolo.

ARTÍCULO 13.

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de todo Estado que sea Parte en la Convención o la haya firmado.
2. El presente Protocolo está sujeto a la ratificación y abierto a la adhesión de todo Estado que sea Parte en la Convención o la haya firmado. Los instrumentos de ratificación o de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 14.

1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Respecto de los Estados que hayan ratificado el presente Protocolo o se hayan adherido a él después de su entrada en vigor, el Protocolo entrará en vigor un mes después de la fecha en que se haya depositado el correspondiente instrumento de ratificación o de adhesión.

ARTÍCULO 15.

1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento notificándolo por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará de ello a los demás Estados Partes en la Convención y a todos los Estados que hayan firmado la Convención. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en

que la notificación haya sido recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Esa denuncia no eximirá al Estado Parte de las obligaciones que le incumban en virtud del presente Protocolo respecto de todo delito que se haya cometido antes de la fecha en que aquélla surta efecto. La denuncia tampoco obstará en modo alguno para que el Comité prosiga el examen de cualquier asunto iniciado antes de esa fecha.

ARTÍCULO 16.

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declaran en favor de tal conferencia, el Secretario General la convocará con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General.
2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.
3. Las enmiendas, cuando entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado; los demás

Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Protocolo y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.

ARTÍCULO 17.

1. El presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados Partes en la Convención y a todos los Estados que hayan firmado la Convención.

**DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS
SOCIALES Y JURÍDICOS RELATIVOS A LA
PROTECCIÓN Y EL BIENESTAR DE LOS
NIÑOS, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA
ADOPCIÓN Y LA COLOCACIÓN EN HOGARES
DE GUARDA, EN LOS PLANOS NACIONAL
E INTERNACIONAL**

**Adoptada por la Asamblea General de las Naciones
Unidas en su resolución 41/85,
de 3 de diciembre de 1986**

La Asamblea General

Recordando la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,

Recordando también la Declaración de los Derechos del Niño, que proclamó en su resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959,

Reafirmando el principio 6 de esa Declaración, que establece que, siempre que sea posible, el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material,

Preocupada por el gran número de niños que quedan abandonados o huérfanos a causa de la violencia, los disturbios internos, los conflictos armados, los desastres naturales, las crisis económicas o los problemas sociales,

Teniendo presente que, en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental,

Reconociendo que en los principales sistemas jurídicos del mundo existen otras instituciones valiosas que representan una alternativa, como la Kafala del derecho islámico, las que proporcionan atención sustitutiva a los niños que no pueden ser cuidados por sus propios padres,

Reconociendo asimismo que sólo en el caso de que una determinada institución esté reconocida y reglamentada por el derecho interno de un Estado serían pertinentes las disposiciones de esta Declaración relativas a esa institución y que esas disposiciones no afectarían en modo alguno a las instituciones que existiesen en otros sistemas jurídicos y que representan una alternativa,

Consciente de la necesidad de proclamar principios universales que haya que tener en cuenta en los casos en que se inicien procedimientos, en el plano nacional o internacional, relativos a la adopción de un niño o su colocación en un hogar de guarda,

Teniendo presente, sin embargo, que los principios enunciados más adelante no imponen a los Estados instituciones jurídicas tales como la adopción o la colocación en hogares de guarda,

Proclama los siguientes principios:

A. BIENESTAR GENERAL DE LA FAMILIA Y DEL NIÑO

ARTÍCULO 1. Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño.

ARTÍCULO 2. El bienestar del niño depende del bienestar de la familia.

ARTÍCULO 3. Como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres.

ARTÍCULO 4. Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva- adoptiva o de guarda - o en caso necesario, una institución apropiada.

ARTÍCULO 5. En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.

ARTÍCULO 6. Los encargados de los procedimientos de adopción y de colocación en hogares de guarda deberán haber recibido capacitación profesional u otro tipo de capacitación apropiada.

ARTÍCULO 7. Los gobiernos deberán determinar si sus servicios nacionales de bienestar del niño son suficientes y considerar la posibilidad de adoptar medidas adecuadas.

ARTÍCULO 8. En todo momento el niño deberá tener nombre, nacionalidad y representante legal. El niño, al ser adoptado,

colocado en un hogar de guarda o quedar sometido a otro régimen, no deberá ser privado de su nombre, su nacionalidad o su representante legal a menos que con ello adquiera otro nombre, otra nacionalidad u otro representante legal.

ARTÍCULO 9. Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño.

B. COLOCACIÓN EN HOGARES DE GUARDA

ARTÍCULO 10. La colocación de los niños en hogares de guarda deberá reglamentarse por ley.

ARTÍCULO 11. Pese a que la colocación de niños en hogares de guarda tiene carácter temporal, puede continuar, de ser necesario, hasta la edad adulta, pero no deberá excluir la posibilidad de restitución a la propia familia ni de adopción antes de ese momento.

ARTÍCULO 12. En todas las cuestiones relativas a la colocación de niños en hogares de guarda deberán tener participación adecuada la futura familia de guarda y, según proceda, el niño y sus propios padres. Una autoridad u oficina competente deberá encargarse de la supervisión para velar por el bienestar del niño.

C. ADOPCIÓN

ARTÍCULO 13. El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente.

ARTÍCULO 14. Al considerar distintas posibilidades de adopción, los encargados de la colocación deberán elegir el medio más adecuado para el niño.

ARTÍCULO 15. Los propios padres del niño y los futuros padres adoptivos y, cuando proceda, el niño, deberán disponer de tiempo suficiente y asesoramiento adecuado para llegar cuanto antes a una decisión respecto del futuro del niño.

ARTÍCULO 16. Antes de la adopción, los servicios u organismos de bienestar del niño deberán observar la relación entre el niño que vaya a ser adoptado y los futuros padres adoptivos. La legislación deberá asegurar que el niño sea reconocido legalmente como miembro de la familia adoptiva y que goce de todos los derechos pertinentes a su condición de tal.

ARTÍCULO 17. Cuando no sea factible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia.

ARTÍCULO 18. Los gobiernos deberán establecer políticas, legislación y una supervisión eficaz, respecto de la protección de los niños que sean adoptados en otros países. Si las circunstancias lo permiten, la adopción en otros países sólo deberá realizarse cuando se hayan establecido esas medidas en los Estados de que se trate.

ARTÍCULO 19. Se deberán establecer políticas y promulgar leyes, cuando fuere necesario, que prohíban el secuestro o cualquier otro acto encaminado a la colocación ilícita de niños.

ARTÍCULO 20. Por regla general, la adopción en otro país deberá efectuarse por conducto de los organismos o autoridades competentes y deberán aplicarse las mismas salvaguardias y normas existentes respecto de las adopciones en el país de origen. En ningún caso la colocación deberá tener como resultado beneficios financieros indebidos para quienes partícipen en ella.

ARTÍCULO 21. En los casos de adopción en otro país que se tramiten por conducto de personas que actúen como agentes de los probables padres de adopción, se tomarán precauciones especiales para proteger los intereses jurídicos y sociales del niño.

ARTÍCULO 22. No se considerará adopción alguna en otro país sin establecer antes que el niño puede legalmente ser adoptado y que se cuenta con los documentos pertinentes necesarios para completar el trámite de adopción, tales como el consentimiento de las autoridades competentes. También deberá establecerse que el niño podrá inmigrar al país de los futuros padres adoptivos, unirse a ellos y adquirir su nacionalidad.

ARTÍCULO 23. En los casos de adopción en otro país, por regla general, deberá asegurarse la validez legal de la adopción en los dos países de que se trate.

ARTÍCULO 24. Si la nacionalidad del niño difiere de la de los futuros padres adoptivos, se sopesará debidamente tanto la legislación del Estado de que es nacional el niño como la del Estado de que son nacionales los probables padres adoptivos. A este respecto, se tendrán debidamente en cuenta la formación cultural y religiosa del niño, así como sus intereses.

**REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES
UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN
DE LA JUSTICIA DE MENORES
("REGLAS DE BEIJING")**

**PRIMERA PARTE
PRINCIPIOS GENERALES**

1. ORIENTACIONES FUNDAMENTALES

- 1.1 Los Estados Miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos intereses generales, promover el bienestar del menor y de su familia.
- 1.2 Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento de delito y delincuencia posible.
- 1.3 Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debido importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad.

- 1.4 La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.
- 1.5 Las presentes Reglas se aplicarán según el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales que predominen en cada uno de los Estados Miembros.
- 1.6 Los servicios de justicia de menores se perfeccionarán y coordinarán sistemáticamente con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados.

2. ALCANCE DE LAS REGLAS Y DEFINICIONES UTILIZADAS

- 2.1 Las Reglas mínimas que se enuncian a continuación se aplicarán a los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
- 2.2 Para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos:
 - a. Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto;

- b. Delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y
 - c. Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.
- 2.3 En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto:
- a. Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos;
 - b. Satisfacer las necesidades de la sociedad;
 - c. Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación.

3. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS REGLAS

- 3.1 Las disposiciones pertinentes de las Reglas no sólo se aplicarán a los menores delincuentes, sino también a los menores que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de los adultos.
- 3.2 Se procurará extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a todos los menores comprendidos en

los procedimientos relativos a la atención al menor y a su bienestar.

- 3.3 Se procurará asimismo extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a los delincuentes adultos jóvenes.

4. MAYORÍA DE EDAD PENAL

- 4.1 En los sistemas jurídicos que reconocen el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.

5. OBJETIVOS DE LA JUSTICIA DE MENORES

- 5.1 El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

6. ALCANCE DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES

- 6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.
- 6.2 Se procurará, no obstante, garantizar la debido competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales.

- 6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerla juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.

7. DERECHOS DE LOS MENORES

- 7.1 En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

8. PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD

- 8.1 Para evitar que la publicidad indebido o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.
- 8.2 En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente.

9. CLÁUSULAS DE SALVEDAD

- 9.1 Ninguna disposición de las presentes Reglas podrá ser interpretada en el sentido de excluir a los menores del ámbito de la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas y de otros instrumentos y normas reconocidos por la comunidad internacional relativos al cuidado y protección de los jóvenes.

SEGUNDA PARTE

INVESTIGACIÓN Y PROCESAMIENTO

10. PRIMER CONTACTO

- 10.1 Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible.
- 10.2 El juez, funcionario u organismo con competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor.
- 10.3 Sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño.

11. REMISIÓN DE CASOS

- 11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.
- 11.2 La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.

- 11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.
- 11.4 Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurara facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

12. ESPECIALIZACIÓN POLICIAL

- 12.1 Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad.

13. PRISIÓN PREVENTIVA

- 13.1 Solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.
- 13.2 Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.
- 13.3 Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas

mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

- 13.4 Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.
- 13.5 Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia social, educacional, profesional, psicológica, médica y física - que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

TERCERA PARTE

DE LA SENTENCIA Y LA RESOLUCIÓN

14. AUTORIDAD COMPETENTE PARA DICTAR SENTENCIA

- 14.1 Todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11) será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo.
- 14.2 El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente.

15. ASESORAMIENTO JURÍDICO Y DERECHOS DE LOS PADRES Y TUTORES

- 15.1 El menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso o a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación de dicha ayuda en el país.
- 15.2 Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la porticipación si existen motivos para presumir que la exclusión es necesario en defensa del menor.

16. INFORMES SOBRE INVESTIGACIONES SOCIALES

- 16.1 Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito.

17. PRINCIPIOS RECTORES DE LA SENTENCIA Y LA RESOLUCIÓN

- 17.1 La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:
 - a. La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;

- b. Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;
 - c. Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;
 - d. En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.
- 17.2 Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital.
- 17.3 Los menores no serán sancionados con penas corporales.
- 17.4 La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.

18. PLURALIDAD DE MEDIDAS RESOLUTORIAS

- 18.1 Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:
- a. Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;
 - b. Libertad vigilada;
 - c. Órdenes de prestación de servicios a la comunidad;
 - d. Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;

- e. Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f. Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g. Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;
- h. Otras órdenes pertinentes.

18.2 Ningún menor podrá ser sustraído, total o porcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.

19. CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL CONFINAMIENTO EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

19.1 El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible.

20. PREVENCIÓN DE DEMORAS INNECESARIOS

20.1 Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarios.

21. REGISTROS

21.1 Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que porticipen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas.

21.2 Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.

22. NECESIDAD DE PERSONAL ESPECIALIZADO Y CAPACITADO

22.1 Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesario a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se importará enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción.

22.2 El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.

CUARTA PARTE

TRATAMIENTO FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

23. EJECUCIÓN EFECTIVA DE LA RESOLUCIÓN

23.1 Se adoptarán disposiciones adecuadas para la ejecución de las órdenes que dicte la autoridad competente, y que se mencionan en la regla 14.1, por esa misma autoridad o por otra distinta si las circunstancias así lo exigen.

23.2 Dichas disposiciones incluirán la facultad otorgada a la autoridad competente para modificar dichas órdenes periódicamente según estime pertinente, a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en las presentes Reglas.

24. PRESTACIÓN DE ASISTENCIA

24.1 Se procurará proporcionar a los menores, en todas las etapas del procedimiento, asistencia en materia de alojamiento, enseñanza o capacitación profesional, empleo o cualquiera otra forma de asistencia, útil y práctica, para facilitar el proceso de rehabilitación.

25. MOVILIZACIÓN DE VOLUNTARIOS Y OTROS SERVICIOS DE CARÁCTER COMUNITARIO

25.1 Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente comunitario y, en la forma en que ésta sea posible, en el seno de la unidad familiar.

QUINTA PARTE TRATAMIENTO EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

26. OBJETIVOS DEL TRATAMIENTO EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

26.1 La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y

formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.

- 26.2 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesario - social, educacional, profesional, psicológica, médica y física - que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano
- 26.3 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos.
- 26.4 La delincuente joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo.
- 26.5 En el interés y bienestar del menor confinado en un establecimiento penitenciario, tendrán derecho de acceso los padres o tutores.
- 26.6 Se fomentará la cooperación entre los ministerios y los Departamentos para dar formación académica o, según proceda, profesional adecuada al menor que se encuentre confinado en un establecimiento penitenciario a fin de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación.

27. APLICACIÓN DE LAS REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS APROBADAS POR LAS NACIONES UNIDAS

- 27.1 En principio, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y las recomendaciones conexas serán aplicables en la medida pertinente al tratamiento de los menores delincuentes en establecimientos penitenciarios, inclusive los que estén en prisión preventiva.
- 27.2 Con objeto de satisfacer las diversas necesidades del menor específicas a su edad, sexo y personalidad, se procurará aplicar los principios pertinentes de las mencionadas Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos en toda la medida de lo posible.

28. FRECUENTE Y PRONTA CONCESIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

- 28.1 La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.
- 28.2 Los menores en libertad condicional recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos, y el pleno apoyo de la comunidad.

29. SISTEMAS INTERMEDIOS

- 29.1 Se procurará establecer sistemas intermedios como establecimientos de transición, hogares educativos, centros de capacitación diurnos y otros sistemas pertinentes que puedan facilitar la adecuada reintegración de los menores a la sociedad.

SEXTA PARTE

INVESTIGACIÓN, PLANIFICACIÓN Y FORMULACIÓN Y EVALUACIÓN DE POLÍTICAS

30. LA INVESTIGACIÓN COMO BASE DE LA PLANIFICACIÓN Y DE LA FORMULACIÓN Y LA EVALUACIÓN DE POLÍTICAS

- 30.1 Se procurará organizar y fomentar las investigaciones necesarios como base para una planificación y una formulación de políticas que sean efectivas.
- 30.2 Se procurará revisar y evaluar periódicamente las tendencias, los problemas y las causas de la delincuencia y criminalidad de menores, así como las diversas necesidades particulares del menor en custodia.
- 30.3 Se procurará establecer con carácter regular un meconismo de evaluación e investigación en el sistema de administración de justicia de menores y recopilar y analizar los datos y la información pertinentes con miras a la debido evaluación y perfeccionamiento ulterior de dicho sistema.
- 30.4 La prestación de servicios en la administración de justicia de menores se preparará y ejecutará de modo sistemático como porte integrante de los esfuerzos de desarrollo nacional.

CONVENIO SOBRE LA EDAD MÍNIMA, 1973 (NÚM. 138)

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 6 junio 1973, en su quincuagésima octava reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la edad mínima de admisión al empleo, cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión;

Teniendo en cuenta las disposiciones de los siguientes convenios: Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919; Convenio sobre la edad mínima trabajo marítimo), 1920; Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921; Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921; Convenio sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1932; Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1936; Convenio (revisado) sobre la edad mínima (industria), 1937; Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1937; Convenio sobre la edad mínima (pescadores), 1959, y Convenio sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965;

Considerando que ha llegado el momento de adoptar un instrumento general sobre el tema que reemplace gradualmente a los actuales instrumentos, aplicables a sectores económicos limitados, con miras a lograr la total abolición del trabajo de los niños, y

Después de haber decidido que dicho instrumento revista la forma de un convenio internacional,

Adopta, con fecha veintiséis de junio de mil novecientos setenta y tres, el presente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la edad mínima, 1973:

ARTÍCULO 1. Todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.

ARTÍCULO 2.

1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá especificar, en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio y en los medios de transporte matriculados en su territorio; a reserva de lo dispuesto en los artículos 4 a 8 del presente Convenio, ninguna persona menor de esa edad deberá ser admitida al empleo o trabajar en ocupación alguna.
2. Todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que establece una edad mínima más elevada que la que fijó inicialmente.
3. La edad mínima fijada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años.

4. No obstante las disposiciones del párrafo 3 de este artículo, el Miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, si tales organizaciones existen, especificar inicialmente una edad mínima de catorce años.
5. Cada Miembro que haya especificado una edad mínima de catorce años con arreglo a las disposiciones del párrafo precedente deberá declarar en las memorias que presente sobre la aplicación de este Convenio, en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo:
 - a. Que aún subsisten las razones para tal especificación, o
 - b. Que renuncia al derecho de seguir acogiéndose al párrafo 1 anterior a partir de una fecha determinada.

ARTÍCULO 3.

1. La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años.
2. Los tipos de empleo o de trabajo a que se aplica el párrafo 1 de este artículo serán determinados por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, la legislación nacional o la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, podrán autorizar el empleo o el trabajo a partir de la edad de dieciséis años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente.

ARTÍCULO 4.

1. Si fuere necesario, la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando tales organizaciones existan, podrá excluir de la aplicación del presente Convenio a categorías limitadas de empleos o trabajos respecto de los cuales se presente problemas especiales e importantes de aplicación.
2. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá enumerar, en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que presente en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las categorías que haya excluido de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, explicando los motivos de dicha exclusión, y deberá indicar en memorias posteriores el estado de su legislación y práctica respecto de las categorías excluidas y la medida en que aplica o se propone aplicar el presente Convenio a tales categorías.
3. El presente artículo no autoriza a excluir de la aplicación del Convenio los tipos de empleo o trabajo a que se refiere el artículo 3.

ARTÍCULO 5.

1. El Miembro cuya economía y cuyos servicios administrativos estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando tales organizaciones existan, limitar inicialmente el campo de aplicación del presente Convenio.
2. Todo Miembro que se acoja al párrafo 1 del presente artículo deberá determinar, en una declaración anexa a su ratificación, las ramas de actividad económica o los tipos de empresa a los cuales aplicará las disposiciones del presente Convenio.
3. Las disposiciones del presente Convenio deberán ser aplicables, como mínimo, a: minas y conteras; industrias manufactureras; construcción; servicios de electricidad, gas y agua; saneamiento; transportes, almacenamiento y comunicaciones, y plantaciones y otras explotaciones agrícolas que produzcan principalmente con destino al comercio, con exclusión de las empresas familiares o de pequeñas dimensiones que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente trabajadores asalariados.
4. Todo Miembro que haya limitado el campo de aplicación del presente Convenio al amparo de este artículo:
 - a. Deberá indicar en las memorias que presente en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo la situación general del empleo o del trabajo de los menores y de los niños en las ramas de actividad que estén excluidas del campo de

aplicación del presente Convenio y los progresos que haya logrado hacia una aplicación más extensa de las disposiciones del presente Convenio;

- b. Podrá en todo momento extender el campo de aplicación mediante una declaración enviada al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

ARTÍCULO 6. El presente Convenio no se aplicará al trabajo efectuado por los niños o los menores en las escuelas de enseñanza general, profesional o técnica o en otras instituciones de formación ni al trabajo efectuado por personas de por lo menos catorce años de edad en las empresas, siempre que dicho trabajo se lleve a cabo según las condiciones prescritas por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando tales organizaciones existan, y sea parte integrante de:

- a. Un curso de enseñanza o formación del que sea primordialmente responsable una escuela o institución de formación;
- b. Un programa de formación que se desarrolle entera o fundamentalmente en una empresa y que haya sido aprobado por la autoridad competente; o
- c. Un programa de orientación, destinado a facilitar la elección de una ocupación o de un tipo de formación.

ARTÍCULO 7.

1. La legislación nacional podrá permitir el empleo o el trabajo de personas de trece a quince años de edad en trabajos ligeros, a condición de que éstos:

- a. No sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo; y
 - b. No sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben.
2. La legislación nacional podrá también permitir el empleo o el trabajo de personas de quince años de edad por lo menos, sujetas aún a la obligación escolar, en trabajos que reúnan los requisitos previstos en los apartados a) y b) del párrafo anterior.
 3. La autoridad competente determinará las actividades en que podrá autorizarse el empleo o el trabajo de conformidad con los párrafos 1 y 2 del presente artículo y prescribirá el número de horas y las condiciones en que podrá llevarse a cabo dicho empleo o trabajo.
 4. No obstante las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el Miembro que se haya acogido a las disposiciones del párrafo 4 del artículo 2 podrá, durante el tiempo en que continúe acogiéndose a dichas disposiciones, sustituir las edades de trece y quince años, en el párrafo 1 del presente artículo, por la edades de doce y catorce años, y la edad de quince años, en el párrafo 2 del presente ARTÍCULO, por la edad de catorce años.

ARTÍCULO 8.

1. La autoridad competente podrá conceder, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores

interesadas, cuando tales organizaciones existan, por medio de permisos individuales, excepciones a la prohibición de ser admitido al empleo o de trabajar que prevé el artículo 2 del presente Convenio, con finalidades tales como participar en representaciones artísticas.

2. Los permisos así concedidos limitarán el número de horas del empleo o trabajo objeto de esos permisos y prescribirán las condiciones en que puede llevarse a cabo.

ARTÍCULO 9.

1. La autoridad competente deberá prever todas las medidas necesarios, incluso el establecimiento de sanciones apropiadas, para asegurar la aplicación efectiva de las disposiciones del presente Convenio.
2. La legislación nacional o la autoridad competente deberán determinar las personas responsables del cumplimiento de las disposiciones que den efecto al presente Convenio.
3. La legislación nacional o la autoridad competente prescribirá los registros u otros documentos que el empleador deberá llevar y tener a disposición de la autoridad competente. Estos registros deberán indicar el nombre y apellidos y la edad o fecha de nacimiento, debidamente certificados siempre que sea posible, de todas las personas menores de dieciocho años empleadas por él o que trabajan para él.

ARTÍCULO 10.

1. El presente convenio modifica, en las condiciones establecidos en este artículo, el Convenio sobre la edad mínima

- (industria), 1919; el Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920; el Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921; el Convenio sobre la edad mínima (pañoleros o fogoneros), 1921; el Convenio sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1932; el Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajos marítimos), 1936; el Convenio (revisado) sobre la edad mínima (industria), 1937; el Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1937; el Convenio sobre la edad mínima (pescadores), 1959, y el Convenio sobre la edad mínima (pescadores), 1959, y el Convenio sobre edad mínima (trabajo subterráneo), 1965.
2. Al entrar en vigor el presente Convenio, El Convenio (revisado) sobre edad mínima (trabajo marítimo) 1936; el Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1937; el Convenio sobre la edad mínima (pescadores), 1959; y el Convenio sobre edad mínima (trabajo subterráneo), 1965, no cesaran de estar abiertos a nuevas ratificaciones.
 3. El Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919, el Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920; el Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921, cesarán de estar abiertos a nuevas ratificaciones cuando todos los Estados partes en los mismos hayan dado su consentimiento a ello mediante la ratificación del presente Convenio o mediante declaración comunicada al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.
 4. Cuando las obligaciones del presente Convenio hayan sido aceptadas:

- a. Por un Miembro que sea parte en el Convenio (revisado) sobre la edad mínima de admisión al empleo no inferior a quince años en virtud del artículo 2 del presente Convenio, ello implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de ese convenio.
- b. Con respecto al empleo no industrial tal como se define en el Convenio sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1932, por un Miembro que sea en ese convenio, ello implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de ese convenio.
- c. Con respecto al empleo no industrial tal como se define en el Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1937, por un Miembro que sea parte en ese Convenio, y siempre que la edad mínima fijada en cumplimiento del artículo 2 del presente Convenio no sea inferior a quince años, ello implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de ese Convenio,
- d. Con respecto al trabajo marítimo, por un Miembro que sea parte en el Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1936, y siempre que se haya fijado una edad mínima no inferior a quince años en cumplimiento del artículo 2 del presente Convenio o que el Miembro especifique que el artículo 3 de este Convenio se aplica al trabajo marítimo, ello implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de ese Convenio,
- e. Con respecto al empleo en la pesca marítima, por un Miembro que sea parte en el Convenio sobre la edad mínima (pescadores), 1959, y siempre que se haya

fijado una edad mínima no inferior a quince años en cumplimiento del artículo 2 del presente Convenio o que el Miembro especifique que el artículo 3 de este Convenio se aplica al empleo en la pesca marítima, ello implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de ese Convenio,

- f. Por un Miembro que sea parte en el Convenio sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965, y que haya fijado una edad mínima no inferior a la determinada en virtud de ese Convenio en cumplimiento del artículo 2 del presente Convenio o que especifique que tal edad se aplica al trabajo subterráneo en las minas en virtud del artículo 3 de este Convenio, ello implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de ese Convenio, al entrar en vigor el presente Convenio.
5. La aceptación de las obligaciones del presente Convenio:
- a. Implicará la denuncia del Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919, de conformidad con su artículo 12,
 - b. Con respecto a la agricultura, implicará la denuncia del Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921, de conformidad con su artículo 9,
 - c. Con respecto al trabajo marítimo, implicará la denuncia del Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920, de conformidad con su artículo 10, y del Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921, de conformidad con su artículo 12, al entrar en vigor el presente Convenio.

ARTÍCULO 11. Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

ARTÍCULO 12.

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

ARTÍCULO 13.

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciado a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración

de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

ARTÍCULO 14.

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.
2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

ARTÍCULO 15. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

ARTÍCULO 16. Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o porcial.

ARTÍCULO 17. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o porcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

- a. La ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 13, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;
- b. A partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

ARTÍCULO 18. Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

CONVENCIÓN SOBRE LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS EN EL EXTRANJERO

Adoptada por la Conferencia de la Naciones Unidas
sobre Obligación de dar alimentos, firmada en New York,
E.E.U.U., el 20 de junio de 1956

PREÁMBULO

Considerando que es urgente la solución del problema humanitario originado por la situación de las personas sin recursos que tienen derecho a obtener alimentos de otras que se encuentran en el extranjero;

Considerando que el ejercicio en el extranjero de acciones sobre prestación de alimentos o la ejecución en el extranjero de decisiones relativas a la obligación de prestar alimentos suscita graves dificultades legales y de orden práctico;

Dispuestas a establecer los medios conducentes a resolver ese problema y a subsanar las mencionadas dificultades;

Las partes contratantes han convenido lo siguiente:

ARTÍCULO 1. ALCANCE DE LA CONVENCIÓN

1. La finalidad de la presente Convención es facilitar a una persona llamada en lo sucesivo demandante, que se encuentra en el territorio de una de las partes contratantes, la obtención de los alimentos que pretende tener derecho a recibir de otra persona, llamada en lo sucesivo demandado,

que está sujeta a la jurisdicción de otra parte contratante. Esta finalidad se perseguirá mediante los servicios de organismos llamados en lo sucesivo Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias.

2. Los medios jurídicos a que se refiere la presente Convención son adicionales a cualesquiera otros medios que puedan utilizarse conforme al derecho interno o al derecho internacional, y no substitutivos de los mismos.

ARTÍCULO 2. DESIGNACIÓN DE ORGANISMOS

1. En el momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión, cada parte contratante designará una o más autoridades judiciales o administrativas para que ejerzan en su territorio las funciones de Autoridades Remitentes.
2. En el momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión, cada parte contratante designará un organismo público o privado para que ejerzan en su territorio las funciones de Institución Intermediaria.
3. Cada parte contratante comunicará sin demora al Secretario General de las Naciones Unidas las designaciones hechas conforme a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 y cualquier modificación al respecto.
4. Las Autoridades Remitentes y las Instituciones Intermediarias podrán comunicarse directamente con las Autoridades Remitentes y las Instituciones Intermediarias de las demás partes contratantes.

ARTÍCULO 3. SOLICITUD A LA AUTORIDAD REMITENTE

1. Cuando el demandante se encuentra en el territorio de una de las partes contratantes, denominada en lo sucesivo Estado del demandante, y el demandado esté sujeto a la jurisdicción de otra parte contratante, denominada en lo sucesivo Estado del demandado, el primero podrá presentar una solicitud a la Autoridad Remitente de su Estado encaminada a obtener alimentos del demandado.
2. Cada parte contratante informará al Secretario General acerca de los elementos de prueba normalmente exigidos por la ley del Estado de la Institución Intermediaria para justificar la demanda de prestación de alimentos, de la forma en que la prueba debe ser presentada para ser admisible y de cualquier otro requisito que haya de satisfacerse de conformidad con esa ley.
3. La solicitud deberá ir acompañada de todos los documentos pertinentes, inclusive en caso necesario, un poder que autorice a la Institución Intermediaria para actuar en nombre del demandante o para designar a un tercero con ese objeto. Se acompañará también una fotografía del demandante y, de ser posible, una fotografía del demandado.
4. La Autoridad Remitente adoptará las medidas a su alcance para asegurar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley del Estado de la Institución Intermediaria. Sin perjuicio de lo que disponga dicha ley la solicitud expresará:
 - a. El nombre y apellido del demandante, su dirección, fecha de nacimiento, nacionalidad y ocupación y, en su caso, el nombre y dirección de su representante legal;

- b. El nombre y apellido del demandado, y en la medida en que sean conocidas por el demandante, sus direcciones durante los últimos cinco (5) años, y su fecha de nacimiento, nacionalidad y ocupación;
- c. Una exposición detallada de los motivos en que se funda la pretensión del demandante y del objeto de ésta y cualesquiera otros datos pertinentes, tales como los relativos a la situación económica y familiar del demandante y del demandado.

ARTÍCULO 4. TRANSMISIÓN DE LOS DOCUMENTOS

1. La Autoridad Remitente transmitirá los documentos a la Institución Intermediaria del Estado del demandado, a menos que considere que la solicitud no ha sido formulada de buena fe.
2. Antes de transmitir estos documentos, la Autoridad Remitente se cerciorará de que los mismos reúnen los requisitos de forma de acuerdo con la ley del Estado del demandante.
3. La Autoridad Remitente podrá hacer saber a la Institución Intermediaria su opinión sobre los méritos de la pretensión del demandante y recomendar que se conceda a éste asistencia jurídica gratuita y exención de costas.

ARTÍCULO 5. TRANSMISIÓN DE SENTENCIAS Y OTROS ACTOS JUDICIALES

1. La Autoridad Remitente transmitirá, a solicitud del demandante y de conformidad con las disposiciones del artículo 4, cualquier decisión provisional o definitiva, o cualquier otro

acto judicial que haya intervenido en materia de alimentos en favor del demandante en un tribunal competente de cualquiera de las partes contratantes, y si fuere necesario y posible, copia de las actuaciones en que haya recaído esa decisión.

2. Las decisiones y actos judiciales a que se refiere el párrafo precedente podrán ser transmitidos para reemplazar o completar los documentos mencionados en el artículo 3.
3. El procedimiento previsto en el artículo 6 podrá incluir, conforme a la ley del Estado del demandado, el exequátur o el registro o una nueva acción basada en la decisión transmitida en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1.

ARTÍCULO 6. FUNCIÓN DE LA INSTITUCIÓN INTERMEDIARIA

1. La Institución Intermediaria, actuando siempre dentro de las facultades que le haya conferido el demandante, tomará todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, inclusive por transacción, y podrá en caso necesario, iniciar y proseguir una acción de alimentos y hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial.
2. La Institución Intermediaria tendrá convenientemente informada a la Autoridad Remitente. Si no pudiere actuar, le hará saber los motivos de ello y le devolverá la documentación.
3. No obstante cualquier disposición de esta Convención, la ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de las mismas será la ley del Estado del demandado, inclusive el derecho internacional privado de ese Estado.

ARTÍCULO 7. EXHORTOS. Si las leyes de las dos partes contratantes interesadas admiten exhortos, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a. El tribunal que conozca de la acción de alimentos podrá enviar exhortos para obtener más pruebas, documentales o de otra especie, al tribunal competente de la otra parte contratante o a cualquier autoridad o institución designada por la parte contratante en cuyo territorio haya de diligenciarse el exhorto;
- b. A fin de que las partes puedan asistir a este procedimiento o estar representadas en él, la autoridad requerida deberá hacer saber a la Institución Intermediaria, a la Autoridad Remitente que corresponda y al demandado, la fecha y el lugar en que hayan de practicarse las diligencias solicitadas;
- c. Los exhortos deberán cumplimentarse con la diligencia debido; y si a los cuatro (4) meses de recibido el exhorto por la autoridad requerida no se hubiere diligenciado, deberán comunicar a la autoridad requiriente las razones a que obedezca la demora o la falta de cumplimiento;
- d. La tramitación del exhorto no dará lugar al reembolso de derechos o costas de ninguna clase;
- e. Solo podrá negarse la tramitación del exhorto;
 - i. Si no hubiere establecido la autenticidad del documento;
 - ii. Si la parte contratante en cuyo territorio ha de diligenciarse el exhorto, juzga que la tramitación de éste menoscabará su soberanía o su seguridad.

ARTÍCULO 8. MODIFICACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán asimismo a las solicitudes de modificación de decisiones judiciales dictadas en materia de prestación de alimentos.

ARTÍCULO 9. EXENCIONES Y FACILIDADES

1. En los procedimientos regidos por esta Convención los demandantes gozarán del mismo trato y de las mismas exenciones de gastos y costas otorgadas por la ley del Estado en que se efectúe el procedimiento a sus nacionales o a sus residentes.
2. No podrá imponerse a los demandantes, por su condición de extranjeros o por carecer de residencia, caución, pago o depósito alguno para garantizar el pago de costas o cualquier otro cargo.
3. Las Autoridades Remitentes y las Instituciones Intermediarias no percibirán remuneración de ninguna clase por los servicios prestados conforme con esta Convención.

ARTÍCULO 10. TRANSFERENCIA DE FONDOS. La parte contratante cuya legislación imponga restricciones a la transferencia de fondos al extranjero concederá la máxima prioridad a la transferencia de fondos destinados al pago de alimentos o a cubrir los gastos a que den lugar los procedimientos previstos en esta Convención.

ARTÍCULO 11. CLÁUSULA RELATIVA A LOS ESTADOS FEDERALES. Con respecto a los Estados Federales o no unitarios, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a. En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la acción legislativa del Poder Legislativo Federal, las obligaciones del Gobierno federal serán, en esta medida, las mismas que las de las partes que no son Estados federales;
- b. En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la acción legislativa de cada uno de los Estados, provincias o contones constituyentes que, en virtud del régimen constitucional de la federación, no estén obligados a adoptar medidas legislativas, el Gobierno federal, a la mayor brevedad posible y con recomendación favorable, comunicará el texto de dichos artículos a las autoridades competentes de los Estados, provincias o contones;
- c. Todo Estado federal que sea parte en la presente Convención proporcionará a solicitud de cualquiera otra parte contratante que le haya sido transmitida por el Secretario General, un resumen de la legislación y de las prácticas vigentes en la federación y en sus entidades constitutivas con respecto a determinada disposición de la Convención, indicando hasta qué punto, por acción legislativa o de otra índole, se ha aplicado tal disposición.

ARTÍCULO 12. APLICACIÓN TERRITORIAL. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán igualmente a todos los territorios autónomos o en fideicomisos y a todos los demás territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable una parte contratante, a menos que dicha parte contratante, al ratificar la Convención o adherirse a ella, haya declarado que no se aplicará a determinado territorio o territorios que estén en esas condiciones. Toda parte contratante que haya hecho esa declaración, podrá en cualquier momento posterior extender la aplica-

ción de la Convención al territorio o territorios así excluidos o a cualquiera de ellos, mediante notificación al Secretario General.

ARTÍCULO 13. FIRMA, RATIFICACIÓN Y ADHESIÓN

1. La presente Convención quedará abierta hasta el 31 de diciembre de 1.956 a la firma de todo miembro de las Naciones Unidas, de todo Estado no miembro que sea parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o miembro de un organismo especializado, y de todo otro Estado no miembro que haya sido invitado por el Consejo Económico y Social a participar de la Convención.
2. La presente Convención será ratificada. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Secretario General.
3. Cualquiera de los Estados que se mencionan en el párrafo 1 de este artículo podrá adherirse a la presente Convención en cualquier momento. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General.

ARTÍCULO 14. ENTRADA EN VIGOR

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que se haya efectuado el depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión, con arreglo a lo previsto en el artículo 13.
2. Con respecto a cada uno de los Estados que la ratifiquen o se adhieran a ella después del depósito del tercer instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor treinta (30) días después de la fecha en que dicho Estado deposite su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 15. DENUNCIA

1. Cualquiera de las partes contratantes podrá denunciar la presente Convención mediante notificación al Secretario General. Dicha denuncia podrá referirse también a todos o algunos de los territorios mencionados en el artículo 12.
2. La denuncia surtirá efecto un (1) año después de la fecha en que el Secretario General reciba la notificación, excepto para los casos que se estén substanciendo en la fecha en que entre en vigencia dicha denuncia.

ARTÍCULO 16. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. Si surgiere entre partes contratantes una controversia respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención, y si tal controversia no pudiere ser resuelta por otros medios, será sometida a la Corte Internacional de Justicia. La controversia será planteada ante la Corte mediante la notificación del compromiso concertado por las partes en la controversia, o unilateralmente a solicitud de una de ellas.

ARTÍCULO 17. RESERVAS.

1. Si un Estado formula una reserva relativa a cualquier artículo de la presente Convención en el momento de depositar el instrumento de ratificación o de adhesión, el Secretario General comunicará el texto de la reserva a las demás partes contratantes y a todos los demás Estados mencionados en el artículo 13. Toda parte contratante que se oponga a la reserva podrá notificar al Secretario General, dentro del plazo de noventa (90) días contados a partir de la fecha de la notificación, que no acepta dicha reserva, y en tal caso, la Convención no entrará en vigor entre el Estado que

haya objetado la reserva y el que la haya formulado. Todo Estado que se adhiera posteriormente a la Convención podrá hacer esta notificación en el momento de depositar su instrumento de adhesión.

2. Toda parte contratante podrá retirar en cualquier momento una reserva que haya formulado anteriormente y deberá notificar esa decisión al Secretario General.

ARTÍCULO 18. RECIPROCIDAD. Una parte contratante no podrá invocar las disposiciones de la presente Convención respecto de otra parte contratante, sino en la medida en que ella misma este obligada.

ARTÍCULO 19. NOTIFICACIONES DEL SECRETARIO GENERAL

1. El Secretario General notificará a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas ya los Estados no miembros mencionados en el artículo 13:
 - a. Las comunicaciones previstas en el párrafo 3 del artículo 2;
 - b. Las informaciones recibidas conforme al párrafo 2 del artículo 3;
 - c. Las declaraciones y notificaciones hechas conforme al artículo 12;
 - d. Las firmas, ratificaciones y adhesiones hechas conforme al artículo 13;
 - e. La fecha en que la Convención haya entrado en vigor conforme a las disposiciones del párrafo 1 del artículo 14;

- f. Las denuncias hechas conforme al párrafo 1 del artículo 15;
 - g. Las reservas y notificaciones hechas conforme al artículo 17.
2. El Secretario General notificará también a todas las partes contratantes las solicitudes de revisión y las respuestas a las mismas hechas conforme al artículo 20.

ARTÍCULO 20. REVISIÓN.

1. Toda parte contratante podrá pedir en cualquier momento la revisión de la presente Convención, mediante notificación dirigida al Secretario General.
2. El Secretario General transmitirá dicha notificación a cada una de las partes contratantes y le pedirá que manifieste dentro de un plazo de cuatro (4) meses, si desea la reunión de una conferencia para considerar la revisión propuesta. Si la mayoría de las partes responde en sentido afirmativo, dicha conferencia será convocada por el Secretario General.

ARTÍCULO 21. IDIOMAS Y DEPÓSITO DE LA CONVENCIÓN. El original de la presente Convención, cuyos textos español, chino, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario General, quien enviará copias certificadas conforme a todos los Estados a que se hace referencia en el artículo 13.

PAÍSES MIEMBROS DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE OBTENCION DE ALIMENTOS EN EL EXTRANJERO

Alemania	Argelia	Argentina	Australia	Austria
Barbados	Bélgica	Bolivia	Bosnia y Herzegovina	Brasil
Burkina Fasso	Cabo Verde	Camboya	Colombia	Croacia
Cuba	Chile	China	Chipre	Dinamarca
Ecuador	El Salvador	Eslovaquia	Eslovenia	España
Filipinas	Finlandia	Francia	Grecia	Guatemala
Haití	Holanda	Hungría	Irlanda	Israel
Italia	Luxemburgo	Marruecos	México	Mónaco
Nigeria	Noruega	Nueva Zelandia	Pakistán	Polonia
Portugal	Reino Unido de Gran Bretaña	Rep. Centro Africana	República Checa	República Dominicana
Rep. Yugoslava de Macedonia	Rumania	Sri Lanka	Suecia	Suiza
Suriname	Túnez	Turquía	Uruguay	

RESERVA DE LA DELEGACION DE LA REPUBLICA DOMINICANA

1. La Delegación de la República Dominicana desea mantener el predominio de la ley nacional en aquellas cuestiones que se refieren al estado y capacidad de los dominicanos, en dondequiera que éstos se encuentren, por lo cual no puede aceptar sino con reservas, aquellas disposiciones del Proyecto de Codificación en que se da preeminencia a la

“ley del domicilio” o a la ley local; todo ello, no obstante el principio conciliador enunciado en el artículo 7- del proyecto del cual es una aplicación el artículo 53 del mismo.

2. En cuanto a la nacionalidad, Título 1- del Libro 1-, artículo 9- y siguientes, establecemos una reserva, en lo que toca primero, a la nacionalidad de las sociedades y segundo muy especialmente al principio general de nuestra Constitución Política según el cual a ningún dominicano se le reconocerá otra nacionalidad que la Dominicana mientras resida en el territorio de la República.
3. En cuanto al domicilio de las sociedades extranjeras, cualesquiera que fueren sus estatutos y el lugar en que lo hubieren fijado, o en que tuvieran su principal establecimiento, etc., reservamos este principio de orden público en la República Dominicana: cualquiera persona física o moral que ejerza actos de la vida jurídica en su territorio, tendrá por domicilio el lugar donde tenga un establecimiento, una agencia o un representante cualquiera. Este domicilio es atributivo de jurisdicción para los tribunales nacionales en aquellas relaciones jurídicas que se refieren a actos intervenidos en el país cualesquiera que fuere la naturaleza de ellos.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE ECUADOR

La Delegación de Ecuador tiene el honor de suscribir por entero la Convención del Código de Derecho Internacional Privado en homenaje al doctor Bustamante. No cree necesario puntualizar reserva alguna, dejando a salvo, tan sólo, la facultad general contenida en la misma Convención, que deja a los Gobiernos la libertad de ratificada.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE NICARAGUA

Nicaragua en materias que ahora o en el futuro considere de algún modo sujetas al Derecho Canónico no podrá aplicar las disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado que estuvieren en conflicto con aquel Derecho.

Declara que como lo expresó verbalmente en varios casos durante la discusión, algunas de las disposiciones del Código aprobado están en desacuerdo con disposiciones expresas de la legislación de Nicaragua o con principios que son bases de esa legislación; pero como un debido homenaje a la obra insigne del ilustre autor de aquel Código, prefiere en vez de puntualizar las reservas del caso, hacer esta declaración y dejar que los poderes públicos de Nicaragua formulen tales reservas o reformen hasta donde sea posible la legislación nacional en los casos de incompatibilidad.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE CHILE

La Delegación de Chile se complace en presentar sus más caudalosas felicitaciones al eminente y sabio jurista americano, señor Antonio Sánchez de Bustamante, por la magna labor que ha realizado redactando un Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, destinado a regir las relaciones entre los Estados de América. Este trabajo es una contribución preciosa para el desarrollo del panamericanismo jurídico, que todos los países del Nuevo Mundo desean ver fortalecido y desarrollado. Aun cuando esta obra grandiosa de la codificación no puede realizarse en breve espacio de tiempo, porque necesita de la madurez y de la reflexión de los Estados que en ella van a

participar, la Delegación de Chile no será un obstáculo para que esta Conferencia Panamericana apruebe un Código de Derecho Internacional Privado; pero salvará su voto en las materias y en los puntos que estime convenientes, en especial, en los puntos referentes a su política tradicional o a su legislación nacional.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE PANAMÁ

Al emitir su voto en favor del proyecto de Código de Derecho Internacional Privado en la sesión celebrada por esta Comisión el día 27 de enero último, la Delegación de la República de Panamá manifestó que oportunamente presentaría las reservas que creyere necesarios, si a ello hubiere lugar. Esta actitud de la Delegación de Panamá obedeció a ciertas dudas que abrigaba respecto al alcance y extensión de algunas de las disposiciones contenidas en el Proyecto, especialmente en lo relativo a la aplicación de la ley nacional del extranjero residente en el país, lo cual habría dado lugar a un verdadero conflicto, ya que en la República de Panamá impera el sistema de la ley territorial desde el momento mismo en que se constituyó como Estado independiente. Sin embargo, la Delegación panameña estima que todas las dificultades que pudieran presentarse en esta delicada materia han sido previstas y quedarán sabiamente resueltas por medio del artículo 7 - del Proyecto, según el cual, "cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio o las de la nacionalidad, según el sistema que haya adoptado o adopte en lo adelante la legislación interior". Como todos los demás Estados que suscriban y ratifiquen la Convención respectiva, Panamá quedará, pues, en plena libertad de aplicar su propia ley, que es la territorial.

Entendidas así las cosas, a la Delegación de Panamá le es altamente grato declarar, como lo hace en efecto, que le importe su aprobación al Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, o al Código Bustamente que es como debería llamarse en homenaje a su autor, sin reservas de ninguna clase.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE GUATEMALA

Guatemala ha adoptado en su legislación civil, el sistema del domicilio, pero aunque así no fuere, los artículos conciliatorios del Código hacen armonizar perfectamente cualquier conflicto que pudiera suscitarse entre los diferentes Estados, según las escuelas diversas a que hayan sido afiliados.

En consecuencia, pues, la Delegación de Guatemala se acomoda perfectamente a la modalidad que con tanta ilustración, prudencia genialidad y criterio científico, campean en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y quiere dejar constancia expresa de su aceptación absoluta y sin reservas de ninguna especie.

y por cuanto dicha Convención ha sido aprobada por el Congreso Nacional con la siguiente reserva: “Apruébase el Código de Derecho Internacional Privado, suscrito el 20 de febrero de 1928 en la VI Conferencia Internacional Americana de La Habana, con reserva de que, ante el Derecho Chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la Legislación Chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros”.

y la citada Convención ha sido ratificada por mí, y las ratificaciones depositadas en la Unión Panamericana, en Washington, el 6 de septiembre de 1933.

Por tanto, y en uso de la facultad que me confiere el número 16 del artículo 72 de la Constitución Política del Estado, dispongo y mando que con las reservas indicadas se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el texto autorizado del Código a que se refiere la aludida Convención.

Dado en la sala de mi Despacho y refrendado por el Ministro de Estado en el Departamento de Relaciones Exteriores, en Santiago, a diez días del mes de abril de mil novecientos treinta y cuatro. ALESSANDRI. Miguel Cruchaga.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

ÁMBITO DE APLICACIÓN

ARTÍCULO 1. La presente Convención tiene como objeto la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como a la competencia y a la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado Parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado Parte.

La presente Convención se aplicará a las obligaciones alimentarias respecto de menores por su calidad de tales y a las que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales.

Los Estados podrán declarar al suscribir, ratificar o adherir a esta Convención que la restringen a las obligaciones alimentarias respecto de menores.

ARTÍCULO 2. A los efectos de la presente Convención se considerará menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años. Sin perjuicio de lo anterior, los beneficios de esta Convención se extenderán a quien habiendo cumplido dicha edad, continúe siendo acreedor de prestaciones alimentarias de conformidad a la legislación aplicable prevista en los artículos 6 y 7.

ARTÍCULO 3. Los Estados al momento de suscribir, ratificar o adherir a la presente Convención, así como con posterioridad a la vigencia de la misma, podrán declarar que esta Convención se

aplicará a las obligaciones alimentarias en favor de otros acreedores; asimismo, podrán declarar el grado de parentesco u otros vínculos legales que determinen la calidad de acreedor y deudor de alimentos en sus respectivas legislaciones.

ARTÍCULO 4. Toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación.

ARTÍCULO 5. Las decisiones adoptadas en aplicación de esta Convención no prejuzgan acerca de las relaciones de filiación y de familia entre el acreedor y el deudor de alimentos. No obstante, podrán servir de elemento probatorio en cuanto sea pertinente.

DERECHO APLICABLE

ARTÍCULO 6. Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor:

- a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;
- b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.

ARTÍCULO 7. Serán regidas por el derecho aplicable de conformidad con el artículo 6 las siguientes materias:

- a. El monto del crédito alimentario y los plazos y condiciones para hacerlo efectivo;

- b. La determinación de quienes pueden ejercer la acción alimentaria en favor del acreedor, y
- c. Las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos.

COMPETENCIA EN LA ESFERA INTERNACIONAL

ARTÍCULO 8. Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor:

- a. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;
- b. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o
- c. El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia.

ARTÍCULO 9. Serán competentes para conocer las acciones de aumento de alimentos, cualesquiera de las autoridades señaladas en el artículo 8. Serán competentes para conocer de las acciones de cese y reducción de alimentos, las autoridades que hubieren conocido de la fijación de los mismos.

ARTÍCULO 10. Los alimentos deben ser proporcionales tanto a la necesidad del alimentario, como a la capacidad económica del alimentante.

Si el juez o autoridad responsable del aseguramiento o de la ejecución de la sentencia adopta medidas provisionales, o dispone la ejecución por un monto inferior al solicitado, quedarán a salvo los derechos del acreedor.

COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL

ARTÍCULO 11. Las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Parte si reúnen las siguientes condiciones:

- a. Que el juez o autoridad que dictó la sentencia haya tenido competencia en esfera internacional de conformidad con los artículos 8 y 9 de esta Convención para conocer y juzgar el asunto;
- b. Que la sentencia y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;
- c. Que la sentencia y los documentos anexos se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto, cuando sea necesario;
- d. Que la sentencia y los documentos anexos vengan revestidos de las formalidades externas necesarios para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;

- e. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia deba surtir efecto;
- f. Que se haya asegurado la defensa de las partes;
- g. Que tengan el carácter de firme en el Estado en que fueron dictadas. En caso de que existiere apelación de la sentencia ésta no tendrá efecto suspensivo.

ARTÍCULO 12. Los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias son los siguientes:

- a. Copia auténtica de la sentencia;
- b. Copia auténtica de las piezas necesarios para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e) y f) del artículo 11, y
- c. Copia auténtica del auto que declare que la sentencia tiene el carácter de firme o que ha sido apelada.

ARTÍCULO 13. El control de los requisitos anteriores corresponderá directamente al juez que deba conocer de la ejecución, quien actuará en forma sumaria, con audiencia de la parte obligada, mediante citación personal y con vista al Ministerio Público, sin entrar en la revisión del fondo del asunto. En caso de que la resolución fuere apelable, el recurso no suspenderá las medidas provisionales ni el cobro y ejecución que estuvieren en vigor.

ARTÍCULO 14. Ningún tipo de caución será exigible al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado.

El beneficio de pobreza declarado en favor del acreedor en el Estado Porte donde hubiere ejercido su reclamación, será reconocido en el Estado Porte donde se hiciera efectivo el reconocimiento o la ejecución. Los Estados Porte se comprometen a prestar asistencia judicial gratuita a las personas que gocen del beneficio de pobreza.

ARTÍCULO 15. Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Porte en esta Convención ordenarán y ejecutarán, a solicitud fundada de porte o a través del agente diplomático o consular correspondiente, las medidas provisionales o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de una reclamación de alimentos pendiente o por instaurarse.

Lo anterior se aplicará cualquiera que sea la jurisdicción internacionalmente competente, bastando para ello que el bien o los ingresos objeto de la medida se encuentren dentro del territorio donde se promueve la misma.

ARTÍCULO 16. El otorgamiento de medidas provisionales o cautelares no implicará el reconocimiento de la competencia en la esfera internacional del órgano jurisdiccional requirente, ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que se dictare.

ARTÍCULO 17. Las resoluciones interlocutorias y las medidas provisionales dictadas en materia de alimentos, incluyendo aquellas dictadas por los jueces que conozcon de los procesos de nulidad, divorcio y separación de cuerpos, u otros de naturaleza similar a éstos, serán ejecutadas por la autoridad competente aun cuando dichas resoluciones o medidas provisionales estuvieran sujetas a recursos de apelación en el Estado donde fueron dictadas.

ARTÍCULO 18. Los Estados podrán declarar al suscribir, ratificar o adherir a esta Convención, que será su derecho procesal el que regulará la competencia de los tribunales y el procedimiento de reconocimiento de la sentencia extranjera.

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 19. Los Estados Parte procurarán suministrar asistencia alimentaria provisional en la medida de sus posibilidades a los menores de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio.

ARTÍCULO 20. Los Estados Parte se comprometen a facilitar la transferencia de fondos que procediere por aplicación de esta Convención.

ARTÍCULO 21. Las disposiciones de esta Convención no podrán ser interpretadas de modo que restrinjan los derechos que el acreedor de alimentos tenga conforme a la ley del foro.

ARTÍCULO 22. Podrá rehusarse el cumplimiento de sentencias extranjeras o la aplicación del derecho extranjero previstos en esta Convención cuando el Estado Parte del cumplimiento o de la aplicación, según sea el caso, lo considerare manifiestamente contrario a los principios fundamentales de su orden público.

DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 23. La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 24. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 25. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 26. Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmada, ratificada o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas y no sea incompatible con el objeto y fines fundamentales de esta Convención.

ARTÍCULO 27. Los Estados Parte que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones posteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones posteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

ARTÍCULO 28. Respecto a un Estado que tenga en materia de obligaciones alimentarias de menores, dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes:

- a. Cualquier referencia al domicilio o a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;
- b. Cualquier referencia a la Ley del Estado del domicilio o de la residencia habitual contempla la Ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.

ARTÍCULO 29. Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren Partes de esta Convención y de las Convenciones de La Haya del 2 de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y Eficacia de Sentencias relacionadas con Obligaciones Alimentarias para Menores y sobre la Ley Aplicable a Obligaciones Alimentarias, regirá la presente Convención.

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de las citadas Convenciones de La Haya del 2 de octubre de 1973.

ARTÍCULO 30. La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas, o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, ni las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia.

ARTÍCULO 31. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 32. La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Parte.

ARTÍCULO 33. El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También transmitirá las declaraciones previstas en la presente Convención.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE MONTEVIDEO, REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, el día quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE ADOPCIÓN DE MENORES

Los Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, deseosos de concertar una convención sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, han acordado lo siguiente:

ARTÍCULO 1. La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiporen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecido, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Porte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Porte.

ARTÍCULO 2. Cualquier Estado Porte podrá declarar, al momento de firmar o ratificar esta Convención, o de adherirse a ella, que se extiende su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores.

ARTÍCULO 3. La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo.

ARTÍCULO 4. La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá:

- a. La capacidad para ser adoptante;

- b. Los requisitos de edad y estado civil del adoptante;
- c. El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere del caso, y
- d. Los demás requisitos para ser adoptante.

En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste.

ARTÍCULO 5. Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho, en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida.

ARTÍCULO 6. Los requisitos de publicidad y registro de la adopción quedan sometidos a la ley del Estado donde deben ser cumplidos.

En el asiento registral, se expresarán la modalidad y características de la adopción.

ARTÍCULO 7. Se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante, cuando ello fuere posible, se comunicarán a quien legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se los conociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación.

ARTÍCULO 8. En las adopciones regidas por esta Convención las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el adoptante (o adoptantes) acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del me-

nor. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional.

Las instituciones que acrediten las aptitudes referidas se comprometerán a informar a la autoridad otorgante de la adopción acerca de las condiciones en que se ha desarrollado la adopción, durante el lapso de un año. Para este efecto la autoridad otorgante comunicará a la institución acreditante, el otorgamiento de la adopción.

ARTÍCULO 9. En caso de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines:

- a. Las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes), se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante (o adoptantes) con su familia legítima;
- b. Los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.

ARTÍCULO 10. En caso de adopciones distintas a la adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado se rigen por la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes).

Las relaciones del adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de su residencia habitual al momento de la adopción.

ARTÍCULO 11. Los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante (o adoptantes) se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones.

En los casos de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, el adoptado, el adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima.

ARTÍCULO 12. Las adopciones referidas en el artículo 1 serán irrevocables. La revocación de las adopciones a que se refiere el artículo 2 se regirá por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción.

ARTÍCULO 13. Cuando sea posible la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o instituciones afines, la conversión se regirá, a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la ley del Estado donde tenga su domicilio el adoptante (o adoptantes) al momento de pedirse la conversión.

Si el adoptado tuviera más de 14 años de edad será necesario su consentimiento.

ARTÍCULO 14. La anulación de la adopción se regirá por la ley de su otorgamiento. La anulación sólo será decretada judicialmente, velándose por los intereses del menor de conformidad con el artículo 19 de esta Convención.

ARTÍCULO 15. Serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere esta Convención las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado.

ARTÍCULO 16. Serán competentes para decidir sobre anulación o revocación de la adopción los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción.

Serán competentes para decidir la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o figuras afines, cuando ello sea posible, alternativamente y a elección del actor, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o las del Estado donde tenga domicilio el adoptante (o adoptantes), o las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión.

ARTÍCULO 17. Serán competentes para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituya domicilio propio.

A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (o adoptantes).

ARTÍCULO 18. Las autoridades de cada Estado Parte podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por esta Convención cuando dicha ley sea manifiestamente contraria a su orden público.

ARTÍCULO 19. Los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente y en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado.

ARTÍCULO 20. Cualquier Estado Parte podrá, en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado Parte, cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad in-

terviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción.

ARTÍCULO 21. La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 22. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 23. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 24. Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmada, ratificada o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas.

ARTÍCULO 25. Las adopciones otorgadas conforme al derecho interno, cuando el adoptante (o adoptantes) y el adoptado tengan domicilio o residencia habitual en el mismo Estado Parte, surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados Partes, sin perjuicio de que tales efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio del adoptante (o adoptantes).

ARTÍCULO 26. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 27. Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones posteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones posteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

ARTÍCULO 28. La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha del depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

ARTÍCULO 29. El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que

enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados Miembros de dicha Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en los artículos 2, 20 y 27 de la presente Convención.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE LA PAZ, BOLIVIA, el día veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

**RESOLUCIÓN NO. 699/2004,
SOBRE LAS MEDIDAS ANTICIPADAS
A LA ENTRADA EN VIGENCIA PLENA
DE LA LEY 136-03**



DIOS, PATRIA Y LIBERTAD
República Dominicana

En Nombre de la República, la Suprema Corte de Justicia, regularmente constituida por los Jueces Jorge A. Subero Isa, Presidente; Rafael Luciano Pichardo, Primer Sustituto de Presidente; Eglys Margarita Esmurdoc, Segunda Sustituta de Presidente; Hugo Álvarez Valencia, Juan Luperón Vásquez, Margarita A. Tavares, Julio Ibarra Ríos, Enilda Reyes Pérez, Dulce Ma. Rodríguez de Goris, Julio Anibal Suárez, Victor José Castellanos Estrella, Ana Rosa Bergés Dreyfous, Edgar Hernández Mejia, Darío O. Fernández Espinal, Pedro Romero Confesor y José E. Hernández Machado, asistidos de la Secretaria General, en Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, hoy 27 de mayo del 2004, años 161 de la Independencia y 141 de la Restauración, dicta en Cámara de Consejo, la siguiente resolución:

Visto los artículos 3, 4, 8, 9, 10, 46, 47, 67, 100 y 102 de la Constitución de la República;

Visto el artículo 29, inciso 2 de la Ley 821 sobre Organización Judicial, del 1927;

Visto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948;

Visto la Declaración Universal de Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948;

Visto la Declaración de los Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1959;

Visto los artículos 8, 9, 10, 14, 14.1, 14.2, 14.3.a, 14.3.c, 14.5, 14.7 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de fecha 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Congreso Nacional mediante Resolución No684 de fecha 27 de octubre de 1977, publicada en la Gaceta Oficial No9451 del 12 de noviembre de 1977;

Visto los artículos 1.1, 1.2, 4.5, 5.2, 7.1, 7.2, 8, 8.1, 8.2, 8.2.b, 8.2.h, 8.4, 9, 11, 14.1, 19, 24, 25, 33 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, de fecha 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Congreso Nacional mediante Resolución No739 de fecha el 25 de diciembre de 1977, publicada en la Gaceta Oficial No9460 del 11 de febrero de 1978;

Visto el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de fecha 18 de diciembre de 1979, aprobada por el Congreso Nacional mediante Resolución No582 de fecha 25 de junio de 1982, publicada en la Gaceta Oficial No9588 del 25 de junio de 1982;

Visto las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), de fecha 29 de noviembre de 1985;

Visto los artículos 1, 2, 3, 4, 12, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Congreso Nacional mediante Resolución No. 8-91 de fecha 23 de marzo de 1991, publicada en la Gaceta Oficial No. 9805 del 15 de abril de 1991;

Visto las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) de fecha 14 de diciembre de 1990;

Visto las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), de fecha 14 de diciembre de 1990;

Visto las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, de fecha 14 de diciembre de 1990;

Visto la Ley Orgánica No. 25/91, de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 15 de octubre del 1991, modificada por la Ley No. 156-97, del 10 de julio del 1997;

Visto el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte InterAmericana de Derechos Humanos, de fecha 19 de febrero del 1999;

Visto la Resolución sobre Habeas Corpus, No. 2532-99, de fecha 29 de diciembre de 1999, dictada por la Suprema Corte de Justicia;

Visto el artículo 4 del Código Civil de la República Dominicana;

Visto el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana;

Visto la Opinión Consultiva OC-17/2002, de fecha 28 de agosto de 2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

Visto la Resolución sobre Defensa Judicial, No. 512-2000, de fecha 19 de abril del 2002, dictada por la Suprema Corte de Justicia;

Visto la Resolución sobre Medidas Anticipadas a la Vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, No. 19202003, de fecha 13 de noviembre del 2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia.

Atendido, que en un Estado constitucional y democrático de derecho, el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales constituye la esencia de la democracia;

Atendido, que estos derechos se fundamentan en los atributos de la persona humana inherentes a su dignidad, reconocidos por el sistema constitucional;

Atendido, que la Constitución asume estos derechos al establecer en su artículo 8 que: “Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos”, enunciándose de este modo el conjunto de garantías mínimas que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de las personas cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial;

Atendido, que el Estado debe garantizar que toda persona sea juzgada por los órganos jurisdiccionales competentes, sometida a un procedimiento preestablecido y a un tratamiento digno, evitando todo procedimiento o tratamiento arbitrario e irrazonable;

Atendido, que la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 40.3.a) dispone, dentro de las medidas que tomarán los Estados Partes para promover el establecimiento de leyes y procedimientos: “El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”, reconociéndose así un principio de inimputabilidad para el grupo etéreo que demarca la niñez, con categoría de principio fundamental, limitando la responsabilidad penal a las personas adolescentes.

Atendido, que el Estado debe perseguir las infracciones cometidas por las personas adolescentes dando cumplimiento a su obligación de garantizar el orden público, así como el derecho a la justicia de las víctimas, a las que se les reconoce la potestad de reclamada ante los tribunales especializados, que no es más que el derecho a la tutela judicial efectiva, contenido en los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

Atendido, que forman parte de nuestro derecho interno el conjunto de garantías mínimas reconocidas en nuestra Constitución, así como la normativa supranacional conformada por los tratados y convenciones internacionales que reconocen derechos fundamentales;

Atendido, que mediante instrumento de aceptación de la competencia de la Corte InterAmericana de Derechos Humanos, del 19

de febrero de 1999, el Estado dominicano acepta y declara que reconoce como obligatorio de pleno derecho y sin convención especial, conforme al artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de dicha Convención;

Atendido, que, en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes;

Atendido, que nuestra Carta Magna establece una forma de incorporación del derecho internacional a nuestro derecho positivo y le otorga jerarquía conforme al bien jurídico tutelado, cuando dispone en su artículo 3: “C (...) La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, ... “ y en el artículo 10: “La enumeración contenida en los artículos 8 y 9 no es limitativa, y por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza”;

Atendido, que nuestro país tiene un sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local, tanto la dictada mediante el control difuso como por el concentrado y, b)

la internacional, formada por los pactos y convenciones internacionales sobre derechos humanos, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte InterAmericana de Derechos Humanos, fuente normativa de carácter vinculante que en su conjunto integran lo que se ha denominado el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria;

Atendido, que las disposiciones contenidas en el bloque de constitucionalidad obligan a los jueces a observadas como fuente primaria de sus decisiones, realizando, aún de oficio, la determinación de la validez constitucional de los actos y de las reglas sometidas a su consideración y decisión, a fin de asegurar la supremacía de los principios y normas que conforman el debido proceso de ley;

Atendido, que el bloque de constitucionalidad encierra garantías orgánicas y garantías de carácter procesal que tutelan los derechos, la forma, el tiempo y la oportunidad para la realización de las actuaciones ante los tribunales;

Atendido, que los principios procesales que estructuran la forma de importar justicia derivan directamente de la Constitución por ser el instrumento contentivo de los derechos fundamentales de la persona; que en esta perspectiva, el derecho penal juvenil, tanto sustantivo como procesal, garantiza la protección de la persona adolescente frente al poder punitivo del Estado, lo que implica la aplicación constante del derecho constitucional al caso de que se trate;

Atendido, que la Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento jurídico de derechos humanos de carácter vinculante por haber sido ratificada por el Estado dominicano; que este

instrumento constituye la llamada Carta Magna de los niños, niñas y adolescentes reconociéndolos como sujetos de derechos, definiendo el modelo de responsabilidad penal y estableciendo principios y derechos fundamentales a favor de esa población, que se integran a la Constitución y deben ser respetados y garantizados por los operadores de la justicia;

Atendido, que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; que, por otra parte el artículo 4 establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”;

Atendido, que la denominada Doctrina de la Protección Integral de los derechos de la infancia se fundamenta en la Convención sobre los Derechos del Niño y, además, en un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que evidencian un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la persona menor de edad como sujeto de derechos y en la forma de importar justicia, como son: a) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); b) las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y; c) las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad;

Atendido, que estos últimos instrumentos precedentemente citados representan la expresión de acuerdos de la comunidad in-

ternacional aplicables en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas; que, aun no estando ratificados por el Estado dominicano, por contener derechos fundamentales, garantías sustantivas y procesales, son aplicables por mandato del precitado artículo 10 de nuestra Constitución;

Atendido, que la Doctrina de la Protección Integral tutela los derechos de los niños, niñas y adolescentes y, garantiza, en el caso de las personas adolescentes en conflicto con la ley penal, una justicia que respeta los derechos procesales consagrados para todas las personas y los derechos especiales a que son acreedores por tratarse de seres humanos en formación y desarrollo;

Atendido, que la responsabilidad de la persona adolescente infractora de la ley penal y la reacción coactiva del Estado frente a su conducta delictiva debe ser comprendida en el marco de la protección integral, sobre la base del sentido y los límites de la sanción impuesta por el Estado, clasificándose los principios intrínsecos de una mínima intervención penal estatal en dos grupos:

1. Principios de limitación formal y funcional, que comprenden aspectos como la legalidad de la sanción, irretroactividad de la ley, garantías individuales a la persona adolescente procesada, proporcionalidad de la sanción con el daño social causado por la infracción, idoneidad de la medida o estudio de los efectos socialmente útiles que cabe esperar de la sanción.
2. Principios generales de limitación personal o limitativos de responsabilidad penal, que comprenden la imputación: atribución personal en la que la sanción solo puede ser aplicada a la persona autora de la acción punitiva y, respon-

sabilidad por el hecho: solo puede aplicarse sanción por la responsabilidad del hecho específico que ha sido juzgado, nunca sobre la base de la ‘peligrosidad social’ del sujeto.

Atendido, que la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás normativa internacional, el Código Penal y las leyes especiales de carácter penal, conforman el entorno de referencia para determinar si una persona adolescente es responsable del hecho infraccional que se le atribuye;

Atendido, que la respuesta estatal frente al acto infraccional no sólo se manifiesta en la clase y modalidad de la sanción sino también en la estructuración del proceso, cuyo fin, no es determinar la verdad a toda costa, sino también garantizar a la persona adolescente imputada que se pueda defender de la acusación en condiciones justas;

Atendido, que a tal realidad no puede estar ajeno el proceso penal juvenil, que integra, en esencia, el debido proceso consagrado en la Constitución cuando considera, refiriéndose a los derechos fundamentales o individuales de la persona humana que “Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado, ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa” (Art. 8, numeral 2, literal j), principio que, además, se encuentra consagrado en el artículo 40.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al establecer una serie de garantías y derechos que deben ser respetados frente al alegato de que una persona adolescente ha infringido las leyes penales;

Atendido, que existen otros instrumentos internacionales adoptados por el Estado dominicano que consagran este principio y que son igualmente aplicables en virtud de las disposiciones de

los artículos 3 y 10 de la Constitución, por su carácter vinculante, como son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 8 y 10; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 14; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 18; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, artículo 8, entre otros;

Atendido, que el debido proceso de ley debe ser respetado y garantizado a toda persona adolescente que se le imputa la comisión de un acto infraccional, como derecho que resulta por ser un atributo de la persona humana; que, cuando en determinados casos el debido proceso resulte contrario al principio del interés superior, el juez puede atenuarlo, resultando imperativo para éste la fundamentación de su decisión con la clara identificación del alcance que tiene la invocación del principio del interés superior como límite a la discrecionalidad;

Atendido, que un estudio de los límites y de los alcances de los principios básicos o fundamentales contenidos en la Constitución y la normativa supranacional vigente revela que el debido proceso de ley en nuestro país, está conformado, entre otros, por los siguientes principios fundamentales: 1. Principio del juicio previo; 2. Principio del juez natural o regular; 3. La imparcialidad y la independencia; 4. La legalidad de la sanción y del proceso; 5. El plazo razonable; 6. El principio de única persecución o ‘non bis in idem’; 7. Garantía de respeto a la dignidad de la persona; 8. Igualdad ante la ley; 9. Derecho a no declarar en contra de sí mismo o de no autoincriminación; 10. La presunción de inocencia; 11. Igualdad entre las partes en el proceso; 12. Estatuto de libertad; 13. Personalidad de la persecución; 14. El derecho a la defensa; 15. Formulación precisa de cargos; 16. El derecho al

recurso efectivo; 17. La separación de funciones; 18. La obligación de decidir; 19. Motivación de decisiones, 20. Legalidad de la prueba; 21. Derecho a la defensa o asistencia técnica; principios estos que, aunque contribuyen en gran medida, no alcanzan a determinar la especificidad del derecho penal juvenil;

Atendido, que, como se ha expresado precedentemente, en el proceso ante la jurisdicción de niños, niñas y adolescentes, en materia penal juvenil, además de los principios fundamentales generales del proceso, que han sido enunciados anteriormente y detallados en la Resolución 1920-2003, dictada por esta Suprema Corte de Justicia, son aplicables al proceso penal de las personas adolescentes una serie de principios fundamentales, derechos y garantías derivados de los instrumentos que conforman la doctrina de la protección integral, que, sin ser limitativos, sustentan de manera principal el derecho y la justicia penal juvenil y forman parte del bloque de la constitucionalidad, tales como:

1. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR

El principio del interés superior tiene su origen en la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959, instrumento éste que en su Principio 2 establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este principio constituye una premisa fundamental de todo proceso relativo a la niñez y adolescencia consagrado de igual manera

en el precitado artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que expresa: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Recogido de esa manera en la Convención, este principio crea la base para la interpretación y aplicación de la normativa referente a los niños, niñas y adolescentes y establece líneas de acción concretas para todas las instancias, con el fin de poner un límite a la discrecionalidad de las decisiones.

Este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las personas menores de edad y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Corte InterAmericana de Derechos Humanos ha opinado, mediante su Opinión Consultiva GC-17/2002, en la No 2: “Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

Siguiendo estas directrices, la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia en su sentencia dictada el 23 de julio del 2003, definió este principio expresando que: “(...) el interés superior del niño, consagrado como norma fundamental por la Convención

Internacional sobre los Derechos del Niño, tiene su origen en la doctrina universal de los derechos humanos, y como tal, es un principio garantista de estos derechos; que los niños, niñas y adolescentes como personas humanas en desarrollo, tienen iguales derechos que todas las demás personas y por consiguiente, es preciso regular los conflictos jurídicos derivados de su incumplimiento, ... ; que el interés superior del niño permite resolver conflictos de derecho recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, y en este sentido, siempre habrá que adaptarse aquella medida que le asegure al máximo la satisfacción de los derechos que sea posible y su menor restricción y riesgo”.

El principio del interés superior debe regir todo proceso de justicia penal de la persona adolescente y garantizar un debido proceso adecuado a su edad y madurez. De manera que, como establecen los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, un trato justo dentro del sistema de justicia penal juvenil debe comenzar con el reconocimiento básico de que la persona adolescente imputada de haber infringido la ley tiene derecho a una protección especial y a las debidos garantías procesales.

Este principio implica la individualización de la persona adolescente con una precisa determinación de sus características y necesidades personales, de manera que, tanto los actos procesales como las medidas y sanciones impuestas, sean ajustados a tales características y necesidades.

La forma de tratar a la persona adolescente durante el proceso judicial que se le siga puede ser un factor crítico al momento de su reintegración en la familia, escuela y comunidad. Su reinserción en la sociedad sería afectada si son ignoradas sus condiciones personales al aplicar medidas cautelares o sanciones.

De lo anteriormente expresado se aprecia un conflicto en el proceso penal juvenil, teniendo, de una parte, el interés en el descubrimiento de la verdad material y la realización del ‘ius puniendi’ y, de otra, el interés superior de la persona adolescente, lo que implica que se debe juzgar el hecho sin prescindir de la valoración de su personalidad.

Se trata de un derecho penal de hecho en el que prima el principio de culpabilidad, pero sin caer en el extremo meconicista de interrumpir el proceso de recuperación de la persona adolescente, debiendo tenerse en cuenta que, surgido un conflicto entre el ‘ius puniendi’ y el interés superior de la persona adolescente, éste último se antepone.

2. PROTECCIÓN INTEGRAL Y RESPETO A LOS DERECHOS DE LA PERSONA ADOLESCENTE IMPUTADA

Protección integral significa protección de derechos, es decir, la satisfacción de los derechos individuales, políticos, sociales, económicos y culturales de que es titular toda persona menor de edad por su condición de persona, los cuales deben ser respetados y garantizados por la familia, la sociedad y el Estado.

La Corte InterAmericana de Derechos Humanos, en el antes citado documento, en su número 8, ha opinado: “Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”.

De igual manera, en el No. 10 ha opinado: “Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural -competente, independiente e imparcial-, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos”.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en la número 7 establece: “En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior”.

La antes enunciada regla hace hincapié en algunos aspectos importantes que representan elementos fundamentales de todo juicio imparcial y justo que son internacionalmente reconocidos en los instrumentos de derechos humanos vigentes y vinculantes.

La Convención sobre los Derechos del Niño asume una posición garantista de los derechos de la persona adolescente imputada; el proceso penal pierde su carácter esencial de mero instrumento de aplicación del derecho sustantivo para convertirse en una forma de realización de las normas constitucionales de garantía,

al disponer el mencionado instrumento, en el numeral 1 del artículo 40, que: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

El principio de respeto a los derechos de la persona adolescente imputada es abarcador, se refiere a todo derecho de la persona adolescente, tanto sustantivo como procesal. Existe consenso doctrinal que esto ocurre ante la potenciación de nuevos derechos, como la defensa del desarrollo integral de la persona adolescente, elevado por la Convención sobre los Derechos del Niño al rango de garantía fundamental. Estos derechos son individuales, en el sentido tradicional del concepto y difusos o populares por pertenecer a un número indeterminado de personas.

Este principio es imperativo del respeto a las garantías procesales, tales como: la presunción de inocencia, Art. 40 2. b) i.; el derecho a que se le notifique la acusación, Art. 40 2. b) ii.; derecho a no ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, Art. 40 2. b) iv.; derecho a la asistencia letrada, Art. 37 d) y 40 2. b) iii.; derecho a la presencia de los padres o tutores, Art. 40 2. b) ii.; derecho a la confrontación con los testigos y a interrogados, Art. 40 2. b) iv.; derecho a recurrir la decisión jurisdiccional ante una autoridad superior, Arts. 37 d) y 40 2. b) v.; derecho al respeto de su vida privada, Art. 40 2. b) vii., derechos que se encuentran consagrados, además, en otros instrumentos internacionales de derechos hu-

manos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. DERECHO A UNA JUSTICIA ESPECIALIZADA

El órgano jurisdiccional para conocer las imputaciones de las personas adolescentes debe asumir la función de garantía y pureza procesal, por lo que el proceso penal ante los tribunales de niños, niñas y adolescentes debe disponer de todas las garantías derivadas del ordenamiento jurídico interno, matizado por el reconocimiento de la particular condición de las personas adolescentes, debiendo reunir esta justicia especializada todos los requisitos que son esenciales a la jurisdicción, entre ellos juez natural, independiente e imparcial, que garantice y actúe en función de tercero respecto del sujeto que formula la imputación y de la persona adolescente imputada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la citada Opinión Consultiva, en la No II, es de opinión: “Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar”.

El artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño destaca con capital importancia la obligatoriedad de que la administración de justicia penal juvenil debe adecuarse a las especiales circunstancias de la población adolescente.

En términos generales y conforme a la precitada Convención, la administración de justicia de adolescentes tendrá por objeto: a) responder a las diversas necesidades de las personas adolescentes en conflicto con las leyes penales y, al mismo tiempo, proteger sus derechos básicos; b) satisfacer las necesidades de la sociedad y, c) respetar cabalmente y con justicia, en todas las etapas del proceso, las garantías fundamentales procesales.

4. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE MINORIDAD

Integrado al principio de protección integral, se reconoce una presunción de minoridad frente a la falta de medios que prueben la edad real del imputado cuando por sus características particulares sea dudoso su establecimiento.

Este principio está fundamentado en los objetivos que persigue el sistema de administración de justicia penal de adolescentes, que, conforme a la Regla 5 de Beijing hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a las personas adolescentes imputadas será en todo momento proporcionada a sus circunstancias personales y al delito.

El principio de presunción de minoridad forma parte de la política penal que el Estado debe garantizar al segmento de la población adolescente del que se tenga duda de su edad y tiene como objetivo evitar que personas adolescentes acusadas de infringir la ley penal que carezcan de registros o documentos que permitan establecerla con exactitud, puedan ser enviadas a la jurisdicción ordinaria.

La aplicación del principio de presunción de minoridad coadyuvará a evitar que las personas adolescentes que se encuentren en esa situación se vean expuestas a los posibles rigores y estig-

matizaciones que provocaría el juicio ante un tribunal penal de adultos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 40.3, compromete a los Estados Partes a establecer leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para las personas menores de edad de quienes se alegue han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, estando orientada la observancia de la presunción de minoridad a evitar la violación a esa previsión legal.

5. PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD

El principio de confidencialidad del proceso y el conocimiento de los casos a puertas cerradas se establece como limitación al principio de publicidad, con la finalidad de proteger la identidad de la persona adolescente imputada en respeto de su derecho a la intimidad y para facilitar su reinserción social.

En este aspecto, la Corte InterAmericana de Derechos Humanos se ha pronunciado de la manera siguiente: “Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura. Al respecto, la Corte Europea ha señalado, aludiendo al artículo 40.2.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que “a los niños acusados de crímenes debe respetárseles totalmente su privacidad en todas la etapas del proceso”. Asimismo, el Consejo de Europa

ordenó a los Estados Partes revisar y cambiar la legislación con el objeto de hacer respetar la privacidad del niño. En un sentido similar la Regla 8. 1 de Beijing establece que debe respetarse la privacidad del joven en todas las etapas del proceso”.

El principio de confidencialidad se impone al principio de publicidad procesal del derecho penal de adultos; está llamado a limitar la publicidad del debate por las consecuencias negativas y estigmatizantes que pueden significar para las personas adolescentes. Así lo consigna el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.1, porte ‘in fine’, cuando al referirse a la necesidad de publicidad de las sentencias, hace excepción respecto a los casos en el que el interés de menores de edad exija lo contrario.

En virtud de este principio, en las audiencias en los tribunales de niños, niñas y adolescentes, el acceso estará limitado a las personas estrictamente necesarios para el conocimiento de las mismas; este entorno estará reservado al juez, el ministerio público, el abogado apoderado de la defensa, la persona adolescente imputada, los padres o personas responsables de quienes dependa la persona adolescente, la víctima o su abogado, si estuviere constituida en porte civil, los miembros del equipo técnico u otros profesionales, si se considerare necesario su presencia, el personal auxiliar del tribunal, así como los testigos que deban comparecer.

6. DERECHO DE PARTICIPACIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño, al tiempo que crea las bases para el reconocimiento pleno de los derechos de las personas menores de edad, establece mecanismos para la protección de esos derechos. El artículo 12 les garantiza el derecho

a expresar su opinión y les permite participar de manera activa en los procesos que le conciernen, en función de que su edad y madurez psíquica lo permita, como su porticipación en procesos judiciales, civiles o penales, en los que se encuentren involucrados derechos que les son inherentes.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte InterAmericana de Derechos Humanos al establecer que: “bajo esta misma perspectiva, y específicamente con respecto a determinados procesos judiciales, la Observación General 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, señaló que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales, y determinó que los “menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14”.

El derecho de porticipación, en el derecho penal juvenil, es una garantía procesal fundamental consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 40. 2. b) ii., que establece la obligación de garantizar a la persona adolescente acusada de violar las leyes penales “que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él”, agregando el citado artículo, en el inciso iv. del mismo literal, la garantía de ser oído en juicio, más no obligado a declarar, contradecir las pruebas, interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargos y presentar testigos de descargo, derecho de recurrir la decisión que se adopte en la causa que se le sigue, otorgándole a la persona adolescente una porticipación activa en todas las fases del proceso, que deberá ser tutelada por los jueces en función de su interés superior.

7. RESPETO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

La autonomía de una rama del derecho requiere la concurrencia de distintos elementos e instituciones que, reflejando la especialidad de objeto y método, aporecen en el espectro jurídico con particularidades distintivas. La observancia del carácter instrumental del derecho procesal no es un fin en sí misma, sino que sirve de medio para que se observe el derecho sustancial.

En el campo del derecho de niñez y adolescencia, área del derecho signada por las particularidades del sujeto al cual se refiere, encuentra un reflejo esta autonomía con el funcionamiento de tribunales especializados, integrado por jueces que apliquen un procedimiento diferenciado, con finalidad propia y donde rigen principios acordes a la naturaleza del sujeto y particularidades de su persona.

La Convención sobre los Derechos del Niño recoge el criterio de procedimiento especializado en su artículo 40.3, precitado, al expresar que “los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales...”.

La administración de justicia penal de adolescentes deberá tomar en cuenta los objetivos sociales, las exigencias del bien común, los derechos individuales y colectivos y la condición particular de esa población, en un marco de respeto de las garantías fundamentales y los derechos consagrados en la Constitución, los tratados internacionales y la legislación procesal penal.

8. PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (pacto de San José) en su artículo 8.1 establece el plazo razonable como uno de los elementos del debido proceso, de igual modo el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos prescribe en su artículo 14.3 literal c) el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, principios estos que son asumidos por la justicia penal de adolescentes mediante la Regla 20 de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) al establecer que: “Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarios”.

Es un derecho de los niños, niñas y adolescentes el que los conflictos en que se encuentren envueltos, de familia o penales, tengan solución dentro de parámetros razonables de tiempo que establezca la ley y que, en efecto, se produzca de manera equitativa y efectiva; la justicia pronta y cumplida es consubstancial con la celeridad procesal.

Los procesos seguidos a las personas adolescentes en conflicto con la ley penal deben ser conocidos de forma expedita, sin detrimento del debido proceso ni menoscabo de su dignidad. De no cumplirse con el principio de celeridad, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la decisión pudieran acarrear.

9. EXCEPCIONALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Las leyes penales juveniles adecuadas a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los instrumentos que conforman la doctrina de la protección integral se caracterizan por el establecimiento

de una amplia gama de sanciones con una finalidad educativa, entre las que se encuentran: las órdenes de orientación y supervisión, las sanciones socioeducativas y las privativas de libertad.

Tanto la medida cautelar como la sanción que implique privación de libertad deben ser ordenadas excepcionalmente de conformidad a lo previsto en el artículo 37 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece: “(...) La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. El literal c) del mismo artículo dispone que: “(...) En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”.

El artículo 40.4 de la Convención establece que: “Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como la infracción”.

De igual manera, la Regla 19 de Beijing establece el carácter excepcional de la privación de libertad y su utilización en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible.

La Regla 1.1 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad afirma que la reclusión de una

persona adolescente en un establecimiento deberá ser siempre una medida de último recurso y por el período necesario y limitarse a casos excepcionales.

El artículo 10.2. b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la separación de las personas adolescentes de los adultos en los centros de privación de libertad, previsión que está contenida, además, en el artículo 37 c) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A los fines de la justicia penal juvenil, joven adulto es toda persona que haya alcanzado la mayoría de edad cumpliendo una sanción impuesta e igualmente las personas que sean sancionadas después de haber cumplido la mayoría por delitos cometidos mientras eran menores de edad.

10. FORMACIÓN INTEGRAL Y REINSERCIÓN SOCIAL

El estado de derecho no significa sancionar a los individuos que lo violan, sino también asegurar que los derechos humanos de esos individuos sean totalmente respetados.

En el proceso penal, el sujeto procesal adolescente está expuesto a estigmatización y agresiones deformantes que pueden constituir un obstáculo para su reinserción social, lo cual contraviene el principio de protección integral. En este proceso debe existir una vigilancia constante de las distintas fases y actos de procedimiento, a fin de no acentuar la situación adversa por la que atraviesa la persona imputada, evitar la estigmatización y victimización, fomentando su educación y desarrollo humano

La protección integral abarca todos los derechos que son inherentes a las personas menores de edad, lo que significa que la persona adolescente, así como el joven adulto sancionado por la

jurisdicción de niños, niñas y adolescente con la privación de su libertad, deberá estar en un centro especializado de atención integral donde sean cubiertas todas sus necesidades y garantizados sus derechos, como alimentación, salud, educación, formación y otros, basado en el fomento de su dignidad, mediante el desarrollo de programas tendentes a su reinserción social.

La Regla 26.1 de Beijing establece que: “Lo capacitación y el tratamiento de los menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”. De igual manera, la Regla 26.2 especifica el tipo de asistencia necesario -social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad, en interés de su sano desarrollo.

La Regla 38 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que: “Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir un enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad”. En el mismo sentido, la Regla 42 dispone que: “Todo menor tendrá derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo”.

La Regla 79 del instrumento antes citada establece que: “Todos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o al trabajo después de ser puestas en libertad”.

Atendido, que partiendo del contexto jurídico integrado por las garantías, principios y derechos fundamentales que se han des-

critico, que constituyen la base de sustentación y son inminentes para el cabal cumplimiento del debido proceso, cuya observación y respeto resultan imprescindibles para una adecuada administración de justicia de adolescentes por los particulares características y la vulnerabilidad de la población a que va dirigida, procede fijar, mediante la presente Resolución, los criterios que armonicen el proceso y la práctica vigentes en los tribunales de niñas, niñas y adolescentes en atribuciones penales, con el ordenamiento jurídico constitucional;

Atendido, que no existen normas relativas a la disposición física de los tribunales de niñas, niñas y adolescentes; que esta carencia deja abandonada a la discrecionalidad del juzgador la ubicación de las partes en la sala de audiencias en los procesos penales juveniles; que la colocación de las partes se debe corresponder con las necesidades de la actuación de los procesos judiciales conforme a la idea del debido proceso, debiendo permitir la debido comunicación de las partes con sus abogados durante la vista de la causa para que no se disminuyan las posibilidades de la asistencia técnica y el libre ejercicio del derecho a la defensa, colocándose en un plano de equilibrio con respecto al ministerio público y a la parte civil constituida, si la hubiere; que esta realidad crea la necesidad de que se establezca una forma de distribución equitativa y adecuada a las exigencias del proceso concebido en la Constitución y en las leyes vigentes;

Atendido, que el proceso penal juvenil permite que el juez entreviste a la persona adolescente imputada con fines informativos cuando es llevada a su presencia por el ministerio público; que la ley no ha establecido formalidades mínimas que orienten a las partes sobre sus derechos en esta etapa del proceso, ni el procedimiento a seguir en la misma; que estando facultado para

dictar medidas cautelares, entre las que se encuentra la privación provisional de libertad, se hace necesario establecer, en esta fase previa al juicio de fondo, un procedimiento rodeado de las garantías inherentes al debido proceso que limite la discrecionalidad del juez, otorgando a las partes el beneficio de la oralidad y la contradictoriedad para dirimir situaciones como la aplicación de medidas cautelares, la ordenanza de medidas tendentes a recabar y aportar pruebas, fijación de audiencia y citación de partes, lo que redundará en una disminución considerable de la duración de los procesos;

Atendido, que en esta diligencia procesal a audiencia de entrevista y medidas cautelares es imprescindible la presencia del representante del ministerio público, quien presentará a la persona adolescente imputada ante el juez, detallará de manera sumaria las pruebas e indicios que justifican la actuación procesal y solicitará medida cautelar, si la considerare pertinente; que en la vista podrá estar presente el denunciante o querellante y la parte civil constituida, si la hubiere; que esta vista se celebrará en forma oral y contradictoria, garantizando a la persona adolescente procesada la asistencia de un abogado encargado de su defensa y la presencia de sus padres a responsables;

Atendido, que toda persona adolescente que haya sido privada provisionalmente de su libertad tiene el derecho de impugnar la decisión por ante el tribunal de superior jerarquía; que el recurso que se interponga con motivo de la imposición de la medida cautelar privativa de libertad no será suspensiva del procedimiento que se siga en el tribunal de primer grado;

Atendido, que siendo un mandato constitucional que toda persona privada de su libertad sea sometida a la autoridad judicial

competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad, plazo que para las personas adolescentes la ley reduce a veinticuatro horas, el ministerio público tiene a su cargo presentar, dentro de este último plazo, ante el juez de niños, niñas y adolescentes en atribuciones penales, para la audiencia de entrevista y medidas cautelares, a toda persona adolescente que haya sido apresada o limitada en su libertad de tránsito con motivo de la investigación de un acto delictuoso, debiendo presentar los elementos e indicios de prueba que justifiquen la investigación y avalen la adopción de las medidas cautelares que proponga al juez apoderado, decisiones que deberán ser tomadas por el juez;

Atendido, que en el sistema judicial las garantías procesales son fuente de sustentación y los roles de los actores del proceso deben estar claramente definidos e individualizados para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa; que por tanto, un sistema penal acusatorio le atribuye al juez la función de órgano decisorio como tercero imparcial e independiente, no pudiendo inmiscuirse en atribuciones propias de otros actores, como la iniciativa en la acción penal mediante apoderamiento de oficio, o actividad probatoria que es del monopolio exclusivo de las partes, o de impulso procesal, a excepción de la facultad de salvar las dilaciones que resulten perniciosas para la concreción del debido proceso y garantía del interés superior, actuación ésta que debe estar fundamentada en derecho y debidamente motivado;

Atendido, que la obligación del Estado de garantizar el derecho de defensa ha sido consagrada en la Constitución de la República en su artículo 8. 2, j); que la Convención sobre los Derechos del Niño, en interés de dotar a la persona adolescente procesada de las herramientas necesarios para que ejerza este derecho, pone

a cargo de los Estados Partes la obligación de asegurar que, en el proceso que se le sigue, la persona adolescente contará con asistencia jurídica para la preparación y presentación de su defensa (Art. 40.2. b) iii.); que desde el momento en que la persona adolescente es sindicada como presunta autora de un hecho delictivo y se pone en movimiento la acción pública, se hace necesario que cuente con la adecuada asesoría y asistencia jurídica que le garantice el derecho de defensa en todas las fases del procedimiento que se le siga;

Atendido, que de conformidad con el numeral 2 del artículo 29 de la Ley de Organización Judicial No. 821 de 1927, entre las facultades de la Suprema Corte de Justicia se encuentra la de “determinar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurrentes, cuando no esté establecido en la ley, o resolver cualquier punto que para tal procedimiento sea necesario”; que el literal h) del artículo 14 de la Ley Orgánica No. 25 del 1991 de la Suprema Corte de Justicia, dispone la facultad de la Suprema Corte de Justicia para el “trazado del procedimiento a seguir en todos los casos en que la ley no lo establezca”;

Atendido, que en vista de todo lo anterior y con la finalidad de asegurar una buena administración de justicia penal de adolescentes y hacer efectivo el cumplimiento de las garantías consagradas en nuestro ordenamiento jurídico, esta Corte adopta las normas prácticas de funcionamiento pertinentes, encaminadas a lograr que los procesos penales juveniles sean llevados a cabo conforme a los principios, normas y valores del bloque de constitucionalidad, al tiempo que reconoce, como un deber a su cargo, asegurar el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico vigente;

Por tanto, la Suprema Corte de Justicia,

Resuelve:

PRIMERO: Reconoce y asume los siguientes principios fundamentales: 1. Principio del interés superior; 2. Protección integral y respeto a los derechos de la persona adolescente imputada; 3. Derecho a justicia especializada; 4. Principio de presunción de minoridad; 5. Principio de confidencialidad; 6. Derecho de participación; 7. Respeto del procedimiento especial; 8. Principio de celeridad procesal; 9. Excepcionalidad de la privación de libertad; 10. Principio de formación integral y reinserción social; 11. Principio del juicio previo; 12. Principio del juez natural o regular; 13. La imparcialidad y la independencia; 14. La legalidad de la sanción y del proceso; 15. El plazo razonable; 16. El principio de única persecución o ‘non bis in ídem’; 17. Garantía de respeto a la dignidad de la persona; 18. Igualdad ante la ley; 19. Derecho a no declarar en contra de sí mismo o de no auto incriminación; 20. La presunción de inocencia; 21. Igualdad entre las partes en el proceso; 22. Estatuto de libertad; 23. Personalidad de la persecución; 24. El derecho a la defensa; 25. Formulación precisa de cargos; 26. El derecho al recurso efectivo; 27. La separación de funciones; 28. La obligación de decidir; 29. Motivación de decisiones; 30. Legalidad de la prueba; 31. Derecho a la defensa o asistencia técnica; tal como han sido descritos precedentemente en esta Resolución y en la número 1920-2003 como porte integrante del debido proceso y dispone su aplicación inmediata en todos los tribunales de niños, niñas y adolescentes del país; **SEGUNDO:** Dispone que las áreas físicas en las salas de audiencias de todos los tribunales de niños, niñas y adolescentes, se organicen, conforme a la distribución dispuesta en el ordinal

segundo de la Resolución 1920-2003, de la siguiente manera: dos mesas al frente del asiento del o de los jueces, colocadas en un mismo plano y a distancia razonable de la mesa donde tiene su asiento el juez, con la finalidad de que a la izquierda del o los jueces esté sentada la persona adolescente procesada con uno de sus padres o representantes, junto a su defensor; a la derecha, el ministerio público y la parte agraviada junto a su abogado, permitiendo la comunicación permanente de los abogados con la persona a quien asisten, resguardando así la igualdad de todos ante la ley y los tribunales. La mesa del o los jueces, que estará al mismo nivel que la de las partes, tendrá un espacio para la secretaria. A un lado de la mesa se habilitará un lugar para que se siente el testigo y declarante al momento de ser interrogado, dispuestos de tal manera que permita el contacto visual permanente de éstos con todos los actores del proceso durante su exposición; **TERCERO:** Instruye a todos los jueces en atribuciones penales juveniles a los fines de que la entrevista que realizan a la persona adolescente imputada cuando es presentada la primera vez por el ministerio público, se realice en una audiencia en la que la persona adolescente procesada estará asistida de un defensor de su elección o el juez solicitara la presencia de un defensor judicial para que le asista, en la cual se examinarán y dictarán, si se considerare necesario, las medidas cautelares pertinentes y se ordenarán las medidas previas de instrucción que resulten factibles al momento de la audiencia para el conocimiento del fondo del proceso. La vista de la audiencia será oral y contradictoria; en esta audiencia de entrevista y medidas cautelares deberá estar presente la persona adolescente procesada, su abogado apoderado y el ministerio público; podrán asistir los padres o representantes de la persona adolescente procesada y la víctima y/o su abogado apoderado, si lo hubiere; ordenadas o no las medidas

cautelares, el juez fijará, por la misma decisión, la audiencia para el conocimiento del fondo en el más breve plazo dejando citadas a las partes presentes. Reconoce y acoge, como derecho fundamental, el derecho a recurrir la decisión cuando en la audiencia de entrevista y medidas cautelares el juez ordene, como medida cautelar, la privación provisional de libertad. La decisión que se dicte podrá ser objeto de los recursos establecidos por la ley; **CUARTO:** Dispone que en todas las fases del proceso, la persona adolescente, desde el momento que es sindicada como presunta autora de un acto infraccional, contará con la asistencia de un abogado, sea de su elección o el juez solicitara la presencia de un defensor judicial, a los fines que se encargue de preparar y presentar su defensa; **QUINTO:** Dispone que en la fase de juicio en los tribunales de niños, niñas y adolescentes las partes interrogarán de modo directo a los deponentes, garantizando el derecho a la igualdad entre las partes. El juez que presida la audiencia orientará a quien practique el interrogatorio sobre la forma de hacer el mismo, advirtiéndole, además, que no le está permitido hacer preguntas a la persona adolescente procesada de forma sugestiva, capciosa, impertinente o con respuestas inducidas.

Firmado: Jorge A. Subero Isa, Rafael Luciano Pichardo, Eglys Margarita Esmurdoc, Hugo Álvarez Valencia, Juan Luperón Vásquez, Margarita A. Tavares, Julio Ibarra Ríos, Enilda Reyes Pérez, Dulce Ma. Rodríguez de Goris, Julio Aníbal Suárez, Víctor J. Castellanos Estrella, Ana Rosa Bergés Dreyfous, Edgar Hernández Mejía, Darío O. Fernández Espinal, Pedro Romero Confesor y José E. Hernández Machado. Grimalda Acosta. Secretaria General.

Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Personas Menores de Edad.

_____ (Legal Kidnapping, Abduction o Enlevement) _____

La presente resolución ha sido dada y firmada por los Jueces que figuran en su encabezamiento, el mismo día, mes y año en ella expresados, lo que yo, Secretaria General, certifico.

CONVENIO DE PROTECCIÓN AL NIÑO Y COOPERACIÓN EN ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Los Estados

Signatarios del presente Convenio

RECONOCIENDO que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión,

RECORDANDO que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen,

RECONOCIENDO que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen,

CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños,

DESEANDO establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviem-

bre de 1989, y por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/85, del 3 de diciembre de 1986),

Han acordado las disposiciones siguientes:

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

ARTÍCULO 1. El presente Convenio tiene por objeto:

- a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional;
- b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
- c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

ARTÍCULO 2.

1. El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con

residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

2. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.

ARTÍCULO 3. El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.

CAPÍTULO II CONDICIONES DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

ARTÍCULO 4. Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen:

- a) Han establecido que el niño es adoptable;
- b) Han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;
- c) Se han asegurado de que:
 1. Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de

la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,

2. Tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,
 3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y
 4. El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y
- d) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que,
1. Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario,
 2. Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,
 3. El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y
 4. El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

ARTÍCULO 5. Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción:

- a) Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar;
- b) Se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y
- c) Han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

CAPÍTULO III AUTORIDADES CENTRALES Y ORGANISMOS ACREDITADOS

ARTÍCULO 6.

1. Todo Estado contratante designará una Autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone.
2. Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una Autoridad central y especificar la extensión territorial o personal de sus funciones. El Estado que haga uso de esta facultad, designará la Autoridad central a la que puede dirigirse toda comunicación para su transmisión a la Autoridad central competente dentro de ese Estado.

ARTÍCULO 7.

1. Las Autoridades centrales deberán cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio.
2. Tomarán directamente todas las medidas adecuadas para:
 - a) Proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción y otras informaciones generales, tales como estadísticas y formularios;
 - b) Informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y, en la medida de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación.

ARTÍCULO 8. Las Autoridades centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación con una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.

ARTÍCULO 9. Las Autoridades centrales tomarán, ya sea directamente o con la cooperación de Autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado, todas las medidas apropiadas, en especial para:

- a) Reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesarios para realizar la adopción;
- b) Facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción;

- c) Promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones;
- d) Intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional;
- e) Responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivados respecto a una situación particular de adopción formulada por otras Autoridades centrales o por Autoridades públicas.

ARTÍCULO 10. Sólo pueden obtener y conservar la acreditación los organismos que demuestren su aptitud para cumplir correctamente las funciones que pudieran confiárseles.

ARTÍCULO 11. Un organismo acreditado debe:

- a) Perseguir únicamente fines no lucrativos, en las condiciones y dentro de los límites fijados por las autoridades competentes del Estado que lo haya acreditado;
- b) Ser dirigido y administrado por personas calificadas por su integridad moral y por su formación o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional; y
- c) Estar sometido al control de las autoridades competentes de dicho Estado en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera.

ARTÍCULO 12. Un organismo acreditado en un Estado contratante sólo podrá actuar en otro Estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados.

ARTÍCULO 13. La designación de las Autoridades centrales y, en su caso, el ámbito de sus funciones, así como el nombre

y dirección de los organismos acreditados, serán comunicados por cada Estado contratante a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

CAPÍTULO IV

CONDICIONES DE PROCEDIMIENTO RESPECTO A LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

ARTÍCULO 14. Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual esté en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad central del Estado de su residencia habitual.

ARTÍCULO 15.

1. Si la Autoridad central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo.
2. Esta Autoridad central transmitirá el informe a la Autoridad central del Estado de origen.

ARTÍCULO 16.

1. Si la Autoridad central del Estado de origen considera que el niño es adaptable:
 - a) Preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adaptabilidad, su medio

social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares;

- b) Se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural;
- c) Se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el artículo 4; y
- d) Constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño.

COMISIONADO DE APOYO A LA REFORMA Y MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA

- 2. Esta Autoridad central transmitirá a la Autoridad central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad.

ARTÍCULO 17. En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si:

- a) La Autoridad central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo;

- b) La Autoridad central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad central del Estado de origen;
- c) Las Autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y
- d) Se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

ARTÍCULO 18. Las Autoridades centrales de ambos Estados tomarán todas las medidas necesarios para que el niño reciba la autorización de salida del Estado de origen así como de entrada y residencia permanente en el Estado de recepción.

ARTÍCULO 19.

- 1. Sólo se podrá desplazar al niño al Estado de recepción si se han observado las exigencias del artículo 17.
- 2. Las Autoridades centrales de ambos Estados se asegurarán de que el desplazamiento se realice con toda seguridad, en condiciones adecuadas y, cuando sea posible, en compañía de los padres adoptivos o de los futuros padres adoptivos.
- 3. Si no se produce el desplazamiento del niño, los informes a los que se refieren los artículos 15 y 16 serán devueltos a las autoridades que los hayan expedido.

ARTÍCULO 20. Las Autoridades centrales se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción y las medidas adoptadas para finalizarlo, así como sobre el desarrollo del período probatorio, si fuera requerido.

ARTÍCULO 21.

1. Si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, esta Autoridad central tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para:
 - a) Retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional;
 - b) En consulta con la Autoridad central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño sólo podrá tener lugar si la Autoridad central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos;
 - c) Como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés.
2. Teniendo en cuenta especialmente la edad y grado de madurez del niño, se le consultará y, en su caso, se obtendrá su consentimiento en relación con las medidas a tomar conforme al presente artículo.

ARTÍCULO 22.

1. Las funciones atribuidas a la Autoridad central por el presente capítulo pueden ser ejercidas por autoridades públicas o por organismos acreditados conforme al Capítulo III, en la medida prevista por la ley de este Estado.

2. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las funciones conferidas a la Autoridad central por los artículos 15 a 21 podrán también ser ejercidas en ese Estado, dentro de los límites permitidos por la ley y bajo el control de las autoridades competentes de dicho Estado, por personas u organismos que:
 - a) Cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado; y
 - b) Estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.
3. El Estado contratante que efectúe la declaración prevista en el párrafo 2 informará con regularidad a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de los nombres y direcciones de estos organismos y personas.
4. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las adopciones de niños cuya residencia habitual esté situada en su territorio sólo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las Autoridades centrales se ejercen de acuerdo con el párrafo primero.
5. A pesar de que se haya realizado la declaración prevista en el párrafo 2, los informes previstos en los artículos 15 y 16 se prepararán, en todo caso, bajo la responsabilidad de la Autoridad central o de otras autoridades u organismos de acuerdo con el párrafo primero.

CAPÍTULO V RECONOCIMIENTO Y EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

ARTÍCULO 23.

1. Una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes. La certificación especificará cuándo y por quién han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c).
2. Todo Estado contratante, en el momento de la firma, la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, notificará al depositario del Convenio la identidad y las funciones de la autoridad o autoridades que, en dicho Estado, son competentes para expedir la certificación. Notificará asimismo cualquier modificación en la designación de estas autoridades.

ARTÍCULO 24. Sólo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

ARTÍCULO 25. Todo Estado contratante puede declarar ante el depositario del Convenio que no reconocerá en virtud de las disposiciones del mismo las adopciones hechas conforme a un acuerdo concluido en aplicación del artículo 39, párrafo 2.

ARTÍCULO 26.

1. El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento:

- a) Del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos;
 - b) De la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo;
 - c) De la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar.
2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados.
 3. Los párrafos precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.

ARTÍCULO 27.

1. Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto, si:
 - a) La ley del Estado de recepción lo permite; y
 - b) Los consentimientos exigidos en el artículo 4, aportados c) y d), han sido o son otorgados para tal adopción;
2. El artículo 23 se aplicará a la decisión sobre la conversión de la adopción.

CAPÍTULO VI DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 28. El Convenio no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción.

ARTÍCULO 29. No habrá contacto alguno ente los futuros padres adoptivos y los padres del niño u otras personas que tengan la guarda de este hasta que se hayan cumplido las condiciones de los artículos 4, aportados a) a c) y del artículo 5, aportado a), salvo cuando la adopción del niño tenga lugar entre familiares o salvo que se cumplan las condiciones que establezca la autoridad competente del Estado de origen.

ARTÍCULO 30.

1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia.
2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado.

ARTÍCULO 31. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30, los datos personales que se obtengan o transmitan conforme al Convenio, en particular aquellos a los que se refieren los artícu-

los 15 y 16, no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron.

ARTÍCULO 32.

1. Nadie puede obtener beneficios materiales indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional.
2. Sólo se podrán reclamar y pagar costes y gastos directos, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción.
3. Los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas en relación con los servicios prestados.

ARTÍCULO 33. Toda autoridad competente que constate que no se ha respetado o que existe un riesgo manifiesto de que no sea respetada alguna de las disposiciones del Convenio, informará inmediatamente a la Autoridad central de su Estado. Dicha Autoridad central tendrá la responsabilidad de asegurar que se toman las medidas adecuadas.

ARTÍCULO 34. Si la autoridad competente del Estado de destino de un documento así lo requiere, deberá proporcionarse una traducción auténtica. Salvo que se disponga lo contrario, los costes de tal traducción correrán a cargo de los futuros padres adoptivos.

ARTÍCULO 35. Las autoridades competentes de los Estados contratantes actuarán con celeridad en los procedimientos de adopción.

ARTÍCULO 36. En relación con un Estado que tenga, en materia de adopción, dos o más sistemas jurídicos aplicables en distintas unidades territoriales:

- a) Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se entenderá referida a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado;
- b) Toda referencia a la ley de dicho Estado se entenderá referida a la ley vigente en la correspondiente unidad territorial;
- c) Toda referencia a las autoridades competentes o a las autoridades públicas de dicho Estado se entenderá referida a las autoridades autorizadas para actuar en la correspondiente unidad territorial;
- d) Toda referencia a los organismos acreditados de dicho Estado se entenderá referida a los organismos acreditados en la correspondiente unidad territorial.

ARTÍCULO 37. En relación con un Estado que tenga, en materia de adopción, dos o más sistemas jurídicos aplicables a diferentes categorías de personas, cada referencia a la ley de ese Estado se entenderá referida al sistema jurídico determinado por la ley de dicho Estado.

ARTÍCULO 38. Un Estado contratante en el que distintas unidades territoriales tengan sus propias normas en materia de adopción no estará obligado a aplicar las normas del Convenio cuando un Estado con un sistema jurídico unitario no estaría obligado a hacerlo.

ARTÍCULO 39.

1. El Convenio no derogará los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos.
2. Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario del presente Convenio.

ARTÍCULO 40. No se admitirá reserva alguna al Convenio.

ARTÍCULO 41. El Convenio se aplicará siempre que una solicitud formulada conforme al artículo 14 sea recibida después de la entrada en vigor del Convenio en el Estado de origen y en el Estado de recepción.

ARTÍCULO 42. El Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado convocará periódicamente una Comisión especial para examinar el funcionamiento práctico del Convenio.

CAPÍTULO VII CLÁUSULAS FINALES

ARTÍCULO 43.

1. El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueren miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado cuando se celebró su Decimoséptima Sesión y de los demás Estados participantes en dicha Sesión.
2. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario del Convenio.

ARTÍCULO 44.

1. Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio después de su entrada en vigor en virtud del párrafo 1 del artículo 46.
2. El instrumento de adhesión se depositará en poder del depositario.
3. La adhesión sólo surtirá efecto en las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que no hubiesen formulado objeción a la adhesión en los seis meses siguientes a la recepción de la notificación a que se refiere el apartado b) del artículo 48. Podrá asimismo formular una objeción al respecto cualquier Estado en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio posterior a la adhesión. Dichas objeciones serán notificadas al depositario del Convenio.

ARTÍCULO 45.

1. Cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en lo que se refiere a cuestiones reguladas por el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o varias de ellas y podrá en cualquier momento modificar esta declaración haciendo otra nueva.
2. Toda declaración de esta naturaleza será notificada al depositario del Convenio y en ella se indicarán expresamente las unidades territoriales a las que el Convenio será aplicable.
3. En el caso de que un Estado no formule declaración alguna al amparo del presente artículo, el Convenio se aplicará a la totalidad del territorio de dicho Estado.

ARTÍCULO 46.

1. El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación previsto en el artículo 43.
2. En lo sucesivo, el Convenio entrará en vigor:
 - a) Para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, o se adhiera al mismo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

- b) Para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 45, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

ARTÍCULO 47.

1. Todo Estado Parte en el presente Convenio podrá denunciarlo mediante notificación por escrito dirigida al depositario.
2. La denuncia surtirá efecto el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de doce meses después de la fecha de recepción de la notificación por el depositario del Convenio. En caso de que en la notificación se fije un período más largo para que la denuncia surta efecto, esta tendrá efecto cuando transcurra dicho período, que se contará a partir de la fecha de recepción de la notificación.

ARTÍCULO 48. El depositario del Convenio notificará a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado así como a los demás Estados participantes en la Decimoséptima Sesión y a los Estados que se hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44:

- a) Las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que se refiere el artículo 43;
- b) Las adhesiones y las objeciones a las mismas a que se refiere el artículo 44;
- c) La fecha en la que el Convenio entrará en vigor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46;

- d) Las declaraciones y designaciones a que se refieren los artículos 22, 23, 25 y 45;
- e) Los acuerdos a que se refiere el artículo 39;
- f) Las denuncias a que se refiere el artículo 41.

EN FE DE LO CUAL, los infrascritos, debidamente autorizados, han firmado el presente Convenio. HECHO EN La Haya, el 29 de mayo de 1993, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar, que será depositado en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se remitirá por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de celebrarse su Decimoséptima Sesión así como a cada uno de los demás Estados que han participado en dicha Sesión.

CONVENCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Los Presidentes de las Repúblicas de Perú, de Uruguay, de Panamá, de Ecuador, de México, de El Salvador, de Guatemala, de Nicaragua, de Bolivia, de Venezuela, de Colombia, de Honduras, de Costa Rica, de Chile, de Brasil, de Argentina, de Paraguay, de Haití, de República Dominicana, de Estados Unidos de América y de Cuba.

Deseando que sus países respectivos estuvieran representados en la Sexta Conferencia Internacional Americana, enviaron a ella debidamente autorizados para aprobar las recomendaciones, resoluciones, convenios y tratados que juzgaren útiles a los intereses de América, los siguientes señores Delegados:

- **Perú:** Jesús Melquíades Salazar, Víctor Maúrtua, Enrique Castro Oyanguren, Luis Ernesto Denegri.
- **Uruguay:** Jacobo Varela Acebedo, Juan José Amézaga, Leonel Aguirre, Pedro Erasmo Callorda.
- **Panamá:** Ricardo J. Alfaro, Eduardo Chiari.
- **Ecuador:** Gonzalo Zaldumbide, Víctor Zevallos, Colón Eloy Alfaro.
- **México:** Julio García, Fernando González Roa, Salvador Urbina, Aquiles Elorduy.
- **El Salvador:** Gustavo Guerrero, Héctor David Castro, Eduardo Álvarez.

- **Guatemala:** Carlos Salazar, Bernardo Alvarado Tello, Luis Beltranena, José Azurdia.
- **Nicaragua:** Carlos Cuadra Pazos, Joaquín Gómez, Máximo H. Zepeda.
- **Bolivia:** José Antezana, Adolfo Costa du Rels.
- **Venezuela:** Santiago Key Ayala, Francisco Gerardo Yanes, Rafael Ángel Arraíz.
- **Colombia:** Enrique Olaya Herrera, Jesús M. Yepes, Roberto Urdaneta Arbeláez, Ricardo Gutiérrez Lee.
- **Honduras:** Fausto Dávila, Mariano Vásquez.
- **Costa Rica:** Ricardo Castro Beeche, J. Rafael Oreamuno, Arturo Tinoco.
- **Chile:** Alejandro Lira, Alejandro Álvarez, Carlos Silva Vildósola, Manuel Bianchi.
- **Brasil:** Raúl Fernández, Lindolfo Collor, Alarico da Silveira, Sampaio Correa, Eduardo Espínola.
- **Argentina:** Honorio Pueyrredón, Laurentino Olascoaga, Felipe A. Espil.
- **Paraguay:** Lisandro Díaz León.
- **Haití:** Fernando Dennis, Charles Riboul.
- **República Dominicana:** Francisco J. Peynado, Gustavo A. Díaz, Elías Brache, Ángel Morales, Tulio M. Cesteros, Ricardo Pérez Alfonseca, Jacinto R. de Castro, Federico C. Álvarez.

- **Estados Unidos de América:** Charles Evans Hughes, Noble Brandon Judah, Henry P. Fletcher, Oscar W. Underwood, Dwight W. Morrow, Morgan J. O'Brien, James Brown Scott, Ray Liman Wilbur, Leo S. Rowe.
- **Cuba:** Antonio S. de Bustamante, Orestes Ferrara, Enrique Hernández Cartaya, José Manuel Cortina, Aristides Ago 129;ero, José B. Alemán, Manuel Márquez Sterling, Fernando Ortiz, Néstor Carbonell, Jesús María Barraqué.

Los cuales, después de haberse comunicado sus plenos poderes y hallándolos en buena y debido forma, han convenido lo siguiente:

ARTÍCULO 1. Las Repúblicas contratantes aceptan y ponen en vigor el Código de Derecho Internacional Privado anexo al presente Convenio.

ARTÍCULO 2. Las disposiciones de este Código no serán aplicables sino entre las Repúblicas contratantes y entre los demás Estados que se adhieran a él en la forma que más adelante se consigna.

ARTÍCULO 3. Cada una de las Repúblicas contratantes, al ratificar el presente convenio, podrá declarar que se reserva la aceptación de uno o varios artículos del Código anexo y no la obligarán las disposiciones a que la reserva se refiera.

ARTÍCULO 4. El Código entrará en vigor para las Repúblicas que lo ratifiquen, a los treinta días del depósito de la respectiva ratificación y siempre que por lo menos lo hayan ratificado dos.

ARTÍCULO 5. Las ratificaciones se depositarán en la Oficina de la Unión Panamericana, que transmitirá copia de ellas a cada una de las Repúblicas contratantes.

ARTÍCULO 6. Los Estados o personas jurídicas internacionales no contratantes que deseen adherirse a este Convenio y en todo o en parte al Código anexo, lo notificarán a la Oficina de la Unión Panamericana, que a su vez lo comunicará a todos los Estados hasta entonces contratantes o adheridos. Transcurridos seis meses desde esa comunicación, el Estado o persona jurídica internacional interesados podrá depositar en la Oficina de la Unión Panamericana el instrumento de adhesión y quedará ligado por este Convenio, con carácter recíproco, treinta días después de la adhesión, respecto de todos los regidos por el mismo que no hayan hecho en esos plazos reserva alguna en cuanto a la adhesión solicitada.

ARTÍCULO 7. Cualquiera República Americana ligada por este Convenio que desee modificar en todo o en parte el Código anexo, presentará la proposición correspondiente a la Conferencia Internacional Americana para la resolución que proceda.

ARTÍCULO 8. Si alguna de las personas jurídicas internacionales contratantes o adheridas quisiera denunciar el presente Convenio, notificará la denuncia por escrito a la Unión Panamericana, la cual transmitirá inmediatamente copia literal certificada de la notificación a las demás, dándoles a conocer la fecha en que la ha recibido. La denuncia no surtirá efecto sino respecto del contratante que la haya notificado y al año de recibida en la Oficina de la Unión Panamericana.

ARTÍCULO 9. La Oficina de la Unión Panamericana llevará un registro de las fechas de recibo de ratificaciones y recibo de adhesiones y denuncias, y expedirá copias certificadas de dicho registro a todo contratante que lo solicite.

En fe de lo cual los Plenipotenciarios firman el presente Convenio y ponen en él, el sello de la Sexta Conferencia Internacional Americana.

Hecho en la ciudad de La Habana, República de Cuba, el día veinte de febrero de mil novecientos veintiocho (1928), en cuatro ejemplares escritos respectivamente en castellano, francés, inglés y portugués que se depositarán en la Oficina de la Unión Panamericana a fin de que envíe una copia certificada de todos a cada una de las Repúblicas signatarias.

DECLARACIONES Y RESERVAS

RESERVAS DE LA DELEGACIÓN ARGENTINA

La Delegación Argentina deja constancia de las siguientes reservas que formula al Proyecto de Convención de Derecho Internacional Privado sometido a estudio de la Sexta Conferencia Internacional Americana:

1. Entiende que la Codificación del Derecho Internacional Privado debe ser “gradual y progresiva”, especialmente respecto de las instituciones que presentan en los Estados Americanos, identidad o analogía de caracteres fundamentales.
2. Mantiene la vigencia de los Tratados de Derecho Civil Internacional, Derecho Penal Internacional, Derecho Comercial Internacional y Derecho Procesal Internacional, sancionados en Montevideo el año 1889, con sus Convenios y Protocolos respectivos.

3. No acepta principios que modifiquen el sistema de la “ley del domicilio”, especialmente en todo aquello que se oponga al texto y espíritu de la legislación civil argentina.
4. No aprueba disposiciones que afecten, directa o indirectamente, al principio sustentado por las legislaciones civil y comercial de la República Argentina, de que “las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del Estado que las autorice y por consiguiente no son ni nacionales ni extranjeras; sus funciones se determinan por dicha ley de conformidad con los preceptos derivados del “domicilio” que ella les reconoce”.
5. No acepta principios que admitan o tiendan a sancionar el divorcio ad-*vinculum*.
6. Acepta el sistema de la “unidad de las sucesiones” con la limitación derivada de la “*lex rei sitae*” en materia de bienes inmuebles.
7. Admite todo principio que tienda a reconocer en favor de la mujer, los mismos derechos civiles conferidos al hombre mayor de edad.
8. No aprueba aquellos principios que modifiquen el sistema del “*jus soli*” como medio de adquirir la nacionalidad.
9. No admite preceptos que resuelvan conflictos relativos a la “doble nacionalidad” con perjuicio de la aplicación exclusiva del “*jus solis*”.
10. No acepta normas que permitan la intervención de agentes diplomáticos y consulares, en los juicios sucesorios que interesen a extranjeros, salvo los preceptos ya establecidos en la República Argentina y que rigen esa intervención.

11. En el régimen de la Letra de Cambio y Cheques en general, no admite disposiciones que modifiquen criterios aceptados en Conferencias Universales, como las de La Haya de 1910 y 1912.
12. Hace reserva expresa de la aplicación de la “ley del pabellón” en cuestiones relativas al Derecho Marítimo, especialmente en lo que atañe al contrato de fletamento y a sus consecuencias jurídicas, por considerar que deben someterse a la ley y jurisdicción del país del puerto de destino

Este principio fue sostenido con éxito por la rama argentina de la Internacional Law Association en la 31 sesión de ésta y actualmente es una de las llamadas “reglas de Buenos Aires”.

13. Reafirma el concepto de que los delitos cometidos en aeronaves, dentro del espacio aéreo nacional o en buques mercantes extranjeros, deberán juzgarse y punirse por las autoridades y leyes del Estado en que se encuentran.
14. Ratifica la tesis aprobada por el Instituto Americano de Derecho Internacional, en su sesión de Montevideo de 1927, cuyo contenido es el siguiente: “La nacionalidad del reo no podrá ser invocada como causa para denegar su extradición”.
15. No admite principios que reglamenten las cuestiones internacionales del trabajo y situación jurídica de los obreros en mérito de las razones expuestas, cuando se discutió el artículo 198 del Proyecto de Convención de Derecho Civil Internacional, en la Junta Internacional de Jurisconsultos, asamblea de Río de Janeiro de 1927.

La Delegación Argentina hace presente que, como ya lo ha manifestado en la Honorable Comisión Número 3, ratifica en la Sexta Conferencia Internacional Americana, los votos emitidos y actitud asumida por la Delegación Argentina en la Asamblea de la Junta Internacional de Jurisconsultos, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro, en los meses de abril y mayo de 1927.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Siente mucho no poder aprobar desde ahora el Código del Dr. Bustamante, pues dada la Constitución de los Estados Unidos de América, las relaciones de los Estados miembros de la Unión Federal y las atribuciones y poderes del Gobierno Federal, se les hace difícil. El Gobierno de los Estados Unidos de América mantiene firme la idea de no desligarse de la América Latina, por lo que, de acuerdo con el artículo sexto de la Convención que permite a cada Gobierno adherirse más tarde, harán uso del privilegio de ese artículo a fin de que, después de examinar cuidadosamente el Código en todas sus estipulaciones, puedan adherirse por lo menos a gran porte del mismo. Por estas razones la Delegación de los Estados Unidos de América se reserva su voto en la esperanza de poder adherirse, como ha dicho, en porte o en una porte considerable de sus estipulaciones.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DEL URUGUAY

La Delegación de Uruguay hace reservas tendientes a que el criterio de esa Delegación sea coherente con el sustentado en la Junta de Jurisconsultos de Río de Janeiro por el doctor Pedro Varela, Catedrático de la Facultad de Derecho de su país. Las

mantiene declarando que el Uruguay presta su aprobación al Código en general.

RESERVAS DE LA DELEGACIÓN DE PARAGUAY

1. Hace la declaración de que el Paraguay mantiene su adhesión a los Tratados de Derecho Civil Internacional, Derecho Comercial Internacional, Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional, que fueron sancionados en Montevideo en 1888 y 1889, con los Convenios y Protocolos que los acompañan.
2. No está conforme en modificar el sistema de la “Ley del domicilio” consagrado por la legislación civil de la República.
3. Mantiene su adhesión al principio de su legislación de que las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la Ley del Estado que las autoriza y que, por consiguiente, no son nacionales ni extranjeras; sus funciones están señaladas por la ley especial, de acuerdo con los principios derivados del domicilio.
4. Admite el sistema de la unidad de las sucesiones, con la limitación derivada de la *lex rei sitae* en materia de bienes inmuebles.
5. Está conforme con todo principio que tienda a reconocer en favor de la mujer los mismos derechos civiles acordados al hombre mayor de edad.
6. No acepta los principios que modifiquen el sistema del “*Jus solis*” como medio de adquirir la nacionalidad.

7. No está conforme con los preceptos que resuelvan el problema de la “doble nacionalidad” con perjuicio de la aplicación exclusiva del ‘ius soli”.
8. Se adhiere al criterio aceptado en conferencias universales sobre el régimen de la Letra de Cambio y Cheques.
9. Hace reserva de la aplicación de la “Ley del pabellón” en cuestiones relativas al Derecho Marítimo.
10. Está conforme con que los delitos cometidos en aeronaves, dentro del espacio aéreo nacional o en buques mercontes extranjeros, deben ser juzgados por los tribunales del Estado en que se encuentren.

RESERVA DE LA DELEGACIÓN DEL BRASIL

1. Rechazada la enmienda substitutiva que propuso para el artículo 53, la delegación del Brasil niega su aprobación al artículo 52 que establece la competencia de la ley del domicilio conyugal para regular la separación de cuerpo y el divorcio, así como también al artículo 54.

DECLARACIÓN QUE HACEN LAS DELEGACIONES DE COLOMBIA Y COSTA RICA

Las Delegaciones de Colombia y Costa Rica subscriben el Código de Derecho Internacional Privado de una manera global con la reserva expresa de todo cuanto pueda estar en contradicción con la legislación colombiana y la costarricense.

En lo relativo a personas jurídicas nuestra opinión es que ellas deben estar sometidas a la ley local para todo lo que se refiere a “su concepto y reconocimiento”, como lo dispone sabiamente el artículo 32 del código, en contradicción (por lo menos aparente) con otras disposiciones del mismo como los artículos 16 a 21. Para las legislaciones suscritas, las personas jurídicas no pueden tener nacionalidad ni de acuerdo con los principios científicos ni en conformidad con las más altas y permanentes conveniencias de América. Habría sido preferible que en el código que vamos a expedir, se hubiese omitido todo cuanto pueda servir para afirmar que las personas jurídicas, singularmente las sociedades de capitales, tienen nacionalidad.

Las Delegaciones suscritas al aceptar la transacción consignada en el artículo 7- entre las doctrinas europeas de la personalidad del derecho y la genuinamente Americana del domicilio para regir el estado civil y la capacidad de las personas en derecho internacional privado, declaran que aceptan esa transacción para no retardar la expedición del código que todas las naciones de América esperan hoy como una de las obras más trascendentales de esta Conferencia, pero afirman enfáticamente que esa transacción debe ser transitoria porque la unidad jurídica del continente tiene que verificarse en torno a la ley del domicilio, única que salvaguarda eficazmente la soberanía e independencia de los pueblos de América. Pueblos de inmigración como son o habrán de ser todas estas repúblicas, no pueden mirar sin suprema inquietud que los inmigrantes europeos traigan la pretensión de invocar en América sus propias leyes de origen para gobernar aquí su estado civil y capacidad para contratar. Admitir esta posibilidad (que consagra el principio de la ley nacional, reconocido parcialmente en el Código) es crear en América un estado dentro del Estado y ponemos casi bajo el régimen de las

capitulaciones que Europa impuso durante siglos a las naciones del Asia, por ella consideradas como inferiores en sus relaciones internacionales. Las Delegaciones suscritas hacen votos por que muy pronto desaparezcan de las legislaciones Americanas todas las huellas de las teorías (más políticas que jurídicas) preconizadas por Europa para conservar aquí la jurisdicción sobre sus nacionales establecidos en las libres tierras de América y espera que la legislación del continente se unifique de acuerdo con los principios que someten al extranjero inmigrante al imperio irrestricto de las leyes locales. Con la esperanza, pues, de que en breve la ley del domicilio será la que rija en América el estado civil y la capacidad de las personas, y en la seguridad de que ella será uno de los aspectos más característicos del Panamericanismo jurídico que todos anhelamos crear, las Delegaciones suscritas votan el Código de Derecho Internacional Privado y aceptan la transacción doctrinaria en que él se inspira.

Refiriéndose a las disposiciones sobre el divorcio, la Delegación Colombiana formula su reserva absoluta en cuanto regula el divorcio por la ley del domicilio conyugal, porque considera que para tales efectos y dado el carácter excepcionalmente trascendental y sagrado del matrimonio (base de la sociedad y del Estado mismo), Colombia no puede aceptar dentro de su territorio la aplicación de legislaciones extrañas.

Las Delegaciones quieren, además, hacer constar su admiración entusiasta por la obra fecunda del doctor Sánchez de Bustamante que este Código representa en sus 500 artículos concebidos en cláusulas lapidarias que bien pudieran servir como dechado para los legisladores de todos los pueblos. De hoy más, el doctor Sánchez de Bustamante será no sólo uno de los hijos más esclarecidos de Cuba, sino uno de los más eximios ciudadanos

de la gran patria Americana que puede con justicia ufanarse de producir hombres de ciencias y estadistas tan egregios como el autor del Código de Derecho Internacional Privado que hemos estudiado y que la Sexta Conferencia Internacional Americana va a sancionar en nombre de América entera.

RESERVA DE LA DELEGACIÓN DE EL SALVADOR

Reserva primera: especialmente aplicable a los artículos 44, 146, 176, 232 y 233:

En cuanto se refiere a las incapacidades que puedan tener los extranjeros conforme a su ley personal para testar, contratar, comparecer en juicio, ejercer el comercio o intervenir en actos o contratos mercantiles, se hace la reserva de que en El Salvador dichas incapacidades no serán reconocidas en los casos en que los actos o contratos han sido celebrados en El Salvador, sin contravención a la ley salvadoreña y para tener efectos en su territorio nacional.

Reserva segunda: aplicable al artículo 187, párrafo final:

En caso de comunidad de bienes impuesta a los casados como ley personal por un Estado extranjero, sólo será reconocida en El Salvador, si se confirma por contrato entre las partes interesadas, cumpliéndose todos los requisitos que la ley salvadoreña determina o determine en el futuro, con respecto a bienes situados en El Salvador.

Reserva tercera: especialmente aplicable a los artículos 327, 328 y 329:

Reserva de que no será admisible, en cuanto concierne a El Salvador, la jurisdicción de jueces o tribunales extranjeros en los juicios y diligencias sucesorales y en los concursos de acreedores y quiebra en todos los casos en que afecten bienes inmuebles situados en El Salvador.

RESERVA DE LA DELEGACIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

1. La Delegación de la República Dominicana desea mantener el predominio de la ley nacional en aquellas cuestiones que se refieren al estado y capacidad de los dominicanos, en dondequiera que éstos se encuentren, por lo cual no puede aceptar sino con reservas, aquellas disposiciones del Proyecto de Codificación en que se da preeminencia a la “ley del domicilio” o a la ley local; todo ello, no obstante el principio conciliador enunciado en el artículo 7 del proyecto del cual es una aplicación el artículo 53 del mismo.
2. En cuanto a la nacionalidad, Título 1- del Libro 1-, artículo 9- y siguientes, establecemos una reserva, en lo que toca primero, a la nacionalidad de las sociedades y segundo muy especialmente al principio general de nuestra Constitución Política según el cual a ningún dominicano se le reconocerá otra nacionalidad que la Dominicana mientras resida en el territorio de la República.
3. En cuanto al domicilio de las sociedades extranjeras, cualesquiera que fueren sus estatutos y el lugar en que lo hubieren fijado, o en que tuvieran su principal establecimiento, etc., reservamos este principio de orden público en la República Dominicana: cualquiera persona física o moral que ejerza actos de la vida jurídica en su territorio, tendrá por domi-

cilio el lugar donde tenga un establecimiento, una agencia o un representante cualquiera. Este domicilio es atributivo de jurisdicción para los tribunales nacionales en aquellas relaciones jurídicas que se refieren a actos intervenidos en el país cualesquiera que fuere la naturaleza de ellos.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE ECUADOR

La Delegación de Ecuador tiene el honor de suscribir por entero la Convención del Código de Derecho Internacional Privado en homenaje al doctor Bustamante. No cree necesario puntualizar reserva alguna, dejando a salvo, tan sólo, la facultad general contenida en la misma Convención, que deja a los Gobiernos la libertad de ratificada.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE NICARAGUA

Nicaragua en materias que ahora o en el futuro considere de algún modo sujetas al Derecho Canónico no podrá aplicar las disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado que estuvieren en conflicto con aquel Derecho.

Declara que como lo expresó verbalmente en varios casos durante la discusión, algunas de las disposiciones del Código aprobado están en desacuerdo con disposiciones expresas de la legislación de Nicaragua o con principios que son bases de esa legislación; pero como un debido homenaje a la obra insigne del ilustre autor de aquel Código, prefiere en vez de puntualizar las reservas del caso, hacer esta declaración y dejar que los poderes públicos de Nicaragua formulen tales reservas o reformen hasta donde sea posible la legislación nacional en los casos de incompatibilidad.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE CHILE

La Delegación de Chile se complace en presentar sus más calurosas felicitaciones al eminente y sabio jurisconsulto americano, señor Antonio Sánchez de Bustamante, por la magna labor que ha realizado redactando un Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, destinado a regir las relaciones entre los Estados de América. Este trabajo es una contribución preciosa para el desarrollo del panamericanismo jurídico, que todos los países del Nuevo Mundo desean ver fortalecido y desarrollado. Aun cuando esta obra grandiosa de la codificación no puede realizarse en breve espacio de tiempo, porque necesita de la madurez y de la reflexión de los Estados que en ella van a participar, la Delegación de Chile no será un obstáculo para que esta Conferencia Panamericana apruebe un Código de Derecho Internacional Privado; pero salvará su voto en las materias y en los puntos que estime convenientes, en especial, en los puntos referentes a su política tradicional o a su legislación nacional.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE PANAMÁ

Al emitir su voto en favor del proyecto de Código de Derecho Internacional Privado en la sesión celebrada por esta Comisión el día 27 de enero último, la Delegación de la República de Panamá manifestó que oportunamente presentaría las reservas que creyere necesarios, si a ello hubiere lugar. Esta actitud de la Delegación de Panamá obedeció a ciertas dudas que abrigaba respecto al alcance y extensión de algunas de las disposiciones contenidas en el Proyecto, especialmente en lo relativo a la aplicación de la ley nacional del extranjero residente en el país, lo cual habría dado

lugar a un verdadero conflicto, ya que en la República de Panamá impera el sistema de la ley territorial desde el momento mismo en que se constituyó como Estado independiente. Sin embargo, la Delegación panameña estima que todas las dificultades que pudieran presentarse en esta delicada materia han sido previstas y quedarán sabiamente resueltas por medio del artículo 7 del Proyecto, según el cual, “cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio o las de la nacionalidad, según el sistema que haya adoptado o adopte en lo adelante la legislación interior”. Como todos los demás Estados que suscriban y ratifiquen la Convención respectiva, Panamá quedará, pues, en plena libertad de aplicar su propia ley, que es la territorial.

Entendidas así las cosas, a la Delegación de Panamá le es altamente grato declarar, como lo hace en efecto, que le importe su aprobación al Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, o al Código Bustamente que es como debería llamarse en homenaje a su autor, sin reservas de ninguna clase.

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE GUATEMALA

Guatemala ha adoptado en su legislación civil, el sistema del domicilio, pero aunque así no fuere, los artículos conciliatorios del Código hacen armonizar perfectamente cualquier conflicto que pudiera suscitarse entre los diferentes Estados, según las escuelas diversas a que hayan sido afiliados.

En consecuencia, pues, la Delegación de Guatemala se acomoda perfectamente a la modalidad que con tanta ilustración, prudencia genialidad y criterio científico, campean en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y quiere dejar constancia expresa de su aceptación absoluta y sin reservas de ninguna especie.

y por cuanto dicha Convención ha sido aprobada por el Congreso Nacional con la siguiente reserva: “Apruébase el Código de Derecho Internacional Privado, suscrito el 20 de febrero de 1928 en la VI Conferencia Internacional Americana de La Habana, con reserva de que, ante el Derecho Chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la Legislación Chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros”.

y la citada Convención ha sido ratificada por mí, y las ratificaciones depositadas en la Unión Panamericana, en Washington, el 6 de septiembre de 1933.

Por tanto, y en uso de la facultad que me confiere el número 16 del artículo 72 de la Constitución Política del Estado, dispongo y mando que con las reservas indicadas se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el texto autorizado del Código a que se refiere la aludida Convención.

Dado en la sala de mi Despacho y refrendado por el Ministro de Estado en el Departamento de Relaciones Exteriores, en Santiago, a diez días del mes de abril de mil novecientos treinta y cuatro. ALESSANDRI. Miguel Cruchaga.

INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES POR PARTE DE UNO DE SUS PADRES EN LAS AMÉRICAS. REUNIÓN DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES

Instituto Interamericano del Niño IIN
Organización de Estados Americanos (OEA)

Por: Lic. Jorge Valladares Valladares¹
Coordinador del Programa Jurídico IIN OEA

1.- INTRODUCCIÓN

1. A continuación se presenta un Informe Especial de la Dirección General del Instituto Interamericano del Niño en acatamiento a las Resoluciones AG/RES. 1835 (XXXI-O/01) de 5 de junio del 2001 y AG/RES. 1891 (XXXII-O/02) de 4 de junio del 2002, relativas a la convocatoria de una Reunión de Expertos Gubernamentales sobre el tema de la sustracción internacional de menores por parte de uno

1. Es Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH). Ha ocupado los cargos de: Jefe del Departamento de Derechos del Niño del Ombudsman en Honduras; Oficial de Derechos del Niño del UNICEF Honduras; Jefe de la Oficina de Intereses del ACNUR en Honduras; director ejecutivo del Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos (CIPRODEH); Coordinador Nacional del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil de la Organización Internacional del Trabajo (IPEC OIT); actualmente es coordinador del Programa Jurídico del Instituto Interamericano del Niño de la Organización de los Estados Americanos, en Montevideo, Uruguay.

de sus padres. Con el objetivo de adoptar un ‘Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar casos de Sustracción Internacional de menores por uno de sus padres’.

2. El mismo se presenta en apartados según consideración a la especialidad, que a nivel de cada Estado Parte tienen los instrumentos internacionales relacionados. Tanto a nivel universal (La Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores), como a nivel interamericano (Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989 y la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994).
3. Será necesario afirmar desde el inicio, que tanto el Convenio universal de la Conferencia de La Haya, como los aplicables a nivel interamericano deben considerarse complementarios entre sí. Tenemos en ese sentido, la fortuna de contar a nivel de las Américas con Convenios especializados en el tema de la sustracción internacional de menores, tanto desde la óptica civil (restitución de menores), como penal (tráfico internacional de menores), que no impiden, sino fomentan la operativización de la Convención de la Haya de 1980 sobre la materia.

II.- SUPUESTOS DE ATENCIÓN DE ESTA NORMATIVA.

La Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989.

- 4.- Según la Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989, en diversos artículos se garantiza a todo niño las

relaciones familiares (artículo 8) que incluye: Derecho a no ser separado de sus padres (artículo 9), la reunificación familiar (artículo 10), derecho de visita, inclusive el caso que uno de los padres resida en otro Estado distinto al de su domicilio (artículo 10), a no ser trasladado en forma ilícita al extranjero (artículo 11), el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes respecto a la crianza y desarrollo del niño (artículo 18), ante la carencia de relaciones familiares tienen derecho a la protección y asistencia estatal (artículo 20) o en su caso a la adopción (Artículo 21).

- 5.- En este contexto tan amplio de relaciones familiares, los progenitores o familiares cercanos pueden cometer excesos en el ejercicio de sus derechos en relación a los niños y niñas. Entre éstos ya la Convención sobre los Derechos del Niño lo prevé, la sustracción internacional de menores de edad o aún más grave, utilizando medios y fines o propósitos ilícitos, en cuyo caso será el tráfico internacional de menores.
- 6.- Otro principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 es el consagrado en el artículo 3, el interés superior del niño. Que como veremos en el transcurso de este informe, es un fin a alcanzar en la toma de decisiones por parte de las Autoridades Centrales, el escuchar el parecer del niño o niña afectado en el caso de los secuestros o sustracciones ilícitas. Este Convenio confirma en el contexto de la normativa internacional sobre niñez, el hecho de considerar a los niños y niñas como sujetos de derecho y de aplicar en forma práctica entre Estados el principio del interés superior del niño. Con ello se ratifica el supuesto

que los niños no son propiedad de ninguno de los progenitores y además se les debe escuchar en la medida que sus facultades estén lo suficientemente desarrolladas.

El alcance del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la normativa interamericana relacionada.

- 7.- Para garantizar tanto el derecho de visita como el de custodia (sin pronunciarse sobre la validez legal del título con que la ejercen tanto en el Estado recurrente como el recurrido), se proclamó en la esfera del Derecho Internacional Privado, específicamente en la Conferencia Internacional de la Haya, la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 y en las Américas: la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989. Para los traslados ilícitos de carácter internacional en el ámbito interamericano se proclamó Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 18 de marzo de 1994.
- 8.- La terminología internacional para referirse al fenómeno de la sustracción internacional de menores varía según las diversas ópticas desde donde se aprecie esta práctica. “Expresiones como: “Secuestro interparental”, “traslado ilícito”, “detención ilegal”, o la francófona “enlevement”, aunque parece que se impone internacionalmente la utilización de la expresión “kidnapping” o “abduction”.²

2. El secuestro interparental en los matrimonios mixtos. Adolfo Alonso Carbajal y Nuria Chamorro Alonso. Madrid, España. www.derecho-familia.com.

- 9.- En el contexto de esta normativa internacional, se entiende como “sustracción internacional de menores”:
- a) El traslado o la retención de un menor cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual³ inmediatamente antes de su traslado o retención, ya sea atribuido de pleno derecho o ya lo sea por decisión judicial o administrativa o por un acuerdo vigente según el derecho de un Estado, y
 - b) Cuando este derecho se ejercía de manera efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.
- 10.- En términos muy similares, el caso de la Convención Interamericana sobre Restitución internacional de menores afirma “que la presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados partes y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares”.

3. Entenderemos por “residencia habitual”, el Estado en donde el menor tiene su centro de vida.

- 11.- Como se aprecia ambos Convenios coinciden en el fin, cual es, garantizar el derecho de visita y custodia. Pero difieren en procedimientos, como tendremos la ocasión de examinar más adelante. Según José Carlos Arcagni, “La realidad doméstica de los fracasos matrimoniales, ya de por sí conflictiva, se agrava cuando el matrimonio posee contactos con diversos territorios. La facilidad y celeridad del transporte internacional independiente, facilitan el traslado de las personas, resultando normal la existencia de matrimonios entre cónyuges de diversas culturas, domicilios de origen lejano, como la migración hacia otros países en búsqueda de mejores condiciones de vida. Ante el conflicto matrimonial el padre o madre desean retornar al país de su nacimiento o donde tenía su anterior domicilio, llevándose consigo a los menores bajo su tenencia (custodia). El desconocimiento de ese traslado por parte del otro cónyuge o su oposición configuran el fenómeno de la sustracción... La comisión de delitos aberrantes como el robo de niños o la búsqueda de jurisdicciones que permitan consolidar situaciones jurídicas irregulares con referencia a la custodia de menores, obligan a pergeñar instrumentos que permitan la rápida localización de los menores y se vuelva a su centro de vida, sin perjuicio de la necesaria y justa represión de los actos delictivos”.⁴
- 12.- Entendemos que la sustracción internacional de menores de edad tiene como propósito impedir el derecho de visita o custodia a uno de los progenitores, mediante la sustracción por parte del otro progenitor u otro miembro de la familia, al niño o niña fuera del Estado en donde residen habitual-

4. José Carlos Arcagni. Revista La Ley, No. 153, p. 1, 10/08/95.

mente. Tratando además de obtener ventajas en el país de destino del traslado, sean estas de orden judicial⁵ o administrativas, para impedir el retorno forzado. Impidiendo de esa forma la relación del hijo con el progenitor custodio en forma absoluta (secuestro internacional) o dificultarla en forma extraordinaria (sustracción internacional).⁶

- 13.- El Convenio de la Haya no se refiere al conflicto de leyes aplicables en el tiempo o el espacio, ni a la validez de las resoluciones judiciales o administrativas de un Estado en el territorio de otro.⁷ Tampoco al derecho, conferido o no, de custodia de uno u otro progenitor. El Convenio tiene como fin específico garantizar el retorno inmediato del niño o niña retenido mediante uso de fuerza o intimidación y que dejó indefenso a uno de los progenitores para gozar del derecho sea de visita o de custodia.

III.- ESTADOS PARTES DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL RELACIONADA.

- 14.- El Convenio de La Haya tiene un carácter semiabierto. En principio, cualquier Estado puede suscribirlo pero su adhesión “Surtirá efecto sólo respecto de las relaciones entre el Estado adherido y aquellos Estados contratantes que hayan declarado su aceptación de la adhesión”. (Artículo 38). Según el Capítulo VI del Convenio de La Haya denominado “Cláusulas finales” el Convenio puede ser firmado, ratifi-

5. Cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que le favorezca (*forum conveniens*).

6. Paráfrasis. Alonso y Chamorro, Madrid, España.

7. Para estos casos la Conferencia Internacional de la Haya emitió el Convenio sobre Competencia de las Autoridades y Ley aplicable en materia de protección de Menores de 5 de octubre de 1961.

cado, aceptado, o aprobado. Además los Estados podrán adherirse al mismo y surtirá efecto el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su adhesión.

15. Con ello se garantiza además de un sentido universalista, la efectividad de su cumplimiento entre Estados que reconocen mutuamente su adhesión al mismo.
- 16.- Uno de los puntos más débiles del Convenio es el escaso número de Estados Suscriptores, lo que facilita “el menú” de opciones a progenitores raptos. Tal y como afirma Julia A Todd: “La más significativa limitación actual del Convenio es la numerosa lista de Estados no suscriptores, en los cuales las disposiciones del mismo no son aplicables. De esa formas existen varios “Estados-paraíso” en los cuales los captores llevan a los niños secuestrados y encuentran formas de reafirmar mediante litis su derecho de custodia en el Estado de refugio”.⁸
- 17.- Por ello es importante repasar los Estados signatario del Convenio universal (La Haya) como de los interamericanos. Recordando que en materia de derecho internacional privado los convenios tienen fuerza de ley entre las partes, por ello aunque un Estado no sea ratificante (de la Convención), si se adhiere automáticamente a sus disposiciones al firmar convenios bilaterales con otros Estados parte, cuyos efectos desde luego serán únicamente vinculantes respecto a éstos.

8. The Hague Convention on the Civil Aspects of intemational Child Abduction: Are the Convention’s Goals Being Achieved? Indiana University.

18.- La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores tiene los siguientes Estados ratificantes⁹ del sistema interamericano:

Argentina	Firma el 1 de junio de 1991
Canadá	Firma el 1 de diciembre de 1983
Estados Unidos de América	Firma el 1 de julio de 1988
Venezuela	Firma el 1 de enero de 1997

19.- Y aquellos Estados parte del sistema de la OEA que si bien no lo han suscrito directamente ante la Conferencia de la Haya, pero han firmado acuerdos bilaterales con otros Estados, adhiriéndose al mismo son:

Bahamas	Firma el 1 de enero de 1994
Belice	Firma el 1 de septiembre de 1989
Brasil	Firma el 1 de enero del 2000
Chile	Firma el 1 de mayo de 1994
Colombia	Firma el 1 de marzo de 1996
Costa Rica	Firma el 1 de febrero de 1999
Ecuador	Firma el 1 de abril de 1992
El Salvador	Firma el 1 de mayo del 2001
Guatemala	Firma el 1 de mayo del 2002
Honduras	Firma el 1 de marzo de 1994
México	Firma el 1 de septiembre de 1991
Nicaragua	Firma el 1 de marzo del 2001
Panamá	Firma el 1 de mayo de 1994
Paraguay	Firma el 1 de agosto de 1998
Perú	Firma el 1 de agosto del 2001

9. Entiéndase Estados parte de la Conferencia Internacional.

Saint Kitts and Nevis Firma el 1 de agosto de 1994
Trinidad y Tobago Firma el 1 de septiembre del 2000
Uruguay Firma el 1 de febrero del 2000

20.- Estados de la OEA que no son ratificantes ni Estados adheridos:

Antigua and Barbuda
Barbados
Bolivia
Cuba
Dominica
República Dominicana
Grenada
Guyana
Haití
Jamaica
Saint Lucia
St Vincent and the Grenadines
Suriname

21.- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. 15 de julio de 1989.

Estados parte:

Argentina	11/24/1992
Bolivia	07/15/1989
Brasil	07/15/1989
Colombia	07/15/1989
Costa Rica	05/22/1997

Ecuador	07/15/1989
Guatemala	07/15/1989
Haití México	07/15/1989
Paraguay	04/06/1992
Perú	07/15/1989
Uruguay	07/15/1989
Venezuela	07/15/1989

22.- Convencion Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. 18 de marzo de 1994.

Estados Parte:

Bolivia	03/18/1994
Brasil	03/18/1994
Costa Rica	05/22/1997
Ecuador	06/11/1998
México	11/27/1995
Panamá	05/28/1998
Paraguay	08/07/1996
Uruguay	03/18/1994
Venezuela	03/18/1994

IV.- TENDENCIAS ACTUALES RELATIVAS A LA SUS- TRACCION y TRASLADOS DE MENORES DE EDAD A NI- VEL INTERNACIONAL

- 23.- El Convenio más conocido, el de la Conferencia de la Haya¹⁰ fue adoptado por unanimidad de los Estados presentes¹¹, en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, en el décimocuarto período de sesiones de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.
- 24.- Entró en vigencia el 25 de octubre de 1980, inmediatamente después de la sesión de la Conferencia de la Haya, cuatro Estados firmaron el Convenio: Canadá, Francia, Grecia y Suiza.
- 25.- El Convenio se estructura en 44 artículos, motivados por un preámbulo escueto pero preciso: “Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita.”
- 26.- El objetivo del retorno inmediato del menor es fundamental en el Convenio ya que tiene como propósito evitar que el tiempo consolide una situación artificial de hecho provoca-

10. El término Convenio para los efectos de la CIDIP es sinónimo de Convención.

11. Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Venezuela y Yugoslavia.

da por el traslado del menor, el secuestrador estará pues en una posición ventajosa en relación al otro progenitor, pues ha elegido mediante esa actuación, una jurisdicción que él cree será mas indulgente ante su situación familiar.

- 27.- Desde 1980 el número de casos de traslados internacionales de menores ha ido en incremento. “Los países que resultaron con mayores casos bajo el marco de la Convención Internacional de La Haya fueron la Autoridad Central de los Estados Unidos de América (National Centre for missing and exploited children) con el mayor número de solicitudes (256) e Inglaterra y Gales con 174. En cuanto al género de las personas secuestradores se determinó que la mayoría fueron mujeres (madres) en un 70% y hombres (padres) en un 29,2%. Se pudo determinar en este mismo estudio, y en base a las respuestas recibidas que durante el año de 1999 de las 744 aplicaciones que se llevaron a cabo, habían 1080 niños envueltos, de los cuales un 37,2% oscilaban entre la edad de 0 a 4 años, un 41,4% entre la edad de 5 a 9 años, 21,3% entre la edad de 10 a 16 años y 16 años o más un 0,1%. En cuanto al género de los niños sustraídos, de los 1080 casos, sólo en 1070 casos fueron establecidos su sexo, en lo que se destaca que el 53,3% fueron varones y el 46,7% fueron hembras. Finalmente en cuanto a las soluciones de los casos o que quedan aún pendientes, se determinó lo siguiente: la devolución de los niños fue rechazada en un 10,5%; la devolución voluntaria fue realizada en un 18%; la devolución judicial fue ordenada en un 32,2%; la devolución judicial fue rechazada en un 10%; el retiro de los casos fue realizado en un 10,2%; los casos pendientes

se encuentran en un 16% y otros no especificados en un 3,1%”.¹²

- 28.- Esta magnitud sobre un fenómeno, estudiada en los países miembros de la Conferencia Internacional de la Haya, nos indica que es un fenómeno en crecimiento y que cada vez más se presentan formas de traslado internacional de menores con fines diversos.
- 29.- Según la Dra. Eliza Pérez Vera, “En su conjunto, el Convenio refleja un compromiso entre dos conceptos parcialmente distintos del objetivo a alcanzar. En efecto, se percibe en los trabajos preparatorios la tensión existente entre el deseo de amparar las situaciones de hecho alteradas por el traslado o el no retorno ilícitos de un menor y la preocupación por garantizar, sobre todo, el respeto de las relaciones jurídicas sobre las que pueden descansar tales situaciones. En este sentido el equilibrio consagrado por el Convenio es bastante frágil. Por una parte es claro que el Convenio no se refiere al fondo del derecho de custodia (artículo 19) pero, por otra parte, resulta asimismo evidente que el hecho de calificar de ilícito el traslado o el no retorno de un menor está condicionado por la existencia de un derecho de custodia que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretende evitar”.¹³
- 30.- En el caso del sistema interamericano de protección a la niñez, la sola existencia del Convenio Interamericano de tráfico internacional de menores de 1994, pone énfasis en

12. Gaceta Judicial República Dominicana, mayo del 2001, por Dilia Leticia Jorge Mera.

13. Informe explicativo al Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores. Dra. Eliza Pérez Vera.

la regulación tanto de los aspectos civiles como penales del traslado ilícito de menores de edad. Y enfáticamente lo define: “Tráfico internacional de menores significa sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos¹⁴ o medios ilícitos”.¹⁵ (Artículo 2).

- 31.- Por ello el balance entre la sustracción y sus consecuencias civiles y las de orden penal deben considerarse en el ámbito internacional, ya que las tendencias de este fenómeno son varias y entre ellas la penalización de dichos traslados tanto por los fines como medios utilizados.
- 32.- Como veremos en adelante el sistema interamericano hace suya esa tendencia al emitir dos convenciones una sobre la restitución internacional (aspectos civiles) y otra sobre tráfico internacional de menores (Aspectos penales).
- 33.- Otro aspecto a considerar es que los Estados han emitido recientemente normativas nacionales en un intento por armonizarlas a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (1989), y han plasmado dispositivos preventivos tal como la autorización para viajar fuera del país, generalmente exigida como requisito migratorio con la debida autorización de ambos progenitores. Esta tendencia a

14. Propósitos ilícitos incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado.

15. Medios ilícitos incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se encuentre.

combatir el fenómeno “desde adentro” en cada Estado no se debe desconocer.

V. CONVENIO DE LA HAYA RELATIVO A LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO INTERNACIONAL DE LA HAYA

34.- El capítulo primero del Convenio denominado “ámbito de aplicación” define el ámbito de aplicación material (¿Para que?) y personal (¿A quien?) (*ratione materiae* y *ratione personae*). El mismo se fundamenta en los siguientes principios:

a) El Principio de inmediatez en la acción restitutoria del menor de edad.

35.- No se puede desconocer que en la mayoría de los traslados ilícitos de menores por parte de uno de sus padres, se hace a través de vías de hecho para crear situaciones jurídicas nuevas ante la jurisdicción del Estado de traslado con miras a obtener de esa forma la custodia del menor. Violentando la situación preestablecida en el Estado de residencia habitual del menor.

36.- Por ello el convenio trata de “un traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre el un derecho legítimo de custodia.”¹⁶

16. Eliza Pérez Vera. *Ibis idem*.

- 37.- En cuanto al sujeto activo de la sustracción (responsable del traslado), “confía en lograr de las autoridades del país al que el menor ha sido llevado, el derecho de custodia.”
- 38.- Esta abierta intencionalidad del traslado ilícito (obtener resoluciones judiciales o administrativas artificiales en el estado de refugio), debe ser confrontada mediante mecanismos internacionales de acción inmediata.
- 39.- Por ello el artículo 1 y 2 del Convenio hacen relación a la “restitución inmediata” y adoptar “Procedimientos de urgencia” a los Estados contratantes.
- 40.- El fin inmediato de esa acción urgente es restituir ipso facto las relaciones jurídicas rotas tras el traslado abrupto e ilícito por parte de uno de los padres o familiares cercanos.

b) Restitución de la situación fáctica al status-quo preestablecido del menor de edad.

- 41.- Se colige que tras el compromiso de los Estados signatarios a no permitir esa práctica por parte de los progenitores, mas que decidir sobre aplicabilidad de leyes o resoluciones de tribunales o instancias extranjeras en su territorio, se trata fundamentalmente de garantizar un retorno al status-quo y decidir de esa forma cualquier desavenencia entre las partes en el Estado de residencia habitual del menor de edad, sin ventajas para uno u otro.
- 42.- “Se puede afirmar que el problema abordado por el Convenio - con todo lo dramático que conlleva a que se refiera directamente a la protección de la infancia en las relaciones internacionales adquiere toda su importancia jurídica por la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más

o menos artificiales de competencia judicial. Tal resolución sobre todo cuando coexista con otras, dictadas por otras jurisdicciones, de contenido contradictorio, tendrá una validez geográficamente limitada pero, en cualquier caso, aportará un título jurídico suficiente para legalizar una situación de hecho que ninguno de los sistemas jurídicos deseaba”.¹⁷

- 43.- En ese sentido el Convenio tiene como fin disuadir al sustractor mediante la cooperación entre Estados.

c) Garantizar la validez universal del derecho de custodia y visita de ambos progenitores.

- 44.- Un objetivo central del Convenio es el de garantizar vínculos familiares tan esenciales como el derecho de custodia y visita de ambos cónyuges. El Convenio establece con toda claridad que no es su objetivo el pronunciarse sobre la validez legal del derecho de custodia de los progenitores sino el restituir las condiciones originales antes del traslado ilícito.
- 45.- La garantía sobre la validez universal del derecho de custodia y visita va íntimamente relacionado con el interés superior del niño, ya que el Convenio centraliza sus decisiones ante la situación fáctica del menor: Su residencia habitual y decidir bajo la consideración de sus mejores intereses.
- 46.- Siguiendo a la Dra. Vera “Mientras que el retorno inmediato del menor responde al deseo de restablecer una situación que el secuestrador modificó en forma unilateral mediante una vía de hecho, el respeto efectivo de los derechos de custodia y visita se sitúa en un plano preventivo en la medida

17. Informe explicativo de Dra. Eliza Pérez Vera.

en que dicho respeto debe hacer desaparecer una de las causas más frecuentes de las sustracciones de menores.”

- 47.- Se admite generalmente que el derecho de visita es la contrapartida natural del derecho de custodia. El balance entre el padre que reside con el niño y el que está privado de esa posibilidad.

ch) Definición de traslado ilícito¹⁸

- 48.- Artículo 3 de la Convención define cuando el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y¹⁹
- b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

18. La convención de La Haya emplea el término “sustracción” desechando el vocablo “secuestro”. Asevera en ese sentido Basz y Feldstein de Cárdenas “tiende a evitar equívocos no deseables, toda vez que la palabra secuestro tiene evidentes connotaciones penales y es sabido que resulta desajustado hablar estrictamente de secuestro cuando quien lo realiza, es uno de los progenitores. Básicamente estamos ante situaciones motivadas por el ejercicio abusivo de los derechos atribuidos dentro del marco de la patria potestad”.

19. Esta posibilidad es el típico abuso del derecho de visita, ya que se da generalmente cuando se permite de parte del titular del derecho de custodia el consentimiento para el traslado en el contexto del derecho de visita y se abusa de él, logrando la sustracción del menor de edad.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

d) La residencia habitual

49.- El Convenio no establece una definición de lo que se entenderá por “residencia habitual” y se ha planteado en el seno de la Conferencia las diversas interpretaciones que este principio tiene según las legislaciones de cada Estado. Se ha consensuado la interpretación generalizada de que se entiende por residencia habitual el lugar en donde la familia tenía su domicilio permanente.²⁰

e) Límites de edad

- 50.- El Convenio establece la edad de 16 años como la edad máxima bajo la cual se atenderá la sustracción de un menor.
- 51.- Artículo 4 del Convenio dice: “El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.”

f) Interés superior del niño en las decisiones a tomar respecto a las sustracciones internacionales de menores de edad.

52.- Ante el hecho innegable que es el niño el que más sufre las consecuencias del traslado ilícito, el Convenio aboga por respetar la opinión del niño según su grado de madurez

20. Como afirma en aras del principio del interés superior del niño, residencia habitual como el lugar en donde el niño tiene su centro de vida.

y desarrollo, pero también está orientado a resolver cada situación interpretando su verdadero interés.

- 53.- En algunas ocasiones esa decisión de parte de la Autoridad central puede incluso favorecer al sustractor en cuyo caso negaría los postulados del Convenio mismo. Para ello el Convenio admite excepciones al retorno, las cuales se inspiran en este principio a favor de los intereses del menor de edad.

AUTORIDADES CENTRALES

- 54.- El artículo 6 del Convenio establece la obligación del Estado suscriptor de designar una autoridad central encargada de cumplir con todas las obligaciones del Convenio. En los casos en donde existan Estados Federales, los estados que tengan vigentes a su interior varios sistemas de derecho o los que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán la posibilidad de designar más de una autoridad central y especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de esas autoridades. El Estado que haga uso de estas posibilidades debe designar la Autoridad Central a la cual se debe dirigir las solicitudes a fin de que las transmita a la autoridad central del Estado que corresponda.
- 55.- Las autoridades centrales tienen el deber de colaboración entre sí y deberán asegurarse de cumplir por si o a través de intermediario:
- a) Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
 - b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual

- adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- e) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
 - d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
 - e) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
 - f) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
 - g) Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
 - h) Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
 - i) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.
- 56.- Debe entenderse que cada Autoridad Central debe coordinar con las entidades nacionales competentes para llevar a cabo su misión, entiéndase policía, autoridades judiciales, migratorias, administrativas, etc. Como ejemplo, una de las agencias que lleva registros internacionales sobre

secuestros o sustracciones de menores a nivel mundial es la INTERPOL.

RESTITUCIÓN DEL MENOR

57.- El artículo 8 del Convenio establece: “Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

- a) Información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
- c) Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d) Toda la información disponible relativa a la localización del menor y de la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;
- e) Una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- f) Una certificación o declaración jurada de expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente

del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al derecho vigente en esa materia de dicho Estado;

g) Cualquier otro documento pertinente”.

- 58.- La restitución voluntaria del niño es sin duda la solución ideal a toda solicitud de restitución internacional, y la autoridad central velará por que se tomen con urgencia mecanismos destinados a ese fin (artículo 10).
- 59.- En virtud del principio de urgencia en la resolución de esta solicitud, la autoridad central del Estado requerido, ante las autoridades judiciales o administrativas y tras el paso de seis semanas a partir de la fecha de inicio de los procedimientos para la restitución del menor, podrá pedir una declaración sobre la demora en la sustanciación de esa solicitud y de sus resultados informar a la autoridad central del Estado requirente. (artículo 11)
- 60.- El artículo 12 establece plazos para la solicitud:
- Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.
 - La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después

de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

- Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

61.- Según el artículo 13 del Convenio, hay razones para negar la restitución del menor.

“No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

- a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.”

- 62.- Otras circunstancia de negación de la solicitud está prevista en el artículo 20 al expresar “La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”
- 63.- Para fundamentar sus decisiones la Autoridad Central del Estado requerido podrá tener en cuenta la vigencia de leyes o decisiones judiciales o administrativas que se le presenten de parte del Estado requirente. Ya estén reconocidas formalmente o no por el Estado de residencia habitual. Sin necesidad de definir procedimientos específicos para dar validez a estos fundamentos en el Estado requerido. (artículo 14).
- 64.- Este es un principio muy poco ortodoxo en materia de decisiones basadas en una legitimidad y legalidad concreta. Sin embargo se debe comprender que el Estado requerido no se debe pronunciar en absoluto sobre la preexistencia de una situación legal que está determinada en el Estado requirente.

- 65.- El Estado requerido podrá solicitar, previo a tomar la decisión del retorno del menor de edad, que el solicitante obtenga de parte de las autoridades del país de residencia habitual, una certificación o resolución de las autoridades nacionales que acredite que el traslado y retención se consideran ilícitos. Este requisito es exigible en la medida que esta certificación sea posible de obtener en el Estado requirente. (artículo 15).
- 66.- Ninguna autoridad del Estado requerido podrá pronunciarse sobre derechos de custodia, hasta que el procedimiento establecido en este Convenio determine que no procede la solicitud y quede firme esta decisión. (artículo 16).
- 67.- Si llegare a existir una decisión de autoridad judicial o administrativa sobre derechos de custodia en el Estado requerido, en forma paralela a la tramitación de una solicitud de retorno de un menor trasladado en forma ilícita, esta decisión no impedirá la consecución del proceso de restitución prevista en el Convenio (artículo 17).
- 68.- El Convenio reafirma dos principios básicos: el primero es que pese a todas las posibilidades para resolver la solicitud previstas en el Convenio estas no limitarán de ninguna forma las facultades de la autoridad central para ordenar la restitución del menor en cualquier momento y la otra es que la decisión adoptada entre las Autoridades Centrales tanto del Estado requirente como requerido no afectará la situación jurídica de fondo, entendiéndose el derecho de visita y el de custodia. (artículos 18 y 19).

DERECHO DE VISITA

69.- El artículo 21 establece principios reguladores del derecho de visita en el contexto de los traslados y retenciones ilícitas:

- “Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.
- Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.
- Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.”

DISPOSICIONES GENERALES

a) Prohibición de fijar fianzas o depósitos.

70.- El artículo 22 establece la prohibición de que se fije fianzas o depósitos para garantizar costas y gastos de los proce-

dimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

b) Ausencia de legalizaciones o formalidades.

- 71.- El procedimiento establecido en el Convenio debe ser ágil y libre de formalidades (artículo 23).

c) El idioma de las solicitudes.

- 72.- Para la buena gestión del requerimiento hecho por la autoridad central del Estado requirente, se debe respetar el idioma o idiomas en donde se deba hacer efectivo la solicitud. Por ello se debe asegurar el cumplimiento de esta formalidad. (artículo 24).

ch) Derecho a asistencia jurídica.

- 73.- Los nacionales o residentes de los Estados requirente o requerido tendrán derecho a la asistencia jurídica necesaria en las mismas condiciones que esas naciones den a sus nacionales. (artículo 25). Los Estados pueden oponer reservas según el artículo 42 del Convenio).

d) Cobertura de gastos en la aplicación del Convenio.

- 74.- Cada autoridad central sufragará sus gastos en la aplicación del Convenio. Los solicitantes o la persona requerida, en su caso deberán cubrir los gastos originados o que se vayan a originar ante el traslado del menor. (artículo 26) Los Estados pueden oponer reservas a estas disposiciones según el artículo 42 del Convenio.

e) Inadmisibilidad de la solicitud.

- 75.- Cuando se ponga de manifiesto que no se ha cumplido con las condiciones requeridas en el presente Convenio o se presente solicitudes sin fundamento, la autoridad central no estará obligada a admitir la solicitud. (artículo 27).

f) Necesidad de poder adjunto para actuar por cuenta del solicitante.

- 76.- Una Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre. (artículo 28).

g) La acción pública para promover la aplicación del Convenio.

- 77.- El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o del derecho de visita en el sentido previsto en los artículos 3 o 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio. (artículo 29).

h) Admisibilidad de la solicitud ante las instancias judiciales o administrativas del Estado requerido.

- 78.- Toda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los térmi-

nos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes. (artículo 30).

i) Reglas para Estados Federados, con múltiples sistemas de derecho vigente o con diferentes unidades territoriales autónomas.

79.- Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables en unidades territoriales diferentes:

a) Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;

b) Toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial de! Estado donde resida habitualmente el menor. (artículo 31).

80.- Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado. (artículo 32).

81.- Un Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores, no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de derecho. (artículo 33).

j) Preferencia de aplicación de este Convenio y la complementariedad con otros instrumentos internacionales en la materia.

- 82.- Dado el carácter autónomo del Convenio de la Haya, las disposiciones del mismo se consideran prioritarias a las del Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961.
- 83.- Por lo demás, el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

k) Ambito de aplicación temporal.

- 84.- El presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.
- 85.- Si se hubiera formulado una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 o 40, la referencia a un Estado contratante que figura en el párrafo precedente se entenderá que se refiere a la unidad o unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio. (artículo 35).

i) Derogación de apartados del Convenio por acuerdo entre Estados parte.

- 86.- Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las

restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones. (artículo 36)

VI.- CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

87.- La Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989 es un instrumento hemisférico similar a la Convención sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Sin embargo, como ya se apuntó antes, hay algunas diferencias²¹ entre las mismas. A continuación resaltamos las más importantes:

a) La acción restitutoria está designada para los titulares del derecho de custodia. (legitimación).

88.- El Convenio de la Haya faculta a cualquier persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor para garantizar su restitución (artículo 8 Convención de La Haya). En cambio, según el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores sólo “podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio de derecho de custodia o de otro similar, las personas e

21. Se está de acuerdo con Basz y Feldstein de Cárdenas, cuando afirman que este instrumento es el que emplea la terminología más ajustada, habida cuenta que la misma hace alusión a la “restitución”. “El fundamento de tal aserto radica en que este texto normativo pone en acento más en la actividad que debe realizar el Estado parte frente a los traslados o retenciones ilícitas de menores y no en los actos ejecutados por los progenitores”.

instituciones designadas en el artículo 4 (padres, tutores, guardadores o cualquier institución).

b) El procedimiento es formalista.

89.- La Convención de la Haya aboga por evitar procedimientos formales en favor de la inmediatez en la toma de decisión (urgencia). Al parecer las disposiciones de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores se inclina hacia la definición de un procedimiento garantista, ciertamente regido por requisitos más precisos que los señalados por la Convención de La Haya y con plazos ciertos fijados en el mismo Convenio.

c) Prevé la localización de menores sustraídos en forma ilícita.

90.- Un aporte significativo es la precisión de la contribución que puede hacer la autoridad central con la parte requirente de la localización en su territorio de menores trasladados en forma ilícita y que tienen su residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante.

ch) Prevé la coordinación de las Autoridades centrales de los Estados parte por parte del Instituto Interamericano del Niño.

91.- El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como organismo especializado de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma...

Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros organismos internacionales competentes en la materia. (artículo 27).

d) Prevé la aplicación de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores sobre el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de la Haya.

92.- El artículo 34 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores reza: “Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del Secuestro²² Internacional de menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.”

PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN.

93.- El procedimiento establece que sólo pueden actuar las personas (padres, tutores o guardadores, o cualquier institución en ejercicio del derecho de custodia. Artículos 4 y 5) habilitadas en el Convenio a través de los siguientes medios:

- a) Exhorto o Carta Rogatoria;
- b) Solicitud a la autoridad central, o
- c) Directamente o por la vía diplomática o consular.

22. Por error de establece el término “secuestro”, debiendo ser “sustracción” por ser el correcto en dicho Convenio.

94.- La Solicitud deberá contener:

- a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;
- b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;
- c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

- a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;
- b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;
- c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

- d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo y
- e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

95.- La autoridad central, el juez exhortado o la autoridad administrativa competente, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, tomará todas las medidas necesarias para la devolución voluntaria del niño (Artículo 10). Si no fuere posible las mismas autoridades tomarán todas las medidas precautorias para asegurar su custodia o guarda provisional y si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. Impidiendo en todo supuesto, la salida del territorio por parte del niño, niña y su progenitor o familiar.

96.- No procederá la restitución:

- a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o
- b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico.

Y según el artículo 25 del mismo convenio agrega otra causa de negatoria de la solicitud: “Cuando sea manifiestamente violato-

ria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.”

- 97.- La oposición por parte del supuesto captor será dentro del término de 8 días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene.
- 98.- La autoridad judicial o administrativa tomará en cuenta las circunstancias y pruebas de la parte opositora para fundar la negativa a la restitución si es el caso. Asimismo se auxiliará de toda la información relevante sobre el Estado de residencia habitual del menor (derecho aplicable, precedentes jurisprudenciales o administrativos etc.).
- 99.- Dentro del plazo de 45 días calendario desde que fuera recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sí efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.
- 100.- Los procedimientos establecidos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de I año calendario, contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.
- 101.- La restitución del menor ni implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda. (Artículo 15).
- 102.- Las disposiciones anteriores no impiden que las autoridades responsables para ordenar la restitución, no puedan ordenarlo en cualquier momento.

**PROGRAMA INTERAMERICANO SOBRE
COOPERACIÓN PARA PREVENIR Y REPARAR
CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE
MENORES POR UNO DE SUS PADRES**

**Instituto Interamericano
del Niño (IIN)**

**Organización de
Estados Americanos (OEA)**

En acatamiento de la Resolución AG 1835(XXXI-OI01) de 5 de junio del 2001, en virtud de la cual se resuelve, entre otros puntos:

- ... 2. Encomendar al Consejo Permanente que, con el apoyo y auspicio del Instituto Interamericano del Niño (IIN), considere la posibilidad de *convocar, próximamente, una Reunión de Expertos Gubernamentales sobre el tema de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres*, de acuerdo con los recursos asignados en el programa-presupuesto y otros recursos, y que informe al Consejo Permanente.
3. Recomendar, asimismo, que la *Reunión de Expertos Gubernamentales debería considerar la elaboración de un Programa Interamericano sobre Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres*, con objetivos específi-

cos, entre otros, la creación de una red de intercambio de información y cooperación entre los organismos nacionales competentes de los Estados Miembros sobre distintos aspectos normativos y jurídicos para prevenir y resolver situaciones de sustracción.

4. Solicitar al Consejo Permanente que invite a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Comité Jurídico Interamericano a otorgar apoyo y asistencia jurídica y técnica, conforme a sus competencias respectivas, para la organización y realización de la Reunión de Expertos Gubernamentales.
5. Solicitar al Instituto Interamericano del Niño que elabore un informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las Américas, a fin de presentarlo a la Reunión de Expertos Gubernamentales.
6. Invitar a los Estados Miembros, Observadores Permanentes, organismos internacionales, instituciones financieras multilaterales y organizaciones de la sociedad civil a que brinden su colaboración y cooperación a la Reunión de Expertos Gubernamentales.
7. Instruir para que las recomendaciones de la Reunión de Expertos Gubernamentales sean elevadas a la 77 Reunión del Consejo Directivo de la IIN y que sus decisiones adoptadas de conformidad con esta resolución sean transmitidas a la consideración del trigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Y según establece el artículo 27 de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de menores:

“El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma.

Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia.”

En ese sentido el Instituto Interamericano del Niño (IIN) en atención a ese mandato propone el siguiente esquema del,

PROGRAMA INTERAMERICANO SOBRE COOPERACIÓN PARA PREVENIR Y REPARAR CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES POR UNO DE SUS PADRES

OBJETIVO DE DESARROLLO:

Crear un Programa Interamericano sobre Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres entre los Estados parte de la Organización de Estados Americanos.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

Conocer la magnitud, tendencias y normativa nacional e internacional vigente del fenómeno de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las Américas.

Convocar y consultar al Grupo de expertos gubernamentales en materia de sustracción internacional de menores sobre la puesta en marcha de un Programa Interamericano sobre Cooperación para Prevenir y Reparar casos de Sustracción Internacional de Menores por parte de uno de sus padres en las Américas.

Consultar la puesta en marcha de tres componentes del Programa Interamericano sobre Cooperación para Prevenir y Reparar casos de Sustracción Internacional de Menores: Un componente de Prevención, tratamiento legal y rehabilitación de las víctimas mediante sistemas nacionales de cumplimiento de los Convenios; un componente de intercambio de información y promoción de los Convenios entre Estados de la OEA y el tercero de creación de mecanismos interamericanos para el tratamiento de la sustracción internacional de menores.

EJES TEMATICOS

- Sistemas nacionales de cumplimiento de los Convenios.
- Sistema internacional de cumplimiento y verificación de los Convenios. (Estados suscriptores y Convenios bilaterales).
- Red interamericana de intercambio de información y cooperación entre las Autoridades Nacionales competentes para el cumplimiento de los Convenios.

ANTECEDENTES

Según José Carlos Arcagni, “La realidad doméstica de los fracasos matrimoniales, ya de por sí conflictiva, se agrava cuando el matrimonio posee contactos con diversos territorios. La facilidad y celeridad del transporte internacional independiente, facilitan el traslado de las personas, resultando normal la existencia de matrimonios entre cónyuges de diversas culturas, domicilios de origen lejano, como la migración hacia otros países en búsqueda de mejores condiciones de vida. Ante el conflicto matrimonial el padre o madre desean retornar al país de su nacimiento o donde tenía su anterior domicilio, llevándose consigo a los menores bajo su tenencia (custodia). El desconocimiento de ese traslado por parte del otro cónyuge o su oposición configuran el fenómeno de la sustracción”.

El Convenio más conocido, el de la Conferencia de la Haya²³ fue adoptado por unanimidad de los Estados presentes²⁴, en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, en el decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. “Entró en vigencia el 25 de octubre de 1980, inmediatamente después de la sesión de la Conferencia de la Haya, cuatro Estados firmaron el Convenio: Canadá, Francia, Grecia y Suiza.

Y en las Américas: La *Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989*. Para los traslados ilícitos de carácter internacional en el ámbito in-

23. El término Convenio para los efectos de la CIDIP es sinónimo de Convención.

24. Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Venezuela y Yugoslavia.

teramericano se proclamó *Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores* de 18 de marzo de 1994.

Desde 1980 el número de casos de traslados internacionales de menores ha ido en incremento. “Los países que resultaron con mayores casos bajo el marco de la Convención Internacional de La Haya fueron la Autoridad Central de los Estados Unidos de América (National Centre for missing and exploited children) con el mayor número de solicitudes (256) e Inglaterra y Gales con 174. En cuanto al género de las personas secuestradores se determinó que la mayoría fueron mujeres (madres) en un 70% y hombres (padres) en un 29,2%. Se pudo determinar en este mismo estudio, y en base a las respuestas recibidas que durante el año de 1999 de las 744 aplicaciones que se llevaron a cabo, habían 1,080 niños envueltos, de los cuales un 37,2% oscilaban entre la edad de 0 a 4 años, un 41,4% entre la edad de 5 a 9 años, 21,3% entre la edad de 10 a 16 años y 16 años o más un 0,1%. En cuanto al género de los niños sustraídos, de los 1080 casos, sólo en 1070 casos fueron establecidos su sexo, en lo que se destaca que el 53,3% fueron varones y el 46,7% fueron hembras. Finalmente en cuanto a las soluciones de los casos o que quedan aún pendientes, se determinó lo siguiente: la devolución de los niños fue rechazada en un 10,5%; la devolución voluntaria fue realizada en un 18%; la devolución judicial fue ordenada en un 32,2%; la devolución judicial fue rechazada en un 10%; el retiro de los casos fue realizado en un 10,2%; los casos pendientes se encuentran en un 16% y otros no especificados en un 3,1%.”²⁵

El sistema Interamericano no cuenta con cifras sistematizadas que indiquen la magnitud y tendencias del fenómeno. Siendo

25. Gaceta Judicial República Dominicana, mayo del 2001 por Dilia Leticia Jorge Mera.

este un objetivo de la presente convocatoria de expertos gubernamentales.

COMPONENTES DEL PROGRAMA:

Componente de Prevención, tratamiento legal y rehabilitación de las víctimas mediante sistemas nacionales de cumplimiento de los Convenios.

- Determinación precisa de las Autoridades Centrales en Estados Suscriptores y Adheridos a los Convenios Internacionales de sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres.
- Definir el tratamiento que la legislación nacional da al tema de sustracción y traslados ilícitos de menores de edad.
- Precisar procedimientos nacionales, judiciales y administrativos para cumplir con la restitución de menores de edad.
- Fomentar la participación de la sociedad civil organizada entorno al tema de las sustracciones de menores por parte de uno de sus padres.
- Conocer y fomentar la puesta en marcha de sistemas y programas de rehabilitación de las víctimas.
- Facilitar campañas de información y sensibilización sobre la sustracción o secuestro internacional de menores por parte de uno de sus padres.

- Siendo un fenómeno internacional, se deberá fomentar en el sistema nacional de cumplimiento de los Convenios: a) La asistencia jurídica mutua; b) La asistencia técnica e intercambio de experiencias para operadores del sistema nacional de cumplimiento de los Convenios; c) La recopilación e intercambio de información sobre casos individuales; ch) El fortalecimiento de medidas específicas para la localización de casos individuales mediante sistemas policíacos, alertas migratorios y difusión por medios masivos de comunicación, entre otros.

Componente de intercambio de información y promoción de los Convenios entre Estados de la OEA:

- Puesta en marcha de un sistema de acopio e intercambio de información entre Estados del sistema de la OEA sobre casos de sustracción o secuestro internacional de menores por parte de uno de sus padres.
- Fomento de Convenios bilaterales entre Estados partes de la OEA que según estudios sea más frecuente la sustracción o el traslado ilícito de menores de edad.
- Puesta en marcha de un sistema de información (Casos individuales, búsqueda de niños o niñas sustraídos ilícitamente, bibliografía, sentencias y resoluciones emitidas, jurisprudencia, etc.) entre Estados de la OEA.
- Puesta en marcha de un programa de capacitación y asesoría en materia de sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres.

- Difundir casos tipo, que sean representativos de decisiones adecuadas y apegadas a la normativa internacional.
- Difundir en distintos idiomas estudios y bibliografía, así como el texto de los Convenios relacionados.
- Hacer énfasis en definición de mecanismos para asegurar la devolución voluntaria como mecanismo idóneo para la solución de este tipo de controversias.
- Sensibilizar a los padres sobre la contravención a leyes nacionales e internacionales al recurrir a este tipo de prácticas.
- Facilitar información disponible a través de una hoja web especializada.

Mecanismos Interamericanos para el tratamiento de la sustracción internacional de menores.

- A través del Instituto Interamericano del Niño y mediante la asignación de recursos y logística, se pondrá en vigencia un sistema de monitoreo interamericano para promover la ratificación, firma, adhesión y fomento de tratados bilaterales para combatir el fenómeno de la sustracción internacional de menores.
- Creación de una instancia/mecanismo supranacional en el sistema interamericano de cumplimiento de la normativa internacional sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres.

- El IIN administrará los diversos componentes del Programa Interamericano sobre Cooperación para Prevenir y Reparar casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus padres.
- Asistencia técnica para lograr la simplificación de procedimientos administrativos y judiciales, velando porque sean adecuados y rápidos, relativos a la sustracción internacional de menores tanto en el Estado recurrente como en el recurrido.
- Armonización de legislación nacional respecto a los Convenios Internacionales referido al tema.
- Fomentar una mayor cooperación y/o asistencia técnica entre los Estados de la OEA sobre el Secuestro Internacional de Menores por parte de uno de sus padres.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

**DE LA QUINTA REUNIÓN DE LA COMISIÓN ESPECIAL
PARA REVISAR EL FUNCIONAMIENTO DEL CONVENIO
DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS
ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL
DE MENORES Y LA IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DEL
CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996
RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL
RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN
EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE
MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS
(30 DE OCTUBRE-9 DE NOVIEMBRE DE 2006)**

Adoptadas por la Comisión Especial

INTRODUCCIÓN

La Comisión Especial se reunió en el marco de importantes desarrollos alcanzados desde la última reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de 1980 celebrada en marzo de 2001:

- Primero, el número de Estados contratantes al Convenio de 1980 se ha incrementado de 66 a 76, incluyendo Estados de tres continentes, lo que indica la expansión del Convenio a nivel global.
- Segundo, todos ellos han sido nuevos Estados adherentes al Convenio, ya que no formaron parte en las negociaciones iniciales. En un número creciente de casos, ello originó

cuestiones de implementación del Convenio, incluyendo la necesidad de proveer asistencia técnica y capacitación.

- Tercero, aproximadamente 2/3 de los padres que han trasladado o retenido al niño ilícitamente son actualmente las personas que ejercen el cuidado primordial del menor, en su mayoría las madres; Se confirmó esta tendencia, que ya había sido notada por la Cuarta reunión de la Comisión Especial de 2001, la cual genera cuestiones que no fueron previstas por los redactores del Convenio.
- Cuarto, el Convenio de 1996 sobre la Protección Internacional de los Niños ha entrado en vigor a nivel mundial (el primero de enero de 2002) desde la Cuarta Reunión de la Comisión Especial. Trece Estados son actualmente partes del Convenio de 1996, y otros 18 Estados han firmado el Convenio. De estos 31 Estados, 29 también eran partes al Convenio de 1980.²⁶
- Quinto, a nivel regional, el Reglamento de Bruselas II bis concebido para facilitar en mayor medida la restitución de los niños y del cual un buen número de sus disposiciones fueron inspiradas por el Convenio de 1996, se puso en efecto el primero de marzo de 2005. Simultáneamente importantes iniciativas para promover el Convenio de 1996 y sus buenas prácticas en relación con el Convenio de 1980 se estaban llevando a cabo en América Latina, África, la región de Asia Pacífico y en el ámbito del proceso de Malta.

26. Días después de celebrada la reunión de la Comisión Especial, Rumania, también Parte al Convenio de 1980, firmó el Convenio de 1996 el 15 de noviembre de 2006.

- Finalmente, han surgido importantes iniciativas en relación con la mediación transfronteriza y la cooperación judicial transfronteriza directa entre jueces.

CAPÍTULO I

FUNCIONAMIENTO DEL CONVENIO DE 1980

PARTE 1.- EL PAPEL Y LAS FUNCIONES DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

Papel de las Autoridades Centrales requirentes y requeridas en el manejo de las solicitudes

- 1.1.1. El problema de los conceptos jurídicos traducidos o interpretados deficiente o erróneamente podría simplificarse si la Autoridad Central requirente provee una reseña de la ley aplicable correspondiente a los derechos de custodia. Esta reseña sería en adición a la traducción o copia de las leyes pertinentes.
- 1.1.2. En el ejercicio de sus funciones, con relación a la transmisión o aceptación de las solicitudes, las Autoridades Centrales deberían tener en cuenta que la evaluación de algunas cuestiones de hecho o de derecho (por ejemplo, en relación con la residencia habitual o la existencia de derechos de custodia) le corresponde al tribunal u otra autoridad que debe decidir sobre la solicitud de restitución.
- 1.1.3. La facultad discrecional de una Autoridad Central de rechazar, en los términos del artículo 27, una solicitud que sea manifiestamente infundada debe ser ejercida con extrema cautela.

Asistencia legal gratuita y representación legal

- 1.1.4. Se enfatiza la importancia de que el solicitante tenga acceso efectivo a la asistencia legal gratuita y representación legal en el país requerido. El acceso efectivo implica:
- a) La disponibilidad de asesoramiento e información adecuados que tengan en cuenta las dificultades especiales debidas a la falta de familiaridad con el idioma y con los sistemas judiciales;
 - b) La provisión de ayuda apropiada para incoar los procedimientos;
 - c) La falta de recursos suficientes no debería ser un obstáculo para recibir representación legal apropiada.
- 1.1.5. De acuerdo con el artículo 7 g), la Autoridad Central debe hacer todo lo posible para auxiliar al solicitante en la obtención de asistencia legal gratuita o representación legal.
- 1.1.6. La Comisión Especial reconoce que la imposibilidad o los retrasos en la obtención de la asistencia legal gratuita tanto en primera instancia como en apelación, y/o en encontrar un abogado experimentado para las partes, pueden tener efectos adversos tanto para los intereses del niño como para los intereses de las partes. En especial, se reconoce el papel importante que tiene la Autoridad Central en ayudar a un solicitante a obtener asistencia legal gratuita rápidamente o para encontrar a un representante experimentado.

Cuestiones de idioma y traducción

- 1.1.7. Se recuerda a los Estados los términos del artículo 24 y la posibilidad de que un Estado requirente pueda enviar una solicitud en inglés o francés cuando no resulta posible una

traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido.

- 1.1.8. En lo relativo a la cooperación entre Autoridades Centrales, sería deseable, en función de las circunstancias previstas en el artículo 24, que el Estado requirente comunique al Estado requerido cualquier dificultad que se le presente con la traducción de la solicitud. La Comisión Especial invita a los Estados a considerar la posibilidad de concluir acuerdos por medio de los cuales sea posible realizar la traducción de la solicitud en el Estado requerido, aunque el costo sea cubierto por el Estado requirente.

Intercambio de información, capacitación y trabajo en red entre Autoridades Centrales

- 1.1.9. La Comisión Especial reconoce las ventajas y beneficios que representan para el funcionamiento del Convenio, el intercambio de información, el entrenamiento y el trabajo en red entre Autoridades Centrales. Por ello, se alienta a que los Estados contratantes provean y continúen proveyendo a las Autoridades Centrales con niveles adecuados de recursos financieros, humanos y materiales.
- 1.1.10. La Comisión Especial apoya los esfuerzos dirigidos a mejorar el trabajo en red entre las Autoridades Centrales. Se reconoce la utilidad de las llamadas en conferencia telefónica como forma de celebrar reuniones regionales de Autoridades Centrales.

Perfil de países

1.1.11. La Comisión Especial reconoce la importancia de contar con información sobre las leyes nacionales y procedimientos relevantes disponibles fácilmente para todos los Estados, y da su apoyo al desarrollo de perfiles de país para cumplir con este objetivo. Los Estados contratantes deberían ser los únicos responsables de actualizar la información contenida en los perfiles de país. Se recomienda que un Grupo de Trabajo facilitado por la Oficina Permanente desarrolle un formulario de perfil de país y que los Estados que representen una gama de diferentes experiencias, capacidades y sistemas legales se encuentren representados en el Grupo de Trabajo. Estos Estados son: Argentina, Australia, Bahamas, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, España, Estados Unidos de América, Francia, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica y Suecia. El borrador del perfil de país deberá ser difundido a todos los Estados contratantes para que formulen sus comentarios antes de su publicación en el sitio web de la Conferencia de La Haya.

Asegurar la restitución del menor sin peligro

1.1.12. La Comisión Especial reafirma la importancia de la Recomendación 1.13 de la Reunión de la Comisión Especial de 2001:

“Dentro de los límites fijados por los poderes de sus Autoridades centrales y por los sistemas de protección jurídica y social en sus países, los Estados contratantes reconocen que las Autoridades centrales tienen una obligación en virtud del artículo 7 h) de asegurarse de que los órganos de protección de la infancia estén

alertados en determinados casos en los que la seguridad del menor se ponga en cuestión, de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento de la restitución, hasta que se haya hecho valer la competencia del tribunal apropiado.

Se reconoció que, en la mayoría de los casos, el interés superior del niño exige que los padres puedan participar en el procedimiento relativo a la custodia y ser escuchados. Así pues, las Autoridades centrales deberían cooperar lo más estrechamente posible para proporcionar información sobre asistencia jurídica, financiera y social, así como sobre cualquier otro mecanismo de protección existente en el Estado requerido y facilitar el oportuno contacto con estos organismos en determinados casos.

Las medidas que pueden tomarse en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 7 h) de tomar o hacer tomar las medidas necesarias para la protección del bienestar del niño pueden incluir, por ejemplo:

- a) Alertar a los organismos de protección o a las autoridades judiciales competentes en el Estado requerido de la restitución de un menor que puede estar en peligro;
- b) Informar al Estado requerido, a petición de éste, de las medidas y medios de protección susceptibles de utilizarse en el Estado requirente para asegurar la restitución segura de un determinado menor;

- c) Fomentar la aplicación del artículo 21 del Convenio con la finalidad de garantizar un ejercicio efectivo del derecho de visita.

Se reconoció que la protección del niño puede necesitar en algunos casos que se tomen medidas para proteger al padre acompañante.”

La Comisión Especial afirma el importante papel que puede jugar la Autoridad Central requirente al proveer información a la Autoridad Central requerida sobre los servicios o facilidades disponibles para el menor restituido o para uno de sus padres en el país requirente. Ello no debe retrasar indebidamente los procedimientos.

Uso de formularios estándar

- 1.1.13. La Comisión Especial reafirma la Recomendación de la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de usar el formulario estándar de solicitud de restitución.
- 1.1.14. La Comisión Especial recomienda que la Oficina Permanente, en consulta con los Estados contratantes, actualice el formulario estándar de solicitud de restitución.
- 1.1.15. La Comisión Especial alienta el uso por las Autoridades Centrales de los formularios modelo y listas de control provistos en el Apéndice 3 de la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de Sustracción de Menores: Parte 1 - Práctica de las Autoridades Centrales.

Manejo de casos y seguimiento estadístico

- 1.1.16 La Comisión Especial reafirma la Recomendación No 1.14 de la Reunión de la Comisión Especial de 2001:

“Se anima a las Autoridades Centrales a mantener estadísticas precisas sobre los asuntos tratados en aplicación del Convenio, y hacerlas saber a la Oficina Permanente de forma anual, de conformidad con los formularios estándar establecidos por la Oficina Permanente de acuerdo con las Autoridades Centrales.”

- 1.1.17. A este respecto, la Comisión Especial recibe con agrado los resultados del proyecto piloto del software de manejo de casos iChild e invita a las Autoridades Centrales a considerar la implementación de iChild.
- 1.1.18. La Comisión Especial también recibe con agrado el desarrollo de INCASTAT, la base de datos estadística del Convenio de 1980 e invita a todas las Autoridades Centrales a que realicen sus entregas estadísticas anuales a través de esta base estadística para lo cual se les proveerá en el corto plazo con nombres de usuarios y contraseñas.
- 1.1.19. La Comisión Especial, a fin de promover la obtención de estadísticas más precisas, aprueba las propuestas de modificaciones²⁷ a los Formularios de Estadísticas Anuales.
- 1.1.20. La Comisión Especial expresa su gratitud a los Estados miembros que han apoyado, a través del Fondo Suplementario, el desarrollo de iChild e INCASTAT, y a la empresa WorldReach Software Corporation por su generosidad en el apoyo al proyecto iChild.

27. Establecidos en el Apéndice C del Doc. Prel. No 9, “Informe sobre el Piloto Child y el Desarrollo de la Base de Datos Estadísticas sobre la Sustracción Internacional de Menores, INCASTAT - Sistemas de Tecnología en apoyo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, octubre de 2006.

1.1.21. La Comisión Especial recibe con agrado el Estudio Estadístico de las Solicitudes realizadas en el 2003 en aplicación del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.²⁸ Expresa su agradecimiento a los autores del Estudio y a la Fundación Nuffield que proveyó el financiamiento.

PARTE II- MEDIDAS PREVENTIVAS

La Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas Preventivas

1.2.1. La Comisión Especial recibe con agrado la publicación de la Parte III de la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas Preventivas.

1.2.2. La Comisión Especial recomienda que la Parte III de la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas Preventivas sea ampliamente difundida particularmente entre gobiernos de los Estados contratantes, jueces, abogados, mediadores, oficiales de control de frontera, autoridades de expedición de pasaportes y otras autoridades y organizaciones relevantes.

Formulario de autorización estándar o recomendado

1.2.3. Se solicita a la Oficina Permanente que continúe explorando la viabilidad y el desarrollo de un formulario de autorización estándar o recomendado en consulta con los

28. N. Lowe, E. Atkinson, K. Horosova y S. Patterson, "Estudio Estadístico de las Solicitudes Efectuadas en el 2003 en el Marco del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", Doc. Prel. No 3 de octubre de 2006.

Estados contratantes y en cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes que regulan los transportes internacionales. La Comisión Especial reconoce que resulta necesario tener en cuenta en primer término el objetivo y el contenido del formulario. Se acordó que este formulario no debe diseñarse para establecer nuevas reglas sustantivas sino para operar en los sistemas existentes. El formulario no debería ser ni vinculante ni obligatorio.

PARTE III - PROMOCIÓN DE ACUERDOS

Asegurar la restitución voluntaria del menor

1.3.1. La Comisión Especial reafirma las Recomendaciones 1.10 y 1.11 de la Reunión de la Comisión Especial de 2001:

“1.10 Los Estados contratantes deberían fomentar la restitución voluntaria del menor cuando sea posible. Se propuso que las Autoridades Centrales deberían intentar siempre la restitución voluntaria del niño tal como lo prevé el artículo 7 c) del Convenio, en la medida de lo posible y cuando sea apropiado, dando instrucciones a los juristas implicados, ya sean el Ministerio fiscal o abogados ejercientes, o dirigiendo a las partes a un organismo especializado que proporcione un adecuado servicio de mediación. Al respecto, el papel de los tribunales es igualmente importante.

1.11 Las medidas utilizadas para ayudar a asegurar la restitución voluntaria del niño o para lograr una solución amistosa no deben suponer retrasos indebidos en el procedimiento de restitución.”

Mediación

- 1.3.2. La Comisión Especial recibe con agrado las iniciativas y proyectos de mediación que se están llevando a cabo en Estados contratantes en el marco del Convenio de La Haya de 1980, muchos de los cuales se describen en el Documento Preliminar No 5.²⁹
- 1.3.3. La Comisión Especial invita a la Oficina Permanente a que continúe manteniendo informados a los Estados sobre desarrollos en materia de mediación concernientes a litigios transfronterizos sobre derecho a mantener un contacto y de sustracción. La Comisión Especial toma nota de que la Oficina Permanente está llevando a cabo un estudio de viabilidad más general sobre la mediación transfronteriza en materia familiar, incluyendo la posibilidad de desarrollar un instrumento en la materia, el cual fue requerido por la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Políticas de abril de 2006.

PARTE IV - PROCEDIMIENTOS PARA LA RESTITUCIÓN

Rapidez en los procedimientos de La Haya, incluidas las apelaciones.

- 1.4.1 La Comisión Especial reafirma las Recomendaciones 3.3 a 3.5 de la Reunión de la Comisión Especial de 2001:

“3.3 La Comisión especial subraya la obligación de los Estados contratantes (artículo 11) de tramitar las so-

29. S. Vigers, “Nota sobre el Desarrollo de la Mediación, Conciliación, y Medios Similares para Facilitar Soluciones Acordadas en Disputas Familiares Transfronterizas Relativas a Menores Especialmente en el Contexto del Convenio de La Haya de 1980”, Doc. Prel. No 5 de octubre de 2006.

licitudes de restitución del menor de forma rápida, y recomienda que esta obligación se extienda también a los procedimientos de recurso.

3.4 La Comisión especial invita a los tribunales de primera y segunda instancia a fijarse plazos y a respetarlos para asegurar un tratamiento acelerado de las solicitudes de restitución.

3.5 La Comisión especial pide a las autoridades judiciales que sigan rigurosamente el desarrollo de los procedimientos de restitución del niño tanto en primera instancia como en vía de recurso. “

Artículo 13, párrafo 1 b)

1.4.2. La Comisión Especial reafirma la Recomendación 4.3 de la Reunión de la Comisión Especial de 2001:

“La excepción de “grave riesgo” del artículo 13, párrafo 1 b), ha sido interpretada generalmente de forma restrictiva por los tribunales de los Estados contratantes, y esto ha sido confirmado por el número relativamente reducido de solicitudes denegadas que se fundaban en esta excepción.... “.

PARTE V - EJECUCIÓN DE ÓRDENES DE RESTITUCIÓN Y CONTACTO

1.5.1. La Comisión Especial alienta el apoyo a los principios de buenas prácticas establecidos en el Documento Preliminar No. 7.³⁰

30. A. Schulz, “Ejecución de órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980 - Hacia Principios de Buenas Prácticas”, Doc. Prel. No. 7 de octubre de 2006.

- 1.5.2. La Comisión Especial recomienda que se invite a la Oficina Permanente a redactar un proyecto de Guía de Buenas Prácticas en materia de Ejecución basado en el Documento Preliminar No. 7, tomando en consideración los debates sobre los principios propuestos durante la Quinta Reunión de la Comisión Especial, y cualquier otra información adicional recibida sobre las experiencias en los Estados contratantes. El proyecto debería completarse con la asistencia de un grupo de expertos. Como punto de partida, este grupo incluirá a Nigel Lowe (Consultor de la Oficina Permanente), Eberhard Carl (Alemania), Ireme Lambreth (Bélgica), Sandra Zed Finless (Canadá), Suzanne Lee Kong Yin (China - Hong Kong RAE), Peter Beaton (Comunidad Europea - Comisión), Mariano Banos (Estados Unidos de América), Markku Helin (Finlandia), Leslie Kaufmann (Israel), Peter Boshier (Nueva Zelanda), Petunia Seabi (Sudáfrica) y Ricardo Pérez Manrique (Uruguay). Antes de la publicación, el proyecto de Guía de Buenas Prácticas será difundido a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya así como a otros Estados contratantes al Convenio de La Haya de 1980 para que formulen sus comentarios.
- 1.5.3. La Comisión Especial recibe con agrado el estudio legal comparativo llevado a cabo por la Oficina Permanente y el estudio empírico llevado a cabo por el Profesor Lowe sobre la ejecución de órdenes bajo el Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.³¹ Asimismo, expresa su agradecimiento hacia los autores de los estudios, y al International

31. A. Schulz, "Ejecución de órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980 - Un estudio legal comparativo", Doc. Prel. No. 6 octubre de 2006; N. Lowe, S. Patterson y K. Horosova, "Ejecución de órdenes fundados en el Convenio de

Centre for Missing and Exploited Children que proveyó la financiación para el estudio empírico.

PARTE VI - COMUNICACIONES JUDICIALES

- 1.6.1. La Comisión Especial apoya los desarrollos mencionados en el Documento Preliminar No. 8.³²
- 1.6.2. La Comisión Especial reconoce que el efectivo funcionamiento del Convenio de 1980 depende del esfuerzo común de todos los intervinientes en las cuestiones de sustracción internacional de menores, incluyendo jueces y Autoridades Centrales a nivel nacional e internacional.

Comunicaciones judiciales directas

- 1.6.3. La Comisión Especial reafirma las Recomendaciones No 5.5 y 5.6 de la Comisión Especial de marzo de 2001 y subraya que las comunicaciones judiciales directas deben respetar las leyes y procedimientos de las jurisdicciones involucradas.
 - 5.5 Se anima a los Estados contratantes a considerar la designación de uno o más jueces u otras personas o autoridades capaces de facilitar, a nivel internacional, la comunicación entre jueces o entre un juez y otra autoridad.
 - 5.6 Los Estados contratantes deberían fomentar de manera activa la cooperación judicial internacional. Esta

La Haya 1980 - Un estudio empírico”, Doc. de Info. No. 1 de octubre de 2006 (solamente disponible en inglés).

32. P. Lortie, “Informe sobre las Comunicaciones Judiciales en el Contexto de la Protección Internacional de Niños”, Doc. Prel. No. 8 de octubre de 2006.

cooperación tomaría la forma de una presencia de los jueces en conferencias judiciales intercambiando ideas y comunicándose con jueces extranjeros o explicando las posibilidades de la comunicación directa en casos concretos.

En los Estados contratantes en los que se practica la comunicación judicial directa, se aceptan de forma general las siguientes garantías:

- Las comunicaciones deben limitarse a cuestiones logísticas y al intercambio de información;
- Las partes deben recibir una notificación con antelación de la naturaleza de la comunicación propuesta;
- Deben grabarse las comunicaciones judiciales;
- Debe obtenerse una confirmación por escrito de todo acuerdo;
- La presencia de las partes o de sus representantes en determinados casos, por ejemplo a través de conferencia telefónica.”

Papel de los jueces y las Autoridades Centrales

- 1.6.4. La Comisión Especial reconoce que, teniendo en cuenta el principio de separación de poderes, la relación entre jueces y Autoridades Centrales puede tomar diferentes formas.
- 1.6.5. La Comisión Especial continúa alentando las reuniones que involucran a jueces y Autoridades Centrales a nivel nacional, bilateral y multilateral, como forma necesaria

para desarrollar un mejor entendimiento de los respectivos papeles de ambas instituciones.

Conferencias judiciales

1.6.6. La Comisión Especial alienta el desarrollo del modelo de conferencias para jueces especialistas en derecho de familia (nacionales, bilaterales y multilaterales) y enfatiza la importancia de los esquemas desarrollados tanto en el ámbito regional como global.

Acciones que debe llevar a cabo la Oficina Permanente

1.6.7. En relación con el trabajo futuro, a la luz de las observaciones efectuadas durante la reunión, la Oficina Permanente deberá:

- a) Continuar las consultas con jueces interesados y otras autoridades con base al Documento Preliminar No. 8;
- b) Seguir desarrollando los mecanismos y estructuras prácticas de la Red Internacional de Jueces de La Haya;
- c) Seguir desarrollando contactos con otras redes judiciales y promoviendo la creación de redes judiciales regionales;
- d) Mantener un inventario de las prácticas existentes relativas a las comunicaciones judiciales directas en casos específicos en virtud del Convenio de La Haya de 1980 y en relación con la protección internacional del menor;
- e) Estudiar la utilidad de la redacción de principios sobre comunicaciones judiciales directas, que podrían servir

de modelo para el desarrollo de buenas prácticas, con el asesoramiento de un grupo consultivo de expertos procedentes principalmente del poder judicial;

- f) Explorar el desarrollo de un sistema de comunicaciones protegido para los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya.

1.6.8. La Comisión Especial nota la relación que existe entre el trabajo relativo a las comunicaciones judiciales directas y el estudio de viabilidad que será preparado por la Oficina Permanente para el Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, en relación con el desarrollo de un nuevo instrumento para la cooperación transfronteriza relativa al tratamiento del derecho extranjero.

El Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional del Niño

1.6.9. La Comisión Especial apoya la publicación continua del Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional del Niño y expresa su gratitud a LexisNexis Butterworths por publicar y distribuir el Boletín.

PARTE VII - DERECHO DE VISITA / DERECHO A MANTENER UN CONTACTO TRANSFRONTERIZO y REUBICACIÓN (ESTABLECIMIENTO EN OTRO PAÍS)

Derecho de visita / derecho a mantener un contacto transfronterizo

1. 7.1. La Comisión Especial reafirma la prioridad que se le asigna al trabajo de seguir mejorando la protección del derecho

de visita / derecho a mantener un contacto transfronterizo. Se reconoce el interés que representa esta cuestión para numerosos Estados, incluyendo aquellos que no son partes al Convenio de 1980 y el papel importante que podrá tener en esta temática el Convenio de 1996.

1. 7.2. Reconociendo las limitaciones del Convenio de 1980, y en particular del artículo 21, la Comisión Especial:

- a) Da amplio apoyo a los principios generales y buenas prácticas establecidos en el Documento Preliminar No. 4³³, y recomienda que la Oficina Permanente, en consulta con un grupo de expertos, modifique y complete el documento a la luz de las discusiones generadas en la Comisión Especial y que lo prepare para su publicación lo antes posible;
- b) Recomienda que la Oficina Permanente continúe manteniendo informados a los Estados de los desarrollos en materia de mediación relativa a los litigios transfronterizos concernientes al derecho a mantener un contacto. También continuará su trabajo en un estudio de viabilidad más general sobre la mediación transfronteriza en materia familiar incluyendo la posibilidad de desarrollar un instrumento sobre la materia, tal como fue solicitado por la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de abril de 2006;
- c) Recomienda que la Oficina Permanente continúe examinando la manera para mejorar el funcionamiento

33. W. Duncan, "Derecho de Visita Transfronterizo. Principios Generales y Buenas Prácticas", Doc. Prel. No 4 de octubre de 2006.

del artículo 21 y, a través de conferencias judiciales y otros medios, promover la discusión y las buenas prácticas en relación con los problemas relacionados con el contacto transfronterizo y la reubicación internacional (establecimiento en otro país) de los niños, tomando en cuenta también la experiencia de la aplicación del Convenio de 1996 y de los regímenes legales inspirados por este Convenio.

1. 7.3. La Comisión Especial reconoce la fuerza de los argumentos en favor de un Protocolo al Convenio de 1980 que podría en particular clarificar las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 21 y efectuar una clara distinción entre “derechos de custodia” y “derechos de visita”. Sin embargo, se acordó que en este momento se le debía dar prioridad a los esfuerzos en relación con la implementación del Convenio de 1996.

Reubicación (establecimiento en otro país)

- 1.7.4. La Comisión Especial concluye que los padres deben ser alentados, antes de mudarse con los niños de un país a otro, a que no tomen acciones unilaterales trasladando ilícitamente a un niño, sino a tomar las medidas necesarias en materia de derecho de visita y a mantener un contacto preferentemente por acuerdo, especialmente cuando uno de los padres tiene la intención de quedarse en el país y de no acompañar al resto de la familia.
- 1.7.5. La Comisión Especial alienta todos los esfuerzos tendientes a resolver las diferencias entre sistemas legales de manera de alcanzar, en la medida de lo posible, un

enfoque y criterios comunes en relación con la reubicación (establecimiento en otro país).

PARTE VIII - ASEGURAR LA RESTITUCIÓN DEL MENOR SIN PELIGRO

El uso de medidas de protección

1.8.1. Los tribunales en numerosas jurisdicciones consideran el uso de órdenes con diversos nombres, e.g., estipulaciones, condiciones, compromisos, como instrumentos útiles para facilitar los acuerdos para la restitución del menor. Estas órdenes, limitadas en su alcance y duración, que abordan cuestiones de corto plazo y que mantienen sus efectos solamente hasta que los tribunales en el país al cual el menor es restituido adopten las medidas exigidas por la situación, están en conformidad con el espíritu del Convenio de 1980.

Ejecutabilidad de las medidas de protección

1.8.2. Cuando se consideran las medidas para proteger a un menor respecto del cual se ordena su restitución (y cuando resulte apropiado al padre o madre acompañante), un tribunal debería considerar la ejecutabilidad de esas medidas en el país al cual el menor debe ser restituido. En este contexto, se reconoce el valor de las ordenes de restitución segura (incluyendo órdenes “espejo”) dictadas en ese país” con antelación a la restitución del niño, así como las disposiciones del Convenio de 1996.

Posible Protocolo en relación con medidas de protección

- 1.8.3. Se consideró positivamente la posibilidad de un Protocolo al Convenio de 1980 que estableciera un marco legal claro para la implementación de medidas de protección para asegurar la restitución del menor sin peligro (y cuando fuera necesario del padre o la madre acompañante). El valor potencial de un Protocolo fue reconocido pero no como una prioridad inmediata.

Procedimientos penales

- 1.8.4. La Comisión Especial reafirma la Recomendación 5.2 de la Reunión de la Comisión Especial de 2001:

“La incidencia de actuaciones penales por la sustracción de un menor sobre la posibilidad de proceder a su restitución es una cuestión que debería poder tenerse en cuenta por las autoridades actuantes, en el marco de su poder discrecional de iniciar, suspender o archivar la causa penal.”

La Comisión Especial subraya que las Autoridades Centrales deberían informar al padre o la madre privado de su niño sobre las consecuencias de iniciar acciones penales, incluyendo los posibles efectos adversos para lograr la restitución del menor.

En casos de restituciones voluntarias del niño al país de residencia habitual, las Autoridades Centrales deberían cooperar, en la medida de lo permitido por las leyes nacionales, para que se abandonen todos los cargos contra el padre o la madre denunciado penalmente.

Las Autoridades Centrales deberían también informar al padre o la madre privado del niño sobre los métodos alternativos disponibles para resolver el litigio en forma amigable.

Acceso a los procesos

- 1.8.5. Los Estados contratantes deberían tomar medidas para remover obstáculos para la participación de los padres en los procesos de custodia con posterioridad a la restitución del menor.

PARTE IX - DESARROLLOS REGIONALES

- 1.9.1. La Comisión Especial recibe con agrado los avances efectuados por la Oficina Permanente en la expansión de la influencia y la comprensión de los Convenios de La Haya a través del Programa de América Latina, el Proyecto de África y los desarrollos en la Región de Asia Pacífico. Se reconoce el valor del modelo del Convenio de La Haya y sus principios en el uso con Estados no partes del Convenio de La Haya como es el caso del Proceso de Malta.
- 1.9.2. Se expresó un fuerte apoyo al esfuerzo llevado adelante por la Conferencia de La Haya, a través del Proceso de Malta, para desarrollar mejores estructuras legales para la solución de litigios familiares transfronterizos así como entre ciertos Estados partes del Convenio de La Haya y ciertos Estados no partes del Convenio de La Haya.
- 1.9.3. Se agradeció y consideró importante la designación del Oficial Legal de Enlace para América Latina y se reconoció el impacto ya detectado en el fortalecimiento del funcionamiento del Convenio en la Región.

CAPÍTULO II

IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO DE 1.996

- 2.1. La Comisión Especial recibe con agrado el hecho de que un gran número de Estados se encuentra en el proceso de implementación o considerando la implementación del Convenio de La Haya de 1996 sobre la protección de niños. Agradece el apoyo para este Convenio expresado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros, así como los esfuerzos que se están llevando a cabo para asegurar la obtención a corto plazo de la autorización para todos estos Estados de formar parte del Convenio. La Comisión Especial también agradece el hecho de que varios Estados Americanos estén estudiando el Convenio con miras a su posible ratificación o adhesión.
- 2.2. La Comisión Especial invita a la Oficina Permanente, en consulta con los Estados miembros de la Conferencia de La Haya y Estados contratantes a los Convenios de 1980 y 1996, a comenzar los trabajos preparatorios para el desarrollo de una guía práctica para el Convenio de 1996 que debería:
 - a) Aconsejar sobre los factores a ser considerados en el proceso de implementación del Convenio en la ley nacional; y, b) Ayudar a explicar la aplicación práctica del Convenio.
- 2.3. Reconociendo las limitaciones del Convenio de 1980, y en particular del artículo 21, la Comisión Especial recomienda que la Oficina Permanente continúe haciendo todos los esfuerzos para asistir a los países en sus estudios sobre el Convenio de 1996 y a promover su amplia ratificación. Ello se aplica tanto a los Estados que son partes al Convenio de 1980 como a los que no lo son.

APÉNDICE

Considerando que los intereses del menor son de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a la custodia y para proteger a los menores de los efectos perjudiciales de los traslados o retenciones ilícitas, y para garantizar la restitución de menor sin peligro, resulta importante mejorar los procedimientos establecidos para estos propósitos;

La Comisión Especial considera que las disposiciones del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores permiten que, cuando fuera apropiado en un caso particular, se tomen medidas para -

1. Intentar a través de la mediación o conciliación la restitución voluntaria del menor o la solución amigable de los litigios, en forma que no se retrase la restitución del menor;
2. Proveer la oportunidad para que el menor sea escuchado, salvo que ello resulte inapropiado teniendo en cuenta la edad o el grado de madurez del menor;
3. Garantizar el ejercicio de los derechos de visita y de contacto, cuando fuere apropiado, durante los procedimientos relativos a la solicitud de restitución del menor;
4. Permitir o requerir a las autoridades correspondientes que colaboren para garantizar el acceso a la información pertinente disponible en los Estados involucrados;
5. Proteger al menor una vez restituido y preguntar en particular sobre las medidas que las autoridades competentes

del Estado de la residencia habitual del menor, inmediatamente antes del traslado o la retención, pueden tomar para la protección del menor después de ser restituido;

6. Informar a las autoridades competentes del Estado en el que el menor era residente habitual, inmediatamente antes del traslado o la retención, sobre los procedimientos de la solicitud de restitución y sobre cualquier decisión que se tome a este respecto en el Estado donde se encuentra el menor;
7. Asistir en la implementación de medidas de protección, aprobadas por las autoridades en el Estado requirente, para proveer la protección del menor, y si fuera necesario, al padre o madre que trasladó o retuvo al menor, una vez que se produce la restitución;
8. En caso de ser requerido, informar a la Autoridad Central del Estado donde se ordenó la restitución sobre la decisión de fondo del derecho de custodia, dictada tras la restitución, en la medida que ello sea permitido por la ley del Estado donde se dictó dicha orden.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal
12º período de sesiones, Viena, 13 a 22 de mayo de 2003
Tema 5 del programa provisional Cooperación internacional
en la lucha contra la delincuencia transnacional

Cooperación internacional con miras a prevenir,
combatir y erradicar el delito del secuestro y prestar
asistencia a las víctimas

Informe del Secretario General

Adición

I. Introducción

1. Se recibieron respuestas adicionales al cuestionario sobre la práctica del secuestro de Guinea, la India, Qatar, Tailandia y el Togo después de la fecha límite para la presentación del informe del Secretario General a los servicios de conferencias, con lo cual el número total de respuestas ascendió a 67.

II. Resultados de la encuesta

A. Disposiciones jurídicas pertinentes

2. Cada uno de los cinco países indicó que en su legislación se preveía el delito específico del secuestro, y que las disposiciones jurídicas abarcaban por lo general los elementos comunes del delito esbozados en el informe del

Secretario General (E/CN. I 5/2003/7). Guinea, la India, Qatar y el Togo comunicaron que el delito de secuestro se consideraba un delito grave. En el caso de Tailandia, se indicó que si bien en la legislación nacional no se tipificaba específicamente el secuestro como delito grave, podía considerarse como tal dado que en algunos casos se castigaba con cadena perpetua o con la pena de muerte. El Togo observó que en 1990 se habían modificado las disposiciones de su Código Penal relativas a la definición del secuestro y la pena aplicable a éste para armonizarlas con las normas internacionales.

3. La India informó de que contaba con una legislación amplia para combatir el secuestro, ya que en su Código Penal se tipificaban 10 delitos específicos según la finalidad del secuestro. Se trataba del secuestro de un menor con fines de mendicidad; el secuestro con fines de asesinato; el secuestro con fines de rescate; el secuestro con la intención de recluir secreta e injustamente a una persona; el secuestro de una mujer para obligarla a casarse; el secuestro de una menor con fines de proxenetismo; la importación de una joven de un país extranjero; el secuestro con la finalidad de someter a una persona a un daño grave, incluida la esclavitud; el secuestro de un niño o niña menor de 10 años; y el robo o la compra de un menor con fines de prostitución. En Qatar, además del delito de secuestro propiamente dicho, un artículo específico del Código Penal preveía el delito de secuestro cuando las víctimas fuesen obligadas ilegalmente a trabajar en contra de su voluntad.
4. Si bien los casos de secuestro siempre se consideraban como delitos graves, en una serie de casos se indicó que se aplicaban penas aún más severas. En la India éstas se aplicaban

al secuestro con fines de rescate y al secuestro con fines de asesinato, siendo las penas la cadena perpetua y la pena de muerte, respectivamente. El delito de secuestro tampoco era susceptible de fianza en la India. En la respuesta de Tailandia se indicó que si durante el secuestro se infligían lesiones corporales graves a la víctima o ésta moría o era torturada o tratada cruelmente, causándole daño físico o mental, era aplicable la pena de muerte. Guinea indicó que en los casos en que la detención de la víctima se prolongara durante más de un mes, la pena era más severa.

5. Como sucedía en una serie de países examinados en el informe del Secretario General, las respuestas abarcadas en la presente adición indicaron que en algunos casos específicos se preveía una reducción de la pena.

La legislación de Guinea contenía una disposición en virtud de la cual podía reducirse la pena si el autor del delito liberaba a la víctima antes del décimo día. Tailandia indicó que si el delincuente liberaba a la víctima sin haberle infligido lesiones corporales graves o sin que la víctima hubiera estado expuesta a un peligro inminente, podía dictarse una sentencia menos severa, aunque en ningún caso inferior a la mitad de la sentencia prevista por ley.

B. Difusión del secuestro y vínculos con grupos delictivos organizados y grupos terroristas

6. La India y Guinea indicaron que mantenían estadísticas sobre el número de casos de secuestro. En la India las estadísticas se consideraban como un reflejo fiel del problema, y eran las autoridades policiales de todo el país las encargadas de proporcionarlas. En lo que respecta a Guinea,

dado el pequeño número de casos comunicados, también se estimaba que las estadísticas eran exactas. El Togo indicó que no se mantenían estadísticas sobre el número de secuestros.

7. Con respecto a la difusión del secuestro, la India comunicó un aumento del número de delitos de ese tipo en los últimos 10 años. Ese aumento era del orden del 23%, habiéndose comunicado en el 2000, 22.871 casos en comparación con los 18.424 comunicados en 1990. El mayor número de secuestros comunicados durante ese período de diez años se produjo en 1998, año en el que se registraron 23.520 casos. Ninguno de los demás países informó de un incremento de los secuestros y cabe mencionar, por ejemplo, que en Guinea sólo se registró un caso en 1991 y que Qatar indicó que los casos de secuestro eran poco frecuentes.
8. La India proporcionó información detallada sobre el número de casos de secuestro en los que se había acusado a un sospechoso y se había dictado la condena correspondiente. En 2000, último año para el que se disponía de estadísticas, se presentaron 13.302 acusaciones con respecto a los 22.871 casos de secuestro registrados, y fueron declaradas culpables 3.177 personas.
9. La India informó de que la naturaleza de los grupos delictivos organizados involucrados en delitos de secuestro en el país estaba estrechamente relacionada con la finalidad del delito. Se identificaron cinco categorías amplias de secuestros; el secuestro con fines de prostitución; el secuestro extorsivo; el secuestro perpetrado por terroristas; el secuestro con otros fines, tales como mendicidad u obtención de jinetes para carreras de camellos; y el secuestro en que una

persona (generalmente de sexo femenino) se secuestraba con su consentimiento para contraer matrimonio pero ese consentimiento no era válido porque esa persona era legalmente menor de edad. Los grupos delictivos organizados estaban involucrados en las primeras cuatro categorías. En el caso del secuestro con fines de prostitución, las mujeres o niñas, generalmente de las zonas rurales, eran secuestradas ya fuera por la fuerza o mediante engaño y luego vendidas a redes de prostitución que operaban en las ciudades. Los grupos delictivos organizados involucrados en el secuestro extorsivo estaban generalmente relacionados con importantes sindicatos del crimen que muchas veces tenían conexiones transfronterizas. El jefe de la red se hallaba la mayoría de las veces fuera de la India, realizándose los secuestros con la ayuda de asociados dentro del país. Por lo general, el dinero de la extorsión se enviaba al exterior.

Los grupos terroristas tenían invariablemente conexiones internacionales y apoyo del exterior y si bien sus fines eran a menudo políticos, los secuestros se realizaban también para obtener fondos y solicitar la liberación de asociados detenidos. Las autoridades de la India estaban llevando a cabo un estudio sobre las bandas que se especializaban en el secuestro de mujeres y niñas para obligarlas a ejercer la prostitución, el secuestro de menores con fines de mendicidad y el secuestro para obtener rescate.

Guinea y Qatar comunicaron que no existían pruebas de la existencia de organizaciones delictivas o terroristas que se dedicaran al secuestro. Se informó de que los incidentes de secuestros en el Togo no tenían vinculaciones con grupos delictivos internos o externos. No obstante, se identificaron

varias categorías de secuestro, incluido el secuestro con fines de explotación sexual; los secuestros relacionados con la iniciación y otros rituales; los secuestros para fines de matrimonio forzado; y los secuestros de menores en el caso de conflictos domésticos, que por lo general involucraban a progenitores divorciados. Se observó que tanto en las zonas rurales como en las urbanas, las víctimas del secuestro provenían de grupos sociales vulnerables como mujeres, niños y personas de escasos recursos.

C. Medidas adoptadas y lecciones aprendidas

11. La India comunicó que se había brindado capacitación especializada a oficiales de policía con respecto a casos de secuestro. Había una dependencia de inteligencia penal en la dirección nacional de policía que se encargaba de la lucha contra el secuestro, y se estaba organizando una base de datos informatizada sobre el secuestro. Las fuerzas de policía estatales contaban con unidades especializadas dedicadas a combatir el secuestro y los delitos contra la mujer. Además, la India informó de que cuando ocurrían secuestros se mantenían servicios de enlace entre las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y la familia de la víctima y se brindaban servicios de asesoramiento tanto a la víctima como a su familia, en la medida de lo posible. La policía hacía todos los esfuerzos que estaban a su alcance por devolver a la víctima al seno de su familia, aunque el Gobierno administraba varios hogares para mujeres y delinquentes juveniles que requerían albergue después de haber sido liberados. Se proporcionaba apoyo adicional por conducto de un activo sector de organizaciones no gubernamentales.

12. En Qatar, si bien los casos de secuestro eran poco frecuentes, cuando éstos se producían se brindaba protección y atención a las víctimas y a sus familias durante y después del secuestro. Sin embargo, no se había proporcionado apoyo financiero a las víctimas de ese delito. Guinea indicó que contaba con unidades especializadas de la policía que se ocupaban de una serie de delitos graves, incluidos casos de secuestro. Como medida preventiva, se hacía hincapié en la importancia de la comunicación continua con los ciudadanos. En la respuesta de Guinea se subrayaron también las diversas medidas que había adoptado ese país para combatir el blanqueo de dinero.
13. La India informó de que se habían adoptado una serie de iniciativas para mejorar la cooperación internacional con respecto a la lucha contra el secuestro, incluidos acuerdos bilaterales con otros países y la firma de instrumentos jurídicos internacionales, entre los que se destacaban la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Guinea subrayó la importancia de la cooperación internacional, incluida la firma de acuerdos bilaterales entre los países, haciendo especial hincapié en la importancia de extraditar a los autores a sus países de origen.
14. Con respecto a las lecciones aprendidas, en la respuesta de la India se puso de relieve la importancia de una legislación amplia que abarcara todos los aspectos del secuestro. Los casos de secuestro también debían tratarse como delitos graves, y los tribunales debían imponer penas rigurosas a ese respecto. El Togo informó de que para combatir eficazmente el delito de secuestro eran esenciales tanto disposi-

ciones legislativas claras como un seguimiento eficaz por parte de los organismos de represión.

Nota

- 1 Se había recibido una respuesta anterior de Guinea por conducto del Instituto Africano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. La respuesta posterior, a la que se hace referencia en la presente adición, fue más detallada y responde específicamente al cuestionario enviado a los Estados Miembros por la Secretaría.

**FORO INTERNACIONAL
SOBRE SECUESTRO FAMILIAR
DE MENORES: PROGRAMA DE ACCIÓN
DE LA CONVENCION DE LA HAYA
15 Y 16 DE SEPTIEMBRE DE 1998**

**Informe del Profesor Nigel Lowe
Director del Centro de Estudios
de Derecho Internacional de la Familia
Universidad de Cardiff, Gales, Reino Unido
con la colaboración de Catherine Meyer, Co-presidenta
del Centro Internacional para Menores Desaparecidos y
Explotados y con la colaboración de participantes del Foro**

**Informe original publicado en abril de 1999
Traducción publicada en febrero de 2001**

RECONOCIMIENTOS

Agradecemos a todos los participantes del foro por su ayuda invaluable en la preparación de este informe.

- Ernie Allen, Presidente y Ejecutivo Principal del Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados, Alexandria, Virginia.
- Robert Arenstein, abogado, Nueva York, Nueva York.
- Mary Banotti, miembro del Parlamento Europeo, República de Irlanda.

- Michael C. Berry, abogado, Clear water, Florida
- Christine Brinck, Munich, Alemania
- Profesora Carol Bruch, Facultad de Derecho, Universidad de California en Davis, California
- Denise Carter, Directora de REUNITE, National Council for Abducted Children, Londres, Inglaterra
- Clare Cary, Washington, D.C.
- Stephen Cullen, abogado, Baltimore, Maryland
- Elaine Culshaw, Washington, D.C.
- Violaine Delahais, Collectif de Solidarité, París, Francia
- Heidi De Pauw, Child Focus, Bruselas, Bélgica
- Nancy Dube, Vicepresidenta del Directorio de NCMEC, Cotuit, Massachusetts
- William Duncan, Primer Secretario de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, La Haya, Holanda
- Adair Dyer, abogado, Austin, Texas, ex Subsecretario General de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, La Haya, Holanda
- Marilyn Freeman, abogada, Londres, Inglaterra
- Linda Shay Gardner, abogada, Bethlehem, Pensilvania
- Dr. Ildiko Gerbatsch, médico, San Diego, California

- Jacqueline Gillespie, Directora de Empty Arms Network, Victoria, Australia
- Honorable Benjamin A. Gilman, Presidente de la Comisión de Relaciones Internacionales, Cámara de Representantes de Estados Unidos, Washington, D.C.
- Dra. Linda Girdner, Center on Children and the Law, Colegio de Abogados de Estados Unidos, Washington, D.C.
- Dr. Geoffrey Greif, Universidad de Maryland, Facultad de Obras Sociales, Baltimore, Maryland
- Nancy Hammer, Directora de la División Internacional del Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados, Alexandria, Virginia
- Patsy Heymans, Directora, Missing Children International Network, Bruselas, Bélgica
- William Hilton, abogado, Santa Clara, California
- Patricia Hoff, consultora legal, Rockville, Maryland
- Anne-Marie Hutchinson, procuradora y presidenta de REUNITE, National Council for Abducted Children, Londres, Inglaterra
- Tom Johnson, abogado, Alexandria, Virginia
- Ishtar Khalaf, REUNITE, National Council for Abducted Children, Londres, Inglaterra
- Jeff Kovar, Departamento de Estado de Estados Unidos, Washington, D.C.

- Ron Laney, Director del Programa de Menores Desaparecidos y Explotados, Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia, Departamento de Justicia de Estados Unidos, Washington, D.C.
- Corrine Levallant-Biache, Ministerio de Justicia, París, Francia.
- Senadora Anne-Marie Lizin, Bruselas, Bélgica
- Profesor Nigel Lowe, Centro de Estudios de Derecho Internacional de la Familia, Universidad de Cardiff, Gales, Reino Unido
- Mary Marshall, Directora de la Oficina de Asuntos de Menores, Departamento de Estado de Estados Unidos, Washington, D.C.
- Werner Martens, abogado, Munich, Alemania
- Thomas Martin, Vaeteraufbruch Fuer Kinder, Koln, Alemania
- Nancy McLean, Directora Adjunta de la División Internacional, Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados, Alexandria, Virginia
- Jan McMillan, abogado, Southfield, Michigan
- Patricia McNerney, asesora legal asociada, Comisión de Relaciones Exteriores, Senado de Estados Unidos, Washington, D.C.
- Catherine Meyer, Co-presidenta del Directorio, Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados, Washington, D.C.

- Nuala Mole, Director, The Aire Centre, Londres, Inglaterra
- Claude Ney, Secretario General, oficina del Diputado Pierre Cardo, Chanteloup les Vignes, Francia
- Jennifer Penta, especialista en casos internacionales de La Haya, División Internacional, Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados, Alexandria, Virginia
- Doris Pfeiffer-Pandey, Directora, IAF Verbandbinationaler Familien und Partner schaften, Francfort, Alemania
- Alicia Reynolds, abogada, Baltimore, Maryland
- Fred Rooney, abogado, Bethlehem, Pensilvania
- Shelley Sawers, Washington, D.C.
- James Schuler, Departamento de Estado de Estados Unidos, Washington, D.C.
- Henry Setright, abogado, Grays Inn, Londres, Inglaterra
- Profesor Kurt Siehr, M.C.L., Universidad de Derecho de Zurich, Suiza
- Profesora Linda Silberman, Universidad de Nueva York, Nueva York
- Barbara Snider, Directora de la Sociedad para Menores Desaparecidos de Canadá, Ontario, Canadá Barbara Sobal, abogada, Nueva York, Nueva York
- Sheelagh Taylor, Hague Project Liaison, Washington, D.C.

- Catherine Urban, Presidenta de la Unión de Ciudadanos Franceses en el Exterior, Neu Kirch Isenburg, Alemania
- Elizabeth Yusi, especialista en casos internacionales de La Haya, División Internacional, Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados, Alexandria, Virginia

PREFACIO

La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores (Convención de La Haya), creada en 1980, fue un paso gigantesco para tratar los casos de secuestro internacional de menores de un modo más uniforme y sistemático. Nosotros la apoyamos e instamos a cada país a aplicar sus principios. No obstante, son muchos los casos en los que al parecer, la Convención de La Haya no parece estar funcionando tal como se lo propusiera en sus inicios y aún existen muchos casos sin resolver. Está claro que existen problemas.

En septiembre de 1988, el Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados (NCMEC) convocó a un pequeño grupo de expertos en la práctica de la Convención de La Haya. Nosotros considerábamos que si podíamos congregar a los expertos y aprovechar todo ese poder intelectual con un sólo propósito, podríamos obtener grandes resultados, mucho mayores de lo que podría conseguir cada uno de nosotros por separado.

Conociendo su interés en estos asuntos, nos comunicamos con Catherine Meyer, madre de una víctima y esposa del embajador de Gran Bretaña en los Estados Unidos, y hablamos de la idea con ella. La señora Meyer aceptó co-presidir esta reunión.

Los participantes del Foro estuvieron de acuerdo: teóricamente, la Convención de La Haya es un recurso positivo y convincente, pero en la práctica hay serios problemas. El resultado de estas complicaciones es una falta de uniformidad de país en país y niños a quienes se les niega una relación con toda su familia.

El informe que sigue es un “llamado a la acción”, un desafío para quienes verdaderamente se interesan por los niños del mundo, para que se unan y ayuden a cambiar los sistemas y procedimientos que no funcionan así como crear mayor conciencia sobre el trauma que enfrentan tantos niños y padres en todo el mundo.

Este informe es sólo el comienzo, no un fin en sí mismo. En 1999 creamos el Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados (ICMEC), un centro global de recursos para los niños. El ICMEC creará una red internacional; será una voz fuerte y sonora para las víctimas ocultas del mundo, los niños; proveerá capacitación y asistencia técnica a los profesionales legales y policiales en minoridad; desarrollará estudios, datos e información sobre “mejores prácticas” para los funcionarios, y mucho más.

Iniciaremos una campaña internacional, encabezada por los principales expertos y defensores. Estamos convencidos de que muchos de los problemas expuestos en las páginas siguientes no son ampliamente reconocidos o comprendidos por los funcionarios y por el público en general. No obstante, creemos que podemos aumentar la conciencia y el interés mundiales y proponer recomendaciones positivas que los gobiernos y los funcionarios que formulan las políticas tendrán en cuenta y ejecutarán.

Trabajando juntos como defensores y profesionales comprometidos con los niños, podremos lograr grandes resultados.

Ernie Allen

Presidente y Ejecutivo Principal

Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados

RESUMEN

En septiembre de 1998, el Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados auspició un Foro Internacional en el que participó un grupo extraoficial de más de 50 expertos interesados de 11 países diferentes. Su tarea fue tratar sobre la restitución de menores a nivel internacional y evaluar la eficacia de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, el instrumento principal del derecho internacional dirigido a atender este problema.

En vista de que cada país tiene su propio sistema judicial, se creó esta Convención de La Haya, abierta a la firma en 1980, para establecer una norma uniforme que ayudará a recuperar a menores secuestrados, restituirlos prontamente a su lugar de residencia habitual, y asegurar el cumplimiento de los derechos de custodia y de visita entre los Estados Parte. En la actualidad, hay 62 estados que participan en la Convención de La Haya. Pero las respuestas a estos casos de secuestro han sido distintas. Si bien algunos países acatan los términos de la Convención de La Haya, hay otros que no lo hacen.

Los participantes del Foro identificaron una serie de obstáculos en la Convención de La Haya, entre ellos:

- La falta de datos sistemáticos sobre el funcionamiento de la Convención de La Haya que permitiese establecer una comparación de los resultados de país en país.
- Las amplias variaciones de los resultados que señalan problemas sistémicos en la aplicación de la Convención de La Haya en diferentes países.

- Variaciones en la cantidad de casos y experiencia entre los países.
- Demora indebida en el logro de la solución de casos.
- Dificultad para ubicar a los menores que son objeto de una Solicitud de La Haya.
- Falta de apoyo adecuado a las familias víctimas.
- Falta de conocimiento público acerca de la Convención de La Haya.
- Distintos niveles de competencia y experiencia de abogados y jueces.
- Falta de uniformidad en la interpretación de la Convención de La Haya, particularmente de las “excepciones” del artículo 13.
- Uso impropio de excepciones de definición limitada para la restitución.
- Dificultad para hacer cumplir algunas órdenes de restitución.
- Falta de obligación de los Estados Parte para asumir la responsabilidad por la seguridad de los menores restituidos conforme a la Convención de La Haya.
- Dificultad para hacer cumplir los derechos de visita.

Estos problemas, identificados por el Foro, forman la base del Programa de Acción propuesto.

1. CAMPAÑA GLOBAL DE EDUCACIÓN Y DE DIFUSIÓN

Una campaña global de educación y de difusión bien organizada y coordinada, dirigida a funcionarios gubernamentales y al público en general, serviría para atraer la atención al problema del secuestro internacional y al papel que desempeña la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores.

2. CREACIÓN DE UN BANCO DE DATOS SOBRE LAS DECISIONES JUDICIALES DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

Es necesario mantener un registro mundial de las aplicaciones de la Convención de La Haya. Debería compilarse la información sobre los sistemas legales y la práctica legal en cada país así como el impacto que provoca en los casos descritos de la Convención de La Haya. Con información precisa, podría evaluarse el desempeño de cada Estado Contratante.

3. CREACIÓN DE UN EQUIPO DE ADIESTRAMIENTO Y PROGRAMA BÁSICO PARA JUECES Y LETRADOS

Debería crearse un equipo de adiestramiento internacional que elabore un programa adaptable a los sistemas de los diferentes países. Ciertos principios legales son básicos en la aplicación de la Convención de La Haya y por lo tanto los países miembros deberían aplicarlos de manera similar. Hace falta financiamiento para una nueva serie de informes conocidos como “Informes Legales de la Convención” para los cuales es necesario reunir las principales decisiones judiciales e internacionales y ponerlas a disposición del público en Internet.

4. FOMENTAR LA APLICACIÓN UNIFORME DE LAS EXCEPCIONES IDENTIFICADAS EN LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

Se necesita de enfoque global para la aplicación de las excepciones previstas en la Convención de La Haya. Por ejemplo, el uso del artículo 13b se ha convertido virtualmente en la regla en algunos países. Esto está poniendo en peligro la eficacia de la Convención de La Haya y desvirtuando su intención original. Esto podría remediarse con la preparación de un documento sobre “Mejores Prácticas”. Más aún, debería convocarse una reunión internacional de magistrados de los Estados Parte para discutir la manera de interpretar la Convención de La Haya.

5. CAPACITACIÓN DE LETRADOS

Los gobiernos deberían ordenar la capacitación de todos los jueces que pudieran ocuparse de los casos de secuestro. El Foro observa que la Convención de La Haya parece funcionar particularmente bien en los países donde tan sólo un número limitado de jueces experimentados tiene jurisdicción.

6. LOS ESTADOS PARTE DEBEN CEÑIRSE A UN PROGRAMA ESTRICTO PARA TRATAR LOS CASOS DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

El Foro insta a los países miembros a ceñirse a un programa estricto siguiendo el ejemplo inglés. Allí la Autoridad Central adjudica directamente a un abogado el 80 por ciento de los casos de “entrada” dentro de las 24 horas, y ahí donde hay un período promedio de seis semanas desde que se recibe una solicitud y se imparte una orden y de 15 semanas en el caso de solicitudes que pasan a apelación. La presión para disponer rápidamente de

las solicitudes también podría ser ejercida por la creación de un sistema de vigilancia internacional.

7. ALENTAR A LOS ESTADOS PARTE A CREAR UN SISTEMA EFICAZ DE APLICACIÓN CIVIL DE LA LEY

Los Estados Parte deberían poner en vigencia un sistema eficaz de aplicación de la ley. Las cortes deben emitir sus órdenes de manera que asegure su pronto y efectivo cumplimiento. La orden de restituir un menor debería hacerse efectiva con la ayuda de un oficial de la corte habilitado para requerir la ayuda de la policía cuando sea necesario.

8. MEJORAR LA CAPACIDAD PARA UBICAR A LOS MENORES

Hace falta una campaña para persuadir a los países de habilitar la policía, a los servicios de fiscalía y a otros organismos del gobierno para buscar y encontrar a los menores. Se necesita una mayor cooperación internacional entre las fuerzas policiales así como aclarar el papel que desempeña INTERPOL en los casos de secuestro, sin importar si esto constituye un delito en un estado en particular. Se necesita un fondo internacional para ayudar a las familias víctimas a financiar la búsqueda de menores secuestrados.

9. APOYO A LAS FAMILIAS VÍCTIMAS

En los países donde no se dispone de asistencia legal debería crearse un banco de abogados que ejerza pro bono o cuyos honorarios sean bajos. Más aún, todos los países deberían adoptar medidas para establecer un fondo de viajes y un centro de tratamiento psicológico y terapia para las familias víctimas. Debe

reconocerse y financiarse la labor de las Autoridades Centrales y de las organizaciones no gubernamentales respecto de la ayuda y del apoyo brindado a las familias víctimas.

10. SALVAGUARDA DEL BIENESTAR DE LOS MENORES TRAS LA RESTITUCIÓN

Es necesario que los jueces y las Autoridades Centrales trabajen en estrecha colaboración para asegurar que todo menor restituido conforme a la Convención de La Haya, particularmente después de rechazar el artículo 13b, sea debidamente salvaguardado y protegido.

11. MEJORAR EL ACCESO A PADRES QUE NO TIENEN LA CUSTODIA O HAN QUEDADO EXCLUIDOS

El acceso es fundamental en la relación padre-hijo. Los profesionales y las Autoridades Centrales deberían usar los artículos 7, 21, 27 y 29 de la Convención de La Haya para dar prioridad a los pedidos de visita mediante el desarrollo de prácticas de procedimiento, intervenciones judiciales y, cuando sea necesario, haciendo cambios en la implementación de la legislación.

12. AMPLIAR LA CANTIDAD DE PARTICIPANTES EN LA CONVENCIÓN DE LA HAYA Y MEJORAR LAS RELACIONES CON LOS PAÍSES QUE NO SE HAN INCORPORADO A ELLA

Aunque actualmente hay una gran cantidad de Estados Parte, todavía hay muchos países en el mundo que no son signatarios de la Convención de La Haya. Es necesario ejercer presión internacional para ampliar la cantidad de participantes en la Convención

de La Haya. Asimismo, debería recordarse a los países miembros de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, su obligación de promover accesiones.

Las páginas siguientes describen detalladamente estos problemas así como las recomendaciones del Foro.

Al iniciar las sesiones en el Foro, el Presidente de NCMEC, Ernie Allen, declaró:

Si bien muchos países son actualmente signatarios de la Convención de La Haya, la repuesta a estos casos de secuestro no ha sido la misma. Algunos países la manejan bien, pero en otros las escapatorias legales resultan en estancamiento. Nuestro propósito al convocar este Foro es congregarse bajo un mismo techo a expertos en este asunto y comenzar un proceso por el cual se pueda mejorar la Convención de La Haya y posteriormente reunir a más niños con sus familias.

Catherine Meyer, co-presidenta del Foro y a su vez una madre víctima que ha librado una campaña de cuatro años en Europa para obtener acceso a sus dos hijos que fueron secuestrados en Alemania, asimismo comentó:

El secuestro internacional de menores es una de las grandes atrocidades de nuestro tiempo. Todos los años miles de niños son separados por la fuerza de una madre o de un padre por el otro cónyuge y la cifra sigue aumentando. La problemática exige una acción urgente. El propósito de nuestro foro es doble: despertar la conciencia pública [sobre la] tragedia de los niños traumatizados y elaborar

medidas prácticas que pongan fin a esta práctica brutal. Los niños tienen derecho a tener ambos padres.

Para poner en contexto los intereses y el plan de acción del Foro, comenzamos este Informe con:

- Un debate sobre la naturaleza y la envergadura de la restitución de menores a nivel internacional por uno de sus padres.
- Una explicación de lo que trata de lograr la Convención de La Haya y los mecanismos por los cuales procura lograr esos objetivos.

¿QUÉ ES EL SECUESTRO FAMILIAR DE UN MENOR?

Apenas puede describirse la impresión de regresar al hogar y descubrir que su cónyuge le ha abandonado (con o sin explicación) y se ha llevado a los niños a otro país con la posibilidad de que usted nunca vuelva a verlos. No es menos traumático haber enviado a sus hijos al extranjero en una visita acordada y recibir luego un llamado de su ex cónyuge anunciando que los niños no volverán. Pero quizás la experiencia más desgarradora de todas es la de una madre francesa que fue atacada en un bosque por unos hombres que actuaban siguiendo órdenes de su esposo separado, la sacaron del automóvil y tuvo que presenciar impávida cómo los hombres se iban con sus dos hijos aterrorizados (un niño de 7 años y una niña de 3) gritando en la parte de atrás del vehículo. De esto trata la restitución de un menor a nivel internacional. Como dijo esta madre francesa, “puede ocurrirle a cualquiera. La prueba es que yo soy cualquiera y me ocurrió a mí”.

LOS EFECTOS DEL SECUESTRO DE MENORES

Los padres o madres víctimas caen de pronto en un mundo desconcertante, en el que compiten la impotencia, la desesperación y la desorientación. El trauma emocional se complica con los desalentadores obstáculos prácticos para recuperar a los niños e incluso para obtener acceso a ellos. La sola tarea de averiguar donde conseguir ayuda puede ser difícil. Con frecuencia los padres enfrentan barreras legales, culturales e idiomáticas. Sus recursos emocionales y financieros pueden ser exigidos hasta el límite. Mientras tanto, con frecuencia se hace creer a los niños secuestrados que el padre o madre víctima es quien los ha abandonado. Entonces los niños, enojados y doloridos, afirman que no quieren tener contacto con el padre o madre víctima. Las posibilidades de recuperar a los niños disminuyen con el paso de los años. Muchos padres o madres víctimas sienten que sería más fácil hacer frente al trauma causado por la pérdida que a una situación marcada por la incertidumbre y la ansiedad prolongadas.

El efecto sobre los niños también puede ser devastador. Es traumático a corto plazo y puede causar daños permanentes. Los niños secuestrados ya han sufrido por la separación de sus padres, pero además sufrirán el trauma de que se los separe súbitamente de su ambiente familiar: un padre o una madre, abuelos, escuela y amigos. Esta experiencia es suficientemente devastadora, pero muchos niños no comprenden lo que está ocurriendo o porqué el padre o la madre que los ha secuestrado se oculta de la policía o toma precauciones contra el re-secuestro. Ese “estado de guerra” entre los padres pone a los niños en medio de un horrible fuego cruzado.

LA MAGNITUD DEL PROBLEMA

Con el gran aumento de los viajes y del turismo internacional, las consecuencias sociales de una economía global y la creciente pérdida de importancia de las fronteras nacionales, especialmente en Europa, se han reducido los impedimentos tradicionales para matrimonios de diferentes nacionalidades. Pero esas uniones no son menos propensas al divorcio y a las peleas por los hijos. Y cuando un padre o madre decide tomar la ley en sus manos secuestrando los niños y llevándolos a otro país, la probabilidad de recuperarlos puede ser escasa, si no imposible.

Solamente en Estados Unidos (EE.UU.) el Departamento de Justicia informó que tanto como 354.100 niños fueron secuestrados por un miembro de la familia en un período de un año.¹ Muchos de esos niños fueron llevados al extranjero.

En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (RU), un promedio de cuatro niños por semana son llevados ilegalmente o retenidos en otros países de la Convención de La Haya. Solamente en los últimos tres años se ha producido en RU un aumento del 58 por ciento en el número de secuestros internacionales de niños.²

LA CONVENCIÓN DE LA HAYA Y LOS ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES

Dado que cada país tiene su propio sistema judicial, las órdenes de custodia emitidas en un país no son necesariamente reconocidas en otro. La cooperación judicial entre los estados puede ser sumamente contenciosa. Lamentablemente, la problemática del

secuestro de menores es un ejemplo perfecto de las limitaciones de la cooperación internacional en el área judicial.

La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores fue abierta a la firma en 1980 en un esfuerzo por atender este problema.

Los propósitos de la Convención de La Haya son:

- Rastrear a los niños secuestrados
- Asegurar su pronta restitución al país de residencia habitual
- Organizar o asegurar derechos efectivos de visita

Para lograr estas tareas, cada país signatario de la Convención de La Haya (“Estado Parte”) tiene que establecer un organismo administrativo conocido como la “Autoridad Central”. Estas Autoridades Centrales tramitan solicitudes y, cuando es necesario, toman las medidas apropiadas para asegurar que se inicien los procedimientos judiciales. Se supone que la acción será inmediata. En efecto, si la autoridad judicial o administrativa no ha llegado a una decisión dentro de las seis semanas desde el comienzo de los procedimientos, el solicitante tiene el derecho de averiguar cuáles son las razones de la demora (artículo 11).

La Convención de La Haya se aplica a todos los niños menores de 16 años que, siendo residentes habituales en uno de los Estados Parte, ha sido trasladado o retenido ilegalmente en otro Estado Parte (artículo 4). A tal fin, “ilegalmente” significa un traslado o retención en violación de los derechos de custodia atribuidos a una persona, a una institución o a cualquier otra entidad, ya sea en forma conjunta o individual, conforme a la ley del Estado

en el cual el niño era residente habitual inmediatamente antes del traslado o retención (artículo 3). El “traslado” ilegal ocurre cuando el niño es llevado a través de una frontera internacional sin permiso de quienes tienen los derechos de custodia, y la retención ilegal ocurre cuando el niño es mantenido en otro país más allá de un período acordado, como por ejemplo un período de vacaciones o de visita.

Siempre que la solicitud de restitución sea presentada rápidamente, es decir dentro de los 12 meses del traslado o retención ilegales del menor, la corte deberá ordenar una restitución “inmediata”, a menos que, conforme al artículo 13, pueda establecerse que:

- (a) La persona que solicita la restitución no haya estado ejerciendo los derechos de custodia en el momento del traslado o retención; o haya consentido a ello, o que luego haya aceptado el traslado o retención, o
- (b) Cuando se corra el gran riesgo de que la restitución exponga al menor a daños físicos o psicológicos, o a una situación intolerable, o
- (c) Que el menor esté en contra de su restitución y haya llegado a una edad y grado de madurez en el cual sea apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Ninguna de estas excepciones fueron concebidas para ser establecidas fácilmente, e incluso ahí donde se las establece, la corte se reserva el derecho (conforme al artículo 18) de ordenar la restitución del menor. En otras palabras, en general se espera que todo niño o niña (menor de 16 años) trasladado o retenido ilegalmente en otro Estado Contratante sea restituido al país de su residencia habitual.

Más aún, conforme a la Convención de La Haya, las cortes tienen vedado examinar los méritos del caso. Esto es así para que no determinen cual de los padres debería cuidar del menor ya que ésta es la tarea de la corte del Estado en el cual el menor es residente habitual. En otras palabras, el propósito de la Convención de La Haya es asegurar, excepto en raras circunstancias, que el menor sea restituido al Estado Parte de residencia habitual, donde se determinará su futuro a largo plazo.

Desde que entró en vigencia en 1983, cuando había seis Estados Parte, la Convención de La Haya ha sido testigo de un gran aumento en las ratificaciones y accesiones. En 1989 había 14 Estados Parte, en 1993 había 28, en 1997 había 45 y ahora unas 62 naciones. La lista completa de Estados Parte se encuentra en la página 20.

Aunque el número de Estados Parte es elevado, es importante tener en cuenta que muchos países no son todavía participantes de la Convención de La Haya, incluso grandes regiones de África, China (excepto Hong Kong), la India, la mayor parte de los países islámicos, Japón y la mayor parte de los otros países del Lejano Oriente, Rusia así como la mayor parte de la ex Unión Soviética.

OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN EXISTENCIA ACTUALMENTE

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en vigencia desde 1989, también requiere acción respecto al secuestro de menores. Conforme al artículo 11, los Estados Parte deben “tomar medidas para combatir la transferencia y retención

ilegítima de menores en el extranjero” y con ese fin deben “promover la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a los acuerdos existentes”. Además, conforme al artículo 35, los Estados Parte deben “tomar todas las medidas nacionales, bilaterales y multilaterales apropiadas para prevenir el secuestro, la venta o el tráfico de menores con cualquier propósito y de cualquier manera”. En el Artículo 9 se establecen obligaciones adicionales pertinentes, que incluyen el “derecho del menor a mantener contacto con ambos padres si está separado de uno de ellos o de ambos”; en el artículo 10 se estipula “el derecho de los menores y de sus padres a dejar cualquier país y entrar en el propio a fin de estar reunidos o de mantener la relación entre el padre y el menor”; y el artículo 18 incorpora el principio de que “ambos padres tienen la responsabilidad primaria conjunta de criar a sus hijos y el estado debería apoyarlos en esta tarea”.

CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

La Convención de La Haya sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Cumplimiento y Cooperación con Respeto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la Protección de los Niños, en vigencia desde 1996, también contiene provisiones relacionadas con el secuestro de menores. El artículo 7 en particular preservará la jurisdicción del Estado Parte de residencia habitual del menor incluso si el niño no es restituido por el Estado Parte al cual el niño ha sido trasladado o en el cual es retenido ilegalmente. El artículo 35 refuerza la obligación de los Estados Parte de asegurar los derechos efectivos de visita.

LA CONVENCIÓN EUROPEA (O DE LUXEMBURGO) SOBRE RECONOCIMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE DECISIONES RELACIONADAS CON LA CUSTODIA DE MENORES

En 1980, prácticamente al mismo tiempo en que se completara la Convención de La Haya, también se completó su contraparte europea. Esta Convención Europea tiene los mismos objetivos de localizar a los menores, asegurar su pronta restitución, y hacer cumplir los derechos de visita mediante el uso del mecanismo administrativo de las Autoridades Centrales. Sin embargo, en contraste con la Convención de La Haya, esta Convención Europea está relacionada con el reconocimiento y cumplimiento de órdenes judiciales. Consecuentemente, a fin de usar esta Convención Europea, los solicitantes deben tener órdenes judiciales que sostengan su posición.

Los Estados Miembros de la Convención Europea son también miembros del Consejo de Europa, y por lo tanto están confinados a ese continente. La mayor parte de estos Estados Miembros son también Estados Parte de la Convención de La Haya. En la práctica, cuando hay una elección entre las dos convenciones, por lo general se usará la Convención de La Haya.

Aunque existen estos instrumentos adicionales, la experiencia muestra que brindan poca asistencia para resolver casos de niños secuestrados. Lamentablemente, aunque los países firman tratados internacionales, no siempre los cumplen de manera uniforme.

PROCEDIMIENTOS DEL FORO EN SEPTIEMBRE DE 1998

Para conocer más sobre los problemas actuales respecto al funcionamiento de la Convención de La Haya, el Foro invitó a expertos para que hicieran presentaciones sobre su experiencia práctica y de estudios. Con este fin, tras un discurso de apertura por el Representante Benjamín A. Gilman (R-NY), Presidente de la Comisión de Relaciones Internacionales de la Cámara de Representantes de Estados Unidos, el Foro oyó presentaciones de:

- Ernie Allen, Presidente y Ejecutivo Principal del Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados.
- Mary Banotti, Miembro del Parlamento Europeo con responsabilidad especial respecto a niños secuestrados trasladados a otros países.
- Denise Carter, Directora, y Anne-Marie Hutchinson, Presidenta, de REUNITE, National Council for Abducted Children (Consejo Nacional para Menores Secuestrados), una organización caritativa con sede en Gran Bretaña que brinda servicios a los padres y miembros de familias que han perdido un niño por medio del secuestro.
- Adair Dyer, ex Subsecretario General de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (Oficina Permanente de La Haya) y actualmente abogado en Estados Unidos, quien tiene un conocimiento y experiencia sin par sobre la Convención de La Haya.
- Dra. Linda Girdner, del Centro sobre Niños y el Derecho del Colegio de Abogados de Estados Unidos, quien co-

dirigió un estudio reciente sobre padres que han quedado excluidos y la práctica de las Autoridades Centrales bajo la Convención de La Haya.

- Dr. Geoffrey Greif, de la Facultad de Obras Sociales de la Universidad de Maryland, quien ha venido conduciendo un estudio continuo sobre el impacto del secuestro en las familias que han quedado excluidas.
- Profesor Nigel Lowe, Director del Centro de Derecho Internacional de la Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cardiff, Gales, quien dirigió estudios de la legislación alemana y práctica bajo la Convención de La Haya y de la experiencia inglesa en el secuestro de menores.

RECONOCIMIENTO DE LA SOLIDEZ BÁSICA DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

La Convención de La Haya ha sido elogiada ampliamente por profesionales y académicos por igual como un instrumento que brinda un sistema de trabajo básicamente sólido para tratar el secuestro internacional de menores. La redacción es razonablemente clara y sin embargo lo suficientemente flexible para acomodar nuevas ideas y desarrollos legales, como la custodia conjunta. En efecto, Adair Dyer, a quien en general se considera como el “padre” fundador de la Convención de La Haya, declaró ante el Foro que si la misma tuviera que ser renegociada en la actualidad, dudaba que “pudiéramos conseguir algo que sea la mitad de bueno”.

Aún más importante, los objetivos de la Convención de La Haya son simples y fáciles de comprender.

- Los menores deberían ser restituidos a su país de residencia tan rápidamente como sea posible a menos que haya razones verdaderamente excepcionales para que no se haga.
- Donde no se pida u ordene la restitución, debería organizarse o asegurarse el acceso efectivo.

Los méritos de las disputas por la custodia entre los padres no conciernen a la Convención de La Haya. Esa es una cuestión que debe resolver una corte dentro del país de residencia del menor.

A fin de cumplir estos objetivos, la Convención de La Haya provee un sistema administrativo excelente a través de las Autoridades Centrales, que en el curso de los años han desarrollado su propia experiencia (a menudo sin el financiamiento requerido) y en general han establecido una buena relación entre ellas.

No obstante, de la información presentada en este Foro, resulta evidente que la Convención de La Haya no está funcionando de manera uniforme, y mientras algunos países acatan sus términos, otros no lo hacen. Los diferentes métodos nacionales para aplicar la Convención de La Haya, la lentitud de los procedimientos, la carencia de asistencia legal en algunos países, y el recurso excesivo de la cláusula de escape ha significado que demasiados casos quedan sin solución. Algunos menores nunca son localizados. Otros son localizados pero simplemente no son restituidos a sus países de origen. A continuación se ofrece una lista de las preocupaciones del Foro acerca de la implementación de la Convención de La Haya en el mundo, seguida de un plan de acción para combatir esas debilidades percibidas.

ÁREAS DE PREOCUPACIÓN IDENTIFICADAS POR EL FORO

CARENCIA DE DATOS SISTEMÁTICOS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

No existe un sistema oficial de vigilancia o de recolección de datos sobre el funcionamiento de la Convención de La Haya. Aún se desconocen las cifras exactas y se teme que cada año se secuestren muchos más niños de los que se denuncian. La Oficina Permanente de La Haya ha tratado de establecer un método uniforme para llevar las estadísticas y ha solicitado a las Autoridades Centrales que suministren a la Oficina datos sobre sus casos.

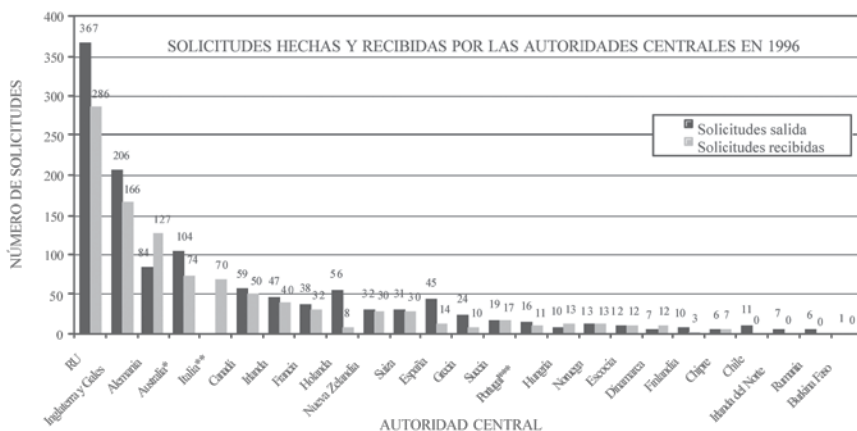
A nivel mundial, miles de niños son secuestrados y trasladados ilegalmente de un país a otro. Cada uno de ellos representa una tragedia familiar. Puede obtenerse una indicación de las cifras mediante el estudio del cuadro en la página siguiente.

En ausencia de una perspectiva general formal, las investigaciones de estudios como las de Chiancone y Girdner³, Greif y Hager⁴, y Lowe y Perry⁵ ofrecen una visión importante de la manera en que se está dando cumplimiento a la Convención de La Haya.

AMPLIAS VARIACIONES DE LOS RESULTADOS

El Foro recibió evidencia gráfica de las amplias variaciones de resultados entre los diversos países de la Convención de La Haya. Janet Chiancone y Linda Girdner realizaron en 1995 un estudio para el Colegio de Abogados de Estados Unidos en el cual examinaron cada Autoridad Central. Su estudio indica que, en promedio, poco menos de la mitad de todas las solicitudes de

La Haya para la restitución de un menor (45 por ciento) terminan con una orden judicial de restitución. Las tasas individuales de los países van de un asombroso mínimo del 5 por ciento a un máximo del 95 por ciento. Más de una quinta parte de las solicitudes (23 por ciento) terminaron con una negativa judicial, nuevamente con una amplia variación de tasas que van del 6 al 75 por ciento. Incluso donde se emitió una orden de restitución, no todos los niños fueron restituidos realmente, y en uno de los países una cuarta parte de los niños no fueron restituidos.



Reimpreso con permiso de International Child Abduction—The English Experience por Nigel Lowe y Alison Perry. Gales: Facultad de Derecho de la Universidad de Cardiff, Gales, 1997, Apéndice 1.

- * Las cifras proporcionadas por la Autoridad Central Australiana cubren el período de julio de 1995 a diciembre de 1996 (o sea 6 meses más que las de otros países).
- ** No se suministró información sobre solicitudes con respecto a niños secuestrados en Italia.
- *** Las cifras portuguesas no incluyen solicitudes con respecto a menores secuestrados o traídos de Francia y Luxemburgo. Estas solicitudes se tramitan por medio de los acuerdos bilaterales entre Portugal y esos países.

Además de las restituciones ordenadas por los tribunales, fueron restituidos voluntariamente un 20 por ciento adicional de menores. Nuevamente las tasas varían de manera significativa, del 1 al 40 por ciento.

El estudio conducido por Nigel Lowe y Alison Perry pinta un cuadro más optimista. Encontraron tasas mucho más bajas de negativas judiciales de restitución: el 8 por ciento en los casos de niños secuestrados llevados a Inglaterra y Gales (casos de “entrada”) y el 9 por ciento en los casos de niños secuestrados sacados de Inglaterra y Gales (casos de “salida”). Pero también encontraron amplias variaciones en los resultados entre los países. En general, determinaron que con respecto a los casos de “entrada”, se ordenó la restitución en el 48 por ciento de ellos; se negó la restitución en el 8 por ciento, y en otro 8 por ciento de los casos los menores fueron restituidos voluntariamente. Esto se compara con los casos de “salida” con órdenes de restitución en el 23 por ciento, negativas judiciales en el 9 por ciento y restituciones voluntarias por tribunales u organismos extranjeros en el 20 por ciento. También determinaron la cantidad de retiro de solicitudes, el 11 por ciento en los casos de “entrada” y el 19 por ciento en los casos de “salida”.

El estudio Lowe y Perry indica que las negativas judiciales comúnmente se basan en la objeción del menor (Artículo 13b), pero no está claro porqué se retiran tantas solicitudes. Este es un punto que requiere mayor investigación.

VARIACIONES EN CANTIDAD DE CASOS Y EXPERIENCIA

Tanto el estudio Chiancone-Girdner como el Lowe-Perry destacaron una enorme variación en cantidad de casos y experiencia

de las Autoridades Centrales y de los jueces. Chiancone y Girdner determinaron que en 1994 los casos de “salida” (o sea solicitudes presentadas por una Autoridad Central para recuperar a un menor trasladado o retenido ilegalmente en otro país) fueron de 1 a 380, mientras según Lowe y Perry en 1996 las cifras fueron de 0 a 367. Hubo variaciones similarmente amplias en los casos de “entrada”. Las dos jurisdicciones con mucha más experiencia son Estados Unidos e Inglaterra/ Gales. En otros países, más del 70 por ciento de las Autoridades Centrales manejó menos de 5 casos de entrada y de salida anualmente.

Chiancone y Girdner informaron que más de una tercera parte de las Autoridades Centrales fueron establecidas durante los últimos cinco años. La mayoría de las autoridades son pequeñas (con un personal de alrededor de tres miembros) y generalmente dedicaron menos de la mitad de su tiempo a casos de la Convención de La Haya. Por lo general, las Autoridades Centrales están ubicadas en los departamentos o ministerios de justicia y su personal incluye por lo menos un abogado.

DEMORA INDEBIDA EN LA DETERMINACIÓN DE SOLICITUDES

El Foro cree que un factor clave para la aplicación con éxito de la Convención de La Haya es la tramitación rápida de las solicitudes. Al respecto, señala que conforme al Artículo 11 las autoridades administrativas de los Estados Parte tienen la obligación de “actuar de manera expedita en los procedimientos para la restitución de los menores”, y en particular la obligación implícita del artículo de llegar a una decisión dentro de las seis semanas. Del estudio de Lowe y Perry resulta evidente que en muchos estados puede llevar muchos meses resolver las solicitudes. Se sabe de

algunos casos que han demorado un año, debido a las apelaciones u otras complicaciones. Además, son muchos los padres que continúan los esfuerzos para lograr acceso mucho después de la solicitud inicial.

El estudio de Lowe y Perry destacó variaciones en el tiempo tomado para llegar a una determinación en las solicitudes de la Convención de La Haya. Al respecto, Inglaterra y Gales parecen tener el sistema más expedito para tratar con casos de la Convención de La Haya. Nuevamente es evidente que hay amplias variaciones en el tiempo usado para disponer de los casos, con algunos países notoriamente lentos. Por ejemplo, en su análisis de los casos de secuestro anglo-alemanes, Lowe y Perry determinaron que en promedio tomó 7 semanas y media disponer de los casos en Inglaterra y 25 semanas y media en Alemania. En su estudio más amplio encontraron evidencia de tasas relativamente lentas en España y en Estados Unidos.

UBICACIÓN DE LOS MENORES

La Convención de La Haya sólo se puede aplicar una vez que se ha localizado al menor. Es evidente que descubrir el paradero de los niños secuestrados puede ser un problema grave. Tanto los estudios de Chiancone-Girdner como los de Lowe-Perry determinaron que una cantidad importante de solicitudes de La Haya fracasaron debido a que no se pudo localizar al menor. Chiancone y Girdner informaron que en cinco países en más de la mitad de los casos de “entrada” se dijo que la ubicación exacta del menor no era conocida.

FALTA DE APOYO ADECUADO A LAS FAMILIAS VÍCTIMAS

Es inútil tener un excelente sistema para tratar con el secuestro de menores si las familias víctimas no pueden usarlo. Aunque Chiancone y Girdner determinaron que 17 Autoridades Centrales informaron que las solicitudes de la Convención de La Haya podrían calificar para obtener representación y asistencia legal gratuita, el Foro identificó la carencia de ayuda legal como un problema grave en muchos países, incluso Estados Unidos, no obstante los intensos esfuerzos para mejorar la situación en ese país. La representación legal adecuada y asequible es una clara necesidad para que la Convención de La Haya funcione adecuadamente. El Foro elogia particularmente el sistema de varios países que otorgan ayuda legal gratuita en todos los casos a los solicitantes de la Convención de La Haya.

Otro aspecto importante son los costos de viaje para localizar y recuperar al menor.

FALTA DE CONOCIMIENTO PÚBLICO ACERCA DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

Al Foro le preocupa la ignorancia general acerca de la Convención de La Haya entre el público y los políticos.

La ignorancia pública puede hacer que los padres víctimas no conozcan sus derechos y no busquen asesoramiento legal o demoren en hacerlo. Se ha informado de algunos casos en que padres que quedaron excluidos sólo trataron de emprender acciones legales después de leer sobre la Convención de La Haya en una revista.

La falta de concientización política significa que el funcionamiento de la Convención de La Haya no es una de las mayores

prioridades de cualquier programa de acción. Esto hace difícil argumentar en favor de más recursos financieros para apoyar la labor invaluable realizada por las Autoridades Centrales o por la Oficina Permanente de La Haya y casi imposible persuadir a los gobiernos que financien nuevos esfuerzos bajo la Convención de La Haya, como asumir la responsabilidad del cuidado de los niños restituidos desde el exterior (ver “Carencia de obligación para que los Estados Parte asuman la responsabilidad por la seguridad de los menores restituidos conforme a la Convención de La Haya” en la página 13, y “Salvaguarda del bienestar de los menores tras la restitución” en la página 17). Esto también dificulta presionar políticamente a otros países para que adhieran a la Convención de La Haya.

DISTINTOS NIVELES DE COMPETENCIA ENTRE ABOGADOS Y JUECES

Claramente, para el funcionamiento de la Convención de La Haya es vital que tanto jueces como abogados estén familiarizados con sus provisiones. La ignorancia por parte de los abogados puede conducir a que las familias víctimas reciban mal asesoramiento, y hay una cantidad de casos en los que se ha informado que se impartió asesoramiento legal erróneo.

La ignorancia o falta de familiaridad con la Convención de La Haya por parte de los jueces puede conducir a fallos que claramente desobedezcan sus provisiones. Por ejemplo, puede darse demasiada atención a los méritos de la disputa por la custodia o a los mejores intereses del niño en un caso particular cuando eso debería ser resuelto apropiadamente por la corte del país de residencia del niño.

El estudio de Lowe y Perry de los casos anglo-alemanes destacó la vasta discrepancia entre el conocimiento y la experiencia de los jueces que manejaban casos de secuestro. Mientras en Inglaterra y en Gales sólo experimentados Jueces del Tribunal Superior (17 en total) pueden oír casos de la Convención de La Haya, en Alemania los casos se presentan ante la corte más baja (Amtsgerichte) y hay alrededor de 300 jueces en ese sistema judicial. Quizás no sea sorprendente que ningún Amtsgericht trató con más de un caso de aplicación de la Convención de La Haya en el período 1995-1996. Incluso la corte de apelaciones (Oberlandesgerichte) raramente ha adjudicado más de un caso de la Convención de La Haya. Alemania ha adoptado medidas recientemente para reducir el número de cortes facultadas para recibir casos de la Convención de La Haya.

La experiencia alemana no es única de ninguna manera. En efecto, parece inevitable que si la jurisdicción está investida con una gran cantidad de cortes locales (como en España, Suecia, Suiza, Estados Unidos y muchos otros países), esas cortes probablemente también carecerán de experiencia en tratar con solicitudes de la Convención de La Haya.

FALTA DE UNIFORMIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

Aunque es importante reconocer que una negativa judicial para la restitución de un menor no significa necesariamente que la Convención de La Haya ha fracasado, al Foro le preocupa sin embargo el alto número de negativas en algunos de los Estados Parte y la evidente diferencia de interpretación, particularmente de las excepciones del artículo 13. (Ver “Escapatorias legales” más abajo. El Foro concuerda con la conclusión del estudio de Chiancone y

Girdner acerca de que la falta de uniformidad en la aplicación de la Convención de La Haya a través de los países “tiene el potencial de debilitar el espíritu de reciprocidad en el cual se basa el tratado y plantea graves preocupaciones sobre la eficacia de la Convención de La Haya como tratado multinacional”.

ESCAPATORIAS LEGALES

La falta de uniformidad en la tasa de restitución es causada esencialmente por las interpretaciones de una “residencia habitual” en el artículo 4 y en las “excepciones” bajo el artículo 13. El interés del Foro no es hacer campaña para la eliminación de toda excepción a la obligación de restituir al menor, porque reconoce que hay algunos casos excepcionales en los cuales se justifica la negativa, sino asegurar que las excepciones no se usen habitualmente para disfrazar una política de no restitución. El Foro también promueve el empleo de un enfoque común entre los Estados Parte para la interpretación de estos artículos.

“RESIDENCIA HABITUAL”

El artículo 4 de la Convención de La Haya se aplica a todo niño o niña menor de 16 años, residente habitual en un Estado Contratante, y que ha sido trasladado o retenido ilegalmente en otro Estado Contratante. Por lo tanto, si el niño o niña ha dejado de ser residente habitual en su Estado Contratante original en el momento del traslado o de la retención (más probablemente en este último caso), la solicitud conforme a la Convención de La Haya fracasará.

Aunque “residencia habitual” se ha convertido en el factor vinculante común internacional, es un concepto difícil de precisar y no

está definido en la Convención de La Haya. Aunque en esencia se refiere al lugar donde el niño o la niña tiene su “hogar”, en ocasiones puede ser extremadamente difícil decir en qué punto un menor comienza o cesa de tener su hogar en un estado en particular. No hay acuerdo común entre los Estados Parte acerca de cuan largo debe ser un período de residencia para que se pueda decir que es “habitual”. Adair Dyer le dijo al Foro que el período más corto que él conocía era de dos semanas en el caso de una familia nómada pero que en circunstancias menos extremas muchos Estados Parte dirían que es un período demasiado corto.

Otro problema importante está relacionado con algunos acuerdos de custodia conjunta o “acuerdos de enlace” como se los llama a veces. Estos acuerdos, que algunas veces duran todo el período de minoría de edad del niño o de la niña, determinan los períodos en que el menor debe vivir con el padre o con la madre. La cuestión respecto a estos acuerdos es si pueden determinar o no la cuestión de residencia habitual. La opinión preferida, como se dice en el Informe de la Tercera Comisión Especial, es que no pueden hacerlo a menos que “igualen” la residencia habitual “física” del menor.

LAS DEFENSAS DEL ARTÍCULO 13

• Objeciones del menor

Al Foro le preocupa que no siempre se interpreta el artículo 13 como aplicable solamente en circunstancias verdaderamente excepcionales. En particular le preocupa que las cortes basan sus decisiones con demasiada frecuencia en la objeción del menor ser restituido. A este respecto, el artículo 13 estipula que “la autoridad judicial o administrativa también podría negarse a ordenar la restitución del menor si determina que el menor objeta a ser restituido y ha llegado a una edad y grado de madurez en el cual

es apropiado tener en cuenta sus opiniones”. (Énfasis agregado por el autor).

El Foro tomó nota de que Lowe y Perry determinaron que en Alemania entre 1990 y 1996 en cada caso en los que se planteó como defensa las objeciones del menor, la restitución fue denegada, ya sea por esa sola causa o en combinación con alguna otra defensa conforme al artículo 13. Le alarmó enterarse de que una negativa se basó en las objeciones de un menor de 4 años.

Aunque el Foro reconoce la importancia de tener en cuenta los deseos de los menores en los casos apropiados, la propia Convención de La Haya contiene una presunción de que los niños deberían ser restituidos a sus lugares de residencia habitual y que la cuestión debería resolverse sin demora. También procura recordar a los Estados Parte que la investigación debería distinguir entre la objeción del menor a ser restituido o restituida a su residencia habitual y una restitución al otro padre. Las cortes también necesitan considerar toda influencia paterna o materna indebida sobre el menor, ya sea a través del adoctrinamiento deliberado por parte del padre o madre secuestrador o simplemente por la inclinación natural de muchos niños de apoyar a un padre presente contra un padre ausente. El Foro toma nota de que el proceso de aplicación de la Convención de La Haya sólo es pertinente con respecto a niños menores de 16 años y cree que la “madurez” debería medirse teniendo presente esta edad. Consecuentemente, cree que es improbable que los niños pequeños tengan madurez suficiente para formular objeciones admisibles.

• **Riesgo grave o situaciones intolerables**

Conforme al artículo 13b, también podría denegarse la restitución si “hay un riesgo grave de que su restitución expondría al niño o a la niña a daños físicos o psicológicos y lo colocaría de otra manera en una situación intolerable”. (Énfasis agregado por el autor).

El Foro está de acuerdo con el Informe de la Tercera Comisión Especial acerca de que esta provisión constituye una parte sensible de la Convención de La Haya y debería ser objeto de una interpretación restrictiva para que no destruya la eficacia de la Convención. A este respecto, el Foro toma nota y aprueba la interpretación restrictiva de la Corte de Familia australiana en el caso *Murray vs. Director de Servicios de Familia ACT*,⁷ de la Corte de Apelaciones inglesa en *C vs. C*,⁸ de la Corte de Distrito y de la Corte de Apelaciones estadounidenses en *Friedrich vs. Friedrich*,⁹ y de la Corte Constitucional alemana (2 B v R 982/95 y 983/95, orden del 10 de octubre de 1995, 2 B v R, orden del 15 de febrero de 1996 y 2 B v R 1075, orden del 15 de agosto de 1996).

Al igual que el Informe de la Tercera Comisión Especial, el Foro tiene presente el dilema de la necesidad de restituir a los menores conforme a los objetivos de la Convención de La Haya, asegurando al mismo tiempo su seguridad y su bienestar después de su restitución. No obstante, recordando que el objetivo de la Convención de La Haya es asegurar la pronta restitución del niño o de la niña a su lugar de residencia habitual, el Foro recomienda que el artículo 13b se aplique sólo como una excepción muy limitada, es decir, que se lo invoque solamente cuando no hay otra alternativa disponible. En los casos en que se emita una orden de restitución a pesar de violencia familiar, maltrato y otras severas cuestiones legales familiares en el lugar habitual de residencia del niño o de la niña, las Autoridades Centrales deberían ayudar

para asegurar que estas cuestiones sean debidamente pasadas a los organismos de bienestar infantil y a la Corte. (Ver “Carencia de obligación para que los Estados Parte asuman la responsabilidad por la seguridad de los menores restituidos conforme a la Convención de La Haya” más abajo, y “Salvaguarda del bienestar de los menores tras la restitución” en la página 17, con respecto a extender la obligación de los Estados Parte por la seguridad de los menores conforme a la Convención de La Haya).

FALTA DE CUMPLIMIENTO DE ALGUNAS ÓRDENES DE RESTITUCIÓN

El Foro identificó la falta de facultades de aplicación en algunos Estados Parte como un obstáculo importante al funcionamiento de la Convención de La Haya. En efecto, considera que el incumplimiento de las órdenes judiciales debilita gravemente la eficacia de la Convención de La Haya. Le alarmó oír que, conforme al estudio de Chiancone y Girdner, una Autoridad Central dijo que hasta en una cuarta parte de las órdenes de restitución el menor no ha sido restituido. Este es un problema particular en países como Escandinavia y muchos otros países europeos que carecen de un procedimiento para declarar a alguien en desacato de la Corte por incumplimiento de órdenes del fuero civil.

CARENCIA DE OBLIGACIÓN PARA QUE LOS ESTADOS PARTE ASUMAN LA RESPONSABILIDAD POR LA SEGURIDAD DE LOS MENORES RESTITUIDOS CONFORME A LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

Hay una preocupación legítima por la seguridad y el bienestar de menores restituidos conforme a la Convención de La Haya y la ausencia de toda obligación de la Convención a este respecto ha

conducido indudablemente a algunas denegaciones de órdenes de restituir al menor bajo el artículo 13b. Por otro lado, se han desarrollado intentos ingeniosos de crear salvaguardas para las órdenes de restitución como garantías directas y las llamadas órdenes de puerto seguro u órdenes inversas. Sin embargo, con frecuencia las garantías son problemáticas. Una obligación de la Convención de La Haya para que los Estados Parte sean responsables por la seguridad y bienestar de los menores restituidos conforme a la Convención evitaría la necesidad percibida de garantías.

FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE VISITA

Hay acuerdo general en que las provisiones de acceso bajo el artículo 21 carecen de fuerza y consecuentemente pueden representar en efecto una negativa del derecho de visita a los padres que quedaron excluidos. Por ejemplo, en Inglaterra, la Corte de Apelaciones ha fallado (en *Re G*, 199310) que el artículo 21 no impone obligaciones sobre las autoridades judiciales, sino que simplemente impone obligaciones sobre las Autoridades Centrales bajo el artículo 7f “para hacer arreglos a fin de organizar o asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de visita”.

Está abierto a discusión si esta es una interpretación correcta. El artículo 29 iguala la violación del derecho de visita con la violación de los derechos de custodia al estipular que toda persona, institución o entidad puede solicitar directamente a las autoridades judiciales de un Estado Contratante, “ya sea o no bajo las provisiones de esta Convención”, mientras que el artículo 21 también estipula que las Autoridades Centrales pueden “iniciar o asistir en la constitución de procedimientos con vistas a organizar o proteger los derechos [de visita]”. El Foro también

tomó nota de la opinión expresada en el Informe de la Tercera Comisión Especial, en su lista de control de temas, preparada por Adair Dyer, y considerada en la Tercera Reunión de la Comisión Especial, de que “como se estipula en el artículo 7 y en el último párrafo del artículo 21, se requiere que las Autoridades Centrales de los Estados [Contratantes] requeridos indiquen o faciliten la institución de procedimientos judiciales o administrativos en un caso apropiado para hacer arreglos para organizar (o sea establecer) o asegurar (o sea proteger derechos de visita determinados previamente) el ejercicio efectivo de los derechos de visita”.

El Foro también tomó nota de que conforme al artículo 9(3) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, los Estados Parte están obligados a “respetar el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, excepto si ello es contrario a los mejores intereses del niño”.

PROGRAMA DE ACCIÓN PROPUESTO POR EL FORO

1. CAMPAÑA MUNDIAL DE EDUCACIÓN Y DE DIFUSIÓN

- Hay necesidad de una campaña mundial de educación y de difusión bien organizada y coordinada, dirigida tanto a los gobiernos como al público en general. La campaña debe destacar el problema del secuestro internacional de menores y el papel de la Convención de La Haya para combatirlo.
- Una estrategia para lograr este objetivo es la creación y mantenimiento de una coalición internacional de gru-

pos que trabajan en esta cuestión, como Child Focus en Bélgica, Empty Arms Network en Australia, IAF Verband binationaler Familien und Partnerschaften en Alemania, Missing Children's Society de Canadá, NCMEC en Estados Unidos y REUNITE en Gran Bretaña, así como individuos que puedan ayudar a generar altos niveles de publicidad y conocimiento sobre el problema. Por ejemplo, el grupo podría comenzar a publicar regularmente un boletín para la prensa y organizar conferencias anuales bien publicitadas así como promover conferencias regionales. También podría producir una guía de información internacional sobre la Convención de La Haya.

2. CREACIÓN DE UN BANCO DE DATOS SOBRE DECISIONES JUDICIALES DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

- Hay necesidad de datos precisos sobre el resultado de las solicitudes de la Convención de La Haya a nivel mundial. Por ejemplo, la recolección de esos datos podría ser coordinada u organizada por la Oficina Permanente de La Haya con financiamiento provisto por los Estados Parte. Además de recolectarse información sobre el resultado de los casos, debería recogerse información sobre los sistemas legales y la práctica legal dentro de los países individuales y describirse su impacto en los casos de la Convención de La Haya. Con la disponibilidad de datos precisos, podría hacerse una “evaluación de desempeño” de cada Estado Parte.

3. CREACIÓN DE UN EQUIPO DE ADIESTRAMIENTO Y UN PROGRAMA BÁSICO

- Debería formarse un equipo internacional de adiestramiento para crear un programa adaptable a los sistemas de los diferentes países. Ciertos principios legales son básicos para la aplicación de la Convención de La Haya y por lo tanto deberían ser aplicados de manera similar por los países miembros. Quienes conduzcan el programa de capacitación nacional en cada país podrían usar entonces un programa de adiestramiento básico que destaque estos principios legales.
- Para fomentar un enfoque más homogéneo, deberían tomarse medidas para dar publicidad a los fallos judiciales internacionales destacando las decisiones clave de las cortes más elevadas de los Estados Parte. Por ejemplo, esto podría hacerse mediante la creación de un sitio web en el cual se coloquen las decisiones clave o posiblemente mediante la creación de una serie de informes judiciales que podrían llamarse “Informes Legales de la Convención”. El Foro toma nota y apoya la labor que ya ha emprendido la Oficina Permanente de La Haya (con la ayuda de una generosa donación del gobierno noruego) para crear un banco de datos automatizado de las decisiones clave.
- Puede fomentarse más homogeneidad mediante conferencias internacionales y regionales para permitir que los jueces discutan problemas comunes de interpretación. A este respecto, el Foro toma nota de que en junio de 1998 se efectuó un seminario internacional para jueces en los Países Bajos (Holanda) bajo los auspicios del programa EU Grotius. Es necesario hacer más sobre esta base.

- Una acción de fomento adicional a la homogeneidad sería seguir el experimento franco-alemán y alentar a los estados a intercambiar jueces. El propósito sería crear tribunales mixtos particularmente a nivel de apelaciones cuando se llegue a decisiones críticas sobre la interpretación de la Convención de La Haya.
- Otro medio importante para fomentar la aplicación más uniforme de la Convención de La Haya es establecer un sistema internacional de vigilancia como se describe en “Creación de un banco de datos sobre decisiones judiciales de la Convención de La Haya” en la página 14.

4. FOMENTAR LA APLICACIÓN UNIFORME DE LAS EXCEPCIONES IDENTIFICADAS EN LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

- El Foro reconoce que dada la flexibilidad de la redacción de la Convención de La Haya, inevitablemente habrá algunas divergencias legítimas de opinión acerca de la interpretación apropiada de sus provisiones y que de ninguna manera todas las denegaciones de restitución son contrarias al espíritu de la Convención. Pero en algunos países el uso del Artículo 13b se ha convertido virtualmente en la norma. Esto está poniendo en peligro la eficacia de la Convención de La Haya y desvirtuando su intención original. Por lo tanto, hay necesidad de un enfoque más común a la aplicación de las excepciones. Se puede ayudar a esto con la preparación de un documento sobre “Mejores Prácticas”. Más aún, se podría convocar una reunión internacional de jueces principales de los Estados Parte para que discutan la manera de interpretar la Convención de La Haya.

5. CAPACITACIÓN DE PROFESIONALES LEGALES

- Los gobiernos deberían ordenar la capacitación de todos los jueces que deban tratar los casos de secuestro. La “obligatoriedad” del adiestramiento garantizará que se efectúe, pero semejante empresa claramente resulta costosa si hay un número grande de jueces que debe actuar en esos casos. El Foro toma nota de que la Convención de La Haya parece funcionar particularmente bien en países como Australia, Irlanda y el Reino Unido donde sólo un número limitado de jueces experimentados tiene jurisdicción. El Foro cree que si todos los Estados Parte adoptasen un sistema similar, mejoraría sustancialmente el desempeño en la aplicación de la Convención de La Haya. A este respecto, el Foro apoya con entusiasmo las medidas tomadas recientemente por Alemania para reducir el número de cortes habilitadas para oír casos de la Convención de La Haya.

6. LOS ESTADOS PARTE DEBEN CEÑIRSE A UN PROGRAMA ESTRICTO PARA TRATAR CASOS DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

- El Foro insta a los Estados Parte a adoptar un programa estricto siguiendo el modelo establecido por la Autoridad Central en Inglaterra y Gales. Allí la Autoridad Central, operada por la Unidad de Secuestro de Niños que se encuentra dentro del Departamento de Procuradores Oficiales, se fija a sí misma la meta de pasar a un abogado dentro de las 24 horas el 80 por ciento de los casos de “entrada”, y de un período promedio de 6 semanas entre la recepción de una solicitud y la emisión de una orden, y de 15 semanas en el caso de las solicitudes que son apeladas. El Foro toma nota

y elogia la práctica inglesa de limitar el derecho de las partes a presentar evidencia oral en las audiencias judiciales y la participación del menor en los procedimientos excepto en circunstancias excepcionales. El Foro también toma nota de que la demora indebida en el trámite de una solicitud puede considerarse una violación del Artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos y por lo tanto habilita a todo individuo afectado, de cualquier nacionalidad, a actuar contra un Estado Contratante. La creación de un sistema internacional de vigilancia también podría ejercer presión para resolver las solicitudes rápidamente.

7. ALENTAR A LOS ESTADOS PARTE A CREAR UN SISTEMA EFICAZ DE APLICACIÓN CIVIL DE LA LEY

- Los Estados Parte deberían poner en vigencia un sistema eficaz de aplicación de la ley. En el sistema inglés hay un funcionario específico del Tribunal Superior (el encargado del orden) que está habilitado para asegurar que se ejecute la orden de la corte, permitiéndole incluso obtener la custodia física del menor.
- Es necesario que las cortes tomen medidas eficaces para que las órdenes sean redactadas de una manera que asegure su pronto y efectivo cumplimiento.

8. MEJORAR LA CAPACIDAD PARA UBICAR A LOS MENORES

- Hace falta una campaña para persuadir a los países de que habiliten a la policía, servicios de fiscalía y otros organismos gubernamentales para buscar y encontrar menores. Para esto no es necesario convertir el secuestro en un delito penal.

Por ejemplo, sería suficiente una simple habilitación legal de la policía para que actúe. De lo contrario, INTERPOL – la organización policial internacional a través de la cual los organismos policiales de los países miembros de INTERPOL se comunican respecto a los casos – y la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) de Estados Unidos, por lo general no ayudarán. Es necesaria una mayor cooperación internacional entre las fuerzas policiales y para aclarar el papel de INTERPOL en casos de secuestro, sean o no un delito en un Estado Contratante en particular. A este respecto el Foro reconoce el papel vital que desempeñan NCMEC y REUNITE, que ahora han agregado un brazo internacional a su servicio, en el apoyo brindado a las familias víctimas en la búsqueda de menores. Debería considerarse el establecimiento de un fondo internacional para ayudar a las familias a financiar la búsqueda de sus menores secuestrados.

- El propósito general debe ser la creación a nivel mundial de un sistema eficiente y de bajo costo para localizar a los menores secuestrados. Parte de esta solución es un sistema para que los países compartan imágenes e información sobre los menores desaparecidos. Esto se está haciendo actualmente en Internet a través del sitio web de NCMEC (www.missingkids.com), lo que les permite publicar a los países participantes, las fotos de menores desaparecidos en su país. Estas fotos pueden ser vistas entonces en todo el mundo por cualquier persona que tenga acceso a Internet.

9. APOYO A LAS FAMILIAS VÍCTIMAS

- Hace falta dar más apoyo a las familias víctimas para ayudarlas a tratar con los traumas del secuestro durante

y después del hecho. Es necesario organizar un banco de recursos de abogados que trabajen pro bono o cobren honorarios bajos en los países donde no se dispone asistencia legal. Más aún, todos los Estados Parte deberían establecer un fondo para viajes y un centro de terapia y tratamiento psicológico para las familias víctimas. Es necesario reconocer y financiar la labor de las Autoridades Centrales y de las organizaciones no gubernamentales con respecto a la ayuda y al apoyo que se brinda a las familias.

- Son necesarios más estudios con respecto a los problemas que podría enfrentar el secuestrador (emocionales y de derechos de visita futura) cuando se restituye un menor al país de origen.

10. SALVAGUARDA DEL BIENESTAR DE LOS MENORES TRÁS LA RESTITUCIÓN

- El Foro insta a una cooperación más estrecha entre los Jueces y las Autoridades Centrales para asegurar que todo menor restituido conforme a la Convención de La Haya, particularmente después del rechazo de una defensa basada en el artículo 13b, sea salvaguardado y protegido apropiadamente.
- Apoya además los intentos hechos inicialmente por la delegación australiana en la Reunión de la Tercera Comisión Especial para Revisar el Funcionamiento de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores celebrada en La Haya del 17 al 21 de marzo de 1997, de que debería considerarse como una obligación de las Autoridades Centrales de cada país la protección del bienestar de los menores restituidos a ese país

bajo la Convención de La Haya. El Foro apoya la opinión de que el artículo 7h (bajo el cual las Autoridades Centrales están obligadas a tomar “medidas apropiadas... para proveer los arreglos administrativos que sean necesarios y apropiados para asegurar la segura restitución del menor”) podría interpretarse como la imposición de semejante obligación. Por consiguiente, debería efectuarse una campaña mundial a favor de una interpretación amplia del artículo 7h y para que se asignen recursos suficientes a las Autoridades Centrales para asumir dicha obligación.

11. MEJORAR EL ACCESO A PADRES QUE NO TIENEN LA CUSTODIA O HAN QUEDADO EXCLUÍDOS

- Consecuentemente, y reconociendo la importancia de los derechos de visita, el Foro procura la cooperación y atención vigorosa de las Autoridades Centrales y de los profesionales para dejar sentados estos derechos en nombre del solicitante. Con este fin, el Foro recomienda que los profesionales y las Autoridades Centrales utilicen la autoridad de los artículos 7, 21, 27 y 29 para dar prioridad a estos pedidos mediante el desarrollo de prácticas de procedimiento, intervenciones judiciales y, cuando sea necesario, haciendo cambios en la implementación de la legislación.
- El Foro toma nota de que bajo el artículo 35 de la Convención de La Haya sobre la Protección de los Niños, se hacen provisiones para ayudar al padre o madre en desventaja que tiene derechos de visita pero que es amenazado con la eliminación o severa reducción de esos derechos en otro país donde viven el otro padre y los niños.

- El Foro toma nota de los esfuerzos del Consejo de Europa para redactar un nuevo instrumento internacional sobre cumplimiento del contacto.

12. AMPLIAR LA CANTIDAD DE PARTICIPANTES EN LA CONVENCIÓN DE LA HAYA Y MEJORAR LAS RELACIONES CON LOS PAÍSES QUE NO SE HAN INCORPORADO A ELLA

- Aunque en la actualidad el número de Estados Parte es elevado, todavía existen grandes partes del mundo donde los países aún no han ratificado la Convención de La Haya. Es necesario ejercer presión internacional en los países que no pertenecen a la Convención de La Haya para que se incorporen a ella, particularmente aquellos que tratan los intereses del menor como la consideración suprema y por lo tanto no están dispuestos a favorecer automáticamente a las madres o padres en las disputas por la custodia, o que tienen normas que prohíben que los menores vivan o sean cuidados en otro país. A este respecto, el Foro hace notar la obligación bajo el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en vigencia desde 1989, de promover “accesión a los acuerdos existentes”.
- El Foro reconoce que podría no ser apropiado invitar a todos los países a adherir a la Convención de La Haya puesto que no todas las naciones comparten los mismos ideales o valores legales sobre la familia. Particularmente reconoce que podría ser difícil otorgar participación automática como miembros a los países islámicos si, por ejemplo, no permiten la restitución de ciertos menores (como en el caso de quienes son ciudadanos del estado requerido) o no pueden otorgar la custodia de un menor restituido a un padre (por

ejemplo, a la madre en el caso de varones de más edad). No obstante, a pesar de tales dificultades, el Foro cree que es vital establecer vínculos internacionales y fomentar la cooperación y el entendimiento con respecto a los menores secuestrados. A este respecto, el Foro hace notar y apoya la concertación de acuerdos bilaterales, por ejemplo, entre ciertos países escandinavos y ciertas naciones norafricanas y entre Francia y algunos países norafricanos.

- Es necesario ejercer presión internacional para ampliar el número de miembros de la Convención de La Haya. Hace falta recordar a los Estados Parte su obligación bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de promover accesiones.
- Es necesario hacer mayores esfuerzos para forjar vínculos internacionales entre los países de la Convención de La Haya y otras naciones, particularmente las islámicas, que tienen diferentes ideales y valores en lo que respecta al derecho familiar. Nuevamente el Foro hace notar la obligación de los estados miembros bajo el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de “promover la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales” para “combatir la transferencia ilícita y la negativa de restitución de menores en el extranjero” y bajo el artículo 35 de “tomar todas las medidas nacionales, bilaterales y multilaterales apropiadas para prevenir el secuestro”.
- Insta a los países de la Convención de La Haya a apoyar una iniciativa internacional (orquestrada por la Oficina Permanente de La Haya) dirigida a reunir a representantes de las naciones islámicas y de la Convención de La Haya

para discutir cuestiones del secuestro de menores e identificar áreas de interés común en las cuales puede haber cooperación internacional.

CONCLUSIÓN

Está claro que la escala del problema requiere soluciones audaces y de largo alcance. A menos que se tomen medidas urgentes y rápidas, se les negará a más y más niños su derecho humano más básico: el de tener acceso a ambos padres.

El Foro ha hecho conocer su opinión acerca de lo que es necesario hacer. Ahora el desafío es encontrar compromiso a nivel nacional e internacional para ejecutar estas acciones. El Foro cree que ha llegado el momento de una campaña mundial para promover el conocimiento sobre este problema devastador a fin de salvar a las víctimas del secuestro de menores de traumas y dolores innecesarios.

El secuestro de un niño o de una niña a través de las fronteras nunca responde a los mejores intereses del menor. La primera tarea será despertar la conciencia pública y de los gobiernos sobre este delito atroz que en realidad es una cuestión de derechos humanos. Necesitamos abogar por cambios en la ley, asistir a los padres víctimas, proveer capacitación a los profesionales, tratar de mejorar la eficiencia de la Convención de La Haya y crear una red global.

Mientras tanto, la Convención de La Haya debe aplicarse de manera uniforme, justa y, por encima de todo, rápida. El secuestro de menores se convertirá en algo del pasado sólo cuando los países acepten que el mismo no será tolerado. Las disputas familiares y los divorcios nunca se terminarán. Pero el secuestro de niños por su padre o su madre debe ser erradicado.

**SIGNATARIOS DE LA CONVENCION DE LA HAYA
SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO
INTERNACIONAL DE MENORES Y LA FECHA EN
QUE LA CONVENCION ENTRÓ EN
VIGENCIA EN ESE PAÍS**

Alemania	1 de diciembre de 1990
Argentina	1 de junio de 1991
Australia	1 de enero de 1987
Austria	1 de octubre de 1988
Bahamas	1 de enero de 1994
Belarús	1 de abril de 1998
Bélgica	1 de mayo de 1999
Belice	1 de septiembre de 1989
Bosnia y Herzegovina	1 de diciembre de 1991
Brasil	1 de enero de 2000
Burkina Faso	1 de agosto de 1992
Canadá	1 de diciembre de 1983
Chile	1 de mayo de 1994
China, sólo la Región Administrativa Especial de Hong Kong	1 de septiembre de 1997
Colombia	1 de marzo de 1996
Costa Rica	1 de febrero de 1999
Croacia	1 de diciembre de 1991
Chipre	1 de febrero de 1995
Dinamarca	1 de julio de 1991
Ecuador	1 de abril de 1992
Eslovaquia	1 de febrero de 2001
Eslovenia	1 de junio de 1994

España	1 de septiembre de 1987
Estados Unidos de América	1 de julio de 1988
Ex República Yugoslava de Macedonia	1 de diciembre de 1991
Fiji	1 de junio de 1999
Finlandia	1 de agosto de 1994
Francia	1 de diciembre de 1983
Georgia	1 de octubre de 1997
Grecia	1 de junio de 1993
Honduras	1 de marzo de 1994
Hungría	1 de julio de 1986
Irlanda	1 de octubre de 1991
Islandia	1 de noviembre de 1996
Israel	1 de diciembre de 1991
Italia	1 de mayo de 1995
Luxemburgo	1 de enero de 1987
Malta	1 de enero de 2000
Mauricio	1 de junio de 1993
México	1 de septiembre de 1991
Moldova	1 de julio de 1998
Mónaco	1 de febrero de 1993
Noruega	1 de abril de 1989
Nueva Zelandia	1 de agosto de 1991
Países Bajos (Holanda)	1 de septiembre de 1990
Panamá	1 de mayo de 1994
Paraguay	1 de agosto de 1998
Polonia	1 de noviembre de 1992
Portugal	1 de diciembre de 1983

Reino Unido de Gran Bretaña e	
Irlanda del Norte	1 de agosto de 1986
República Checa	1 de marzo de 1998
Rumania	1 de febrero de 1993
Saint Kitts y Nevis	1 de agosto de 1994
Sudáfrica	1 de octubre de 1997
Suecia	1 de junio de 1989
Suiza	1 de enero de 1984
Turkmenistán	1 de marzo de 1998
Turquía	1 de agosto de 2000
Uruguay	1 de febrero de 2000
Uzbekistán	1 de agosto de 1999
Venezuela	1 de enero de 1997
Zimbabwe	1 de julio de 1995

NOTAS

- 1 Finkelhor, D., Hotaling, G. y Sedlak, A. Fact Sheet on Missing Children: National Incidence Studies of Missing, Abducted, Runaway, and Thrownaway Children. Washington, D.C.: Departamento de Justicia de Estados Unidos, 1990, página 1.
- 2 REUNITE, National Council for Abducted Children, ahora REUNITE, International Child Abduction Centre, Londres, Inglaterra, 1998.
- 3 Chiancone, J. y Girdner, L. Issues in Resolving Cases of International Child Abduction: Final Report. Washington, D.C.: Center on Children and the Law, del Colegio de Abogados de Estados Unidos, y la Oficina de Justicia

- Juvenil y de Prevención de la Delincuencia, Departamento de Justicia de Estados Unidos, 1998.
- 4 Greif, G.L. y Hager, R.L. *When Parents Kidnap*. Nueva York, Nueva York: The Free Press, 1993.
 - 5 Lowe, N. y Perry A. *International Child Abduction—The English Experience* (1997) 48 ICLQ 127; “The Operation of the Hague and European Conventions on International Child Abduction between England and Germany Parts I and II” [1998] *International Family Law* 8-16, 52-56, y *Die Wirksamkeit des Haager and des Europäischen Übereinkommens zur internationalen Kindesentführung zwischen England and Deutschland*, *Fam RZ* 1998, Heft 17 1073-1078.
 - 6 Report of the Third Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. La Haya, Países Bajos. Oficina Permanente de La Haya, 1997, párrafo 16.
 - 7 *Murray v Director, Family Services Act* (1993) FLC 92.
 - 8 *C v C* (minor; abduction; rights of custody abroad) [1989] 2 All ER 465.
 - 9 *Friedrich v Friedrich*, No. C-1-91-651, (S. D. Oh. 10 de enero 1992); *Friedrich v Friedrich* 983 F.2d 1396, (6th Cir. 1993).
 - 10 *Re G (A Minor) (Enforcement of Access Abroad)* [1993] Fam 216.
 - 11 Lowe, N. y Perry A. *International Child Abduction—The English Experience* (1997) 48 ICLQ 127, párrafo 143.

EL TRATAMIENTO CONCRETO DE LOS DERECHOS DE GUARDA Y DE VISITA EN EL DERECHO CONVENCIONAL: POSIBILIDAD DE MEDIACIÓN ANTE SU INCUMPLIMIENTO.

Por **Mónica Herranz Ballesteros**

1. APROXIMACIÓN DOCTRINAL A LOS DERECHOS DE GUARDA Y VISITA.

A. Consideración jurídica general sobre los derechos de guarda y de visita.

La definición de los elementos que conforman los derechos de guarda y visita es distinta dependiendo del marco jurídico en el que se integra. De manera que, al incluir cualquiera de las dos figuras jurídicas apuntadas en el ordenamiento de un Estado toman un significado diferente del que tendrán cuando se integren en un convenio internacional.

Una aproximación inicial al primero de los niveles apuntados es decir, la consideración jurídica de los derechos de guarda y de visita con carácter general conduce a deducir rasgos comunes que comparten todos los ordenamientos.

El denominado derecho de guarda, -o en el derecho anglosajón *custody*, o en el derecho galo *le droit de garde*-, con carácter general se conforma como un conjunto de derechos y obligaciones cuyo referente para su funcionamiento se centra en el interés del menor. Si partimos de la afirmación anterior topamos con la dificultad de otorgar una definición rígida al mencionado derecho,

ya que dependerá en cada caso de las circunstancias fácticas que se presenten y de la normativa aplicable.

En el Código Civil español no se encuentra una definición del derecho de guarda a pesar de las diferentes reformas que ha sufrido nuestra legislación. Ahora bien, aunque sea a grandes rasgos, se pueden trazar las líneas en las que discurre el mencionado derecho, a través de la lectura de determinados preceptos como el artículo 154 del citado cuerpo legal se deduce la actuación que han de tener los progenitores para un satisfactorio cumplimiento del mismo.

Debido a la unión existente entre las dos figuras jurídicas objeto de análisis -derecho de guarda y de visita-, los primeros estudios realizados sobre el derecho de visita lo mostraban como limitador o reductor del derecho de guarda. Ya que, se entendía que la extensión de este derecho sería proporcional a la reducción que el otro progenitor sufriría en su disfrute del derecho de custodia.

Si bien, a primera vista la afirmación anterior parece acertada ésta lleva a un entendimiento erróneo de ambos derechos. Puesto que conduce a una denostada concepción paternalista fuera de la sintonía actual que preside tanto el derecho de guarda como el derecho de visita, en particular desde la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

El derecho de guarda ya no es una autoridad del pater exclusiva y excluyente de cualquier intervención, sino en el momento actual se complementa con un derecho que independientemente de su titular se ejerce en beneficio del menor.

El marco jurídico interno español del derecho de visita se sitúa, como regla general, en el artículo 160 del Código Civil “en el que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad tienen

derecho relacionarse con sus hijos menores, (...) No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes allegados. En caso de oposición, el juez, a petición del menor o pariente o allegados, resolverá atendidas las circunstancias”.

B. Acercamiento a las tendencias doctrinales sobre los derechos de guarda y de visita en el ámbito convencional.

Cuando los derechos de guarda y de visita se encuadran dentro de un Convenio pueden originarse dos situaciones:

- a) Que en el propio Convenio se de una definición autónoma de ambas figuras jurídicas;
- b) O a sensu contrario de forma consciente se produce un vacío que llevará a definir ambos derechos conforme al ordenamiento interno en el que se integren al aplicarse el texto Convencional.

En este último caso la maniobra de los artífices del Convenio será precisar el sentido en el que habrá de utilizarse cada uno de los conceptos, con el fin de su correcta interpretación teniendo en cuenta los objetivos que persigue el texto convencional.

Vamos a proponer, a título de ejemplo, dos casos que cubran cada una de las situaciones apuntadas.

En cuanto a la primera, y aunque sea un texto antiguo, el Proyecto de Convenio sobre la guarda de menores de la International Law Association establecía: “L’expression “garde” signifie le droit de diriger l’éducation d’un mineur et comporte le soin et la surveillance de celui-ci...”, la dificultad parece inevitable ¿y cuándo el

ordenamiento jurídico del Estado incluya mayores o menores prerrogativas para el derecho de guarda a las apuntadas en el mencionado texto?.

Para salvar las diferencias y dificultades que podrán presentarse al hilo de una definición autónoma en torno a un concepto incluido en un texto convencional por los distintos Estados que sean parte, la segunda de las posiciones apunta omite cualquier definición sobre el derecho de guarda o de visita, si bien orienta la interpretación de las dos figuras jurídicas en función del objetivo convencional y con ello propicia una correcta aplicación del texto.

Así tanto el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (de ahora en adelante CH 1980), o la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, hecho en Montevideo el 15 de julio de 1985 (de ahora en adelante CIRIM 1985), así como el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 de ahora en adelante CERER 1980), evitan suministrar una definición autónoma tanto del derecho de custodia como del derecho de visita.

Esta segunda alternativa es si duda consecuente con la realidad a la que se enfrenta es decir, la dificultad de encontrar un concepto lo suficientemente amplio como para abarcar todas las opciones posibles.

2. LA PROTECCIÓN DEL MENOR ANTE LA TRASGRESIÓN DE LOS DERECHOS DE GUARDA Y DE VISITA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL: SOLUCIONES EN PRESENCIA.

Los principales problemas suscitados en relación con los derechos de guarda y visita se plantean cuando su normal funcionamiento se ve interrumpido por la trasgresión de alguna de las dos figuras que se están analizando.

La regularidad con la que el incumplimiento de los derechos de guarda o de visita se presentan, y las particularidades que dan forma al contexto en el que se producen originan la necesidad de restablecer su normal funcionamiento a través de la cooperación entre los Estados reflejada en la finalización de Convenios internacionales.

Vamos a plantear el supuesto de hecho más normal al que nos referimos:

Generalmente situado en un contexto multicultural: a) tras la separación de los progenitores nacionalidades de distintos Estados (bien a través de sentencia judicial o sin ella) la custodia de los menores nacidos durante la convivencia se otorga a un progenitor mientras que el derecho de visita se concede a otro; b) en infracción del derecho de visita, el progenitor que ostenta la titularidad del mencionado derecho decide no devolver al menor al lugar de su residencia habitual, reteniéndole en un segundo Estado una vez que se ha cumplido el período previsto; c) el progenitor, titular del derecho de custodia pretende recuperar al menor trasladado.

Técnicamente la situación descrita responde al denominado secuestro internacional de menores que ha sido definido por la doctrina más especializada como: “Desplazamiento de un menor fuera del territorio del Estado en que tenga su residencia habitual, o, retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita

siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento en el lugar de residencia habitual del menor”.

La situación descrita refleja un problema humano de gran calado y por tanto jurídico, así como una forma de violencia familiar, cuya principal víctima es el menor que ve interrumpido su derecho tanto a relacionarse con ambos progenitores, así como a no ser separado de su medio de vida habitual alterando su entorno socio-afectivo.

Una solución preventiva hubiera evitado los efectos tan perjudiciales que se producen por el desplazamiento o sustracción ilícita internacional de menores. Es aquí donde a través de la figura de la mediación en el conflicto matrimonial, que a su vez presenta elementos importantes de internacionalidad que puede complicar más la situación, se lograrían resultados satisfactorios. La ayuda de una tercera persona experta que facilitara la consecución de un acuerdo beneficioso para ambas partes, podría evitar las frustraciones a las que suele llegar el progenitor al que se le concede “sólo” del derecho de visita.

Devolver a las partes la posibilidad de que ellas mismas puedan pactar la solución de los problemas que ha planteado su separación matrimonial, y sobre todo en lo relativo a la custodia y régimen de visitas, evitará en muchos casos la insatisfacción de alguno de los progenitores y la venganza buscada a través de los desplazamientos ilícitos internacionales de los menores.

Pero interesa adentrarnos algo más en el problema y centrarnos en supuesto, por el momento demasiado frecuente, en el que no se ha producido ninguna intervención de la figura de la mediación, bien por su inexistencia; bien porque las partes no han querido recurrir a su utilización.

En el ordenamiento español la reglamentación de la figura de la mediación es realmente escasa. Sólo la Comunidad Autónoma de Cataluña ha promulgado una reciente norma la Ley 1/2001 de 15 de marzo, de Mediación Familiar, que responde de acuerdo con su Exposición de Motivos, al artículo 79.2 y a la disposición final tercera de la Ley 9/1998 de 15 de julio del Código de Familia de la citada Comunidad Autónoma.

Ahora bien la reforma llevada a cabo por la Ley del Divorcio de 1981 en la que se facilitó el marco apropiado para que las partes pudieran arreglar sus desavenencias a través de acuerdos conjuntos, servirá para que se produzcan nuevas iniciativas no sólo a un nivel autonómico sino a nivel nacional que vayan mejorando la figura de la mediación familiar en el ordenamiento español.

De manera que situamos la cuestión en torno a los parámetros descritos con anterioridad, se pasa a analizar en el epígrafe siguiente los medios jurídicos aplicables para la devolución del menor, centrando la problemática en la actuación que tendrán las distintas autoridades intervinientes, con especial atención a su posible actuación mediadora, en la consecución del objetivo concreto que se pretende tras el secuestro de un menor, a saber, su retorno inmediato al lugar donde residía antes de la infracción de los derechos de guarda y de visita.

3. MARCO CONVENCIONAL DE ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES CENTRALES ANTE LA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE GUARDA Y DE VISITA.

A. Consideración general en torno a las soluciones jurídicas en el ámbito convencional.

Bajo la perspectiva de las propuestas jurídicas establecidas en el marco convencional, se encuentran los siguientes textos:

- a) Ambito universal CH 1980.
- b) *Ámbito regional* se encuentran:

En el marco del Consejo de Europa CERER 1980; en el ámbito Interamericano la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado ha finalizado dos Convenciones específicas el CIRIM de 1985 y el CIRIM de 1994.

El acervo convencional enumerado lejos de complicar la situación tiene que completarse de manera que, a través de los textos elaborados se aporten nuevas orientaciones y enfoques capaces de dar solución a los problemas que se plantean fruto de la actuación ilegal de uno de los progenitores.

En relación con las soluciones convencionales señaladas se propone trazar un línea divisoria clave entre aquellos textos que tratan de los “aspectos civiles” del secuestro de menores de aquellos que tratan los “aspectos penales”, sumando en este último apartado las pretendidas reformas que el legislador español ha tratado de incluir.

B. La función de las Autoridades Centrales en el derecho convencional ante el incumplimiento de los derechos de guarda y de visita: aspectos civiles.

Se refieren a los “aspectos civiles” de la sustracción o desplazamiento ilícito internacional de menores: CH de 1980, CERER de 1980 así como CIRIM de 1985. Aunque los tres tienen gran relevancia, nuestro estudio se va a centrar únicamente tanto en el primero como en el último instrumento convencional mencio-

nado, ya que el ámbito geográfico del CERER se circunscribe al Consejo de Europa.

- a) **Objetivos de ambos Convenios:** se centran en asegurar en el más breve espacio de tiempo posible la restitución de los menores que hubieran sido trasladados ilícitamente del lugar donde tenían su residencia habitual a un segundo Estado parte, o aunque hayan sido trasladados legalmente son retenidos de manera ilícita. En definitiva se trata de asegurar el ejercicio de los derechos de guarda y visita vigentes en un Estado contratante en los demás Estados parte.

Para ello se adoptaran las medidas más apropiadas con el fin del cumplimiento de los fines convencionales entre las que se encuentra la instauración de un sistema de cooperación entre las denominadas Autoridades Centrales y las demás autoridades-judiciales y administrativas- que habrán de asistir para el desempeño de los objetivos convencionales.

- b) **Sistema de cooperación:** la base de los Convenios reside en el fuerte organigrama de cooperación que se establece en orden a la recepción de la solicitud de retorno, localización del menor, adopción de las medidas oportunas-judiciales o administrativas- y finalmente la restitución o no del menor. La actuación de las Autoridades Centrales en cooperación con las demás autoridades competentes se refleja en las fases apuntadas.

Conforme al esquema anterior y cuando la localización del mismo haya dado frutos positivos, será el momento en el que las Autoridades Centrales antes de iniciar un procedimiento judicial podrán invitar al progenitor que sustrajo al menor que proceda a

su devolución de forma voluntaria o facilitar entre ambas partes una resolución amistosa.

Su buena actuación en esta fase evitará un periplo judicial que en nada beneficia a ninguna de las partes y mucho menos al menor víctima principal del desplazamiento. Ahora bien siendo consecuentes con la realidad hay que decir que el porcentaje de éxito de la Autoridad Central en esta labor es muy bajo. La colaboración de una entidad mediadora, que debería de tener una formación específica dado alto grado de complejidad que presentan las situaciones internacionales, en algún caso podría facilitar la consecución de acuerdos no contenciosos.

En caso de que sea necesario acudir a la vía judicial para lograr la devolución del menor, la actuación de la Autoridad Central como institución mediadora no es factible, debido fundamentalmente, entre otros motivos, a los principios inspiradores que guían la mediación, donde la imparcialidad es requisito característico. En un sentido opuesto, uno de los rasgos propios de las Autoridades Centrales es su función de representación, contrario al carácter imparcial de la figura mediadora.

Al hilo de la anterior afirmación, creemos que la implementación de la mediación, en materia de sustracción internacional de menores, una vez iniciado el procedimiento judicial incluso en fases anteriores ha de ser analizada de forma cuidadosa.

Los textos internacionales citados ponen especial hincapié en la celeridad del procedimiento con el fin de conseguir que la resolución en la que se decida la devolución o no devolución del menor se produzca con la mayor brevedad posible. Si la mediación supone un retraso en el procedimiento de devolución su utilización

mermará la finalidad que persiguen los Convenios, el retorno inmediato del menor.

Además hay que tener en cuenta que la resolución judicial decidirá sobre la devolución o no del menor pero en ningún caso sobre el fondo del asunto. Para decidir sobre los derechos de guarda y visita no será competente, hasta que no se produzca un cambio de la mencionada competencia, el órgano del lugar al que fue trasladado el menor. Cuando llegue el momento de resolver sobre los derechos de guarda y visita ante el órgano competente podría configurarse como momento oportuno para volver a intentar llegar a un acuerdo a través de la mediación.

C. Perspectivas del tratamiento penal de la infracción de los derechos de guarda y de visita.

Hasta el momento los dos instrumentos que se han analizado sólo tratan de los “aspectos civiles” del secuestro de menores. Sin embargo, la posibilidad de introducir “aspectos penales” a la mencionada figura no se ha dejado esperar ni en el ámbito convencional ni en el derecho interno de los Estados.

En primer lugar vamos a describir el marco jurídico en el que discurre el tratamiento penal del secuestro de menores, primero en el ámbito Convencional para luego pasar a un ejemplo concreto, el ordenamiento español como régimen jurídico que parece estar en proceso de transformación.

C1) Marco jurídico convencional.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, el tratamiento de los “aspectos penales” del secuestro de menores sólo se ha introducido en un texto elaborado por la Conferencia

Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) de la Organización de los Estados Americanos. Así en la CIDIP V, se aprueba la Convención Interamericana sobre el tráfico internacional de menores, hecha en México el 18 de marzo de 1994.

Los Estados parte, y conforme al rumbo que el interés del menor adquiere en el este Convenio, se comprometen tanto a prevenir como a sancionar severamente el tráfico internacional de menores. En su articulado se establecen foros de competencia directa que determinan el órgano competente para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores.

Es necesario hacer una referencia expresa, de forma breve, al procedimiento de extradición previsto en el Convenio. Aunque se parte de una actitud en principio ambiciosa, ésta se va atenuando ya que finalmente el procedimiento de extradición del progenitor que desplazó al menor se realiza conforme a lo establecido en el Estado requerido.

El tratamiento del secuestro de menores por la vía penal ha sido criticado por la doctrina especializada en la materia ya que en definitiva al tratarse de una cuestión centrada en el derecho de familia, es en el ámbito civil donde debería de quedar su reglamentación. Los cauces penales sólo ponen de manifiesto la carencia y fragilidad de las soluciones civiles.

C2) Consideraciones críticas sobre el tratamiento en el ordenamiento español.

La alarma social que produce este tipo de casos reflejada de forma patente por los medios de comunicación han llevado a los Grupos Parlamentarios españoles a proponer sendas Proposiciones de

Ley con fin de penalizar el secuestro de menores por un progenitor sin que ninguna haya tenido éxito.

La Proposición más rígida para la penalización del secuestro fue la presentada por el Grupo Parlamentario Socialista de 24 de abril de 2000. En ella se trataba de modificar el artículo 224 del Código Penal español añadiendo tres nuevos apartados de manera que, el progenitor que sustrajera al menor sin causa que lo justifique, y dependiendo de las circunstancias que se presenten, se le castigaría con las penas de prisión de seis meses a dos años y con un período de inhabilitación para ejercer la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por un tiempo de dos a cuatro años. El desplazamiento del menor a un país extranjero obstaculizando su localización incrementaría la pena.

Otra institución española como es el Defensor del Pueblo en su Informe anual de 1999, incluye entre las recomendaciones que realizó para el tratamiento de los secuestros internacionales de menores la solicitud al Ministerio de Justicia para que instara las modificaciones pertinentes con el fin de que el Código Penal recoja expresamente un tipo delictivo que de forma autónoma castigue estas conductas.

La situación que en la actualidad presenta la reglamentación del Código Penal español de 1995 es la siguiente: se ha suprimido el delito de sustracción de menores contemplado en el artículo 484 del derogado Código Penal para incluirlo como una modalidad agravada de la detenciones ilegales del nuevo texto de 1995 en su artículo 165. El tipo básico que configuraba la sustracción de menores se producía cuando el sujeto activo era un tercero y no cuando este había sido uno de los progenitores con la única pretensión de mantener en su compañía al menor sin que su persona corriera ningún riesgo.

En el actual Código Penal la retención tipificada en el artículo 163 como detención ilegal exige que se produzca una detención de un particular por otro privándole de su libertad. La pena se agravará cuando esta detención se ejecuta con simulación de autoridad, o función pública o la víctima es un menor de edad.

Pero ¿cómo tipificar el hecho cuando la retención se produce por uno de los progenitores desobedeciendo una orden sobre derecho de visita o de guarda? En este caso se puede incluir como una falta contra los intereses de la familia artículo 622 ó como un delito de desobediencia grave a la autoridad artículo 556 del mismo cuerpo legal.

La calificación del hecho bien como delito bien como falta descansará en la valoración que el juez o el Tribunal efectúa sobre la conducta concreta.

Los fines disuasorios son característicos del tratamiento penal de los secuestros de menores, a título de ejemplo, y entre otros ordenamientos se incluye como una figura que penaliza el secuestro de menores en los siguientes Estados Noruega, Gran Bretaña, Australia, Israel, Canadá, etc...

El recurso a la penalización del desplazamiento ilícito internacional de menores muestra la carencia y en su caso la ineficacia de una normativa, que en algunos casos, parece estar lejos del principio inspirador que ha de guiar toda su aplicación: el interés del menor.

4. CONCLUSIONES:

- I. La verdadera problemática de los derechos de guarda y visita se plantea tras la desavenencia de los progenitores,

y sobre todo en el momento actual la dificultad se acentúa por la sociedad multicultural en la que tienen lugar las relaciones entre los particulares.

- II. De ahí la importancia que puede llegar a adquirir la mediación transformando los conflictos en verdaderos acuerdos, por los que las partes no se sientan perjudicadas. Ahora bien, la mediación dirigida a la pacífica reglamentación de los derechos de guarda y visita tiene que estar presidida en todo momento por el interés del menor, la actuación judicial es imprescindible para garantizar su efectivo respeto.
- III. Cuando los derechos de guarda y visita han sido violados en un contexto internacional, el grave problema que suscita el secuestro de un menor ha de ser solucionado por la vía más rápida posible. La eficacia de la mediación, cuando se plantea un supuesto tipo de secuestro, hay que verificarla en cada caso concreto, será sólo a través del análisis de las circunstancias que se presentan como se podrá comprobar si la mediación responde a la mejor solución de la situación.
- IV. El contexto internacional en el que se desarrollan los hechos, exigirá un mayor grado de especialización por parte de las personas encargadas de su buen desarrollo.
- V. Y si la mediación suscita dudas como mecanismo generalizado de solución, mayores dudas nos plantea el cauce a los aspectos penales del secuestro cuando son conflictos que pertenecen al ámbito del derecho de familia, y es allí donde se han de encontrar las soluciones idóneas.

PROYECTO DE ACUERDOS BILATERALES EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL

*“Naciones del mundo, no consientan la sustracción,
ni obsesionen en el reintegro su único remedio,
piensen en revincular al niño en su historia,
y la de sus padres”*

1. Introducción

El fenómeno, habitualmente divulgado como sustracción de un hijo por alguno de sus padres, tiene en el niño la significación básica que llama a la necesidad de replanteos en cuanto a filosofía jurídica.

Si lo vemos desde el enfoque ortodoxo del delito, peligra el error de sólo atender al padre que traslada o retiene ilegítimamente sólo como autor, y al otro como única víctima.

Observado desde el ilícito, cunde la idea de privilegiar la sola restitución como “cosa”.

Pero convengamos, el niño no sólo es persona de derechos sino también razón de nuestro futuro. Al no ser cosa, y sufrir más que ninguna parte los estragos del hecho, el niño es entonces, quien determina un distinto tratamiento a este problema Operativo más que de fondo. Un sistema más sustentado en sus derechos que en el de alguno de los padres.

La primer necesidad que proclama es ser liberado del conflicto. Aún cuando los Estados logran un sistema de restitución inmediata, que nunca se da, no existe resolución si luego no se trabaja sobre los padres, el que recupera y el que sustrajo, ambos, con todo el

núcleo; desde lo social y terapéutico, hacia un justo orden, reglado en su favor.

Si no es restituido, diariamente sus derechos siguen siendo vulnerados como el primer día, presionada su psiquis, aplastado su espíritu, anulada su libertad.

Y en el caso de que la restitución no fuera inmediata, nuevamente reinstalado un niño, ese niño que no es “cosa” ni puede asimilarse a “cuerpo del delito”, no debe sufrir ahora el devenir de una medida cautelar u otro decisorio compulsivo a su mirada.

Por ello concebimos este proyecto de acuerdos bilaterales entre los distintos Estados, bajo un sistema de actuación con escaso ritual, labor interdisciplinaria, bajo la supervisión de las Naciones Unidas, y en definitiva la aplicación de técnicas alternativas de resolución, o elección de un fallo ante un Tribunal Internacional. Y esto bajo el ámbito de un país de tercería, que interviene en razón de todos, zona de imperium al que los padres deben ser sometidos o contenidos, con declaración de que en un niño así maltratado se afecta un valor del orden público internacional.

Consideramos los convenios al presente, cuya ratificación destaco, no superan sin embargo esta perspectiva. Necesitan la suma de estos elementos, para de un modo más célérico permitir progresar el bien de este preciado interés común a todos los pueblos.

Este mal, llamado sustracción parental, que aumenta tan precozmente en nuestro orbe, no puede esperar a reflexiones de soberanía o de postulados culturales y jurídicos, necesita que el Derecho, las Culturas y los Estados soberanos determinen sus valores en pos de combatirlo.

Convención de Los Derechos del Niño

Porque a ello las naciones se han comprometido. Para que no sea sólo declaración la intención del hombre, recordamos:

Art.9:

- 1- Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...
- 2- Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

Art.11:

- 1- Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
- 2- Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión de acuerdos existentes.

2- CONVENIOS MULTILATERALES

Sería insuficiente el tratamiento de lo planteado sin acudir a la Convención sobre aspectos civiles de la Sustracción de Menores, sin duda, el convenio multilateral al que mayor cantidad de Estados en la actualidad se asocian. Ya como marco referencial, o en virtud de acudir al mismo como fuente de experiencia.

El Art. 1º del Capítulo I de la convención nos dice: “La finalidad del presente convenio será la siguiente:

- a- Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.
- b- Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”.

Veremos más adelante incidencias en torno a si la restitución no fuera posible bajo el término “inmediato”, pero tenemos que profundizar cuando nos referimos a “restituir” como finalidad específica, toda vez que esto impone saber restituir a qué, a dónde, con quién.

Restituir como sinónimo de devolver un “statu quo” es entender cual es aquél que el niño en su espacio entiende por tal.

Nos diferenciamos de otros intérpretes, bajo la premisa de creer que lo primero que se pierde bajo estas circunstancias es el sano vínculo familiar con ambos padres.

Así, la inicial faz de restitución no puede soslayar una medida tendiente a su revinculación, cuestión no siempre advertida, o que al menos no queda claramente expresada en la normativa. Quizá, porque es ley elaborada por adultos, y estas cosas muchas veces se nos escapan.

Aún cuando discutible, me pregunto si pasados doce meses después de un traslado o retención ilegítima, aún cuando se la hubiera instado en la primera hora, es posible hablar todavía de “restitución inmediata”. Si al cabo no es necesario (y siempre es necesario replantearse el conflicto como algo de lo que se debe proteger al niño más allá del derecho de sus padres) pensar en volver a vincular para devolver. Que regresar al padre que fue privado importa no desatender al otro, aún cuando éste requerirá una sanción y elaboración educativa apropiada.

En fin, si el niño no es restituido de inmediato es por un problema de las estructuras orgánicas y operativas, querer cumplir la norma sin atender esta realidad es cargar sobre él esas carencias. Por lo que distingo, es finalidad de la convención “restituir de inmediato”, nos queda pensar luego su interpretación cuando esto no pudo ser así. Y si en la mayoría de los casos esto no es así, anexar un nuevo articulado que priorice la vinculación paulatina.

Mas allá del derecho que los padres transgreden, del dolor que enervan, y la lesión que al seno de la comunidad producen; conven-gamos que la verdadera víctima de un traslado o retención ilegítima es el niño.

Su estabilidad sufre una violenta ruptura en todos los órdenes. Se trata de desarraigo, desorientación, angustia, ansiedad, incom-prensión frente al futuro y al presente, confusión sobre el pasado. Fragilidad relacional y exigencia en los niveles de adaptación a un nuevo ámbito y una nueva historia.

Un secuestro propone dos momentos, considerando quien suscri-be a partir del mismo ya el niño está en riesgo. El momento de su realización, aquél, dañoso también, que va desde la sustracción hasta la restitución, y el irremediable cuando esta última no llega a efectuarse.

Y en esto la difícil dilucidación del caso. Si bien beneficiado el se-cuestrador, es realidad que el tiempo también trae nuevo arraigo y vinculación familiar y social.

Lo que nos lleva a preguntamos, frente a la finalidad primera de la Convención, “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita...”, ¿qué irá a ocurrir cuando la restitución ya no puede ser inmediata?, ¿cuántos días

o semanas se infieren con fundamento como tiempo inmediato?, ¿existen estructuras y modelos operativos en los países del mundo, capaces de producir una devolución inmediata a la residencia habitual del menor? ¿Pasados, por ejemplo doce meses, cual es su residencia habitual?

No es otra en definitiva la razón de la Convención de La Haya que la de restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita. Restaurar el “statu quo”. Pero humildemente entiendo que restablecer un statu quo sin desconocer la realidad, no siempre importa el reintegro, sino más la revinculación del niño con sus padres.

Y es que el niño tiene un conflicto. Las autoridades están obligadas primeramente a sacar al niño del conflicto (restablecer el statu quo), la disputa a diferir entre los padres es distinta, otra, de seguro posterior.

Se interpreta de la propia letra de la ley en cuanto priva en el trámite la posibilidad de dirimir cuestiones de fondo respecto de la custodia (Art. 16).

Son estos también los parámetros que deben interpretarse cuando al citar en su Art. 7 las funciones de las Autoridades Centrales que deben ocuparse en esto, se lee: b) Prevenir que el menor sufra mayores daños..., c) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable, d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor..., h) Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado.

A la luz de la Convención de los Derechos del Niño, y como su predecesora, esta jamás sería ajena a su superior interés. Y para el acápite que nos ocupa se esfuerza en excepciones a la restitución en los artículos 13, 20 y 12 párrafo 2º.

De por sí, la autoridad judicial o administrativa que previniera en el caso, y siempre que el pedido de restitución existiere antes del año del hecho, en lo posible antes de las seis semanas, ordenará la restitución del menor “salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio” (Arts. 11 y 12).

También, de una manera sintética sobre el Art. 13, diremos que el estado contratante no está obligado a restituir cuando quien hubiera “sustraído” pruebe que el reclamante no ejercía de modo efectivo la custodia del niño.

Pero destaquemos esto. Resulta igual una excepción, “Cuando exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera se ponga al menor en una situación intolerable”.

Y me detengo en lo último, porque es abundante la definición para circunscribir “riesgo grave”.

Cuando algunos expertos publicaron respecto de esto, se circunscribieron en el significado del riesgo (estructural) en el traslado al país requirente, o porque hubiere problemas internos en él. Su aval, que el propósito de la convención es regresar el caso para su juicio dentro del foro de residencia habitual y no en el foro del lugar destino del secuestró al menor.

Es aquí donde disentimos, y no con el fundamento que también glosamos, sino en más, el concepto de riesgo es el que atañe al niño. Vuelvo, hay que proteger al niño del conflicto.

Sin necesidad de delimitar cuestiones de fondo, debemos abocarnos a un marco operativo que siempre vigile esta situación.

Resulta necesaria en esa operatividad la interdisciplina para dilucidar esta conflictiva que tiene al niño como pivot y comprende la dinámica de los padres en el conflicto.

Cómo conocer del riesgo sin el estudio social y psicológico alrededor de esto.

El Juez o la Autoridad de Aplicación deben contener al niño, “escuchar” al niño (Art. 12 Conv. Derechos del Niño), así fuera con medidas provisorias y cautelares dentro del proceso de restitución. Aún cuando claro está que las autoridades competentes del Estado requerido deben tener en cuenta la información social brindada por el Estado requirente.

Son éstas, las esgrimidas en disidencia con otros expertos, alguna de las razones en mi propuesta de anexar un capítulo especial al Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, firmado en La Haya, y a cuyo tratamiento me remito a posteriori en este trabajo.

Para terminar, tampoco el menor será reintegrado si cumplió dieciséis años, o con menor edad, habiendo alcanzado un grado de madurez aconsejable, y resulta que se opone (Art. 13). Y tendríamos mucho que hablar sobre pormenores de maduración.

Y conforme el Art. 20 también podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección del los derechos humanos y libertades fundamentales. Lo que yo sustituiría en verdad por una verdadera cláusula de orden público ajena a cada Estado y comprensiva de todos.

Mayor debate merece la interpretación de estas excepciones. Lo que no lleva duda es que en este caso la ley se hizo para el niño, aún cuando la elaboren adultos bajo sus prescripciones.

3- OBSERVACIONES

Intentando un marco de referencia, adelantamos suscribirnos al término “traslado ilegítimo” o “retención indebida” de “niños” por parte de alguno de sus padres, en lugar de la palabra “sustracción” de “menores”. No obstante, para no complicar el desarrollo del presente podrán encontrarse ambas consideraciones intercaladas.

Esto circunscribe el tema dentro de un lenguaje correcto y para un perfecto orden temático, con la salvaguarda de que lo numérico, en referencia a estadísticas, a veces tiende a nublar la trascendencia de la calidad de la circunstancia y sus hechos concomitantes, así, un solo infante bajo esta disyuntiva genera de por sí la razón de toda política tendiente a evitar y reparar su necesidad en el mundo.

Datos: Es preciso señalar que la fuente de los mismos resulta limitada al conocimiento de las ONG actuantes en el tema, las que se reducen a valiosas actividades dentro de un país dado y que tiene como base aquellas denuncias que se les hubiere planteado.

Que oficialmente, se estrecha aún este conocimiento a países involucrados en convenciones multilaterales (la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores no supera los sesenta contratantes sobre casi doscientos estados en el orbe), y en más a aquellos que acepten traslucir sus cifras.

Por lo que en principio trataré de abastecer el requerimiento atendiendo a un estudio sobre el año 1999 (Permanent Bureau de la Conferencia).

Año 1999 - Convención de La Haya:

Sobre información revelada por veinticuatro países contratantes hubo 1197 solicitudes de reintegro y visitas. Se considera enton-

ces en todo el marco de la convención la cifra aproximada de 1800. (Recuerdo que no abarca este dato a países no firmantes. Y que existen tanto otras convenciones de orden multilateral como convenios bilaterales que habría que atender para mejor recaudo. Al igual que existe gran número de casos que no se denuncian).

Debe destacarse que, ya por impulso de la globalización, facilidades en los medios de comunicación, etc, es mi consideración en los últimos años es factible registrarse un incremento del 50 % o más.

Durante 1999 los países que más recibieron pedidos de reintegro fueron EEUU (256), Gran Bretaña (174), siguiendo luego Australia, Francia, Italia, Nueva Zelandia, Canadá y España.

Las madres son quienes más sustracciones produjeron (70%).

La mitad de los actos por lo común tienen dirección al país de origen de quien genera el ilícito.

En este caso los hombres son los que más tienden a provocar el llamado “going home syndrome”.

A modo estadístico sobre un total de 743 casos estudiados en presentación, el 10% fue rechazado, el 18% importó un reintegro voluntario y el 33% por vía judicial. Hubo un 10% de desistimientos, quedando un 18% pendientes aproximadamente.

Si atendemos también al deterioro en la integridad del niño durante el suceso de la sustracción, este ha oscilado en 12 días (Portugal) hasta 215 días (Noruega), y respecto al país con más pedidos, promedio de 103 días (EEUU).

Los pedidos de visita en relación a los de restitución tuvieron un porcentaje más favorable.

4- CONSIDERANDOS

Un niño alejado compulsivamente de alguno de sus padres, imagino, no puede alegar que eso es incomprendible, no puede dejar de razonar sobre las circunstancias, no puede dejar de pensar, ni atribuir al “misterio”, ni transmutar. No puede doblegar nada de su esencia, ni concederle a algo externo la justificación de su despojo. Para él nada es admisible en el tiempo, y parte del tiempo es cosa que transcurre al margen de su vida, en un lugar distante.

Un padre, al que la vida no la muerte, y de la mano de otro ser humano, resulta en circunstancias de experimentar la desaparición de su niño, imagino, debe sentir iguales cosas y sumar el dolor del hijo que también intuye.

Todos, aunque no nos atrevamos a veces a describirlo así, sabemos que estas cosas pasan y se incrementan cada día.

Los esfuerzos de la humanidad en intentar superar la muerte, han sido constantes e históricamente de suma importancia. Todas las ciencias parecen haberla enfrentado, y no se mezquinaron estructuras. Mas sin embargo todavía seguimos viendo esto imposible, más allá de la atenuante que nuestro trabajo devengara.

Existe esa sensación frente a la desaparición forzada?. O en verdad la reflexión última es que la falta de atención del hombre a este problema lo deja ser. Si, y es posible superarlo, toda vez que esfuerzo y estructura son elementos voluntarios del hombre.

El hijo que perdió en la muerte a su padre, o el padre que pierde al hijo, no ve con cuota de sosiego los esfuerzos de la humanidad en superar la muerte. Pero aquellos que transitan la desaparición en vida del ser querido hallarán paz y justicia en cualquier esfuerzo.

La macrofamilia de nuestros antepasados, que también implementara rasgos de contención al menor más allá de la pareja, dio lugar a la familia mononuclear con sus matices en pro y en contra. Hoy la familia ensamblada continúa el rumbo del hombre con aciertos y errores. Pero lo cierto es que aún existe la niñez desprotegida y un incremento en términos de violencia doméstica.

Puede sea esta una de las razones de la sustracción o retención indebida de menores a nivel internacional. Y en algunos casos deberse al fruto de circunstancias de desavenencia conyugal mas que a la intencionalidad propia y dolosa de afectar al otro.

Puede influir la globalización en sus desvalores. La facilidad del intercambio interestatal, ya en razón del mejoramiento de los medios de transporte, como los fenómenos de integración económica y de fronteras abiertas. Pude sea la constante preocupación en las parejas tras la búsqueda de una mejor calidad de vida con base en lo material. O un despertar intercultural. Diversos factores señalan los tratadistas, pero en definitiva sabemos pueden servir para prevenir o explicar, y no se constituyen en cimiento si la construcción ulterior no resulta bajo el proyecto del deber ser ambicionado.

Puede servir la magnitud del “injusto” para argumentar desde lo político y lo jurídico, pero el tema en cuestión, la afectación de un menor, esta afectación, puede ser la llave para una relación entre las naciones, mucho más profunda y civilizada, hacia un hábitat con diversos sitios y muchos miembros.

5- PROYECTO

6.a- ANÁLISIS

Los tiempos gobiernan la necesidad de implementar a partir del Derecho concepciones operativas, simples y concretas, que inviten a superar el discurso global, por suerte existente, y ayude a las naciones en sus necesidades detrás de empresas integradoras.

Lo primario, necesario e integrador en el mundo tiene fuente en la niñez desvalida, bajo el presupuesto de su natural confiabilidad en un futuro asumido, a partir de su aceptación desde la infancia en detrimento de la estructuración adulta.

La intención de sintetizar estos principios nos lleva a concebir, en el campo del traslado ilegítimo o la retención indebida de niños, fenómeno creciente en la globalidad multicultural, la idea de generar convenios bilaterales y anexar al Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores un proceso de urgencia destinado a evitar los efectos dañosos que transcurren a partir de la sustracción y su permanencia.

Un proceso capaz de incluir distintas visiones culturales y paradigmas de Derecho.

Sin perjuicio de la existencia de convenios multilaterales, ni de la legislación local, que difiere en concepto de criminalidad o no del hecho, o en términos de patria potestad y filiación.

Prevalecen en el citado documento, y en aquellos convenios bilaterales o multilaterales afines, como intenciones específicas las de restituir al niño, y/o generar un régimen de visitas a favor del padre desolazado de su persona, sin abocarse, con sana estrategia y para no ofender soberanías de derecho, a dirimir cuestiones de fondo en orden a la custodia o tenencia del infante.

Cuando pensamos en algo de esencia operativa amparamos el respeto a su interés superior, y velamos por el núcleo familiar en su dinámica, lo que equivale a sumar a las intenciones la de “vincular en lo inmediato”.

Vemos con gran acierto la idea de instaurar una respuesta profunda, celérica y sistematizada a la protección de un superior interés, supranacional y público, acometido y comprometido por igual en todas las Naciones, en una ágil revinculación.

Una misma preocupación no puede más que llamar a una similar acción, y convertirse tal vez en nexo de futuras integraciones.

La Convención de los Derechos del Niño ha marcado el camino de encuentro y resulta válido entonces instrumentarnos en orden a ella, sin otras fronteras que las del dolor o el desarrollo feliz de un menor, sin otro interés mas que el del futuro de la humanidad, sin otra filosofía mas que la del respeto a la dignidad de la persona, sin otra alternativa que la de su promoción.

La sumariedad y urgencia de estos remedios judiciales llevan a privilegiar estructura y procedimiento sobre el derecho de fondo, circunstancia acorde, en este caso, con los tiempos de la salud psicofísica de un niño.

Los criterios soberanos que dignifican a las naciones no deben separarnos en la necesidad de resguardar a un niño. Por orden natural y lógica de subsistencia esto tiene preferencia universal. A partir de allí damos comienzo a una integración supranacional, que no desmerezca, sino por el contrario dignifique diferentes identidades culturales.

Y esto importa guarecer, dar hospitalidad, sostener la integridad, a modo cautelar o como de previo y especial pronunciamiento.

Identificamos en el proyecto de anexo la necesidad de que existan siempre estados que “terciericen”, y el camino a un Tribunal Internacional comprometido en su proceder a lo operativo, más que empeñado en actuaciones resolutivas, sobre un tema, el familiar, cuya característica está signada por la dinámica de la mutación, y tiene sello en la actitud de vida de los hijos.

6.b- ESTRUCTURA OPERATIVA

Pensamos, en lo que conocemos, como una intervención en etapa previa a la disputa, en lugar distinto al escenario de los hechos, que albergara al grupo familiar por el término de una semana. Lapso durante el cual son contenidos y se labran informes psicológicos y sociales, bajo la dirección de un “negociador” de país neutral, con en el que se irán a celebrar distintos acuerdos, de ejecución por los distintos Estados.

Este director de programa (un abogado), funcionará asesorando y orientando, intentando conciliar, teniendo como fundamento de su proceder el interés familiar y el más conveniente al niño.

Debe poseer atribuciones para disponer comparendos, solicitar informes y supervisar la labor de su cuerpo técnico auxiliar (un médico psiquiatra, un psicólogo y un asistente social). Bajo su requisitoria, a pedido de alguno de los Estados Partes, sus convocatorias serán aceptadas de inmediato por el Estado donde se ubicare al niño. Disponiéndose la remisión de los citados, bajo apercibimiento de actuar en reintegro al padre peticionante, y a ese país de tercería, por fuerza pública (como ocurre en los convenios multilaterales) si no concurrieren voluntariamente al lugar.

Lo anterior por cuanto se aspira a conciliar. No se va a una mesa como tal sintiéndose compelido.

De surgir una patología psiquiátrica son otros los derivados.

Ni se puede introducir un acuerdo jurídico en materia de familia escindido de lo psicológico y social.

El abogado director y conciliador debe darle orden jurídico a una nueva relación que habrá de continuarse después en ambos Estados bajo su identidad soberana.

En caso de existir acuerdo, resulta elevado a ambas naciones para su homologación y cumplimiento.

Aspiramos a que los acuerdos contemplen desde decisiones casi definitivas a una mínima de continuidad en esta especie de labor-terapia en los distintos Estados Partes y un regreso al lugar de sesiones para continuar en vías de convenir.

Añoramos la decisión siempre se la den entre sí los padres, mirando al hijo. De no arribarse a ningún acuerdo, el director de programa determinará en base a los informes un status provisorio para el grupo familiar, y elevará todo lo actuado a la Corte Internacional para que determine en breve término también.

6.c- Convenio Bilateral y Anexo posible a la Convención de La Haya en la materia

Como adelantáramos, y sobre la base de la experiencia que dejara la aplicación de distintas convenciones internacionales (en particular la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores), resulta necesario adecuarlas a una labor operativa distinta a la urgencia de resoluciones, y más decidida en orden al valor de revinculación de los niños con ambos padres.

Consideramos al respecto los estados deben protagonizar mejores labores alrededor de una actividad de “tercerías operativas”, con fundamento de práctica universal, sin perjuicio de sus conceptos soberanos, accionar que habrá de conquistar por sí mismo la instauración de un Tribunal Internacional en la materia.

Por lo que proponemos llevar a foros internacionales la discusión de la siguiente posibilidad, cuyo aspectos destacables pueden simplificarse en los siguientes elementos:

Privilegiar la vinculación como esencia del proceso.

- Superar la disyuntiva de los padres distantes, y cualquier divergencia cultural o jurídica en los Estados comprometidos, en la sumatoria de una tercer Nación.
- Garantizar una labor social y terapéutica en la familia como factor armónico y de posibles conductas relacionales.
- Admitir en el ámbito de la tercería un nivel de negociación destinado a acuerdos finales.

7- TEXTO:

Convenio Bilateral en Materia de Traslado. Retención Indebida o Impedimento de Contacto de Hijos por alguno de sus Padres

En cumplimiento de lo enunciado por los Arts. 9 y 11 de la Convención de los Derechos del Niño, los celebrantes concluyen en el presente convenio:

ART.1º: Con la finalidad de impedir del deterioro psicofísico que produce el alejamiento de los hijos impúberes de la persona de

cualquiera de sus padres. Y con el propósito de que sea restablecido de inmediato el contacto de niños trasladados o retenidos ilegítimamente por alguno de sus progenitores, o impedido en su contacto, los Estados Partes garantizan entre sí, esquemas de hospitalidad y tercería a través de sistemas operativos, habitacionales, registrales, homologatorios, y de documentación específica.

Dicha tercería de un estado, distinta respecto del lugar donde el niño tuviera su centro de vida y de aquél al que fuera trasladado o se encontrare retenido ilegítimamente, no importará la calidad de arbitraje o definición sobre cuestiones de fondo que hacen a la custodia de los hijos, salvo el acuerdo de los padres.

Servirá para garantizar a través de las autoridades encargadas en cada estado, por el término de siete días, la negociación y ejecución de acuerdos provisorios de contacto, y/o la estadía temporal de los niños con sus padres, conjunta o indistintamente, en hábitats específicos con talleres revinculares.

ART. 2º: Los Estados Partes definirán acordando, dentro de los noventa días de la firma del presente, la Nación llamada de tercería, reglamentando con aquella las actividades en la zona de encuentro, comprometiéndose al inmediato reintegro del niño si el padre requerido no se presentara con aquél, sin perjuicio de la legislación interna y aplicación de convenios multilaterales preexistentes.

ART. 3º: En labor interdisciplinaria por miembros designados en el país de tercería, compuesta por médico psiquiatra, psicólogo, trabajador social y un profesional abogado, bajo la dirección del último, se substanciarán informes y una completa actuación en términos de conciliar la resolución del conflicto. Los acuerdos en materia de tenencia, régimen de visitas y alimentos, serán homologados y ejecutados por los Estados.

ART. 4º: De no existir acuerdos al término de los siete días, los Estados Partes se comprometen a instaurar la aceptación de una decisión provisoria en la materia por el director del proyecto, y elevar conjuntamente las actuaciones a la Corte Internacional de La Haya para un decisorio.

ART. 5º: Los Estados Partes solicitan a las Naciones Unidas la materialización de una sala especial para el tratamiento de estas cuestiones en materia judicial, estructura y proceso sumarísimo, comprometiéndose a acatar sus decisiones.

ART. 6º: De forma...

Privilegiando el superior interés del niño, principio reconocido internacionalmente, y del que fluye el cimiento de toda legislación en esta materia en casi todos los estados del orbe, emerge así una diferencia en la actividad desplegada en los casos de sustracción parental.

Anticipando el criterio de supremacía del vínculo por sobre la conflictiva de pareja. La identidad de la persona bajo el ámbito de su historia en común con los padres. Sumando y no desgarrando. Sanando desde el resguardo en el tratamiento a los hijos. Resulta generado un camino que el mundo y el Derecho deben atender como ejemplo.

La ley, hecha para el hombre, asociada a una labor social y terapéutica, viene a convertirse en esta materia en crónica del encuentro. La hoy barrera construída por las naciones en orden a soberanías jurídicas, postulados culturales, déficit de procedimientos y escasa estructura a implementar, resulta convertirse esta vez en puente acariciado por las pisadas de un niño.

8- Apéndice en materia criminal

No pretendemos con este agregado otra cosa que ayudar a las naciones en criterios internos respecto a la criminalidad del acto.

Así comentamos y sugerimos la idea de reformar en cuanto legislación interna (Art. 7 Convención de La Haya).

Los aspectos civiles en materia de sustracción de niños tienen su límite cuando el progenitor la realiza con vías a “hacerlos desaparecer”.

Esta conducta deja de ser cuasidelito y se transforma en delito como tal. Por lo que debe ser así tipificado. Dejando en manos de la investigación penal la substanciación de la intencionalidad, pero también el instrumento de la extradición, herramienta más extendida en nuestra sociedad.

No obstante, merece tratamiento especial, admisión de arrepentimiento, y dilucidación terapéutica, así como sanción educativa.

Por lo que creo podríamos proponer una redacción de este tipo, que de por sí es válida también para situaciones de impedimento de contacto:

Art.1 - Incorpórese al Código Penal de la Nación el siguiente artículo

ART.- Será penado con prisión de seis meses a seis años el padre que, sin la autorización del otro o su supletoria legal, sustrajere, mudare de domicilio, retuviere indebidamente, u ocultare a un menor de dieciséis años con intención de hacerlo desaparecer y/o impedir el contacto con su otro progenitor.

La pena se elevará en el doble del mínimo y doble del máximo si con alguna de las finalidades anteriores mudare al menor al extranjero.

Con el consentimiento del procesado, si durante el sumario se hubiese acreditado con semiplena prueba la intencionalidad de impedir el contacto con el otro progenitor, el juez podrá suspender el trámite del proceso, quedando el autor sometido a una medida de seguridad educativa con asistencia terapéutica y/o a la realización de trabajos comunitarios.

Si el resultado de dicha medida en el término de dos años fuera satisfactorio, se dictará sobreseimiento definitivo, de lo contrario se reanudarán las actuaciones en su estado.

Dr. Carlos Romano

LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA MENOR

INTRODUCCIÓN

No obstante la progresiva intervención protectora de los poderes públicos, la obligación alimenticia sigue girando básicamente en torno a la institución familiar.

Derecho convencional multilateral a tener en cuenta en lo referente a alimentos:

- a) Respetto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado:
 - a) Sobre ley aplicable:
 - Convenio de 1956 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores.
 - Convenio de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.
 - b) Sobre reconocimiento y ejecución de decisiones:
 - Convenio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto de menores.
 - Convenio referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias.

- b) Convenio de Nueva York de 1956, de la ONU, sobre obtención de alimentos en el extranjero.
- c) Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

En el ámbito interno, la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, ha modificado parcialmente la regulación de los alimentos en el Código Civil.

En materia de competencia judicial internacional se mantiene en España un doble sistema:

- a) El de la LOPJ: establece la competencia especial de los órganos jurisdiccionales españoles en materia de alimentos, «cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español».
- b) El del Convenio de Bruselas de 1968: establece el siguiente foro especial de competencia: «las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado parte en materia de alimentos, ante el tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos o, si se tratare de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de ésta».

1.- LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA

1.1.- Alcance jurídico de la obligación

Se entiende por alimentos la obligación que un pariente tiene respecto de otro, por sus vínculos familiares, para satisfacer sus necesidades mínimas vitales, personales y patrimoniales.

En Derecho Internacional Privado la obligación alimenticia ha sido objeto de atención, preferentemente, desde la problemática del conflicto de leyes y de los procedimientos tendentes a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones en la materia, estando presente con frecuencia la excepción de orden público.

En España, tras la entrada en vigor de la Constitución, esta institución ha sufrido diversas modificaciones hasta su configuración actual:

Art. 142 Cc. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

Art. 143 Cc. Están obligados recíprocamente a darse alimentos, en toda la extensión que señala el artículo precedente:

- 1º Los cónyuges.
- 2º Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

Art. 144 Cc. La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos, se hará por el orden siguiente:

- 1º Al cónyuge.
- 2º A los descendientes de grado más próximo.
- 3º A los ascendientes, también de grado más próximo.
- 4º A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos.

Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos.

1.2.- Ley aplicable

La norma de conflicto del Art. 9.7º Cc. ha quedado virtualmente sustituida por las normas del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Como particularidad, en los supuestos de alimentos derivados de una situación de separación o divorcio habrá que estar a lo dispuesto en el Art. 107.1º Cc., ya que el Convenio de La Haya de 1973 somete a la ley rectora del divorcio o de la separación la obligación de prestar alimentos derogando en este punto las soluciones generales de este texto.

1.3.- Cooperación internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en el derecho convencional multilateral

1.3.1.- Cooperación internacional en el derecho convencional multilateral

La obligación alimenticia ha sido objeto de especial y eficaz tratamiento en el Convenio de la ONU de 1956 sobre obtención

de alimentos en el extranjero ratificado por numerosos Estados entre los que se halla España.

No utiliza la técnica jurídica de determinación de la ley aplicable o de reconocimiento de decisiones extranjeras, sino que establece un procedimiento peculiar basado en la cooperación de autoridades:

- 1º La autoridad del Estado en que se halla el acreedor recibe la demanda y recaba toda la documentación que el Convenio exige.
- 2º La remite a la autoridad del Estado en que se halla el deudor, la cual realizará las gestiones necesarias para el cumplimiento de la obligación.

1.3.2.- Reconocimiento y ejecución de decisiones en el derecho convencional multilateral

1.3.2.1.- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Convenio de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias

- a) Se aplica a las decisiones dictadas por las autoridades competentes de los Estados parte en materia de alimentos sobre relaciones de familia, parentesco, matrimonio o afinidad.
- b) El término «decisiones» las incluye todas, incluso las transacciones.
- c) Los procedimientos de reconocimiento y ejecución se registrarán por el Derecho del Estado requerido.

1.3.2.2.- Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

Los alimentos son la única materia del derecho de familia que no ha quedado excluida del ámbito de aplicación de este Convenio.

Las personas domiciliadas en un Estado parte pueden ser demandadas en otro Estado contratante en materia de alimentos, ante el Tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos o, si se tratare de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de ésta.

2.- HACIA NUEVAS FÓRMULAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR

2.1.- Derecho internacional privado y protección del menor

La naturaleza jurídica de la figura del menor, diferente de la del incapaz que necesita de una declaración para ser considerado como tal, toma más fuerza en la medida en que es más sujeto activo en las relaciones jurídicas y sociales.

Derechos personales y patrimoniales se entrecruzan y confunden y de ahí que sea cada vez más frecuente la referencia global en la protección internacional del menor.

Existen dos factores que centran básicamente los términos de la cuestión:

- 1.- La protección del menor se desarrolla, en lo esencial, dentro del ámbito familiar.

- 2.- La presencia de los poderes públicos en las tareas protectoras de los menores es creciente por así demandarlo la sociedad.

Todo ello ha producido el surgimiento de un nuevo Derecho de menores cada día más consolidado y que gira en torno al concepto jurídico del interés del menor. No obstante la indeterminación de este concepto jurídico puede producir resultados no deseados, por lo que habrá que aplicarlo en función de los elementos de precisión que el Derecho suministra para cada caso concreto.

La protección de menores en el Derecho convencional:

- a) Convenio de La Haya de 1902 para regular la tutela de menores: primer texto internacional en la materia, establece la ley nacional como punto de conexión para regir la tutela de los menores, pudiendo jugar la ley de la residencia habitual únicamente con carácter subsidiario.

El caso Boll resuelto por el TIJ en 1958 establece dos elementos importantes:

- a) La progresiva e inexorable incidencia de la acción de los poderes públicos en los asuntos relacionados con la protección internacional de menores.
- b) La insuficiente eficacia del método conflictual centrado exclusivamente en la aplicación de la ley nacional del menor.
- b) Convenio de La Haya de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores: fija la competencia de las autoridades administrativas o judiciales del Estado de la residencia habitual del menor.

La novedad principal es que aborda la problemática de la protección de menores con referencia, no sólo a la persona, sino también a sus bienes. Permite a las autoridades del Estado de la residencia del menor adoptar medidas protectoras cuando éste estuviese amenazado de un peligro serio en su persona o en sus bienes.

- c) Convenios de 1980 sobre la protección de los derechos de guarda y visita y los mecanismos tendentes a evitar los desplazamientos ilícitos internacionales de menores:
 - a) Convenio de Luxemburgo del Consejo de Europa relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia.
 - b) Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores.
- d) Convención de Montevideo de 1989 sobre restitución internacional de menores.
- e) Convenio de La Haya de 1993 sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional.
- f) Convención Interamericana de México sobre el tráfico internacional de menores de 1994.

En el ámbito de la UE, aunque aun no se ha adoptado formalmente ningún texto jurídico, tanto el PE como la Comisión han iniciado trabajos que muestran su preocupación por este tema.

Es éste un campo, el de la protección internacional de menores, en que resulta mucho más efectiva la cooperación internacional

entre autoridades administrativas y judiciales que el establecimiento de textos jurídicos materiales.

2.2.- La protección de los derechos de guarda y de visita

En el actual marco sociológico de aldea global en las comunicaciones y los medios de transporte, cada día es más corriente el hecho de que, ante la quiebra del matrimonio o de la patria potestad, a los menores afectados se les retenga o desplace a otro país distinto a aquél en que desarrollaban su vida ordinaria con el fin de lograr el amparo del ordenamiento jurídico del lugar a donde hayan sido desplazados.

Es lo que se conoce como secuestro internacional de menores. La doctrina, en principio, rechaza que se trate este tema por el derecho penal, ya que por tratarse de problemas que normalmente se desarrollan en el ámbito de las relaciones familiares, se trata de buscar soluciones pacíficas a unos conflictos de carácter privado y familiar. Sólo sería aconsejable el tratamiento penal cuando intervengan terceras personas con intereses ajenos al ámbito familiar o cuando los móviles correspondan a lo que ha venido llamándose tráfico internacional de menores.

Uno de los procedimientos para salvaguardar los derechos de los menores ante los desplazamientos ilícitos internacionales en el ámbito de las relaciones familiares es el de dictar normas específicas que faciliten el rápido reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, como por ejemplo lo recogido en el Convenio de Luxemburgo del Consejo de Europa de 1980.

Este Convenio parte de la base de la existencia de una decisión sobre los derechos de guarda o de visita, cuyo cumplimiento se va

a exigir más allá de las fronteras donde fue dictada. Su objetivo último es el de lograr el cumplimiento de la decisión con el consiguiente retorno del menor al lugar donde residía antes del secuestro mediante un exequátur tramitado con la máxima celeridad.

Para los casos en que el secuestro internacional de menores no se produce con infracción de una resolución previa sobre los derechos de guarda o visita se aprobó el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores. Este Convenio define el secuestro como «desplazamiento de un menor fuera del territorio del Estado en que tenga su residencia habitual, o retención del mismo fuera de este territorio por tiempo diferente del establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento en el lugar de la residencia habitual del menor».

Bastará con que la guarda ejercida de forma efectiva sea modificada unilateralmente por alguien para que los mecanismos de protección del Convenio entren en funcionamiento: las autoridades competentes, judiciales o administrativas, con la cooperación de las Autoridades Centrales de los Estados parte ordenarán el retorno inmediato del menor al lugar donde residía en el momento del secuestro, sin entrar a dilucidar acerca del fondo del derecho de guarda, sin necesidad de pasar por el trámite del exequátur caso de que existan decisiones judiciales o administrativas ni aunque se produzcan con posterioridad al secuestro.

Se aplicará el Convenio a todo menor de 16 años que tuviera su residencia habitual en cualquier Estado parte inmediatamente antes del atentado a los derechos de guarda o de visita.

Otros textos internacionales a tener en cuenta son:

- a) Convenio de La Haya de 1993 sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional: fija las garantías para que en las adopciones se respeten los derechos fundamentales de los menores, estableciendo un sistema de prevención de la sustracción, venta y tráfico de menores en general.
- b) Convención Interamericana de México de 1994 sobre tráfico internacional de menores: combina el tratamiento de los aspectos penales con los civiles del tráfico internacional de menores:
 - a) Entiende por tráfico internacional de menores la sustracción, el traslado o la retención de un menor con propósitos o medios ilícitos o la tentativa de alguno de estos actos.
 - b) Instauración de un sistema de cooperación jurídica que consagra la prevención y sanción del tráfico internacional de menores.
 - c) Adopción por parte de los Estados parte de medidas eficaces para prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores y para lograr la pronta restitución del menor víctima del mismo al lugar de su residencia habitual. Se atribuye competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico de menores indistintamente a cualquiera de los Estados conectados con el hecho.
 - d) Establece también toda una serie de medidas civiles.

Aunque la regulación de la protección internacional de los derechos de guarda y visita es casi exclusivamente de tipo con-

vencional, en el derecho interno español también se contemplan algunos aspectos de este tema:

- a) Art. 1901 a 1918 LEC estableciendo un procedimiento específico como medida provisional en relación con los hijos de familia al objeto de dar la mayor celeridad posible a las solicitudes de retorno o sustitución del menor secuestrado.
- b) La Ley de Extranjería (LO 7/1985), así como su Reglamento, establecen una serie de normas y garantías sobre los menores extranjeros en general.

UNIDAD DE RECUPERACIÓN DE MENORES

Q: Que debe hacer si su menor es secuestrado?

A:

1. Si es posible, inmediatamente póngase en contacto con el departamento de policía o alguacil para dar parte acerca del delito. Esto se debe hacer si existen o no órdenes de custodia. Si usted tiene orden de custodia certificada, proporcióneselas al agente investigador al momento de su informe. La agencia policíaca pondrá el nombre de su menor en el sistema NCIC, un archivo nacional que mantiene información crítica sobre menores desaparecidos en los Estados Unidos.
2. Si aun no tiene Orden de Custodia, obténgala. Aun que no se requiere una orden de custodia para reportar un secuestro como delito, el tener una orden de custodia o al menos pedir la custodia en el Juzgado de Relaciones Familiares, puede producir otros recursos que le puedan asistir en localizar y recuperar a su menor. Puede obtener las formas de relaciones familiares tocando aquí o buscando Family Law en el directorio telefónico.
3. Después de archivar su informe inicial, inmediatamente comuníquese con la Unidad Contra Secuestro de Menores de la Oficina del Fiscal del Condado de Riverside, para asistencia adicional. Cualquier persona que busque asistencia tendrá que llenar un cuestionario. Puede obtener el cuestionario de una de las oficinas ubicadas en los sitios siguientes:

Q: Su oficina me puede asistir en obtener una orden de custodia?

A: No, por estatuto la Oficina del Fiscal no representa ni puede representar a los interesados. Usted debe conseguir órdenes de custodia de un tribunal de jurisdicción competente, ya sea con la asistencia de un abogado privado o por su propia cuenta (pro per status). Para proveerle asistencia, El Tribunal Superior del Condado de Riverside ha establecido el Centro de Asistencia de Relaciones Familiares (FLAC) para personas que deseen proceder con una acción por su cuenta. Las oficinas de FLAC están ubicadas en los siguientes edificios de los tribunales:

- **Juzgado de Relaciones Familiares**, 4175 Main Street, Riverside, CA 92501 (951) 955-1940.
- **Centro de Justicia Southwest**, 30755-D Auld Road Murrieta, CA 92563 (951) 304-5100.
- **Juzgado de Relaciones Familiares de Hemet**, 880 N. State Street Hemet, CA 92543 (951) 766-2525.
- **Juzgado de Relaciones Familiares de Indio**, 46-200 Oasis Street Indio, CA 92201 (760) 863-8209.

Q: Un pariente puede secuestrar a su menor?

A: Si! De hecho, la mayoría de los secuestros son cometidos por la madre, padre, abuelos o otro pariente. Si un padre se lleva al menor y se lo esconde a quien tiene derecho de custodia, está cometiendo un delito. El Código Penal del Estado de California, sección 278.5 prohíbe: encubrir, detener, llevar o atraer a un menor, con el motivo de privar a la persona que tiene derechos legales a custodia o derechos de visitación. Esta sección aplica a

los padres, abuelos, ó otra persona con derechos hacia la custodia que esconde al menor. El castigo por cometer este delito es un máximo de tres años de prisión y una multa de \$10,000.00. Una orden de custodia no es necesaria para que ocurra un secuestro.

Q: Hay excepciones al secuestro de menores?

A: Si, un menor puede ser encubierto, detenido, o llevado infringiendo una orden de custodia o visitación si con buena fe y creencia razonable que tal menor, si se dejara con la otra persona, sufriría lesiones corporales o emocionales. Sin embargo, si el menor no es llevado bajo esta excepción, usted DEBE llamarle a La Unidad Contra Secuestro de Menores de la Oficina del Fiscal inmediatamente. La Unidad Contra Secuestro de Menores iniciará una causa de “Buena Fe” para asegurarse que los procedimientos resumidos en la Sección 287.7 del Código Penal son cumplidos.

Q: La Oficina del Fiscal de Riverside solo cumple órdenes emitidas por el Tribunal Superior de Riverside?

A: No, nuestra oficina puede hacer cumplir órdenes emitidas por otros tribunales con tal que sean órdenes de custodia válidas. El criterio verdadero para que nosotros lo apoyemos, es si la persona que busca nuestra asistencia para hacer cumplir su orden de custodia es residente del Condado de Riverside. Por ejemplo, nuestra oficina puede asistir a los residentes del Condado de Riverside aun si la orden es de otro condado cercano. Si un residente de otro condado se comunica con nosotros con una orden de custodia del Condado de Riverside, nosotros lo dirigimos a la unidad contra secuestro de menores del condado del cual esta persona es residente. El factor más importante en decidir jurisdicción es donde vive la persona que busca nuestro apoyo.

Q: Su oficina me puede apoyar si mi menor fue secuestrado a otro país?

A: Sí, El Trato sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores acordado en la Convención de La Haya es un trato que fue firmado por más de 50 países para expedir el retorno de menores secuestrados por un pariente a otro país. La solicitud Haya, al completarse, es enviada al país extranjero donde el menor o los menores han sido localizados. Esto empieza el proceso que eventualmente termina con una audiencia en ese país para determinar si los menores deben regresarse a su lugar de residencia habitual. El tribunal del país extranjero no determina los derechos de custodia o visitación. El propósito de la audiencia es estrictamente jurisdiccional, o sea, si el menor pertenece a ese país. La Unidad Contra Secuestro de Menores estará al tanto de los procedimientos Haya y le facilitará al padre el retorno del menor.

**Otros recursos que ayudan a resolver
casos de secuestro parental internacional**

A medida que avance por los sistemas de justicia civil y penal para localizar a su hijo, reanudar la custodia o concertar visitas, debe ser consciente de que tal vez haya otros recursos que le pueden ayudar a alcanzar su meta. En particular, este capítulo describe los siguientes:

- El Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados (NCMEC) y el Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados (ICMEC).
- Grupos de defensa familiar.

- Medios informativos.
- Funcionarios electos.
- Embajadas de países extranjeros.
- Organizaciones de derechos humanos.
- Amigos y familiares.
- Corporaciones internacionales.

Lo que estos recursos tienen en común es la capacidad de elevar el perfil de su caso, lo cual, llegado el momento, puede conducir a una solución.

Preguntas frecuentes

- ¿Cómo le puede ayudar el Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados?
- ¿Qué es el Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados y cómo puede ayudarle?
- ¿Hay grupos familiares de defensa que trabajen a favor de los menores víctimas de un secuestro internacional?
- ¿Cómo pueden ayudar los medios de comunicación: televisión, radio, periódicos y revistas?
- ¿Cómo pueden ayudarle los funcionarios electos?
- ¿Cómo puede acceder al sitio Web del Departamento de Estado y qué información contiene sobre el secuestro parental internacional?
- ¿Pueden ayudar las embajadas y consulados en el extranjero?

- ¿Cómo pueden ayudar los familiares y amigos del secuestrador?
- ¿Pueden ayudar las compañías de EE.UU. que operan en el país extranjero?
- ¿Pueden ayudar las leyes y las organizaciones de derechos humanos?

¿Cómo puede ayudarle el Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados?

La División Internacional del NCMEC brinda una gama de servicios a padres, abogados, oficiales y agencias de la ley, organizaciones no lucrativas de niños desaparecidos, y a otros individuos interesados en los casos de secuestro parental internacional. El Centro:

- Tiene un teléfono de emergencia gratuito para padres de menores secuestrados (que pueden llamar para registrar sus casos y pedir ayuda) y para la gente que tiene información que aportar sobre un menor secuestrado. La línea telefónica funciona las 24 horas del día, todos los días del año. Llame al número gratuito o local del NCMEC y pida que le comuniquen con la División Internacional.
- Provee asistencia técnica, referencias, redes de relaciones y otros recursos a las organizaciones pertinentes en Estados Unidos y otros países, sobre casos de secuestro internacional de menores.
- Ayuda a los padres a anotar sus datos en las solicitudes de La Haya para los casos de salida bajo esta convención (es decir, los menores llevados de Estados Unidos a países que

son parte de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores).

- Atiende las solicitudes en los casos de entrada de La Haya (es decir, de menores secuestrados a Estados Unidos) en nombre de la Autoridad Central de EE.UU.
- Mantiene la Red de Abogados contra el Secuestro Internacional de Menores (ICAAN) para ayudar a los padres a obtener representación legal gratuita o a precio módico para los casos de La Haya traídos a este país. Aunque la red de ICAAN no incluye de modo formal abogados de otros países, la ICAAN puede dar a los padres referencias de abogados extranjeros o de fuentes de referencia en otros países.
- Confirma, pero no hace entradas en el NCIC-MPF (Archivo de Personas Extraviadas del Centro Nacional de Información Criminal) acerca de los niños secuestrados que están perdidos.
- Administra el Programa de Viajes para la Reunificación de Víctimas, un proyecto cooperativo con la Oficina para Víctimas del Crimen y la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia del Departamento de Justicia, que ayuda a financiar viajes internacionales para reunificar a padres que no disponen de medios económicos para recuperar a sus hijos.
- Ayuda a enviar a la red de radio mundial Voice of América casos apropiados para que ésta los transmita a muchos países como parte del programa de alerta de la Voice of América.

- Forma redes de oficiales de la ley que investigan casos acerca de un mismo país o región. El NCMEC está enlazado también con 50 centros estatales de información de Estados Unidos sobre niños desaparecidos, las oficinas generales de INTERPOL en Francia, la Real Policía Montada de Canadá, Scotland Yard en el Reino Unido, la Gendarmerie de Bélgica, la Politie en los Países Bajos, la División de Inteligencia Criminal en Australia, y otros.
- Forma redes de padres cuyos hijos se encuentran en el mismo país.
- Mantiene un sitio Web (www.missingkids.com/) que muestra información y publicaciones sobre el secuestro parental internacional. El portal presenta también fotos de menores secuestrados en los Estados Unidos, según se cree, están en otros países.
- Recolecta y distribuye la información más actualizada sobre la prevención del secuestro parental hacia países signatarios y no signatarios de La Haya; y provee asistencia técnica sobre las mejores prácticas para la prevención del secuestro parental.

¿Qué es el Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados y cómo puede ayudarle?

El ICMEC fue fundado en 1999 como una organización de defensa temática. No se ocupa de casos individuales.

Las metas del Centro son:

- Ofrecer una respuesta internacional coordinada al problema de los menores desaparecidos y explotados.

- Formar una red mundial basada en Internet para difundir imágenes de menores desaparecidos e información sobre ellos.
- Ampliar los recursos de capacitación y respaldar reformas mundiales para proteger a los niños desaparecidos y secuestrados.
- Llegar a ser el líder reconocido a favor de los menores que son víctimas internacionales.

Al mes de junio de 2001, 10 países estaban conectados oficialmente en línea con el ICMEC, incluido Estados Unidos:

- Argentina: ar.missingkids.com (Policía Federal Argentina).
- Australia: au.missingkids.com (Unidad Nacional de Personas Extraviadas en la Australian Bureau of Criminal Intelligence, Canberra).
- Bélgica: be.missingkids.com (Child Focus, Bruselas).
- Brasil: br.missingkids.com (SOS Criança, Brasilia y Sao Paulo).
- Canadá: ca.missingkids.com (Royal Canadian Mounted Police).
- Chile: ch.missingkids.com (Policía de Investigaciones de Chile, Santiago).
- Estados Unidos: sitio Web del NCMEC, www.missingkids.com.
- Italia: it.missingkids.com (Criminalpol, Direzione Centrale Polizia Criminale, Roma).

- Países Bajos: nl.missingkids.com (Divisie Centrale Recherche Informatie, Zoetermeer).
- Reino Unido: uk.missingkids.com (New Scotland Yard, Policía de Londres y Hertfordshire).

¿Hay grupos familiares de defensa que trabajen a favor de los menores víctimas de un secuestro internacional?

Sí. Además del ICMEC y la División Internacional del NCMEC, varios grupos familiares de defensa y organizaciones sin fines de lucro trabajan para elevar el grado de conciencia sobre el rapto parental internacional y lograr el regreso de los menores a Estados Unidos. Si desea una lista de esas organizaciones, contacte a la Asociación de Organizaciones para Menores Desaparecidos y Explotados.

Los grupos de defensa presionan por la resolución de casos individuales y por una legislación, en Estados Unidos y en el exterior, para que el secuestro parental internacional sea un tema prioritario.

¿Cómo pueden ayudar los medios de comunicación: televisión, radio, periódicos y revistas?

La cobertura de estaciones de radio y televisión, periódicos y revistas, puede elevar en forma decisiva el perfil de un caso de secuestro parental internacional. La amplia difusión y publicación de la foto de su hijo y la información sobre el caso pueden redituar pistas concretas para la localización del menor. Esa publicidad puede alentar también a funcionarios públicos para que actúen a favor de su hijo.

Pero la cobertura en los medios no es adecuada para todos. Usted debe evaluar si la publicidad es apropiada en su situación. Considere las opiniones de dos padres que buscan a sus hijos:

- Los medios son muy importantes. ¿Por qué? El número de personas que ven las noticias y leen periódicos es mucho mayor que el de los que leen volantes sobre niños perdidos.... En todo momento hay una asamblea abierta de funcionarios municipales: preséntese en ellas. Relate su caso porque los medios suelen cubrir esas reuniones. Mientras más atención reciba, tanto más posible será que se entere alguien que tal vez sepa algo o que esté en condiciones de ayudar. —Ray Morrison
- Considere su situación individual: ¿podrían tener los medios un efecto adverso en la recuperación de su hijo o en sus relaciones con él? No se deje presionar por nadie para que se exponga en los medios si cree que eso tendrá un efecto negativo. —Terri Beydoun.

Si piensa buscar la exposición en los medios en un caso que está bajo la investigación de los oficiales de la ley, comente sus intenciones con el investigador. Asegúrese de que la exposición en los medios no va a interferir con la investigación. A diferencia de un caso de rapto por un extraño, en un secuestro parental se conoce al sospechoso y las autoridades ejecutoras de la ley suelen tener muchas pistas y otros contactos para explorar. La publicidad en un momento inoportuno puede poner en peligro la investigación.

Cuando contacte a los medios, lleve consigo copias de fotos recientes de su hijo y del secuestrador. Indique el número de cualquier orden de detención penal que exista contra el secuestrador y los teléfonos de los oficiales de la ley locales. Identifique a los

políticos que trabajan a favor de su caso, para que puedan ser entrevistados.

Si se ignora el paradero de su hijo, trate de lograr cobertura en los medios de muchos países o en cadenas de medios de alcance mundial, como la CNN. Pida al NCMEC que envíe el nombre de su hijo a la Voice of America, que transmite boletines de alerta en muchos países sobre menores desaparecidos. Si concreta su búsqueda a un sólo país, trate de que los medios de esa nación se interesen por la historia de su hijo.

Resolución de problemas: Si desea atraer la atención de los medios y no lo logra, contacte al centro estatal de información de menores desaparecidos o a una organización para menores desaparecidos y pida su ayuda. Si se ha emitido una orden de detención penal contra el secuestrador, el NCMEC le podrá ayudar con los medios.

¿Cómo pueden ayudarle los funcionarios electos?

Los funcionarios electos no pueden lograr directamente el retorno de su hijo, ni tampoco controlan las resoluciones de los tribunales de Estados Unidos o del extranjero en casos de custodia, visitas o secuestro. Lo que ellos pueden hacer es dar más notoriedad a su caso y eso puede producir los resultados que usted desea. Por ejemplo:

- Pueden hacer encuestas e intervenir a su favor.
- Pueden promulgar leyes para mejorar la gestión y la respuesta en casos de secuestro parental internacional. Por ejemplo, el Congreso promulgó una legislación (Sección 2803 de la Ley Pública 105-277, la Ley General de Apropiações Consolidadas y Complementarias de Emergencia de 1998)

que obliga al Departamento de Estado a presentar informes anuales del grado en que cada país cumple con la Convención de La Haya. Los informes de cumplimiento no sólo alertan a los padres sobre los países problema, sino también apoyan al Departamento de Estado en sus intentos de que esas naciones mejoren su desempeño.

- Pueden convocar a audiencias de supervisión sobre los temas e inquietudes en torno al secuestro parental internacional.

Si tiene dificultades en la localización y recuperación de su hijo perdido, contacte con sus funcionarios electos para ver si pueden ayudarle.

Presioné sin cesar al gobierno federal para que interviniera. Habían pasado cuatro años desde que mi hija fue secuestrada, cuatro años en que no obtuve respuesta directa de la Embajada de EE.UU. en Beirut, Líbano. Ninguna de las cartas que les envié fue respondida nunca, hasta que el senador Jesse Helms le escribió al embajador estadounidense y pidió su colaboración a mi favor. En esa época, la familia en Líbano no había cumplido su promesa de dejarme ver a mi hija. Después de la carta del senador Helms, un empleado de la Embajada llamó a mi ex cuñada y le recordó que, bajo la ley libanesa, yo tenía garantizado ese derecho. En unos cuantos días más pude ver a mi hija.

Terri Beydoun

¿Cómo puede acceder al sitio Web del Departamento de Estado y qué información contiene sobre el secuestro parental internacional?

Vaya a www.travel.state.gov y haga clic en “Internacional Parental Child Abduction”. Allí encontrará la siguiente información:

- Oficina de Asuntos del Menor.
- División de responsabilidades de la OCI (una lista del personal y los países que abarca).
- Folleto sobre el secuestro parental internacional de menores.
- Solicitud de ayuda bajo la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores.
- Texto de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores.
- Legislación: Ley de Remedios para el Secuestro Internacional de Menores (ICARA).
- Lista de los países que participan en la Convención de La Haya sobre el Secuestro de Menores.
- Ley familiar islámica.
- Programa de Alerta de Emisión de Pasaportes de Menores.
- Informe: De la Biblioteca de Derecho del Congreso para el Comité de Relaciones Exteriores del Senado sobre la operación de la convención de La Haya en otros [25] países, octubre de 2000.

- Informes (de 2001, 2000 y 1999) sobre el grado de acatamiento de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores.
- Testimonio del Congreso: Declaración de la Subsecretaria de Estado Mary A. Ryan ante el Comité de Relaciones Internacionales de la Cámara de Representantes de EE.UU., sobre la implementación de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, 14/10/99.
- Educación judicial sobre el secuestro parental internacional de menores.
- Volantes sobre secuestro para países específicos.
- Enlaces con INTERPOL, el FBI, el NCMEC y la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

¿Pueden ayudar las embajadas y consulados en el extranjero?

Si su hijo es llevado a un país signatario de la Convención de La Haya, lo más probable es que, para resolver el caso, usted dependa de dicha convención y de las autoridades centrales de EE.UU. y extranjeras que la administran. Si su hijo está en un país no afiliado a La Haya, considere la opción de contactar a la embajada o consulado de dicho país para pedir ayuda. Tenga presente que nada es convencional cuando trata con países no afiliados a La Haya acerca de la recuperación de su hijo. En muchos de esos países, el secuestro de un hijo se considera como un asunto de custodia y no como un delito. Tal vez le adviertan que no rapte al hijo secuestrado, porque eso sí se convertiría en

asunto criminal. Trate de explicar que intenta establecer comunicación con su hijo por el bien del menor. Los funcionarios de la embajada pueden ser comprensivos y tal vez le ayuden a hallar soluciones creativas.

Trate de establecer una relación con personal de la embajada que representa al país donde su hijo reside. Después de cuatro años de no tener contacto con mi hija, me concedieron una entrevista personal con representantes de la embajada del Líbano. Aunque el secuestro de mi hija no se consideraba un asunto penal, el Embajador sugirió que las autoridades libanesas investigaran a la familia con la que vive mi hija y la alentaran a permitir que yo la viera. El Embajador agregó que si eso no daba resultado, él mismo trataría de contactar a una organización de mujeres musulmanas cuyos esposos son miembros del Parlamento. Ellos podrían estar dispuestos a presionar a la familia para que me dejara visitar a mi hija. Les tuve que garantizar que yo no trataría de secuestrarla. La intervención de la Embajada puso a la familia en una situación difícil, pero les permitió mantener el decoro sin ser vistos como delincuentes.

Terri Beydoun

¿Cómo pueden ayudar los familiares y amigos del secuestrador?

Los parientes y los amigos del raptor pueden ayudar en dos formas importantes. Primera, pueden tener información sobre la localización de su hijo (vea el capítulo 3) y, segundo, pueden servir de enlace entre usted y el secuestrador o entre usted y su hijo.

Agradezca a la suerte si usted está en buenos términos con las personas que forman la cadena de apoyo del secuestrador. Si

no es así, los intentos de comunicarse con ellos pueden ser agotadores. Tal vez reciba usted insultos y le acusen de no haber cumplido su deber con su hijo. Trate de hacer caso omiso a esos ataques. No se desvíe de su meta de recobrar o restablecer el contacto con el menor.

Persevere en sus intentos de comunicarse con su hijo. Pueden rendir frutos con el paso del tiempo. Soporté que me gritaran los parientes de mi hija, que me amenazaran que nunca volvería a verla o a hablar con ella y que colgaran bruscamente el teléfono. Los seguí llamando, enviándoles cartas y agradeciendo que cuidaran a mi hija. Ahora puedo llamar a mi hija y hablar largamente con ella.

Terri Beydoun

¿Pueden ayudar las compañías de EE.UU. que operan en el país extranjero?

Si el secuestrador o sus parientes tienen algún tipo de relación con una compañía de EE.UU. que opere en el país extranjero, tal vez le convenga pedir a esa empresa que trate de convencer al raptor de que devuelva al niño. Ésta es una opción remota en la lista para “no dejar piedra por mover”.

¿Pueden ayudar las leyes y las organizaciones de derechos humanos?

Tal vez. Alegar presuntas violaciones a los derechos humanos como resultado del secuestro es otra opción a largo plazo para intentar el retorno del menor. Consulte a un abogado del país extranjero para evaluar si vale la pena comprometer recursos en este tipo de intentos.

PUNTOS CLAVE

- “No deje piedra por mover” en su intento de recuperar a su hijo o restablecer el contacto con él.
- El Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados y el Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados son dos excelentes recursos en los casos de secuestro parental internacional.
- Los grupos de defensa familiar y las organizaciones no lucrativas pueden ser voceros eficaces para su hijo y, en general, para los menores víctimas del secuestro parental internacional.

- La cobertura en los medios de comunicación de Estados Unidos y el extranjero puede dar más notoriedad su caso y tal vez ayude a la solución.
- Sus funcionarios elegidos pueden ser abogados eficaces a favor de su hijo. Ellos pueden hacer pesquisas individuales en torno a su caso y patrocinar legislación para mejorar la respuesta y el manejo de los casos de secuestro parental internacional.
- Los gobiernos extranjeros pueden ser posibles fuentes de ayuda.
- Las leyes y las organizaciones de derechos humanos pueden actuar en favor de los menores secuestrados.
- Tal vez logre usted convencer a parientes y amigos del secuestrador que sean comprensivos y le ayuden a reanudar el contacto con su hijo o sean mediadores para la resolución del conflicto.
- Las compañías de EE.UU. que operan en el exterior pueden convencer a los empleados que tienen relación con el niño secuestrado para que ejerzan su influencia sobre el secuestrador a fin de llegar a una solución.

SECUESTRO DE MENORES

SUSTRACCIÓN DE MENORES SECUESTRO DE NIÑOS

El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz.

Ley Orgánica 9/2002, del 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

El artículo 225 bis del Código Penal modificado por la ley citada, señala:

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.
2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:
 1. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2. La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.
3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.
4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.

El artículo 103 del Código Civil modificado por la ley citada dice:

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a. Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b. Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c. Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

El No. 3 del artículo 158 del Código Civil dice:

3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:
 - a. Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
 - b. Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
 - c. Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

1. PRESENTACIÓN

España es parte de tres convenios internacionales relativos a los mecanismos jurídicos que pueden utilizarse cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside habitualmente, o bien cuando se impide a uno de los progenito-

res ejercer un derecho de visita respecto de su hijo, cuando éste reside en otro país.

El Ministerio de Justicia de España, será competente en todos aquellos casos en los que el país dónde se encuentra el menor, sea parte de alguno de los siguientes convenios.

2. CONVENIOS APLICABLES

1. Convenio de La Haya nº XXVIII, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, del 25 de octubre de 1980 (BOE 24.8.1987).

Este Convenio establece que si un niño menor de 16 años es trasladado de su residencia habitual a otro país, violando un derecho custodia atribuido a una persona o a una institución, el menor debe regresar al Estado de residencia habitual, siendo el competente para decidir sobre su guardia y custodia el Juez de dicho Estado.

Por otro lado, si uno de los progenitores sólo tiene atribuido un derecho de visita, el Convenio exigirá que el padre o la madre que se ha trasladado con el menor respete dicho derecho.

2. Convenio del Consejo de Europa sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, de 20/5/80. (BOE 1-9-1984).

Este Convenio, conocido como Convenio de Luxemburgo, permite que una sentencia dictada en un Estado parte, pueda ser reconocida y ejecutada, en el Estado donde un niño ha sido trasladado ilícitamente, o en el que se niega el desarrollo del derecho de visita. Frente a un exequátur normal, este Convenio permite que el

reconocimiento y ejecución se lleven a cabo con mayor rapidez y sin las formalidades que se exigen en el procedimiento general.

3. Convenio con Marruecos sobre asistencia judicial reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores de fecha 30/05/1.997 (BOE 24/6/97 y 25/6/99).

Este es el único Convenio bilateral que existe en la actualidad sobre esta materia, y abarca los objetivos de los anteriores convenios.

3. ¿CÓMO SOLICITAR EL DERECHO DE VISITA O LA RESTITUCIÓN DE UN MENOR?

1. Se podrá solicitar la restitución o un derecho de visita, cuando el país en dónde el menor se encuentre sea parte de alguno de los convenios internacionales antes citados.
2. No es precisa la asistencia de un abogado o procurador, el propio interesado puede presentar la solicitud.
3. Se presentará la solicitud mediante un formulario estándar aceptado por los países parte del Convenio.
4. El formulario de solicitud se debe cumplimentar de forma clara, en español o bien si se conoce, en el idioma del país donde se encuentra el menor.
5. La solicitud ha de dirigirse al Ministerio de Justicia, Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, Subdirección General de

Cooperación Jurídica Internacional, Servicio de Convenios.
C/San Bernardo 62. Madrid 28071. Fax 913904457

6. La existencia de un procedimiento judicial en España o su inicio, es independiente de esta solicitud.
7. El tiempo es un factor clave, por lo que debe solicitarse cuanto antes.

4. DOCUMENTACIÓN QUE SE DEBE PRESENTAR.

A) Restitución.

1. Formulario de restitución.
2. Certificado de nacimiento del menor/es.
3. Decisión judicial en donde se atribuya al solicitante la custodia (si existe).
4. Fotografía del menor y del progenitor que realizó el traslado ilícito.
5. Documentos que demuestren que el menor residía habitualmente en España (p.ej. notas escolares, reconocimientos médicos, etc.).

B) Derecho de visita.

1. Formulario de derecho de visita.
2. Certificado de nacimiento del menor/es.
3. Decisión judicial en donde se atribuya al solicitante un derecho de visita (si existe).
4. Fotografía del menor y del progenitor que realizó el traslado ilícito.

5. ACTUACIÓN DE LA DIRECCION GENERAL DE POLITICA LEGISLATIVA Y COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL COMO AUTORIDAD CENTRAL.

La Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia es la Autoridad Central encargada de la aplicación de los tres Convenios señalados.

Su misión es la de tramitar tanto las solicitudes que se dirijan al exterior como las solicitudes que desde el exterior se presenten cuando un menor es trasladado o retenido ilícitamente en España.

1. En cuanto a su actuación como autoridad requirente, una vez se recibe la solicitud de restitución o de ejercicio de un derecho de visita, en relación con un menor que se encuentra en un país que es parte del Convenio en cuestión, se traducirá la documentación necesaria y se enviará a la Autoridad Central dicho país.

La Autoridad Central a la que se remite la solicitud se encargará ya sea directamente o a través de otras autoridades competentes, de localizar al menor, intentar en algunas ocasiones, un arreglo amistoso y cuando esto no sea posible, iniciar un procedimiento judicial solicitando la restitución del menor a España o la protección y garantía de un derecho de visita.

Todas estas actuaciones son gratuitas, aunque se debe señalar que algunos países han establecido una reserva a esta regla general (p.ej. Argentina, Alemania, EE.UU.). En esos casos el solicitante deberá asumir los gastos del abogado que lleve el asunto, salvo que aportando documentos que prueben la ausencia de medios económicos, se le conceda asistencia jurídica gratuita.

La Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, como autoridad requirente, hará un seguimiento de las actuaciones que se lleven a cabo en el extranjero y mantendrá informado al solicitante.

2. Como autoridad requerida, se tramitarán las solicitudes de restitución o de derecho de visita respecto de menores trasladados o retenidos ilícitamente en España. Se procederá al examen y traducción de la documentación recibida y con la colaboración de la Dirección General de la Policía a la localización del menor.

Una vez localizado el menor se iniciará el procedimiento judicial previsto en los artículos 1901 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicitando el retorno del menor o el ejercicio de un derecho de visita. El solicitante será representado ante el Juez español por el Abogado del Estado de la provincia donde se encuentre el menor, salvo que el solicitante opte por un abogado particular, en cuyo caso la Autoridad Central española prestará únicamente su asesoramiento.

6. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25/10/80.

La mayor parte de las solicitudes que se reciben en este Ministerio se tramitan en base a este Convenio del que España es parte desde 1987.

Su objetivo, es el de evitar que mediante el traslado de un menor a otro país, se altere el foro competente para decidir sobre la custodia de dicho menor.

Se parte de la premisa básica de que el juez competente para decidir sobre la custodia del menor es el del país donde éste reside habitualmente. Esto supone que cuando el niño es localizado en otro Estado y se solicita su restitución, el juez que debe ordenar el retorno del menor no debe entrar a valorar cuestiones de fondo, sino que debe limitarse a comprobar si se dan las circunstancias para considerar el traslado o retención como ilícitos, de conformidad con el Convenio.

No obstante esta regla general tiene una serie de excepciones, que se recogen en el artículo 13 del Convenio.

El factor tiempo es clave, dado que una vez que transcurre un año desde que se produjo el traslado, el Juez del país de acogida no ordenará la restitución si se demuestra que el menor ha quedado integrado en el nuevo medio.

En cuanto al concepto de residencia habitual, el Convenio no lo define. En el Informe Explicativo de la Profesora Elisa Pérez Vera, se señala que es una cuestión de hecho que se deja sin definición para que sea valorado en el caso concreto. La jurisprudencia viene entendiendo que será el lugar donde el menor tenga su centro de vida, en base a circunstancias objetivas.

Finalmente, debe destacarse que la sustanciación en España de un proceso civil sobre el régimen de custodia del menor es independiente de la tramitación del Convenio. Esto significa que puede solicitarse la restitución o el derecho de visita desde un primer momento. El Convenio considera ilícito el traslado de un menor sin el consentimiento de aquel que tenga su guardia, este sería ya el caso de patria potestad compartida, sin resolución judicial al respecto.

7. DIRECCIONES EN INTERNET PARA CONOCER LOS PAISES EN LOS QUE LOS CONVENIOS SON APLICABLES.

A través de las páginas web del Consejo de Europa y de la Conferencia de La Haya, se puede acceder a una lista actualizada de los Estados que son parte de los Convenios señalados:

Consejo de Europa: <http://www.coe.fr/index.asp> Conferencia de La Haya: <http://www.hcch.net/>

PROYECTOS NACIONALES

Argentina

Art. 1º. Objeto.- El proceso tiene por objeto determinar si ha existido traslado o retención ilícita de un menor, esto es, cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente a padres, tutores o guardadores o a cualquier institución u otro organismo, de acuerdo con el derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y cuando este derecho se ejercía en forma efectiva.

Art. 2. Requisitos de admisibilidad de la petición.- El peticionante deberá acreditar la verosimilitud de su derecho, demostrando sumariamente en el escrito inicial, por el medio de prueba que estime pertinente, que se encuentra en ejercicio de la guarda o custodia.

Si fuesen necesarias declaraciones de testigos, éstos podrán firmar el escrito de solicitud y ratificado ante el tribunal, salvo que exista certificación judicial o notarial de sus firma.

Art. 3º. Derecho aplicable.- En el procedimiento serán aplicables las disposiciones de la Constitución Nacional de la República Argentina de 1994, los Tratados internacionales que en materia de restitución internacional de menores hayan sido ratificados 'por Argentina, la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. En dicho procedimiento tendrá aplicación supletoria la ley provincial 7676 y, el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba.

Art. 4º. Competencia.- Son competentes los jueces de Familia de la circunscripción territorial que corresponda.

Art. 5º. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba es el órgano de grado que entiende en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada.

Art. 6º. Principios generales.- En el proceso rigen los principios de inmediatez, conciliación, oficiosidad, economía procesal, abordaje interdisciplinario y de cooperación jurídica internacional. En todas las medidas concernientes a los niños una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Art. 7º. Medidas cautelares.- Durante la tramitación del proceso se podrá disponer la prohibición de salida del país y la adopción de medidas de resguardo del menor a fin de evitar su traslado a otro lugar. Asimismo, será posible ordenar la retención del pasaporte del menor/ niño.

Art. 8. Plazos.- Todos los plazos son de carácter perentorios fatales.

Art. 9. Legitimación activa.- Son titulares de la pretensión los padres, guardadores, institución o cualquier otro organismo que sea titular del derecho de guarda o custodia según el derecho de residencia habitual del menor.

Art. 10. Participantes.- Son parte en el proceso de restitución internacional, el Ministerio Fiscal, el Ministerio Pupilar y el Defensor del niño.

Art. 11. Derecho del menor.- El niño, niña o adolescente tiene derecho a participar en el juicio asistido por letrado y a ser

oído por la autoridad competente con la intervención de Equipos interdisciplinarios, cuando haya alcanzado una edad y madurez suficientes como para tener en cuenta sus opiniones.

Art. 12. Procedimiento.- Presentada la demanda, el Tribunal citará y emplazará al demandado para que en el plazo de cinco días comparezca, conteste la demanda y, en su caso, oponga excepciones. Con la demanda y contestación, debe acompañarse toda la prueba de que las partes hayan de valerse bajo pena de caducidad.

No se admitirá la reconvencción ni excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Art. 13.- Si el demandado no se opusiere ni dedujere excepciones, se despachará, sin más trámite, mandamiento de restitución.

Art. 14. Oposición de excepciones.- La defensa del demandado deberá realizarse en escrito fundado en el que deberá acompañarse toda la prueba de que haya de valerse. Es válida la oposición cuando se exprese y demuestre que: a) la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable; c) se compruebe que el propio menor con edad y grado de madurez suficiente para tener en cuenta su opinión se exprese de forma contraria a la restitución.

Asimismo podrá denegarse la restitución cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado

requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Art. 15. Traslado.- Admitida las excepciones, se correrá traslado al peticionante por el término de cinco días.

Art. 16. Audiencia.- Trabada la litis, se convocará a una audiencia de trámite oral que será fijada dentro de los cinco días, a la que deberán concurrir personalmente las partes, el Fiscal, el Asesor de Familia y el Defensor del menor. El juez, en forma oral y privada, procurará el avenimiento de las partes. Producida la conciliación, se hará constar sus términos en acta la que deberá ser homologada por el Juez. En caso contrario, el magistrado fijará los puntos del debate y proveerá el diligenciamiento de la prueba ofrecida por las partes, rechazando in limine toda prueba manifiestamente inadmisibles, inconducente, impertinente o que implique cambios de la acción entablada. La resolución que admita o deniegue el despacho de diligencias probatorias no será recurrible.

Art. 17. Sentencia.- Recepcionada la prueba, se dictará sentencia en el plazo de cinco días; la decisión será apelable con efecto suspensivo ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba.

El juez no podrá pronunciarse sobre los derechos de custodia o guarda del menor/niño, siendo esta materia de competencia de la autoridad judicial de la residencia habitual del menor/niño.

Art. 18. Apelación.- El recurso de apelación deberá ser interpuesto dentro de los tres días. Se sustanciará con un traslado por idéntico plazo que se correrá a las partes, al Ministerio Público Fiscal, al Ministerio Pupilar y al Defensor del niño, niña o ado-

lescente. La alzada deberá dictar resolución dentro del plazo de cinco días.

Art. 19. *Visitas.*- La solicitud que tenga por finalidad hacer efectivo el régimen de contacto con el menor, se sustanciará por el mismo procedimiento establecido en la presente ley.

Art. 20: *De forma*

AUTORAS

Dra. GRACIELA TAGLE DE FERREYRA

Juez de Primera Instancia del Juzgado de
Familia de Tercera Nominación en Córdoba Capital

Juez de Enlace de la República
Argentina para la Conferencia de La Haya.

Dra. ANGELINA FERREYRA DE DE LA RUA

Profesora titular de Teoría General del proceso de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.

Profesora titular de la Cátedra Teoría General del Proceso, en la
Escuela de Derecho de la Universidad Empresarial Siglo 21.

Dra. AMALIA URIONDO DE MARTINOLI

Profesora de Derecho Internacional Privado
de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.

Profesora de Derecho Internacional Privado en la Escuela de
Derecho de la Universidad Empresarial Siglo XXI

México Adicionar al LIBRO CUARTO del Código Federal de
Procedimientos Civiles un capítulo que por su orden quedaría
como sigue:

CAPÍTULO VII

De la Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Artículo 578. Inmediatamente que el Tribunal reciba de la Autoridad Central una solicitud de restitución de menores trasladados o retenidos ilícitamente en nuestro país, para garantizar su restitución inmediata al Estado en que tenga su residencia habitual, ajustándose a las disposiciones contenidas en LIBRO SEGUNDO, Título Cuarto, Capítulo Único de éste Código:

- I. Como medida precautoria decretará el aseguramiento del menor quien quedará resguardado en la institución que para ello designe.
- II. Citará para dentro de los tres días siguientes a una audiencia en la que, escuchará al menor, al sustractor y al requirente en caso de que asista.

En esta audiencia el Juez, tratará de conseguir la restitución voluntaria del menor o facilitar una negociación amigable.

En esta audiencia el Juez, tratará de conseguir la restitución voluntaria del menor o facilitar una negociación amigable.

- III. Si se opusiere alguna de las excepciones previstas en los artículos 13 y 20 de la Convención, se sustanciará incidentalmente en los términos del LIBRO SEGUNDO, Título Segundo, CAPÍTULO Único de este Código.
- IV. Al resolver la oposición, la autoridad judicial decretará o denegará, según sea el caso la restitución del menor.
- V. Contra la resolución que decrete la restitución del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, no habrá

recurso alguno y contra la que lo deniegue procederá el de apelación en Ambos Efectos.

Para obsequiar la Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores a la vez, se sugiere modificar el nombre del CAPÍTULO 11 del LIBRO CUARTO y el artículo 551 de la Legislación Procesal en estudio, debiendo quedar:

CAPÍTULO II

De las Solicitudes, Exhortos o Cartas Rogatorias Internacionales

Artículo 551. Las solicitudes, exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agente diplomáticos o por la autoridad competente del Estado requirente o requerido según sea el caso.

Autor: Maestro Dionisio Núñez Verdín.

Juez Tercero Familiar de Primera Instancia del Primer Partido Judicial del Estado de Jalisco.

Panamá

Luego de la lectura del anteproyecto de Ley, tengo a bien señalar que en la República de Panamá existe actualmente un anteproyecto de Ley de Protección Integral que desarrolla por primera vez una Restitución Internacional para atender judicialmente las solicitudes de los Estados Requirientes, que comprende nueve artículos que en su tenor procedo a transcribir:

Sección IV. Restitución Internacional

360. El proceso judicial de restitución internacional tiene como propósito proteger a los niños, niñas y adolescentes en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarles el traslado o retención ilícita, garantizando la restitución inmediata y velando porque los derechos de custodia y de citas vigente en uno de los Estados contratantes sea respetado, dentro del marco del Convenio sobre los Aspectos Civiles para la Sustracción de Menores de La Haya aprobado mediante Ley N° 22 de 10 de diciembre de 1993 o de otros convenios bilaterales suscritos por la República de Panamá.

361. Una vez recibida la solicitud de restitución internacional o derecho de visita por parte de la Autoridad Central, se procederá sin demora a admitirla y fijar audiencia preliminar.

362. Si el demandante acredita en la solicitud que no cuenta con suficientes recursos económicos, el Juez procederá a nombrarle un Defensor de Oficio o un Abogado del listado proporcionado por la Autoridad Central panameña, a quien se le notificarán todas las resoluciones judiciales conforme lo establece el Código Judicial.

363. El Juez promoverá en todas las etapas del proceso una solución amigable del conflicto que permita la restitución inmediata del niño, niña o adolescente o el cumplimiento del ejercicio de los derechos de visita, para lo cual podrá derivar la causa hacia los procesos de mediación, previo consentimiento de las partes.

364. A solicitud de parte, la autoridad judicial panameña podrá adoptar las medidas cautelares establecidas en la presente ley.

365. En las audiencias podrán estar presentes un representante de la Autoridad Central de Panamá, con el propósito de cumplir con su función de proporcionar información a la Autoridad Central del Estado Requirente y además los funcionarios consulares del Estado Requirente, cuando así lo soliciten al Tribunal.

366. En la audiencia preliminar la parte demandada podrá presentar las excepciones contenidas en el artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles para la Sustracción de Menores de La Haya, aduciendo las pruebas que estime necesarias. Si no se presentan excepciones con la respectiva oferta de prueba, o la parte demandada admite los hechos de la pretensión, el Juez podrá resolver la cuestión planteada en el mismo acto.

367. En caso que el Juez resuelva restituir al niño, niña o adolescente, adoptará las medidas pertinentes para su entrega sin peligro, en coordinación con la Autoridad Central y demás autoridades competentes.

En el evento que se pruebe la existencia de alguno de los supuestos contenidos en el artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles para la Sustracción de Menores, el Juez podrá negar la restitución internacional.

368. Contra la sentencia de primera instancia cabe el recurso de apelación en el efecto suspensivo. El trámite y decisión del recurso de apelación deberá ser atendido con prioridad para cumplir con el término establecido para responder a la solicitud de restitución planteada por el Estado Requirente. La ejecución de la sentencia de segunda instancia, le corresponderá al tribunal de primera instancia.

De la lectura de los artículos citados se desprende un procedimiento sumario y que, al no establecer términos, se debe utilizar las normas generales del Código Judicial. Este proyecto se espera que sea presentado por el Ejecutivo a la Asamblea de Diputados en este período legislativo que inicia el 1 de septiembre del presente año y que se inicie su discusión antes de finalizar el año.

Aportado por la Dra. Delia Cedeño

Uruguay

PROYECTO DE LEY PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Art. 1º. Objeto. Será objeto del proceso legislado en la presente ley, determinar si ha existido traslado y/o retención ilícitos de un niño, toda vez que se haya verificado en violación a un derecho de guarda o de custodia.

A los efectos de esta ley se entiende por derecho de guarda o de custodia, aquel comprensivo del derecho a decidir sobre el lugar de residencia del niño, de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual.

Este derecho, debe haber sido ejercido en forma efectiva, ya sea individual o conjuntamente, por padres, tutores, guardadores o instituciones, inmediatamente antes del hecho.

El niño, en consecuencia, ha sido desplazado de su centro habitual de vida, encontrándose en la República Oriental del Uruguay.

Queda expresamente excluida, la decisión sobre el fondo del asunto de la guarda, la que es materia privativa, de la Jurisdicción del Estado de residencia habitual del niño.

Se considera niño a efectos de este proceso, toda persona que no haya cumplido los dieciséis años de edad. Tal expresión comprende ambos géneros.

Art. 2º. Normas procesales y principio de interpretación. El procedimiento estará regido por la Constitución de la República, normas aplicables de los tratados internacionales en

materia de Sustracción Internacional de Menores suscritos por la República, las normas de la presente Ley y en forma subsidiaria, el Código de la Niñez y la Adolescencia y el Código General de Proceso.

Se consagra como principio rector de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño (Art. 6 del Código de la Niñez y Adolescencia).

Art. 3°. Competencia. Serán competentes en la Primera Instancia, los tribunales de la materia de Familia, que designe la Suprema Corte de Justicia, dentro del sistema de turnos, que la misma establecerá. Serán competentes en Segunda Instancia, los Tribunales de Apelaciones de Familia.

Para determinar la competencia en razón de lugar, se atenderá al lugar donde se encontrare el niño.

En caso de tratarse de más de un niño con diferentes lugares de residencia dentro del país, entenderá el tribunal que hubiere prevenido.

A los efectos de las solicitudes de localización serán competentes los Juzgados letrados de Primera Instancia de Familia que designe la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de la aplicación una vez efectuada la localización correspondiente del criterio definido en el inciso segundo del presente artículo.

Art. 4°. Legitimación Activa. Será titular de la acción de restitución, aquel padre, tutor, guardador, que es titular del derecho de guarda o el derecho de custodia, conforme el régimen jurídico del país de residencia habitual del niño.

Art. 5°. Legitimación pasiva. Estará legitimado pasivamente, aquel que es denunciado por quien detenta la titularidad activa, como la persona que ha sustraído o retiene en forma ilegítima al niño cuyo desplazamiento-retención, constituye la causa de la solicitud.

Art. 6°. Asistencia o representación del niño. Será preceptiva la designación de un abogado defensor al niño, que lo asista y represente según la evolución de sus facultades, apreciado a criterio del tribunal que entiende en la causa.

Art. 7°. De la intervención del Ministerio Público. De toda pretensión de restitución internacional de niños se dará cuenta al Ministerio Público que, en cumplimiento del deber de intervención preceptiva establecido en la ley, comparecerá ante el tribunal a los efectos de ser noticiado de las subsiguientes resultancias del proceso y ejercer los actos que le competen. Su ausencia no implicará dilación del trámite.

La competencia se fijará de acuerdo a las normas generales que rigen su intervención.

Ninguna discusión sobre este extremo, implicará detención o paralización del trámite.

Art. 8°. Autoridad Policial. La autoridad Policial prestará sin demoras colaboración en notificaciones, conducciones y otras diligencias, en cuanto le sea requerida.

Art. 9°. Auxiliares del Tribunal. La Suprema Corte de Justicia dispondrá lo necesario a efectos de dotar al tribunal actuante de los medios periciales suficientes y oportunos, para el correcto diligenciamiento de las pruebas a ordenar.

Art. 10°. Fase preliminar. Sea que se haya ejercitado el procedimiento de restitución vía exhorto o carta rogatoria, o solicitud directa ante la Autoridad Central o Diplomática o Consular, el tribunal competente tomará conocimiento inmediato, pasando a disponer las más urgentes medidas para la localización y protección del niño, en su caso.

Verificada la localización, lo comunicará de inmediato al estado requirente vía Autoridad Central o a través del organismo que haga sus veces.

A partir de dicha noticia, comenzará a correr un plazo de 30 días a efectos de la correspondiente presentación de demanda de restitución, para el caso de que ésta no se hubiese deducido. Vencido el mismo, las medidas adoptadas liminarmente, caducarán.

La demanda deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores aprobada en La Haya.

Art. 11°. Procedimiento. Una vez presentada la demanda, el tribunal procederá a la calificación de la titularidad activa, según la definición del artículo cuarto de esta Ley.

Art. 12°. Si rechaza liminarmente la solicitud, la resolución admite el recurso de Apelación, interpuesto dentro de tercero día.

Si la admite, en veinticuatro horas el tribunal despachará mandamiento de Restitución; citará de excepciones por el término de diez días al requerido; dispondrá las medidas cautelares necesarias a los efectos de la protección -sujeción del niño al país-, o bien, modificará o mantendrá las adoptadas inicialmente; designará un Curador o Defensor al niño; designará un Defensor

o representante para el requirente en caso de que por motivos económicos debidamente acreditados en la solicitud, no pueda trasladarse al país y notificará la decisión al Ministerio Público. Comunicará tal decisión a la Autoridad Central a sus efectos.

Art. 13°. No se admitirán cuestiones previas, reconvencciones ni incidentes.

El tribunal rechazará sin sustanciar toda excepción que no sea las de:

- a) No ejercicio efectivo de los derechos de guarda o custodia por padres tutores- guardadores -instituciones encargadas, en el momento del traslado o retención; b) grave riesgo - opinión contraria del niño o adolescente, cuando a juicio del tribunal, según los estándares más utilizados, se presume que es capaz de formarse una opinión propia (Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia) y su opinión resulta fundada en circunstancias que el Juez releve en el proceso.

Art. 14°. Si no fueren opuestas excepciones, quedará firme el mandamiento de restitución, a sus efectos.

Opuestas que fueren, se sustanciarán con un traslado al requirente por el término de seis días.

Art. 15°. Evacuado el traslado o vencido el término, se convocará a audiencia dentro del término de tres días de haber sido puestos los autos al Despacho al efecto. En dicha providencia, el tribunal se expedirá sobre los medios probatorios ofrecidos por las partes, rechazando in límine toda aquella prueba inadmisibile, inconducente o manifiestamente impertinente.

El número de testigos, se limitará a tres por cada parte.

Será citada la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional, a los efectos de que en la audiencia, recabe la información pertinente, en caso en que el requirente comparezca por medio de representante designado de Oficio por el tribunal, de acuerdo a lo previsto por el Art. 12°.

Art. 16°.- La audiencia, será presidida por el tribunal, no dejará de celebrarse por la ausencia de los citados.

En ella se tentará la conciliación, será oído el Ministerio Público y se efectuará el Despacho saneador en su caso. Se procederá a la fijación de los puntos en debate, se diligenciarán los medios probatorios dispuestos, a cuyo fin la audiencia podrá ser prorrogada hasta por setenta y dos horas.

Se oirá al niño o adolescente, brevemente a las partes y al Ministerio Público si se hallare presente. La ausencia de este último, no obstará a la prosecución del proceso ni al dictado de Sentencia.

A los fines de su dictado, podrá el tribunal prorrogar la audiencia hasta por veinticuatro horas.

Art. 17°. Segunda Instancia. La Sentencia Definitiva será pasible del Recurso de Apelación interpuesto dentro de tercero día y sustanciado con un traslado por idéntico plazo a las partes, al Ministerio Público y Defensor del niño o adolescente.

El mismo será concedido con efecto suspensivo.

Los autos serán elevados dentro del término de veinticuatro horas de evacuados los traslados.

El Tribunal de Alzada se expedirá, dentro de sexto día. Podrá hacerlo en audiencia o dictarse decisión anticipada.

Art. 18°. Impugnaciones. Serán pasibles del Recurso de Apelación, únicamente la Sentencia que disponga el rechazo liminar. - en cuyo caso la apelación no se sustancia- y la Sentencia Definitiva.

Los Recursos de Aclaración y Ampliación, serán interpuestos en forma inmediata en la audiencia y resueltos en la misma.

En segunda instancia podrá convocarse a audiencia o dictarse decisión anticipada, en este último el plazo para deducir el recurso de aclaración y ampliación será de 48 horas, debiéndose decidir dentro de las 48 horas.

Contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá recurso alguno con excepción de los indicados en el inciso anterior.

Art. 19. Visitas. La solicitud que tiene por objeto hacer efectivo el derecho de visitas por parte de sus titulares en los casos previstos en los Convenios Internacionales de Restitución, seguirán el procedimiento establecido en la presente ley.

Art. 20. Comuníquese, publíquese, etc.

Elaborado,

***Dres. Lilián Bendahan
Eduardo Cavalli
Ricardo C. Pérez Manrique***

Auto Acordado Excma. Corte Suprema
DIARIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE
Martes 3 de noviembre de 1998

CORTE SUPREMA

**“Auto Acordado sobre Procedimiento Aplicable al
Convenio de La Haya relativo a los Efectos Civiles del
Secuestro Internacional de Menores”**

Al señor Director

Corporación Administrativa del Poder Judicial Presente

- 1º. Será competente para conocer de la solicitud respectiva el Tribunal de Menores del domicilio presunto del menor y si en la comuna respectiva existiere más de un Juzgado de Menores, el conocimiento de dicha solicitud corresponderá al que se encuentre de turno conforme a las reglas generales.
- 2º. Ingresada la solicitud el Tribunal deberá emitir las órdenes necesarias a las distintas instituciones del país para la localización del menor en el territorio chileno, sin que se exija solemnidad alguna como no sea el que se acompañe a la misma los requisitos señalados en el artículo 80 de la Convención aludida.
- 3º. No deberá requerirse ni legalizaciones ni otras formalidades similares a la documentación presentada salvo que estuvieren redactada en otro idioma en cuyo caso deberá

- acompañarse una traducción al idioma Castellano realizada por un perito inscrito en la nómina de la Corte de Apelaciones respectiva.
- 4º. Apenas ingresada la solicitud, deberá decretarse de inmediato la orden de arraigo del menor.
 - 5º. La solicitud deberá ser proveída dentro del plazo de veinticuatro horas siguientes a su interposición, fijándose un comparendo para dentro de quinto día entre la persona que ha trasladado o retenido ilícitamente al menor y el solicitante con su abogado, plazo que deberá contarse desde la última notificación. El menor deberá también ser oído en la misma audiencia.
 - 6º. La resolución que cite a comparendo se notificará por Carabineros de Chile, Receptor Judicial o por Receptor ad hoc que el Juzgado designará en su caso y si el notificado no fuere habido, bastará que el Ministro de fe certifique que se trata de su morada para notificarlo conforme el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de establecer que éste se encuentra en el lugar del juicio. Si no pudiera realizarse la notificación en esa forma, la resolución se notificará al Defensor Público quien deberá asumir la representación del ausente.
 - 7º. La audiencia respectiva sólo tendrá por objeto establecer si el menor se encuentra en el país y si concurre alguna de las causales de oposición a la entrega autorizada por la Convención. La prueba, si fuere necesaria, deberá rendirse en la misma audiencia, sin perjuicio de la facultad del Tribunal para decretar medidas para mejor resolver. Ellas deberán evacuarse dentro de un plazo máximo de cinco

días, al cabo del cual se tendrán por no decretadas. La prueba se apreciará en conciencia.

- 8° Las resoluciones que se dicten durante la substanciación del procedimiento no serán susceptibles de recurso alguno, salvo la sentencia definitiva que se deberá dictar en un plazo máximo de cinco días a contar del comparendo o del cumplimiento de las medidas para mejor resolver. Contra dicha sentencia, sólo procederá el recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del quinto día, contado desde la notificación, debiendo resolverse en cuenta por el Tribunal de alzada. No procederán en modo alguno los recursos de casación en la forma ni en el fondo.
- 9° El Juez de la causa no estará obligado a ordenar el regreso del menor en los casos siguientes:
- a) Cuando la persona, la institución o el organismo que estaba encargado del cuidado del menor no ejercía el derecho de tuición en el momento del traslado o retención o había consentido o accedido posteriormente a dicho traslado o retención;
 - b) Cuando existe grave riesgo, y
 - c) Cuando se compruebe que el propio menor se opone a su regreso y ha llegado a una edad y grado de madurez en que su opinión debe tenerse en cuenta.
- 10° El Tribunal que resuelva esta petición deberá tener en cuenta el respeto efectivo de los derechos de tuición y de visita existentes en el Estado requirente.

Publíquese en el Diario Oficial

Transcríbese a las Cortes de Apelaciones del país para que lo pongan en conocimiento de los jueces de menores de su territorio; a la señora Ministro de Justicia.

Fdo.: Roberto Dávila Díaz, Presidente, y los Ministro señores Faúndez, Álvarez, García, Carrasco, Correa, Navas, Libedinsky, Ortiz, Benquis, Tapia, Rodríguez, Cury, Álvarez Hernández, Marín, Yurac y Espejo. Proveido por la Excma. Corte Suprema. Carlos A. Meneses Pizarro, Secretario.

Saluda atentamente a Ud., Roberto Dávila Díaz, Presidente.-
Carlos A. Meneses Pizarro, Secretario.

**DIARIO OFICIAL
DE LA REPÚBLICA DE CHILE
Viernes 17 de mayo de 2002**

PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA

Auto Acordado

“En Santiago, a tres de mayo de dos mil dos, se reunió el Tribunal Pleno bajo la presidencia de su titular don Mario Garrido Montt y con la asistencia de los Ministros señores Álvarez García, Libedinsky, Ortiz, Benquis, Tapia, Gálvez, Chaigneau, Rodríguez, Cury, Pérez, Álvarez Hernández, Marín, Yurac, Espejo, Medina, Segura y señorita Morales.

MODIFICACIÓN DEL AUTOACORDADO SOBRE SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES

El Tribunal Pleno tomó conocimiento de los informes que evacuaron los jueces de menores, en los antecedentes administrativos signados con el número 18.122, mediante los cuales dan a conocer las dificultades que se les han suscitado, en la aplicación práctica del Auto Acordado de esta Corte sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de La Haya relativo a los Aspectos Civiles de Secuestro Internacional de Menores. Teniendo presente lo anterior se acordó modificar dicho Auto Acordado en el siguiente sentido:

Se reemplaza el artículo 7° por el siguiente:

Artículo 7° La audiencia respectiva tendrá por objeto establecer si el menor se encuentra en el país y si concurre alguna de las causales de oposición a la entrega autorizada por la Convención. Además, si fuere necesario rendir prueba, ella deberá producirse en la misma audiencia, sin perjuicio de la facultad del tribunal para decretar medidas para mejor resolver, dentro del plazo que tiene para dictar sentencia, las que deberán evacuarse dentro del plazo de quince días, al cabo del cual las no cumplidas se tendrán por no decretadas. La prueba se apreciará en conciencia.

Se reemplaza el artículo 8° por el siguiente:

Artículo 8° La sentencia definitiva deberá dictarse dentro del plazo de cinco días, contados desde la terminación del comparendo o del cumplimiento o caducidad de las medidas para mejor resolver.

Se reemplaza el artículo 9° por el siguiente:

Artículo 9° La sentencia definitiva sólo será impugnable a través del recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación respectiva. Este recurso deberá conocerse en cuenta por el tribunal de alzada, dentro del plazo de cinco días contados desde que ingresen los autos en la Secretaría y sin esperar la comparecencia de las partes.

Las demás resoluciones que se dicten durante la substanciación del procedimiento, no serán susceptibles de recurso alguno.

Se reemplaza el artículo 10° por el siguiente:

Artículo 10° Las medidas para mejor resolver se decretarán para verificar si se configuran las circunstancias de oposición previstas en los artículos 12 y 13 de la Convención, que facultan a la autoridad judicial para no ordenar el regreso del menor, y si éste se encuentra en el país.

El Presidente señor Garrido y el Ministro señor Rodríguez, fueron de opinión de que, no obstante que del tenor del artículo 9° aparece claro que en este tipo de procedimiento no proceden los recursos de casación en la forma y en el fondo, corresponde mantener la última frase del antiguo número 8° del Auto Acordado, para evitar posibles confusiones.

El Ministro señor Rodríguez, también estuvo por disponer que la audiencia a que alude el artículo 7°, debe tener además por objeto que se procure asegurar la devolución del niño, o facilitar una solución amigable. Transcríbase a las Cortes de Apelaciones del país para su cumplimiento y para que, con igual objeto, lo comuniquen a los juzgados de sus respectivas jurisdicciones.

Publíquese en el Diario Oficial
Para constancia se extiende la presente acta”.

**CONVENCIÓN SOBRE ASPECTOS CIVILES
DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR
SANTIAGO, 11/11/06**

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, previa eliminación de sus fundamentos signados 14, 15, 16 y 17.

- 1º.- Que, la Convención sobre Los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños fue adoptada el 25 de octubre de 1980, en la Décimo Cuarta Sesión, de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y fue aprobada por el Congreso Nacional del Estado de Chile, siendo promulgada por el DS. N° 386 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 17 de junio de 1991.
- 2º.- Que, en relación a ella, la Excma. Corte Suprema con fecha 3 de noviembre de 1998 dictó un Auto Acordado sobre el procedimiento aplicable, el cual fue modificado en sus Arts. 7, 8, 9 y 10, mediante Auto Acordado de 3 de mayo de 2002, publicado en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2002.
- 3º.- Que, acorde con el Art. 6º de la citada Convención, el Gobierno de Chile mediante Oficio N° 012485 de 21 de junio de 1994, dirigido al Sr. Ministro de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos, designó a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana como Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que le sean impuestas por dicha Convención.

- 4º.- Que, con fecha 4 de abril de 2005 la Oficina de Asuntos de Menores, de la Agencia de Asuntos Internacionales, del Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, en oficio dirigido a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana solicitó el retorno a ese país de la menor Danae Gene Nachtman Aguilar invocando la referida Convención, para lo cual adjuntó los documentos que con sus respectivas traducciones, rolan de fs. 13 a 95 del referido proceso Rol N° 703/2005.
- 5º.- Que, accediendo a la solicitud del Estado requirente, con fecha dos de mayo de 2005 doña Paula Correa Camus en su calidad de Abogada Directora General de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana en representación del Estado de Chile, como autoridad competente y del ciudadano norteamericano Sr. Ronald Gene Nachtman, padre de la menor Danae Gene Nachtman Aguilar, solicitó la entrega inmediata y restitución de esta menor a su país de residencia habitual (EE.UU. de Norteamérica) invocando al efecto la mencionada Convención.
- 6º.- Que, como fundamento de la solicitud la requirente adujo que el referido padre detentaba la custodia compartida de la menor con la Sra. Dorys Eunice Aguilar Barra, madre de la niña; y que al momento de la petición, por resolución judicial emanada de Tribunales Norteamericanos el Sr. Ronald Gene Nachtman detentaba la custodia principal.
- 7º.- Que, pese a ello, la menor fue trasladada en noviembre de 2004 (16.11.2004 aprox.) y retenida ilícitamente en Chile por su madre Sra. Dorys Eunice Aguilar Barra, donde se encuentra en la actualidad, no obstante que como se ha señalado, su hogar de residencia habitual era Miami, Estados

Unidos de Norteamérica, donde vivía con sus padres hasta antes que sin autorización expresa de su progenitor fuera trasladada subrepticamente la menor por su madre a Chile.

- 8º.- Que, la solicitante invoca, entre otros antecedentes fundantes de su requerimiento, una resolución de fecha 4 de febrero de 2005, emanada del Juez de Instrucción del Juzgado de Circuito del Undécimo Circuito Judicial en y para Miami-Dade, Florida Sr. Alejandro Gamboa mediante la cual decide que la menor debe ser devuelta inmediatamente a Miami, Florida y que el esposo provisionalmente se designará tutor principal de la menor, sin producir efectos de cosa juzgada. Asimismo, la esposa entregará el pasaporte de la menor a este juez. (cfr. N° 8 citada Resolución) y que en atención a las disposiciones de la Convención de La Haya, este juez decide que el esposo (sic) tenía derecho a la tutela de la menor Danae Gene Nachtman Aguilar y la esposa actuó indebidamente al sacar a la menor de su jurisdicción a Chile o cualquiera otra jurisdicción. (cfr. N° 10 citada Resolución).
- 9º.- Que, en cuanto a las disposiciones aplicables, la requirente invoca los Arts. 1º letra A, 2, 3, 5 letra A, 7 letras A y C, 11, 12 inc. 1º y 16 de la Convención referida, además de los Arts. 1º y ss. del Auto acordado.
- 10º.- Que, para asegurar el resultado de la solicitud, la requirente solicitó arraigo de la menor Danae Gene Nachtman Aguilar, medida a la cual accedió el Tribunal de Menores.
- 11º.- Que, citado el comparendo previsto en el Art. 5º, del Auto acordado de 3 de noviembre de 1998, la parte demandada

contesta por escrito; y llamadas las partes a conciliación ésta no se produce y por tanto se recibe la causa a prueba.

- 12º.- Que, en la contestación a la demanda la requerida solicita que sea rechazada en todas sus partes la solicitud de entrega inmediata y restitución de la menor, invocando para ello un relato circunstanciado de los hechos que caracterizaron la convivencia con el solicitante Sr. Ronald Gene Nachtman; el hecho que la tuición de la menor le corresponde a la madre; el interés superior de la menor y la oposición a la entrega justificada en el Art. 13 letra b) de la Convención, en cuanto dicha devolución implica exponer a la menor a un grave riesgo acorde con los antecedentes que expone.
- 13º.- Que, es un hecho indiscutido que existe una Convención sobre los aspectos civiles del secuestro Internacional de Niños y que son suscriptores de la misma los Estados Unidos de Norteamérica y Chile; y que en cuanto a nuestro país acorde con lo que dispone el Art. 5º de la Carta Fundamental se entiende incorporada al ordenamiento jurídico vigente. Por lo mismo, no se puede sostener, como lo afirma la demandada en su escrito de apelación que no le resultaría aplicable la Convención, por cuanto en la especie entra a regir el Art. 15 Nº 2 del Código Civil, en relación al Art. 225, toda vez que por lo pronto se está frente a un Tratado que debe ser interpretado y aplicado de buena fe, de acuerdo con las normas generales de cumplimiento del derecho internacional; normas de derecho internacional que conforman un *Lus Cogens* para los Estados contratantes de la Convención, además de Derecho consuetudinario internacional, máxime que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, precisamente en su Art. 27, indica

que un Estado no puede invocar su propio Derecho Interno para eludir sus obligaciones o compromisos internacionales. Cabe recordar que esta última Convención está vigente en Chile desde el 27 de enero de 1980.

14º.- Que, sin embargo ello no significa que baste invocar, mediante el procedimiento previsto en los Autos acordados la citada Convención, para que ella opere en todo su vigor, sino que se requiere que por una parte se de alguno de los casos previstos en el Art. 3º de la Convención para que el traslado o la retención de un niño se considere ilícito, pero se precisa además que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no se oponga a la restitución o entrega del menor por encontrarse en algunas de las situaciones que señala el Art. 13 del referido Tratado. En efecto, las circunstancias, como ocurre en la especie, que se haya acreditado que Estados Unidos de Norteamérica es el país de residencia habitual de la menor y que la tuición corresponde y se ejercía por ambos padres, por lo que el Sr. Ronald Gene Nachtman tenía y ejercía la tuición sobre su hija y el hecho mismo que el traslado se hubiere efectuado sin tal consentimiento, per se no determinan automáticamente que el Estado requerido deba entregar la menor; por cuanto tales circunstancias, cuya legitimidad no está en discusión, deben contrapesarse con el genuino y soberano derecho nativo que tiene éste para no entregarla en el evento que se de alguno de los casos que la propia Convención lo autoriza.

15º.- Que en otras palabras, en la Convención invocada se contemplan determinadas situaciones que autorizan a la autoridad judicial del Estado requerido para desestimar la

solicitud del Estado requirente en miras a ordenar la entrega o restitución del menor. Así aparece al menos de los que indica el señalado Art. 13 del Tratado.

- 16º.- Que en efecto una de tales situaciones consiste en que b) existe un grave riesgo de que el regreso del niño lo exponga a un peligro físico o psicológico o de otro modo lo ponga en una situación intolerable
- 17º.- Que del examen del expediente Rol 703/2005 consta que doña Dorys Eunice Aguilar Barra, madre de la menor Danae Gene Nachtman Aguilar, nacida el 10 de septiembre de 2002, se ha opuesto a la petición de doña Paula Correa Camus, quien en su calidad de abogada, Directora General de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, en representación del Estado de Chile, como autoridad competente y del ciudadano norteamericano Sr. Ronald Gene Nachtman solicitó, como ya se ha expresado, ante la autoridad judicial de este país la aplicación de la Convención y consecuentemente la entrega inmediata y restitución de la menor antes individualizada.
- 18º.- Que, entre los antecedentes que obran en el proceso que justifican la oposición materna es del caso, tener presente al menos los siguientes: A.- El informe social rolante a fs. 119 suscrito por doña María Rosa Urzua Carrizo, Asistente Social del Quinto Juzgado de Letras de Menores y emitido con fecha 6 de mayo de 2005, el cual acredita que: la demandada sub arrienda y ocupa con su hermano, tres piezas en una casa antigua. En la actualidad la acompañan sus padres, quienes tienen su domicilio en la ciudad de Iquique y han venido a Santiago para apoyarla moral y económicamente. La abuela materna cuida de la niña mientras la madre tra-

baja, cuando los abuelos regresen a Iquique, la demandada ubicará a la niña en un Jardín Infantil, que podría ser el institucional, correspondiente a su medio laboral. Por el momento la madre tiene un contrato de trabajo por media jornada, lo que le permite el otro medio día, atender personalmente a su hija. La madre de Danae es una profesional de nivel universitaria, que desarrolla una actividad laboral, que ha podido satisfacer en forma sencilla, pero adecuada, las necesidades básicas de su hija. La madre es quien financia la mantención de Danae ya que el padre no proporciona ayuda económica alguna. Más adelante el citado informe agrega: La niña se encuentra sana, bien atendida, rodeada de la protección de su madre y con una red familiar de apoyo para ambas. Por último, indica que: Se efectuó visita domiciliaria a calle Gay N° 2311, inmueble en donde residen las informadas. Se trata de una casa antigua, modesta, la madre y la menor ocupan un dormitorio, en donde comparten una cama, los abuelos y el hermano de la demandada utilizan otras dos habitaciones. En la casa hay otras dos familias, también en calidad de subarrendatarias; todos comparten el baño y la cocina. La demandada posee escaso mobiliario, cuenta con los enseres básicos, su condición habitacional es de mucha sencillez, pero un ambiente de limpieza y decoro. Este informe se encuentra complementado por el que rola a fs. 267 de fecha 19 de mayo de 2005, evacuado por la misma Asistente Social quien señala respecto a la menor que Danae Gene Nachtman Aguilar no ha sufrido cambios respecto de lo evaluado en el Informe Social emitido por esta profesional y que rola a fs. 119, 120 y 121 del expediente. Consigna este informe como nueva información que: Los abuelos que también estaban presentes en el hogar señalaron que no

regresarán a Iquique, y acompañarán a la demandada y a su hija mientras sea necesario. La demandada informa que junto a su hermano, don Editar Aguilar Barra, han arrendado un departamento ubicado en calle doctor Pedro Lautaro Ferrer N° 2945 Depto. 503-A de la comuna de Ñuñoa. Este cambio de domicilio se basa en la necesidad de mejorar las condiciones habitacionales de la familia, ya que la casa que ocupan en la actualidad por su antigüedad no ofrece las comodidades que ellos requieren. El informe concluye que: Danae se encuentra sana, contenta y adaptada a su entorno familiar y afectivo, se observa bien cuidada, con la protección, la seguridad y el cariño de su madre y el apoyo que le proporciona su familia extensa de Chile, abuelos y tío materno. La madre en razón de los antecedentes proporcionados por su relato y que dicen relación con los problemas de violencia que vivió junto a su cónyuge, ha decidido no regresar a los EE.UU. y piensa radicarse en Chile, en donde tiene la posibilidad de desarrollar su actividad profesional y de brindarle una estabilidad económica y familiar a la niña. Considerando la edad de Danae, en donde los cuidados maternos son muy importantes para su normal desarrollo, se estima conveniente que la niña permanezca junto a su madre. A.- Informe Psicológico de la menor efectuado en Enero de 2005 por la Psicóloga Sra. Marcela Bobadilla G. a fin de evaluarla emocionalmente, que rola a fs. 127. En lo que interesa este informe es categórico para indicar que es importante señalar que desde mediados del año pasado, cuando los conflictos entre los padres se agravaron, se presentaron y aumentaron en Danae síntomas posibles de calificar dentro del llamado Trastorno por stress Postraumático dentro de los cuales destacan: disminución del apetito,

dolores estomacales, insomnio, irritabilidad, apego ansioso frente a la madre (viéndose perturbada al estar lejos de ella, reclamando su presencia permanentemente), retroceso en la adquisición del control de esfínter, etc. Tal sintomatología fue disminuyendo, al volver la niña a nuestro país, hasta desaparecer en la actualidad. Cabe mencionar que desde el inicio de la convivencia de la pareja, fueron presentándose de manera gradual, lo que se vio acentuado desde octubre de 2003, episodios de violencia psicológica, y amenazas de agresión física, por parte del progenitor hacia la madre, junto con una actitud, en ocasiones, negligentes hacia la menor más adelante agrega: En ocasiones el progenitor intentó masturbarse en espacios físicos donde se encontraba la menor, sin tomar mayores precauciones para que ésta no se percatara de tal situación. Al respecto, se maneja información que hace referencia a que él mantenía visitas restringidas y supervisadas con respecto a hija de convivencia anterior, debido a haberse comprobado una situación de negligencia. Se le acusó además de conductas sexuales inapropiadas, pero esto, al parecer, no pudo ser comprobado. Durante el último período de convivencia, el adulto insistía en dormir solo con su hija, frente a lo cual ésta se resistía llorando y llamando a su madre. A pesar de esto, él insistía de manera rígida, sin mayores consideraciones del estado emocional de la niña.

19º.- Que dicha oposición de la madre hay que situarla en el contexto de un clima de violencia intrafamiliar que caracterizó gran parte de la convivencia habida entre los progenitores de Danae, y que permiten a estos sentenciadores prever plausiblemente que puede volver a repetirse en caso que con ocasión de la entrega de la menor a su padre, pese a que ya no vivirá junto a la demandada, expongan nueva-

mente a la niña a presenciar tal violencia con el daño psíquico consiguiente que aumentaría el que ya ha sufrido. Este contexto de violencia intrafamiliar está acreditado en autos, al menos con los siguientes antecedentes: A.- Documento de fs. 134, de fecha 24 de noviembre de 2004, firmado por el Pastor Freddy E. Rodríguez de la Miami Central Spanish Sda Church, en el cual deja constancia que hemos estado ayudando a Doris como intérprete en la Corte junto a su abogado legal Sra. Susan Kloch, cuando ella tuvo que solicitar una orden de protección, por caso de violencia doméstica y más adelante agrega en el mes de noviembre ella me solicitó que la acompañara a recoger sus pertenencias al apartamento donde vivía pues su esposo el Sr. Nachtman la había desalojado. Al llegar allí no dimos cuenta que todo estaba fuera del edificio y ella solicitó a él que la dejara recoger la ropa, medicina y comida de la hija de ambos, lo cual el no aceptó, pues aseguraba que todo lo que él había comprado no se lo daría. Fue así como junto con la señora Betsaida Giraldo y su servidor, llevamos a Doris a un lugar de la iglesia para guardar las cosas personales que pudo recoger y pasar allí la primera noche hasta que conseguimos un Chelter (lugar de gobierno) para que ella pudiera estar con su hija. B) Documento de fs. 136, firmado por doña Betsaida Giraldo, de fecha 11 de enero de 2005, que da cuenta de que desde que yo conocí a la Sra. Aguilar la visitaba frecuentemente en su apartamento. La Sra. Aguilar me contaba de su situación con el señor Ron Nachtman, de la forma abusiva, despótica y humillante que el Sr. Nachtman la trataba. La Sra. Aguilar como indocumentada no podía trabajar por lo que su hermano Edimar Aguilar, le enviaba mensualmente una cantidad de dinero para su

sostenimiento aquí, porque el Sr. Nachtman no le permitía ni comer de los alimentos que él compraba. Yo soy testigo que la Sra. Aguilar en muchas ocasiones iba a encontrarse con una amiga a la hora del almuerzo para poder comer algo y la hija (Danae) también. La Sra. Aguilar tuvo que afrontar muchas situaciones humillantes e inhumanas como una noche el Sr. Nachtman se peleó con la Sra. Aguilar y a partir de ese momento ella tuvo que dormir en el piso, y el Sr. Nachtman dormía en el sofa. En muchas ocasiones el Sr. Nachtman amenazaba a la Sra. Aguilar con botarla de la casa hasta que un día lo hizo, le cerró la puerta y no le permitió entrar al apartamento, ni aún a recoger sus pertenencias (octubre 2004) y tuvo que dormir en la iglesia. Al día siguiente la Sra. Aguilar fue a recoger sus pertenencias con el Pastor Freddy Rodríguez y cuando llegaron al apartamento todas sus pertenencias y las de la hija (Danae), estaban en la calle. A partir de ese incidente la Sra. Aguilar comenzó a gestionar su estancia en el refugio (Victim Response Inc.) C) Documento de fs. 138 del Victim Services Center, de fecha 19 de enero de 2005, suscrito por la Sra. Lourdes M. González, m. Sw Intern que consigna: El Centro de Servicios para Víctimas provee terapia para individuos que han sido traumatizados a causa de un crimen. La técnica principal de nuestra terapia es la Reducción de Incidente(s) Traumáticos (en inglés TIR), un proceso a corto plazo que incluye revisando un evento traumático hasta que sea resuelto. Este proceso también asiste al cliente para que primero normalice los síntomas asociados con Transtorno de Estrés Post Traumático (en inglés PTSD), y seguir hacia delante para resolver los incidentes precisos, que el cliente ha manifestado como traumático. El 17 de

marzo del 2004, la consejera de abriendo puertas refirió a la Sra. Aguilar al Centro de Servicios para Víctimas, a causa de un incidente de violencia doméstica que ocurrió entre la Sra. Aguilar y su esposo Ronald G. Nachtman. La Sra. Aguilar fue admitida el 23 de marzo del 2004. Durante su admisión, la Sra. Aguilar habló francamente de su continuo abuso doméstico que ha ocurrido entre ella y su esposo. El incidente que ella describió incluyó abuso verbal, emocional y psicológico más de una vez en cual el Sr. Nachtman amenazaba en dejar la Sra. Aguilar fuera de sus casa. Otro incidente que ella compartió fue la vez en cual él se llevó su hija de la casa sin comunicarse con la Sra. Aguilar por más de 12 horas. Compartiendo estos eventos traumáticos trajo reacciones dolorosas como ansiedad, lágrimas, y respuestas angustiosas. Parte del protocolo de admisiones es administrar unos exámenes para asistir en evaluar clientes y preparar un plan de tratamiento consistente con las necesidades individuales. Los resultados de la Sra. Aguilar indican niveles significativos de Trastorno de Estrés Post Traumático y niveles clínicos de ansiedad y depresión. La Sra. Aguilar participó en un total de 11 horas y cuarenta minutos de terapias en una manera bien sincera. La Sra. Aguilar completó cuatro grupos de educación psicológica cual objetivo es educar el cliente de los efectos dañinos de violencia doméstica. La Sra. Aguilar compartió su deseo de salir adelante y trató de conseguir asistencia para conseguir un trabajo para proveer un hogar, comida y buen cuidado de su hija ya que el Sr. Nachtman no quiso contribuir económicamente. Por causa de sus estatus de inmigración, tuvo mucha dificultad en conseguir asistencia. La Sra. Aguilar y su hija estuvieron un tiempo sin hogar y sin re-

cursos económicos. D) Documento de fs. 139 del Victim Response Inc., fechado el 10 de enero de 2005, suscrito por la Sra. Julia Ortega que señala: Por medio de la presente, les comunico que la señora Doris E. Aguilar y su hija estuvieron refugiadas en nuestro albergue. Su estadía en este albergue fue del 3 de noviembre hasta el 13 de noviembre del año 2004. Durante su estadía aquí, la señora Aguilar nos contó acerca de su situación: La Sra. Aguilar solicitó nuestra ayuda y refugio, ya que tuvo que huir de su casa porque su esposo la maltrataba física y emocionalmente. en muchas ocasiones, tuvo que dormir en el piso, su esposo no le permitía comer de los alimentos que él compraba, no podía hablar en español, y no le permitía que ella la hablara en español a su hija, también le prohibía leer el periódico en español. Nosotras en The Lodge proveemos ayuda a mujeres y sus hijos que han sufrido violencia doméstica a manos de sus parejas. La señora Aguilar vino a este lugar buscando refugio porque su esposo la botó de la casa y le botó toda la ropa a la calle, y la de la niña también, de esto hay testigos, el Pastor Rodríguez, Ministro de la Iglesia Adventista y la señora Betsaida Giraldo. E) Reporte Clínico, rolante a fs. 140, del Family Center Abriendo Puertas de fecha 25 de enero de 2005, suscrito por el señor Manuel de la Portilla, Lmhe, Licensed Psychotherapist que da cuenta que: Durante la entrevista clínica, Doris reveló al psicoterapeuta que su esposo se había masturbado en presencia de la hija menor de ambos en más de una ocasión. Este hecho fue informado a la autoridad competente, en este caso la Agencia de Servicios a Niños y Familias del Estado de Florida, para que se iniciara una investigación en el caso. Doris también dijo que en una ocasión su esposo se llevo a

la niña por una noche sin que ella supiera de su paradero. De acuerdo a la revelación de la paciente, su esposo, la amenazaba constantemente con quitarle a su hija, la humillaba e insultaba en presencia de la pequeña y la maltrataba verbalmente. Doris expresó a su psicoterapeuta sentir miedo de que la conducta agresiva de su esposo pudiera escalar un día con peores consecuencias para ella (como por ejemplo, para del abuso verbal al físico). En la reunión de análisis de casos, el psicoterapeuta Mario Pérez, expuso su opinión a este Supervisor Clínico. El considera que la paciente se afectó emocionalmente producto de esta relación de maltrato. Aguilar demostraba miedo, ansiedad y confusión. La paciente también manifiesta un bajo nivel de estima personal, una personalidad muy vulnerable ante el abuso y una forma moderada pero consistente de depresión clínica. F) Documento de fs. 141 emanado de Florida Departamento of Children & Families de fecha, firmado el 2 de febrero (presumiblemente de 2005) por doña Alicia Delgado, DCF/FSC que entre otras aseveraciones menciona que como trabajadora social del Departamento de Niños y Familia, yo estoy autorizada para reportar cualquier abuso, negligencia o abandono de un niño (a), o de la madre de un niño, en cualquier momento que pueda ocurrir o si ha habido alguna violencia doméstica en presencia del niño (a). En este caso, yo me limité a guiar y aconsejar a la Sra. Doris Aguilar, e hice contacto con las autoridades envueltas en el caso, así como el Servicio de Protection a Niños y Familia. En primera instancia, la Sra. Doris Aguilar visitó el programa de violencia doméstica para madres abusadas: abriendo puertas, y empezó el programa de víctimas recibiendo consejería y terapia individual, bajo la dirección de su conseje-

ro Sr. Mario Pérez. La Sra. Doris Aguilar-Nachtman estaba nerviosa, angustiada, desesperada y horrorizada acerca de su situación y en su preocupación por el bienestar de su hijita Danae, de dos años de edad, comenzó a buscar ayuda y apoyo para salir adelante con su situación. La Sra. Aguilar comenzó el relato de su caso, y yo como Consejera del Departamento de Niños y Familia le ofrecí guía y consejería y como afrontar diariamente su peligrosa situación. Es muy importante mencionar que cuando el Sr. Ron Nachtman, esposo de Doris, inició los pleitos de violencia doméstica con su esposa Doris Aguilar lo hizo físicamente. El Sr. Nachtman arrojó diferentes objetos cortantes a su esposa, en presencia de su pequeña niña, destruyó su apartamento, rompiendo muebles y vajillas. Los vidrios rotos en el suelo, estando su bebé en el proceso de aprender a caminar. Este acto en sí, y por sí solo constituye un abuso a su hija, poniendo en riesgo la vida de la niña y también el de la Sra. Aguilar. Es justo mencionar que estas crisis de violencia doméstica en las que envuelve agresión, repetida en muchas ocasiones, constituye un crimen en contra de su propia hija Danae, pues pone en riesgo no solo la criatura, sino también el estado emocional del bebé y de su esposa. Doris se sintió abusada en todas las facetas y ni siquiera podía tener derecho a visitar su iglesia ni a leer un periódico hispano porque su esposo no lo permitía en la casa. Aún así, Doris continuó perseverando con mucha paciencia y empezó a visitar la Iglesia de el Sr. Nachtman, donde le ofrecieron consejos matrimoniales. Doris estaba dedicada a su niña, su esposo y su hogar con amor y lealtad y decidida a formalizar la relación matrimonial. Finalmente, gracias a su perseverancia, Doris y Ron Nachtman viajaron a

Kentucky, donde se casaron legalmente. No obstante a este sueño realizado y a tan importante paso, el señor Ron Nachtman continuó con su trato abusivo y errático. Doris tenía que pagar por todos sus gastos, mientras que el Sr. Nachtman seguía con sus exigencias de querer tener otro bebé. Viviendo en una sola pieza de apartamento, el Sr. Ron escuchaba música hasta las 03:00 A.M. y no dejaba que la bebé durmiera en las noches. En ese entonces, Doris supo que estaba embarazada otra vez. Al no tener la adecuada alimentación, asistencia médica y viviendo en constante desasosiego, por su nerviosismo causado por las peleas constantes de su esposo y su diario abuso, Doris perdió su segundo embarazo, mientras su esposo, Ron rehusaba inscribirla en su seguro médico. Entonces, Doris escribió a Chile, y pidió asistencia económica a su hermano, pues ya no tenía dinero para pagar por sus gastos. En febrero 6th., 2004, el Sr. Ron Nachtman atacó sexualmente a su esposa Doris, violándola repetidas veces y recomenzando sus peleas que escalaron en violencia doméstica, por lo cual tuvo que intervenir la policía. Doris no supo explicar en inglés el maltrato abusivo de su esposo y el Sr. Nachtman se supo defender muy bien y la policía le creyó cuando él dijo que ambos asistían a consejería matrimonial en su iglesia. No obstante, a los consejos matrimoniales, en marzo 5th., 2004, el Sr. Nachtman tuvo otro ataque de histerial abuse en contra de su esposa, empujándola y forzándola a dormir en el piso. De nuevo, hubo forcejeo por sexo sin protección. El Sr. Nachtman fue más allá, el retuvo el derecho de dormir en su cama, mientras Doris dormía en el suelo. Entonces, el Sr. Nachtman descaradamente se masturbaba frente a Doris y a la bebé, que dormía en su cuna. Entonces

el Sr. Nachtman despertó a la bebé, la sacó de la cuna y la acostó en su cama con él, para torturar a Doris que dormía en el suelo. Cuando Doris confesó a su consejero el acto de masturbación de su esposo, el Sr. Mario Pérez inmediatamente llamó a (Hot-Line Abuse), la línea directa para reportar abuso y otro caso de investigación comenzó. Después de todo el Historial de Abuso Doméstica en la vida de la señora Doris Aguilar de Nachtman, al fin ella hizo la correcta decisión de dejar el hogar y refugiarse en el lugar apropiado en estos casos. Doris intentó recoger las pertenencias de la niña y de ella pero el señor Nachtman no la dejó entrar, arrojando todo a la calle, entonces Doris regresó al Shelter. Por último, en el documento citado se deja especial constancia de lo que sigue: Es Absolutamente Importante Esta Nota-Aviso: El Sr. Ron Nachtman tiene otro historial de Abuso y Violencia Domestica en Houston. En este caso, sus derechos como padre fueron rechazados por la Corte Federal en Juicio Especial. El Sr. Nachtman sigue un comportamiento patológico de un esquizoparanoico y sigue la patología de abuso en la misma forma de su caso anterior. Para información sobre este caso, favor de contactar a Susan Kloc, Tel. #(786) 853-1220. El Guardián Legal Sr. Bill de La Garza, al Tel. #(281) 486-7007, y el abogado Sr. Charles Michael Tel. #(281) 488-5500. G) Documento de fs. 159, fechado el 17 de enero de 2005 que corresponde a la traducción del rolante a fs. 125, en que Myriam Carey madre de la hija mayor del Sr. Nachtman, llamada Nicole, da cuenta tanto de la personalidad de aquel, calificándolo como un individuo muy inestable, emocional y mentalmente, violento conmigo y con mis padres, como también de la renuencia del Sr. Nachtman para cumplir con las decisiones judiciales.

20º.- Que en este mismo orden de consideraciones el hecho de reconocer la existencia de un clima cierto de violencia entre los progenitores de la menor y de sus eventuales repeticiones no significa que prime el interés superior de la madre por sobre el interés superior de la menor. Ello ciertamente ocurriría si la madre hubiere decidido caprichosamente haber trasladado a la menor, sin embargo el cúmulo de antecedentes acompañados al expediente que, por más que lo desmienta la requirente, no dejan lugar a dudas sobre el hecho cierto que se vivió entre los progenitores de Danae un real clima de violencia intrafamiliar a la cual fue expuesta con las consecuencias síquicas consiguientes; de modo entonces que precisamente para cautelar el interés superior de la menor no se le puede volver a exponer a lo mismo. Igualmente, la circunstancia alegada por la requirente en orden a que la madre de Danae se desistió de la demanda de violencia doméstica interpuesta en el Tribunal competente, según consta en el documento acompañado en la demanda, primer otrosí, N° 10, no es conclusiva respecto a que dicha violencia no se haya producido y más bien parece concordante con las explicaciones dadas por la propia demandada en la absolución de posiciones de fs. 196, en el sentido que la absolvente señala que es efectivo que en ese momento se desistía, pero porque su deseo era concurrir a un Tribunal de Familia, para que conociera de los hechos y estuviera mejor asesorada. Dichos que por lo demás son contestes con lo afirmado a fs. 173 en la contestación a la demanda cuando señala que: En la segunda semana de noviembre, mi abogada (voluntaria) renunció a mi caso considerándolo complicado y largo; cuando retiré los papeles en Legal Aid me informaron que quedaba en

lista de espera y que debía empezar el divorcio representándome a mi misma. Considerando que desconocía el sistema legal, que mi nivel de inglés era insuficiente, y que no contaba con dinero para contratar un abogado privado decidí no responder a la demanda. En el mismo sentido, no resultan atendibles las alegaciones de la requirente en orden a que los dichos de la demandada sobre el padre son falsos y sin ningún fundamento en los antecedentes de la causa, fundándolo entre otras razones en que los antecedentes acompañados por la demandada fueron objetados en su oportunidad, a lo cual la magistrado resolvió aprobar dicha objeción, por tanto al resolver en consecuencia no los tomó en cuenta dichos documentos al momento de dictar la sentencia definitiva. Al respecto, cabe tener en cuenta que la sentenciadora los tuvo por objetados, pero sin perjuicio de su valor probatorio de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 36 de la Ley N° 16.618 (cfr. fs. 212).

21º.- Que, la facultad entregada por el Art. 7 inciso final del Auto acordado de 3 de mayo de 2002, en orden a apreciar la prueba en conciencia significa la atribución de los jueces de fondo para considerar la prueba que producen las partes o reúne el propio Tribunal de la instancia, sin sujeción a las reglas del derecho procesal en cuanto a su naturaleza o mérito, no puede conducir a un examen superficial de la prueba, justificándolo tácitamente que es en conciencia.

22º.- Que, estos sentenciadores con el mérito de los antecedentes expuestos y teniendo en la especie particular consideración a la edad de la menor, a la fecha 3 años y un mes según consta del Certificado de Nacimiento de fs. 1; que se encuentra residiendo en el territorio nacional según aparece

del Oficio de fs. 117; como también la circunstancia que esta menor ya está incorporada a su medio social, según se desprende de los informes sociales de fs. 119 y 267, adquieren la convicción que el regreso de la menor a los Estados Unidos de Norteamérica para ser entregada a su progenitor Sr. Ronald Gene Nachtman la pone en grave riesgo, que el interés superior de la menor obliga a evitar.

23^o.- Que, en efecto, se da en la especie el grave riesgo que contempla la letra b) del Art. 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, ya que al separar a la menor del lazo materno y de su actual medio social y de exponerla siquiera hipotéticamente a nuevos episodios de violencia doméstica, la coloca o afecta a un daño psicológico y afectivo, lo que ciertamente importa una situación intolerable para Danae Gene Nachtman Aguilar. En mérito de lo expuesto, Art. 5^o inciso segundo de la Constitución Política del Estado, Arts. 1^o y ss. de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, Autos acordados de fechas 3 de noviembre de 1998 y de 3 de mayo de 2002 sobre procedimientos aplicables a dicha Convención, se revoca la sentencia apelada de veinticinco de mayo de dos mil cinco, declarando que no se hace lugar a la solicitud de fs. 96 en cuanto a entregar y restituir a la menor Danae Gene Nachtman Aguilar a su padre Ronald Gene Nachtman.

Regístrese y devuélvase. Redacción del Abogado Integrante Sr. Patricio González Marín. N^o 3992-2005.-

No firma la Ministro señora Maggi, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo por encontrarse haciendo

uso de feriado legal. Dictada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Juan Eduardo Fuentes Belmar, Sra. Rosa María Maggi Ducommun y Abogado integrante Sr. Patricio González Marín.

Advertencia: si el fallo no es de la C. Suprema, verifique si se encuentra firme y ejecutoriado en el sitio del Poder Judicial. Un servicio de Aguila, Ulloa & Cía., abogados en Puerto Montt, Chile.

SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN JAPÓN

Después de leer sobre los asuntos mencionados a continuación, vea nuestra página sobre propuestas de soluciones para conocer los cambios que quisiéramos ver.

Secuestro de menores a Japón. Existen muchos casos de padres no-japoneses con la custodia legal de sus hijos en otro país, cuyos hijos han sido secuestrados por el padre japonés a Japón. Una vez que esto sucede, los tribunales japoneses no reconocen estas custodias u órdenes. No reconocen órdenes de arresto por secuestro infantil de otros países, ni de la INTERPOL. El padre puede intentar dar seguimiento a esto en un tribunal japonés, pero los casos que van a la corte en Japón pueden tomar años. Aún después de varios años, el argumento final termina siendo que el niño ya se ha acostumbrado a Japón, por lo que no debe ser sacado de ese país. Como resultado, algunos japoneses se sienten con la libertad de secuestrar a sus hijos y llevarlos de inmediato a Japón donde saben que estarán protegidos de cualquier ataque legal que pueda venir del padre /madre extranjero que tiene la custodia legal en otro país.

- Japón no ha ratificado la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores.
- Japón no cuenta con el marco legal que permita la implementación de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores.
- Japón no aplica ni acata las órdenes de custodia de otros países.

- El secuestro parental no es considerado un delito en Japón.
- Japón no acata/aplica órdenes de extradición requeridas por crímenes que involucren a un padre Japonés que no tiene la custodia legal pero que secuestra al menor a Japón.

Retención de menores en Japón. En los casos donde no se ha generado una orden de custodia por otro país, un padre japonés puede hacer una visita a Japón con el menor y simplemente mantenerlo en Japón, sin el consentimiento del otro padre/madre. Esto viola el derecho de niño a su país habitual de residencia. El resultado es generalmente que el padre marginado vaya a la corte en su país de origen para obtener la custodia legal. A partir de ese momento, este problema se vuelve similar al de los “Secuestros de Niños a Japón”.

Leyes de custodia de menores anticuadas. Entre las parejas japonesas, la custodia de los niños generalmente se da a la madre cuando un matrimonio termina. No existe ninguna previsión legal para custodias compartidas. Finalmente, en caso de que el padre con la custodia muera o quede incapacitado, la custodia se otorga generalmente a sus familiares japoneses, en lugar de al padre/madre biológico(a) extranjero(a).

Leyes sobre regímenes de visitas anticuadas. No existen previsiones legales para los derechos de visita bajo el Código Civil Japonés. Aunque sea especificado por un tribunal japonés, es increíblemente limitado, normalmente sólo un par de horas por mes.

Leyes para visitas al menor no aplicables. Si el padre que no tiene la custodia logra que un tribunal japonés le otorgue derechos de visita, éstos típicamente son de un par de horas

por mes. Pero incluso entonces, si el padre que tiene la custodia no coopera, ni la policía ni el tribunal aplicará y hará respetar estos derechos. La única opción es ir a la corte una y otra vez. Los tribunales familiares no tienen manera de hacer cumplir sus dictámenes y juicios.

El abuso infantil, físico y emocional, son ignorados como factores para la toma de decisiones sobre custodias. Se ha reportado que la policía ignora estas cosas, así como los tribunales cuando deciden sobre una custodia. Este reclamo se cree cierto, pero debe considerarse como tentativo y bajo investigación hasta compilar y documentar la evidencia.

Discriminación en contra de no-japoneses en cuanto a los derechos de los niños. En el caso de parejas donde uno de los padres es japonés y el otro extranjero, el japonés generalmente obtiene la custodia del menor. En el caso de que el extranjero sea el padre (hombre), generalmente se trata de un individuo caucásico, pero en el caso en que el extranjero es la madre, por lo general es asiática. Las víctimas más comunes son hombres occidentales (relacionados con mujeres japonesas) y mujeres asiáticas (relacionadas con hombres japoneses) aunque por supuesto estos no son los únicos casos. Casi no se ha oído siquiera de algún caso donde la custodia se haya otorgado a un padre/madre extranjero en un pleito por la custodia en Japón.

Este problema se puede dividir en tres sub-temas:

- **Localizando niños.** Un padre no-japonés puede toparse con muchas trabas y obstáculos tratando de encontrar a su hijo si este fue secuestrado y oculto en Japón. La policía dirá que es un “asunto de familia” y no hará un reporte de “persona perdida” como se haría normalmente en otros

países. Las escuelas, oficinas gubernamentales locales, Ministerio de Salud, etc. tampoco proveerán información a padres no-japoneses, refiriéndose a los “derechos de privacidad” del menor. Haciendo las cosas aún más complicadas, el padre secuestrador comúnmente se registra a sí mismo y a sus hijos con nombres y direcciones falsas. Los investigadores privados no tienen licencia para operar en Japón, y hay algunos que se enriquecen a partir de estos padres que desesperadamente buscan a sus hijos, dándoles falsas esperanzas mas no resultados. Los padres pueden fácilmente pasar varios años haciendo cuanto pueden y gastando muchos miles de dólares en la búsqueda de sus hijos en Japón sin encontrarlos jamás.

- **Discriminación en contra de no-japoneses en asuntos de custodia infantil y permisos de visita.** Existe una percepción generalizada de que los tribunales tienen un claro sesgo racial a favor de los nacionales japoneses, sin importar lo inapropiado de la custodia o el peligro para el menor. Existen reportes anecdóticos de tribunales que ignoran amenazas violentas de los padres japoneses a los no-japoneses en vez de darle la custodia al padre no-japonés. Existen también reportes de prejuicio a la hora de emitir órdenes de restricción. Este reclamo se cree cierto, pero debe considerarse como tentativo y bajo investigación hasta compilar y documentar la evidencia.
- **Posibilidad de entrar a Japón en el futuro.** El asunto de si se puede o no permanecer o ir a Japón a ver al menor es sólo uno de los muchos y atroces riesgos que hay. Los padres que tienen la custodia pueden quejarse y dificultar que el padre extranjero pueda entrar a Japón después. Podría

existir una “ley” o reglamento que facilitase a un padre con la custodia del menor el obtener la residencia permanente. Pero qué hay de los padres que sólo tienen permiso de visitas o están intentando obtener estos derechos?

- **Discriminación general a no-japoneses en Japón.** «El Gobierno de Japón firmó el Acuerdo Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como el Acuerdo Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1979, posteriormente la Convención Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas en 1995 (que entró en vigor en enero 14, 1996). Bajo esta última, Japón prometió tomar medidas (incluyendo la legislación) en todos los niveles del gobierno para eliminar la discriminación racial «sin retraso». A pesar de esto, Japón continúa hasta el día de hoy como el único país desarrollado sin ninguna forma o ley en ningún estrato que haga ilegal la discriminación racial.» Para más información (incluyendo la cita anterior) y una introducción a eventos recientes relacionados, vea el sitio www.debito.org, particularmente esta sección. Sin leyes que protejan en contra de la discriminación en general, la discriminación en asuntos de Derechos de los Niños no pueden ser efectivamente atacados o prevenidos.

INFORMATION CONCERNING THE AGENDA AND ORGANISATION OF THE SPECIAL COMMISSION AND QUESTIONNAIRE CONCERNING THE PRACTICAL OPERATION OF THE CONVENTION AND VIEWS ON POSSIBLE RECOMMENDATIONS

PART A - INFORMATION CONCERNING THE AGENDA AND ORGANISATION OF THE SPECIAL COMMISSION

INTRODUCTION

- 1 The first two Special Commissions to review the operation of the 1980 Convention were held in 1989³⁴ and 1993.³⁵ The third Special Commission took place from 17-21 March 1997.³⁶ At that time, there were forty-five States Parties to the Convention of which thirty-five were represented at the Special Commission. In addition, thirteen States which were not at the time Parties to the Convention (seven Member States of the Hague Conference and six other States par-

34. See Overall Conclusions of the Special Commission of October 1989 on the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, International Legal Materials, Vol. XXIX, March 1990, p. 219. (See Hague Conference website at: <http://www.hcch.net>.)

35. See Report of the second Special Commission meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, International Legal Materials, Vol. XXXIII, January 1994, p. 225. (See Hague Conference website at: <http://www.hcch.net>.)

36. See Report of the third Special Commission meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, drawn up by the Permanent Bureau, August 1997. (See Hague Conference website at: <http://www.hcch.net>.)

ticipating as observers) attended the Special Commission. Four intergovernmental and seven non-governmental international organisations attended as observers.

- 2 Since 1997 a further seventeen States have become Parties to the Convention, four by ratification or analogous procedure (Belgium, China, (Hong Kong Special Administrative Region and Macau only), the Czech Republic and Turkey) and thirteen by accession (Belarus, Brazil, Costa Rica, Fiji, Georgia, Malta, Moldova, Paraguay, South Africa, Trinidad and Tobago, Turkmenistan, Uruguay and Uzbekistan). At the same time as this process of globalisation, the Convention has become the subject of close scrutiny in several of the States Parties. Commissions and enquiries of various kinds have been established at national level.³⁷ Academic research and writing on the Convention has proliferated.³⁸

There are now more non-governmental organisations with a special interest in international child abduction.³⁹ A number of

37. See for example, A Report to the Attorney General on International Parental Kidnapping, Report of Subcommittee on International Child Abduction of the Federal Agency Task Force on Missing and Exploited Children and the Policy Group on International Parental Kidnapping (USA, April 1999); Government of Canada, Government's Response to the Fourth Report of the Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade (International Child Abduction: Issues for Reform), November 1998; Belgian Senate, Seminar on the Application of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Report, Brussels, 29 March 2000.

38. See the bibliography on the Convention on the Hague Conference website at: <http://www.hcch.net>.

39. For example, the European Network on Parental Child Abduction which includes Reunite (UK), Bortrovade Barns Forening (Sweden), Como of Missing Children (Germany), Fondation Pour l'Enfance (France), Missing Children International (Belgium), Child Focus (Belgium), CSMEF (France), ICPAC (Ireland), 50S International Child Kidnapping (France). The Network's first

international judicial seminars/ conferences have been held at which aspects of the operation of the Convention have been reviewed.⁴⁰ The operation of the Convention has also generated a good deal of publicity in several states, as well as a certain degree of political activity in some.⁴¹

conference was held in London on 15 April 1999, and the International Centre for Missing and Exploited Children (ICMEC), launched in Washington, DC, in April 1999.

40. For example, the Seminar for Judges on the International Protection of Children, held at De Ruwenberg in the Netherlands, 22-25 June 1998 ("De Ruwenberg 1"), organised by the Hague Conference, with the support of the Grotius Programme of the European Union, involving 35 judges from 26 States Parties to the 1980 Convention; the Seminar for Judges on the International Protection of Children, held at De Ruwenberg from 3-6 June 2000 ("De Ruwenberg II"), organised by the Hague Conference at the request of the French and German Ministries of Justice, involving nearly 40 judges from France, Germany, Italy and the Netherlands; the Common Law Judicial Conference on International Child Custody, held at Washington, DC, from 17-21 September 2000, organised by the State Department, involving judges, practitioners and Central Authority personnel from the United States, England and Wales, Scotland, Canada, Australia, New Zealand and Ireland, as well as observers from 24 other States; the United Kingdom-Germany Judicial Conference on Family Law, held in Edinburgh 26-28 September 2000 (the third in a series of United Kingdom-Germany judicial conferences).
41. See for example, Déclaration Commune des Ministres Français et Allemand de la Justice sur les Conflits Familiaux des Couples Mixtes Franco-Allemand, Avignon, le 6 mai 1998; Government Resolution by the House of Representatives (the Senate concurring) Urging Compliance with the Hague Convention on the Civil Aspects of Child Abduction, 23 March 2000, 106th Congress, 2nd Session, H.Con.Res.293; Seminar on the application of the Hague Convention on the Civil Aspects of Child Abduction, organised by the Belgian Senate, 29 March 2000.

DRAFT AGENDA FOR THE SPECIAL COMMISSION

- 3 The proposal of the Permanent Bureau to convene a fourth special Commission⁴² was accepted unanimously by the special Commission on general affairs and policy of the Conference in May 2000.⁴³ That special Commission agreed that the agenda of the special Commission in March 2001 should concentrate on those aspects of the operation of the 1980 Convention which experience has shown are key to its successful operation, especially those in respect of which there are significant difficulties or differences of approach among State Parties. The following draft agenda was considered and its broad structure agreed to:

(1) The role and functioning of Central Authorities

- a Resources and capacities;
- b The role played by Central Authorities at different stages in the Hague process;
- c Information and statistics.

42. See Preliminary Document No 6 of April 2000, Note "Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Preparations for a fourth Special Commission meeting to review the operation of the Convention and a description of the work currently undertaken by the Permanent Bureau in support of the Convention". (See Hague Conference website at: <http://www.hcch.net>.)

43. See Preliminary Document No 10 of June 2000, Conclusions of the Special Commission of May 2000 on general affairs and policy of the Conference, at p. 19. (See Hague Conference website at: <http://www.hcch.net>.)

(2) Judicial proceedings, including appeals and enforcement issues, and questions of interpretation

- a Courts organisation;
- b Provision of legal representation;
- e Speed of Hague procedures, including appeals;
- d Manner of taking evidence, especially in relation to the Article 13 defences;
- e Procedures for hearing the child and determining whether the child objects to return;
- f Methods and speed of enforcement;
- g Interpretation of key concepts such as habitual residence, rights of custody, acquiescence, etc.

(3) Issues surrounding the safe and prompt return of the child (and the custodial parent, where relevant)

- a Safe harbour orders, mirror orders and undertakings, including questions of international jurisdiction and the enforcement of orders;
- b Criminal proceedings and immigration issues;
- e Direct judicial communications - their feasibility and limits;
- d) The role of Central Authorities. See Item 1 above.).

(4) Procedures for securing cross-frontier access/ contact between parent and child

- a The role of Central Authorities and other intermediaries;
- b Promoting agreement by mediation, etc;
- e Jurisdiction, recognition and enforcement in respect of cross-frontier contact.

(5) Securing State compliance with Convention obligations

- a The accession process;
- b Monitoring/reviewing State practice;
- e Frequency and form of Special Commissions.

(6) Miscellaneous and general

- a The role of the Permanent Bureau;
- b The International Child Abduction Database (INCADAT);
- e Judicial (and other) training and networking;
- d Encouraging further ratifications and accessions;
- e Non-Hague States and bilateral arrangements.

It should be emphasised that this agenda remains in draft form. There are a number of factors which will influence its final shape and content, in particular the responses received by the Permanent Bureau to this document, including the Questionnaire. It may also

be necessary to change the order of some of the items on the agenda. However, the broad idea of discussing first items of particular concern to Central Authorities and subsequently matters relating to the judicial process and enforcement (although clearly these matters cannot be entirely separated) will as far as possible be respected.

PARTICIPATION IN THE SPECIAL COMMISSION

4 AII Member States of the Hague Conference and States Parties to the 1980 Convention, have been invited to attend the Special Commission. In addition certain intergovernmental organisations and non-governmental international organisations have been invited to send representatives as observers. It is hoped that delegations will, as usual, include Central Authority personnel and other relevant practitioners. In addition it is expected that there will be greater judicial involvement in the fourth Special Commission, particularly in the discussions concerning the judicial process and judicial co-operation/communications.

PART B- QUESTIONNAIRE CONCERNING THE PRACTICAL OPERATION OF THE CONVENTION AND VIEWS ON POSSIBLE RECOMMENDATIONS

INTRODUCTION TO THE QUESTIONNAIRE

- 5 The questionnaire which appears below is addressed in the first place to States Parties to the 1980 Convention. It has three broad objectives:
 - a) To seek information concerning significant developments since 1997 in law or practice surrounding the Convention in the different Contracting States;

- b) To identify current difficulties experienced in the practical operation of the Convention; and
 - c) To test opinion in respect of certain possible recommendations.
- 6 With respect to a and b above, it should be emphasised that respondents are also invited to identify and comment upon matters concerning the practical operation of the Convention which are not addressed specifically in the Questionnaire.
- 7 With respect to e above, the Special Commission on general affairs in May 2000 broadly supported the idea that the Special Commission of March 2001 should, subject to the necessary consensus, attempt to arrive at recommendations to improve the practical operation of the Convention. With this in view, and in order to begin to determine in what areas a consensus may exist, the Questionnaire seeks the initial reaction of respondents to a number of possible draft recommendations. It is recognised that some States may not be in a position to comment on all of the recommendations at this stage. Also the right of delegations, alone or in combination, to make alternative or additional recommendations, should be emphasised. In this regard, it would add to the efficiency of proceedings if States could as far as possible give advance notification to the Permanent Bureau of any proposed recommendations, preferably in conjunction with their responses to the Questionnaire.
- 8 The Questionnaire is also being sent to non-Party Member States invited to attend the Special Commission, as well as intergovernmental organisations and nongovernmental international organisations invited to attend. All of these

are invited to make such submissions in response to the Questionnaire as they deem to be appropriate. In addition, this document will be posted on the Hague Conference website (www.hcch.net).

- 9 The Permanent Bureau would be grateful if responses to the Questionnaire could be sent to the Permanent Bureau, if possible in electronic form, by 19 January 2001.

Questionnaire concerning the practical operation of the Convention and views on possible recommendations

(1) The role and functioning of Central Authorities⁴⁴

General questions:

- 1 Have any difficulties arisen in practice in achieving effective communication or co-operation with other

44. Conclusion IV of the first Special Commission called upon States to: “...give their Central Authorities adequate powers to play a dynamic role, as well as the qualified personnel and resources, including modern means of communication, needed in order expeditiously to handle requests for return of children or for access”. (Overall Conclusions of the Special Commission of October 1989 on the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, February 1990, Conclusion IV at p. 45.)

Conclusion 3 of the second Special Commission to review the operation of the Convention was as follows:

“The Central Authorities designated by the States Parties play a key role in making the Convention function. They should act dynamically and should be provided with the staff and other resources needed in order to carry out their functions effectively.” (Report of the second Special Commission meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, June 1993, Conclusion 3 at p. 16.)

Central Authorities in accordance with Article 7 of the Convention? If so, please specify.

- 2 Have any of the duties of Central Authorities, as set out in Article 7, raised any problems in practice?

Particular questions:

- 3 What measures are taken by your Central Authority or others to secure the voluntary return of a child or to bring about an amicable resolution of the issues (Article 7 c))? Do these measures lead to delay?
- 4 What measures does your Central Authority take to provide or facilitate the provision of legal aid and advice in Hague proceedings, including the participation of legal counsel and advisors (Article 7 g))? Do these measures result in delays in your own jurisdiction or, where cases originate in your country, in any of the requested jurisdictions?
- 5 Does your Central Authority represent applicant parents in Hague proceedings? If so, has this role given rise to any difficulties or conflicts, for example with respect to other functions carried out by your Central Authority?
- 6 What obligations does your Central Authority have, and what measures does it take, to ensure that a child returned to your country from abroad receives appropriate protection, especially where issues of (alleged)

abuse or violence have arisen?⁴⁵ In particular, does your Central Authority:

- a) Ensure that appropriate child protection bodies are alerted;
- b) Provide information to either parent in respect of legal, financial, protection and other resources in your State;

45. Respondents are reminded of the discussions which took place during the third Special Commission (see Report of the third Special Commission, *op. cito* footnote 3, especially paragraphs 57 to 64 and Annexes 1 to III). The synthesis of that discussion, as drawn up by the Permanent Bureau (see Annex III), was as follows:

“1 To the extent permitted by the powers of their Central Authority and by the legal and social welfare systems of their country, Contracting States accept that Central Authorities have an obligation under Article 7 h to ensure appropriate child protection bodies are alerted so they may act to protect the welfare of children upon return until the jurisdiction of the appropriate court has been effectively invoked, in certain cases.

2 It is recognised that, in most cases, a consideration of the child’s best interests requires that both parents have the opportunity to participate and be heard in custody proceedings. Central Authorities should therefore co-operate to the fullest extent possible to provide information respecting, legal, financial, protection and other resources in the requesting State, and facilitate contact with these bodies in appropriate cases.

[3 The measures which may be taken in fulfilment of the obligation under Article 7 h to take or cause to be taken an action to protect the welfare of children may include, for example:

- a) Alerting the appropriate protection agencies or judicial authorities in the requesting State of the return of a child who may be in danger;
- b) Advising the requested State, upon request, of the protective measures and services available in the requesting State to secure the safe return of a particular child;
- c) Providing the requested State with a report on the welfare of the child;]
- d) Encouraging the use of Article 21 of the Convention to secure the effective exercise of access or visitation rights.]”.

- c) Facilitate contact with bodies providing such resources;
 - d) Assist in providing any necessary care for the child pending custody proceedings;
 - e) Provide any other support, advice or information to a parent who accompanies the child on return;
 - f) Provide any assistance in ensuring that undertakings attached to a return order are respected.
- 7 What arrangements does your Central Authority make for organising or securing the effective exercise of rights of access (Article 7 f)?

In particular, in the case of an applicant from abroad⁴⁶, does your Central Authority:

- a Provide information or advice;
- b Facilitate the provision of legal aid or advice;
- e Initiate or assist in the institution of proceedings, where appropriate, on behalf of the applicant;
- d Assist in ensuring that the terms or conditions on which access has been ordered or agreed are respected;

46. In answering these questions please distinguish where appropriate between:

- a) Applications pending return proceedings;
- b) Applications following a refusal to return a child;
- c) Applications not made in connection with other proceedings; and
- d) Applications to modify existing access orders.

Please note also that the term “access” should be read as including all forms of contacto.

- e Assist in cases where modification of existing access provisions is being sought.
- 8 Please comment on any developments in relation to the maintenance of statistics concerning the operations of your Central Authority. Has your Central Authority been able to return to the Permanent Bureau annual statistics in accordance with the Hague standard forms? If not, please explain why?
- 9 Can you affirm or reaffirm, as the case may be, support for the conclusions reached by the first, second and third Special Commissions, as set out in footnotes 11 and 12?
- 10 Would you support any other recommendations in respect of the particular functions which Central Authorities do or might carry out, especially with regard to the matters raised in questions 6 and 7 above?

(2) Judicial proceedings, including appeals and enforcement issues, and questions of interpretation⁴⁷

- 1 How many courts and how many judges potentially have jurisdiction to hear an application for the return of a child? If there is more than one level of jurisdiction at first instance, please specify the number of courts and judges for each level.
- 2 Do you have any special arrangements whereby jurisdiction to hear return applications is concentrated in a limited

47. Delay in legal proceedings has long been identified as a major cause of difficulties in the operation of the Convention. For example, the second Special Commission called upon States Parties to make “all possible efforts ... to expedite such proceedings.” (Report of the second Special Commission meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, June 1993, Conclusion 7 at p. 18.)

number of courts? Are such arrangements being contemplated?

- 3 What measures exist to ensure that Hague applications are dealt with promptly (Article 7) and expeditiously (Article 11)? In particular:
 - a Is it possible for the application to be determined on the basis of documentary evidence alone?
 - b What special measures/rules exist to control or limit the evidence (particularly the oral evidence) which may be admitted in Hague proceedings?
 - e Who exercises control over the procedures following the filing of the application with the court and prior to the court proceedings, and how is that control exercised?
 - d what appeal is possible from the grant or refusal of a return application; within what time limits do appeals operate; on what grounds and subject to what limitations?
- 4 In what circumstances; and by what procedures/methods; will a determination be made as to whether a child objects to being returned?

In what circumstances in practice will the objections of the child be held to justify a refusal to return? (Please indicate the statutory basis; if any.)

- 5 Where the person opposing return raises any other defences under Article 13 or Article 20; what are the procedural

consequences? What burden of proof rests on the defendant? Does the raising of defences under Articles 13 or 20 in practice lead to delay? What measures, if any, exist to reduce such delay to a minimum?

- 6 Please specify the procedures in place in your jurisdiction to ensure that return orders are enforced promptly and effectively? Are there circumstances (apart from pending appeals) in which execution of a return order may not be effected. Do return orders require separate enforcement proceedings? Is there appeal from such proceedings? Are such enforcement procedures routinely invoked, and are they successful in achieving the enforcement of return orders?
- 7 Would you support any of the following recommendations?
 - a Calling upon States Parties to consider the considerable advantages to be gained from a concentration of jurisdiction in a limited number of courts.⁴⁸
 - b Underscoring the obligation of States Parties to process return applications expeditiously and making it clear

48. See, for example, Conclusion No 4 of the “De Ruwenberg II” Judicial Seminar (footnote 7, above):

“It is recognised that, in cases involving the international protection of children, considerable advantages are to be gained from a concentration of jurisdiction in a limited number of courts/tribunals. These advantages include the accumulation of experience among the Judges and practitioners concerned and the development of greater mutual confidence between legal systems.”

This conclusion was supported by the judges present at the Washington Judicial Conference (footnote 7, above).

that this obligation extends also to appeal procedures.⁴⁹

- e Calling upon trial and appellate courts to set and adhere to timetables that ensure the speedy determination of return applications.⁵⁰
- d Calling for firm judicial management, both at trial and appellate levels, of the progress of return applications.⁵¹
- e Calling upon States Parties to enforce return orders promptly and effectively.⁵²
- f Recommending that the “grave risk” defence under Article 13 should be narrowly construed.⁵³

49. See, for example, Conclusion No 2 of the Washington Judicial Conference: “Prompt decision-making under the Hague Child Abduction Convention serves the best interests of children. It is the responsibility of the judiciary at both the trial and appellate levels firmly to manage the progress of return cases under the Convention. Trial and appellate courts should set and adhere to timetables that ensure the expeditious determination of Hague applications.”

50. See above, footnote 16.

51. See above, footnote 16.

52. See, for example, Conclusion No 4 of the Washington Judicial Conference (footnote 7, above):

“It is recommended that State parties ensure that there are simple and effective mechanisms to enforce orders for the return of children.”

53. See, for example, Conclusion No 5 of the Washington Judicial Conference (footnote 7, above):

“The Article 13 b ‘grave risk’ defense has generally been narrowly construed by courts in member states. It is in keeping with the objectives of the Hague Child Abduction Convention to construe the Article 13 b grave risk defense narrowly”.

- g Proposing any other measures (please specify) to improve the efficiency and speed with which applications are processed and orders enforced.
- 8 Please indicate any important developments since 1996 in your jurisdiction in the interpretation of Convention concepts, in particular the following:
- Rights of custody (Article 3 a and Article 5 a);
 - Habitual residence (Article 3 a and Article 4);
 - Rights of access (Article 5 b);
 - The actual exercise (of rights of custody) (Article 3 b and Article 13 a);
 - The settlement of the child in its new environment (Article 12);
 - Consent or acquiescence to the removal or retention of the child (Article 13 a);
 - Grave risk (Article 13 b);
 - Exposure to physical or psychological harm (Article 13 b);
 - Intolerable situation (Article 13 b);
 - Fundamental principles relating to the protection of human rights and fundamental freedoms (Article 20).

(3) Issues surrounding the safe and prompt return of the child (and the custodial parent, where relevant)⁵⁴

- 1) To what extent are your courts, when considering a return application, entitled and prepared to employ “undertakings” (i.e. promises offered by, or required of the applicant) as a means of overcoming obstacles to the prompt return of a child? Please describe the subject-matter of undertakings required/requested. At what point in return proceedings are possible undertakings first raised, and how?
- 2) Will your courts/authorities enforce or assist in implementing such undertakings in respect of a child returned to your jurisdiction? Is a differentiation made between undertakings by agreement among the parties and those made at the request of the court?
- 3) To what extent are your courts entitled and prepared to seek or require, or as the case may be to grant, safe harbour orders or mirror orders (advance protective orders made in the country to which the child is to be returned) to overcome obstacles to the prompt return of a child?
- 4) Is consideration being given to the possible advantages of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility

54. The context of these questions is the experience of several States that the majority of return applications now concern (alleged) abduction by the child’s primary caretaker, and that these cases often give rise to concerns about supports available for, or even the protection of, the returning child and accompanying parent within the country to which the child is to be returned. The role played by Central Authorities in this context is covered by question 6 of section 1 of the Questionnaire.

and Measures for the Protection of Children, in providing a jurisdictional basis for protective measures associated with return orders (Article 7), in providing for their recognition by operation of law (Article 23), and in communicating information relevant to the protection of the child (Article 34)?

- 5) Have you experience of cases in which questions have arisen as to the right of the child and/or the abducting parent to re-enter the country from which the child was abducted or unlawfully retained? If so, how have such issues been resolved?
- 6) Please comment on any issues that arise, and how these are resolved, when criminal charges are pending against the abducting parent in the country to which the child is to be returned.
- 7) Please comment on any experience, as a requesting or as a requested State, of cases in which the deciding judge has, before determining an application for return, communicated with a judge or other authority in the requesting State and, if so, for what purposes. What procedural safeguards surround such communications?
- 8) Has an appointment been made in your country of a judge or other person competent to act as a focus or channel for communication between judges at the international level in child abduction/access cases?⁵⁵
- 9) Where a child is returned to your Country, what provisions for legal aid and advice exist to assist the accompanying

55. See footnote 23, below.

parent in any subsequent legal proceedings concerning the custody or protection of the child?

- 10) Where a custody order has been granted in the jurisdiction of, and in favour of, the left behind parent, is the order subject to review if the child is returned, upon application of the abducting parent?
- 11) Would you support any of the following recommendations?
 - a) That Contracting States should consider ratification of or accession to the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, to provide a basis for jurisdiction, recognition and enforcement, and co-operation in respect of measures of protection of a child which are attached to return orders.
 - b) That Contracting States should provide swift and accessible procedures for obtaining, in the jurisdiction to which the child is to be returned, any necessary protective measures prior to the return of the child.
 - c) That Contracting States should take measures to ensure that, save in exceptional cases, the abducting parent will be permitted to enter the Country to which the child is returned for the purpose of taking part in legal proceedings concerning custody or protection of the child.
 - d) That Contracting States should provide a rapid procedure for the review of any criminal charges arising out

of a child's abduction/unlawful retention by a parent in cases where the return of the child is to be effected by judicial order or by agreement.

- e) That Contracting States should nominate a judge or other person or authority with responsibility to facilitate at the international level communications between judges or between a judge and another authority.⁵⁶
- f) That the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law should continue to explore practical mechanisms for facilitating direct judicial

56. See, for example, Conclusion No 1 of the "De Ruwenberg I" Judicial Seminar (footnote 7, above):

"The recommendation was made that, following the example of Australia, judges attending the seminar should raise with the relevant authorities in their jurisdictions (e.g., court presidents or other officials, as appropriate within the different legal cultures) the potential usefulness of designating one or more members of the judiciary to act as a channel of communication and liaison with their national Central Authorities, with other judges within their own jurisdictions and with judges in other states, in respect, at least initially, of issues relevant to the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction."

This recommendation was endorsed in Conclusion No 5 of the "De Ruwenberg I" Judicial Seminar (footnote 7, above), as follows:

"The need for more effective methods of international judicial co-operation in respect of child protection is emphasised, as well as the necessity for direct communication between Judges in different jurisdictions in certain cases. The idea of the appointment of liaison Judges in the different jurisdictions, to act as channels of communication in international cases, is supported. Further exploration of the administrative and legal aspects of this concept should be carried out. The continued development of an international network of Judges in the field of international child protection to promote personal contacts and the exchange of information is also supported."

This conclusion was in turn endorsed at the Washington Judicial Conference (footnote 7, above). Liaison judges have already been appointed for England and Wales, Australia, New Zealand, Hong Kong and Cyprus.

communications, taking into account the administrative and legal aspects of this development.

(4) Procedures for securing cross-frontier access/ contact between parent and child⁵⁷

- 1) What provisions for legal aid/advice/representation in respect of a foreign applicant for an access order exist in your jurisdiction?
- 2) On what basis do your courts at present exercise jurisdiction to:
 - a) Grant and
 - b) Modify access/contact orders?
- 3) What provisions exist for the recognition and enforcement in your jurisdiction of foreign access orders, in particular where the order has been made by a court or other authority of the country of the child's habitual residence? In this context is consideration being given to implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children?

57. The role played by Central Authorities in this context is covered by question 7 of section 1 of the Questionnaire. In answering these questions please distinguish where appropriate between:

- a) applications pending return proceedings;
- b) applications following a refusal to return a child;
- c) applications not made in connection with other proceedings; and
- d) applications to modify existing access orders.

Please note also that the term "access" should be read as including all forms of contact.

- 4) What, if any, provision exists to ensure that cross-frontier access applications (including appeals) are processed expeditiously?
- 5 What facilities/procedures are in place to promote agreement between parents in international access/contact cases?
- 6 Do your courts in practice accept a presumption in favour of allowing access/contact to the non-custodial parent?
- 7 What conditions are likely to be imposed on access in respect of a noncustodial abducting parent?
- 8 What information concerning services and what other facilities are available to overseas applicants for access/contact orders?
- 9 What problems have you experienced and what procedures exist in your country as regards co-operation with other jurisdictions in respect of:
 - a The effective exercise of rights of access in your/in the other jurisdiction;
 - b The granting or maintaining of access rights to a parent residing abroad/in your jurisdiction;
 - c The restriction or termination of access rights to a parent residing abroad/in your jurisdiction.
- 10 What, if any, measures are available to your courts to help guarantee adherence by parents to access conditions (e.g. financial guarantees, surrender of passports)?

- 11 How in practice are access orders enforced?
- 12 Would you support recommendations in respect of any of the particular issues raised in the preceding questions? If so, please specify.

(5) Securing State compliance with Convention obligations

- 1) Please comment upon any serious problems of non-compliance with Convention obligations of which your authorities have knowledge or experience and which have affected the proper functioning of the Convention.
- 2) What measures, if any, do your authorities take, before deciding whether or not to accept a new accession (under Article 38), to satisfy themselves that the newly acceding State is in a position to comply with Convention obligations?
- 3) Would you favour the drawing up of a standard questionnaire to be submitted by Contracting States to each newly acceding State with a view to assisting them to decide whether or not to accept the accession? What questions would you include?
- 4) Are you in favour of an increase in the number of Special Commissions⁵⁸ (or similar meetings) to review the practical operation of the Convention? Would you also favour the idea that additional Special Commissions should review

58. All other things being equal, the approximate additional expenses arising for the annual budget of the Hague Conference would amount to Dfl. 30,000 (for an additional Commission of 3 days every 2 years), or Dfl. 20,000 (every 3 years).

particular aspects of the operation of the Convention (for example, the problems surrounding the protection of rights of access, or the issues that arise when allegations of abuse or domestic violence are raised in return proceedings or the practical and procedural issues surrounding direct communications between judges at the international level, or the enforcement of return orders by Contracting States)?

- 5 Are there any other measures or mechanisms which you would recommend:
 - a) To improve the monitoring of the operation of the Convention;
 - b) To assist States in meeting their Convention obligations;
 - e) To evaluate whether serious violations of Convention obligations have occurred?

(6) Miscellaneous and general

- 1 Have you any comments or suggestions concerning the activities in which the Permanent Bureau engages to assist in the effective functioning of the Convention, and on the funding of such activities?⁵⁹

59. The present activities of the Permanent Bureau fall into the following categories:

- a) Assisting in the maintenance of good communications between Central Authorities, by inter alia seeking and disseminating (through the Hague Conference website and other means) reliable contact data;
- b) Giving informal advice and assistance to Central Authorities and others on matters of interpretation and procedure under the Convention;

- 2 Are there any additional ways in which the Permanent Bureau might provide assistance? Do you favour the preparation of a list of potential Permanent Bureau functions and tasks that could only be performed if the Permanent Bureau were to receive additional financial and human resources either through approval of an increased budget or through voluntary contributions to accounts set aside for that purpose?
- 3 Would you favour a recommendation that States Parties should, on a regular annual basis, make returns of statistics concerning the operation of the Convention on the standard forms established by the Permanent Bureau, and that these statistics should be collated and made public (for example on the Hague Conference website) on an annual basis?
- 4 Would you favour a recommendation supporting the holding of more judicial and other seminars, both national and international, on the subject-matter of the Convention?

-
- e) Drawing the attention of States Parties to, and offering advice about, situations in which obstacles have arisen to the proper functioning of the Convention;
 - d) Offering advice of a general nature and referrals in individual cases;
 - e) Advising Contracting States in relation to implementation of the Convention;
 - f) Organising and supporting training conferences and seminars for judges, Central Authority personnel and practitioners;
 - g) Gathering and evaluating statistics;
 - h) Maintaining INCADAT (the international child abduction database of judicial decisions, available at: www.incadat.com);
 - i) Undertaking preparation and research for the regular periodic reviews of the Convention;
 - j) The publication of a judicial newsletter as a step towards building an international judicial network;
 - k) Encouraging wider ratification of the Convention.
- With respect to many of these activities, no provision is made in the regular budget of the Hague Conference. They therefore depend largely or entirely on extra budgetary funding.

- 5 Are there any particular measures which you would favour to promote further ratifications of and accessions to the Convention?
- 6 Please provide information concerning any bilateral arrangements made with non- Hague States with a view to achieving all or any of the objectives set out in Article 1 of the Convention.
- 7 Do you have any comments on the following proposition:
“Courts take significantly different approaches to relocation cases, which are occurring with a frequency not contemplated in 1980 when the Hague Child Abduction Convention was drafted. Courts should be aware that highly restrictive approaches to relocation can adversely affect the operation of the Hague Child Abduction Convention.”⁶⁰

60. Conclusion No 9 of the Washington Judicial Conference (footnote 7, above). A “relocation” case is one in which a custodial parent applies to a court for permission to move permanently, together with the child, to a new country.

