



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DEL
CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES
DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

ALEJANDRA FABIOLA PINO MONTERO

EDUARDO ANDRÉS QUIROZ LÓPEZ

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS

JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA: MARÍA TERESA INFANTE CAFFI

SANTIAGO, CHILE

Enero 2015

Agradecimientos

Agradecemos a la Directora de Bibliotecas y Centro Documental del Poder Judicial y a su personal, por su valioso aporte a nuestro trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN_____	1
CAPÍTULO I. ANÁLISIS DE LA CONVENCION, ASPECTOS Y ESTRUCTURA	
I.1 ¿Qué es la sustracción internacional de menores?_____	13
I.2 Sobre la naturaleza de la Convención_____	17
I.3 El Capítulo Primero: De los objetivos y ámbito de aplicación del Convenio_____	21
I.4 El Capítulo Segundo: Autoridades Centrales_____	43
I.5 El Capítulo Tercero: Restitución del Menor_____	57
I.6 El Capítulo Cuarto: Derecho de Visita_____	70
I.7 El Capítulo Quinto: Disposiciones Generales_____	75
I.8 El Capítulo Sexto: Cláusulas Finales_____	81
CAPÍTULO II. TERMINOLOGÍA EMPLEADA. DEFINICIONES	

II.1 Derecho de Custodia_____	108
II.2 Los derechos de Visita_____	123
II.3 Carácter ilícito de un traslado o retención_____	131
II.4 Residencia habitual_____	138

CAPÍTULO III. PROCEDIMIENTO: MECANISMOS E INSTRUMENTOS DESTINADOS A OBTENER LA RESTITUCIÓN DEL MENOR SUSTRÁIDO

III.1 La solicitud y el papel de la Autoridad Central_____	150
III.2 Triangulación de solicitudes_____	163
III.3 Devolución voluntaria_____	164
III.4 Autoridades judiciales o administrativas nacionales_____	167
III.5 Plazos_____	174
III.6 Lugar de restitución_____	179
III.7 Respuesta de la Autoridad Central_____	181
III.8 Motivos de rechazo de la solicitud_____	187
III.9 Prueba_____	197
III.10 Tuición o custodia_____	202

III.11 Reserva judicial y administrativa_____ 202

Breve análisis del Procedimiento de Restitución en Chile_____ 203

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE CASOS NACIONALES E INTERNACIONALES

Caso 1_____ 213

Caso 2_____ 220

Caso 3_____ 229

Caso 4_____ 234

Caso 5_____ 238

Caso 6_____ 246

Caso 7_____ 252

Caso 8_____ 256

Caso 9_____ 264

Caso 10_____ 277

Caso 11_____ 286

Caso 12_____ 292

Caso 13	300
Caso 14	305
Caso 15	310
Caso 16	316
Caso 17	383
Caso 18	329
Caso 19	339
Caso 20	347
Caso 21	352
Caso 22	362
Caso 23	368
CONCLUSIONES	373
BIBLIOGRAFIA	391

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

	Página
MAPA 1. Representación de países firmantes del Convenio _____	35

ÍNDICE DE TABLAS

	Página
TABLA 1. Cuadro resumen con información alusiva a las adhesiones, ratificaciones y reservas, entre otras, formuladas por los Estados partes del Convenio, miembros y no miembros de la Organización	85

RESUMEN

El fenómeno de la sustracción internacional de menores por uno de sus padres o familiares, por efecto de la globalización, afecta a miles de niños en la actualidad.

Para afrontar esta situación, la comunidad internacional ha adoptado el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, instrumento multilateral que pretende, sin entrar a cuestiones de fondo sobre los derechos parentales, restituir al menor al Estado de su residencia habitual.

En tal entendido, es que estudiaremos los aspectos sustanciales del Tratado, así como las disposiciones procesales que contiene, para finalizar con estudio de jurisprudencia extranjera y nacional llamada a emplearlo al caso en concreto.

INTRODUCCIÓN

El Convenio sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños (en adelante, el Convenio) se adoptó en la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, con fecha 24 de octubre de 1980 y por la unanimidad de los estados presentes. Esto es, Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Venezuela y Yugoslavia.

Si bien participaron en los trabajos preliminares representantes de la República Árabe de Egipto, Israel e Italia, no concurrieron a la votación; Marruecos, la Santa Sede y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas enviaron observadores¹.

¹ Pérez-Vera, Elisa, Informe explicativo sobre el Convenio, Madrid, (1981); p.1.

La justificación del Convenio responde en fuerte medida al fenómeno de la globalización, que ha incrementado el número de matrimonios o convivencias binacionales; ello ha multiplicando la problemática resultante de la sustracción y/o traslado, por parte de padres y familiares que se consideran con mejor derecho a tener los menores de edad sujetos a custodia, en sus países de residencia.

De hecho, y como presenta la Base de Datos sobre la sustracción internacional de niños (INCADAT) de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH, por sus siglas en inglés, *Hague Conference on Private International Law*), “la sustracción parental internacional es un problema global que afecta a miles de niños cada año. El principal instrumento internacional para proteger a los niños de los dañinos efectos de los traslados y retenciones ilícitas transfronterizas es el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Este tratado multilateral, que hoy cuenta con 89 Estados parte no pretende involucrarse en cuestiones de custodia, sino que hace efectivo el principio de que todo niño que ha sido sustraído debe ser reintegrado inmediatamente al Estado de su residencia habitual. Una vez

que el niño es restituido, las autoridades locales pueden determinar dónde y con quién deberá vivir. El Convenio de La Haya de 1980 también ha sido diseñado para asegurar la protección de los derechos de visita”².

En el mismo orden de cosas, según reflexiona Blanca Gómez Bengoechea³, se encuentran como condicionantes del aumento del número de menores sustraídos de sus Estados de origen los siguientes:

- la evolución de la institución familiar (considerable número de matrimonios mixtos y mayor facilidad de separación y divorcio de los matrimonios), los avances tecnológicos (de medios de transporte y comunicaciones internacionales), los movimientos migratorios y la facilidad en el cruce de fronteras; y el nacionalismo judicial (entendido como causa de la inadecuada solución de casos de sustracción internacional, al confiar el sustractor en un amparo legal y judicial del estado de refugio, a la situación de hecho provocada.

² [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&lng=3>> [Consulta, 25/09/2013]

³ Gómez Bengoechea, Blanca, Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Madrid, (2002); p. 20.

Klenner, González, Martín y Zarricueta⁴ - promotores del fenómeno-observan, citando a Miles Vega, el fenómeno de la flexibilización del vínculo parental. Ello, debido a que las relaciones de pareja resultan menos estables que en las generaciones pasadas, y además, porque en el ámbito de nuestro país, la mayor facilidad de disolver el vínculo matrimonial dada la entrada en vigencia de la Ley de matrimonio civil, la globalización de las relaciones (esto es, la mayor frecuencia que las relaciones de pareja se establezcan entre personas de diversa nacionalidad), la globalización de las relaciones de índole laboral, la agilización del transporte, la flexibilización de los límites territoriales (en el sentido de disminución de exigencias para poder migrar de un territorio a otro) y, el síndrome de alienación parental, fenómeno caracterizado, por los autores citados, por una mutilación de los afectos del hijo común, que realiza el progenitor o progenitora que ejerce su cuidado personal, en perjuicio del que no lo detenta, materializado mediante la separación, restricción o prohibición de contacto, sumado a un discurso

⁴ Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes. Análisis, Normativa y Jurisprudencia, 2011, Klenner G. Arturo et. al., 1° ed. Santiago. Thomson Reuters Puntolex. P. 13.

descalificador que procura instalar en el niño o niña sensaciones o afectos de aversión, rechazo u odio al otro progenitor.

En definitiva, el estudio y análisis jurídico de esta delicada cuestión corresponde al Derecho Internacional Privado, que en efecto se ha ocupado de su regulación especialmente a través de convenciones internacionales que atienden a un objetivo fundamental, a su razón de ser: el rápido reintegro del menor a su centro de vida a fin de evitar mayores perjuicios a los ya causados por el desarraigo ilegítimo y abrupto de su medio familiar y social⁵. A modo de ejemplo, y aun cuando no resultan ser parte central de nuestra investigación, sin perjuicio de referirnos parcialmente a ellas en tanto resulte necesario, encontramos, entre aquellos instrumentos internacionales y sin pretender abarcarlos todos, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de

⁵ Scotti, Luciana B. Bases legislativas para el trámite urgente de los pedidos de restitución internacional de menores [en línea], <<http://www.uba.ar/download/investigacion/resumenscottipdf>>, [consulta: 16/07/2013].

noviembre de 1989; el Convenio Europeo Relativo al Reconocimiento y la Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores, así como al Restablecimiento de la Custodia (Número 105 del Consejo de Europa), adoptado en Luxemburgo, 20 de mayo de 1980; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado en Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989; el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores de Montevideo, de 31 de Julio de 1981; y, el Convenio sobre restitución internacional de menores entre los gobiernos de la República de Chile y de la República Oriental de Uruguay, adoptado en Montevideo el 15 de octubre de 1981.

En esta parte introductoria, y en atención a las ideas expuestas pensamos que resulta de utilidad a la aplicación de la herramienta internacional que nos proponemos investigar, al menos, las siguientes materias: qué se considera sustracción de menores y su legitimidad; la necesidad de homogeneizar las diversas legislaciones internas; el establecimiento de procedimientos universales que faciliten soluciones

ágiles y efectivas a la situación de hecho que plantea la sustracción o retención ilícita de menores; el compatibilizar el objeto del convenio con el principio internacional del interés superior del menor; y, el establecimiento de mecanismos que faciliten la relación directa y regular pese a la condición binacional de la residencia de sus progenitores.

En este estudio analizaremos los elementos doctrinarios y terminológicos que configuran la Convención, los mecanismos e instrumentos establecidos para obtener la restitución del menor sustraído; y muy particularmente la aplicación práctica del mismo en la jurisprudencia extranjera y nacional, a través del análisis de sentencias de tribunales de países muy diversos que, requeridos por un padre o guardador, han debido resolver la situación del menor trasladado; y las falencias y propuestas indicadas por la doctrina de Derecho Internacional Privado sobre los complejos casos que intenta resolver.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DE LA CONVENCIÓN, ASPECTOS Y ESTRUCTURA

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, el Convenio o la Convención) se adoptó, en sesión plenaria de la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, con fecha 24 de octubre de 1980.

Entró en vigencia el 25 de octubre de 1980, inmediatamente después de la sesión de la Conferencia de la Haya, firmando cuatro Estados el Convenio: Canadá, Francia, Grecia y Suiza.

A esta fecha, y de acuerdo a la última actualización de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, son Estados contratantes

Albania, Alemania, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, República Popular China, Chipre, República de Corea, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, La ex República Yugoslava de Macedonia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, Mauricio, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Federación de Rusia, Serbia, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Uruguay y Venezuela⁶.

En Chile, la Convención ha sido aprobada por el Congreso Nacional, según consta en el oficio No. 5299, de 25 de enero de 1994, del Senado, depositándose el Instrumento de Adhesión en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos el 23 de febrero de 1994, entrando

⁶ [En línea] <http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.statusprint&cid=24>, [Consulta 16/7/2013].

en vigor internacional para Chile el 1º de mayo de 1994 y publicándose en el Diario Oficial el 17 de junio de 1994, con la siguiente declaración: "Chile entiende el artículo 3 de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños en el sentido que no se opone a la legislación nacional que estipula que el derecho de tuición y custodia se ejerce hasta los 18 años de edad"⁷.

El Convenio se estructura en cuarenta y cinco artículos, motivados por un exordio que sintetiza la naturaleza del mismo y resulta de utilidad para su interpretación, siendo del siguiente tenor:

“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 ilícitos 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 (...)”

⁷ Diario Oficial de la República de Chile, versión online, [En línea] <<http://www.anfitrion.cl/actualidad/relacion/alegisla/tratados/b00053.htm>>, [Consulta 11/7/2013]

Son sin duda cruciales dos elementos contenidos en el preámbulo: los intereses del menor, en el sentido de otorgarle la debida protección internacional de los efectos nocivos de traslados o retenciones ilícitas; como los procedimientos a que debe apuntar la Convención para lograr uno de sus objetivos: lograr la restitución.

La Dra. Pérez-Vera, respecto a la filosofía del convenio, reflexiona que la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona⁸.

Desde luego, tal doctrina es parte de los principios inspiradores del sistema universal de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, bastando mencionar, a modo meramente ejemplar, algunas de las disposiciones más relevantes sobre la materia que nos proporciona la

⁸ Pérez-Vera, Ob. cit. p. 7

Convención sobre los Derechos del Niño⁹, como el derecho a no ser 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 necesaria en el interés superior del niño (artículo 9); mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres (artículo 10), a no ser trasladado o retenido en forma ilícita al extranjero (artículo 11), el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes respecto a la crianza y desarrollo del niño, como asimismo el principio rector de interés superior de este (artículo 18).

En definitiva, huelga decir que el convenio ha recogido los principios rectores del sistema internacional de derechos humanos, que reconocen al

⁹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989.

menor como sujeto de derechos y consideran su interés como piedra angular que justifica y valida sus disposiciones¹⁰.

I.1.- ¿Qué es la sustracción internacional de menores?

Como primer aspecto, resulta adecuado reflexionar, conceptualmente, a qué se refiere la específica materia de que el convenio trata.

En un concepto amplio, existe la noción de tratarse de aquel fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción de las disposiciones legales¹¹.

¹⁰ Al respecto, contextualiza Valladares Valladares, Jorge, 2002, Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. En: REUNIÓN DE Expertos Gubernamentales, Instituto Interamericano del Niño y Organización de Estados Americanos, 22 p., 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”*.

¹¹ Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, Sustracción Internacional de Menores: Una visión general [en línea], <<http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>>, [consulta: 11/07/2013].

En el aspecto civil en análisis, el típico caso de sustracción es aquel que se manifiesta cuando el progenitor al que se ha atribuido el “derecho de visita”, aprovechando un período del mismo, sustrae consigo al menor y lo traslada a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener el derecho de custodia para “legalizar” dicha situación, razón por la que este fenómeno se denomina también “*legal kidnapping*”.

Existen otros casos que se asimilan al modelo de la sustracción de un menor diversa de aquella que constituye un ilícito criminal; por ejemplo, cuando los padres comparten la custodia y uno de ellos traslada al hijo común a otro país, impidiendo que el otro progenitor ejerza su derecho de custodia, o, cuando el padre o madre que tiene la guarda del menor lo traslada desde el país de su residencia habitual a otro, obstando que el que tenía el derecho de visita pueda seguir ejerciéndolo.

En tal sentido, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, estima Pérez Vera que la Sustracción Internacional de Menores consiste en la utilización por los particulares de vías de hecho para crear vínculos

artificiales de competencia judicial con vistas a obtener su custodia¹², lo que, unido a las diferencias en los derechos internos, les hace pensar en la posibilidad de obtener una decisión favorable a sus intereses que, además, legitimaría su acción.

Asimismo, Valladares estima que la habrá: 1) cuando el traslado o la retención de un menor 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 habitual, 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, 2) cuándo este derecho se ejercía de manera

¹² Pérez Vera, Elisa, julio 2002, "Algunas consideraciones sobre la Aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980". En: REUNIÓN DE Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores por parte de uno de sus Padres; Madrid para Montevideo, Uruguay. Instituto Interamericano del Niño y Organización de Estados Americanos. 186 pp.

efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención¹³.

En el marco de esta investigación, hemos encontrado que el concepto en estudio tiene otras denominaciones, aun cuando apunten todas a similar fenómeno: "Secuestro interparental", "traslado ilícito", "detención ilegal", y en sus respectivos idiomas *kidnapping* o *abduction* y *enlèvement*, aunque esto últimos más referidos al secuestro.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, no ratificada por Chile, aun cuando no utiliza alguna de las expresiones anteriores, se aproxima a la misma figura, al establecer en su artículo primero que: “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”¹⁴.

¹³ Valladares Valladares, ob. cit. pág. 3

¹⁴ [En línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>> [Consulta 11/07/2013].

Más interesante es, al respecto, la redacción del Convenio Europeo de Luxemburgo (aun cuando limitado al previo pronunciamiento respecto del cuidado del niño o niña), que en su artículo 1º letra d) define el “Traslado ilícito” en los siguientes términos: “El traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado, se considerará asimismo como traslado ilícito”¹⁵.

En definitiva, nos encontraremos ante un caso de sustracción internacional de menores cuando un menor es trasladado o retenido ilícitamente en un Estado distinto al de su residencia habitual.

I.2.- Sobre la naturaleza de la convención

Que en lo relativo a la naturaleza del Convenio, Klenner y su coautoría, siguiendo a Pérez Vera, señalan cinco caracteres principales del

¹⁵[En

línea]

<<http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/convenioLuxemburgo.pdf>> [consulta 11/07/2013].

mismo, los que determinan como consecuencia del planteamiento de objetivos que el mismo efectúa y al que nos referiremos más adelante, tratándose de los siguientes: un convenio de cooperación de autoridades; la participación interinstitucional; un convenio fáctico, preventivo y compatible; autónomo, y, semiabierto¹⁶.

La cooperación internacional, aun cuando su noción no resulta del todo precisa, puede definirse como la acción coordinada de dos o varios Estados con objeto de alcanzar resultados que consideran deseables. Este concepto figura en el *Dictionnaire de la terminologie du Droit International*,¹⁷, precisando que para que una determinada relación pueda encuadrarse como de cooperación, deben concurrir tres requisitos acumulativamente: una pluralidad de sujetos cooperantes, una actividad y unos fines concretos.

¹⁶ Klenner, et. al., op. cit. p. 30.

¹⁷ García Cano, Sandra, 2002, La cooperación internacional entre autoridades en el marco de la protección del menor en derecho internacional privado español. Tesis Doctoral. [En línea] <<http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/405/13208299.pdf?sequence=1>> [Consulta 28/08/2013]

Lo expresado se traduce en que la ejecución del pacto es entregada a Autoridades Centrales en cada uno de los Estados contratantes, dejando a la decisión del contratante, o más bien a su derecho interno, cuál será la misma, su estructura y atribuciones.

Klenner, apunta a la inexistencia de control en las labores que las Autoridades Centrales realizan o del cumplimiento de las funciones establecidas en el Convenio, por lo que en la práctica se intenta aplicar el principio de reciprocidad.

Respecto a la característica de la Participación Interinstitucional, consiste en que al interior de los Estados contratantes, y sin perjuicio de las atribuciones que puedan haber sido conferidas a la Autoridad Central, la operatividad del Convenio involucrará la participación de otras autoridades, tanto judiciales como administrativas.

La protección de los menores, usualmente, está entregada a autoridades administrativas, mientras que la competencia en resolución de asuntos en que ellos estén involucrados, a las autoridades judiciales.

En tercer lugar, revisamos los caracteres de fáctico, preventivo y compatible.

Resulta ser fáctico en el sentido de procurar únicamente la restitución de los menores sustraídos sin emitir juicio o pronunciamiento alguno relativo a los derechos de custodia, y preventivo en el sentido de evitar la consolidación en el tiempo de una situación de hecho provocada por el sustractor que remueve al menor del entorno habitual donde desarrollaba su vida. De estas dos particularidades, y siguiendo a Klenner y sus coautores, que a la vez se basan en el informe explicativo de Pérez Vera, se extrae la tercera, esto es, su compatibilidad con otros convenios o con toda otra norma que facilite el cumplimiento de sus objetivos¹⁸.

En cuanto a su autonomía, consiste fundamentalmente en su independencia de todo otro tratado internacional relativo a la protección de menores o a los derechos de custodia, cuestión lógica si se entiende que, como veremos, es una herramienta de urgencia destinada a responder a una

¹⁸ Klenner, et. al., op. cit. p. 33.

contingencia, pero que no resuelve sobre derechos permanentes de las partes involucradas a los casos en que se aplica.

Finalmente, se esboza una quinta singularidad en cuanto a su naturaleza, y trátase de ser un instrumento de carácter semi abierto, es decir, que puede ser suscrito por cualquier estado, aun cuando no pertenezca a la Conferencia de La Haya, aunque su adhesión sólo surtirá efecto entre el Estado adherido y los que hayan aceptado su adhesión¹⁹, cuestión que deja en evidencia que el convenio trata de ser universalista y donde la confianza mutua resulta clave en su eficacia.

I.3.- El Capítulo Primero: De los objetivos y ámbito de aplicación del Convenio

La Convención, en su Capítulo I, denominado “Ámbito de Aplicación del Convenio”, determina cuál es su objeto:

La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

¹⁹ Klenner, et. al., citando a Gómez Bengoechea, Blanca; op. cit. p. 35..

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.

Que la Convención haya indicado en forma absolutamente clara cuál es su propósito e intención no debe ser dejado como un punto al azar o meramente explicativo, sino que resultará de utilidad para la interpretación de cada uno de sus preceptos.

En efecto el articulado transcrito sustenta la doctrina del convenio: la preocupación única del bienestar del menor, facilitando su retorno o tomando las medidas oportunas para evitar su desplazamiento²⁰.

Como referíamos, tales objetivos distan con mucho de ser recomendaciones, sino que cada Tribunal de los Estados contratantes, debe hacer referencia y evaluar los propósitos convencionales si pretenden comprender la finalidad del instrumento, en miras a obtener el delicado

²⁰ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 4.

balance entre los intereses de la autoridad central, el niño, el padre sustractor y aquel que ha sido privado de su derecho de custodia²¹.

Así, lo encontramos, sólo a modo de ejemplo, en el Caso W.(V.) v. S.(D.), (1996) 2 SCR 108, (1996) 134 DLR 4th 481, INCADAT cite HC/E/CA 17²², resuelto por la Corte Suprema de Canadá, como estado requerido y los Estados Unidos de América como requirente, en el que los fines convencionales resultan tener aplicación al caso concreto.

La jurisprudencia de esta nos enseña que “Los Tribunales de todos los Estados Contratantes deben, inevitablemente, hacer referencia a, y evaluar los objetivos del Convenio si se quiere entender el propósito del instrumento, y así ser guiados en cómo deben interpretarse sus conceptos y aplicarse las disposiciones.

²¹ Base de Datos INCADAT, [en línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&lng=1>> [consulta 22/7/2013],

²² Base de Datos INCADAT, [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=17&lng=1&sl=3>> [consulta 22/7/2013].

‘El Convenio de La Haya de 1980 sobre la Sustracción de Menores, explícita e implícitamente, incorpora una serie de metas y objetivos, positivos y negativos, ya que trata de lograr un delicado equilibrio entre los intereses en conflicto de los actores centrales, el niño, el padre perjudicado y el padre sustractor.

‘Objetivos del Convenio - Preámbulo, artículos 1 y 2

‘El Convenio supone que los intereses de los niños que han sido removidos ilícitamente son normalmente mejor servidos cuando son repatriados inmediatamente a su jurisdicción original, donde los méritos de custodia deberían haberse determinado antes de su sustracción.

‘La Convención representa un compromiso entre la flexibilidad derivada de la revisión de cada caso por sus propios méritos y la eficacia necesaria para disuadir la sustracción internacional de menores, que depende sobre todo de la rapidez del procedimiento de devolución.

‘Derechos de custodia - art. 3. El Convenio establece una clara distinción entre los derechos de acceso, lo que incluye el derecho de llevar al menor por un período limitado de tiempo a un lugar distinto al de su

residencia habitual y los derechos de custodia, que se definen como la inclusión de derechos relacionados con el cuidado del menor y, especialmente, el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del niño. Sobre los derechos de custodia el Convenio quiere decir que estos se deben determinar en forma independiente de las leyes internas de las jurisdicciones donde estos se aplican.

‘El Tribunal de Apelación confunde los conceptos de los derechos de custodia y los derechos de acceso. La interpretación de ese tribunal equivalía a decir que cualquier traslado de un menor sin el consentimiento del padre que tiene derechos de acceso podría poner en marcha el procedimiento de devolución obligatoria prevista en la Ley y de este modo brindar indirectamente la misma protección a los derechos de acceso que la ley brinda a los derechos de custodia.

‘El traslado de un menor de un país a otro es un cambio significativo en la situación de ese niño y puede justificar una solicitud de revisión de la concesión de custodia para promover el interés superior del niño. Sin embargo, esto no significa que los tribunales de la jurisdicción original a la

cual pertenece el niño tengan automáticamente el derecho de custodia en el sentido del Convenio después de la remoción.

‘El Tribunal Superior y el Tribunal de Apelación erraron en la aplicación del Convenio en el presente caso. Cuando el niño fue retirado, al padre se le había otorgado la custodia en forma permanente y la madre no tenía derechos de custodia. Los litigios pendientes estaban relacionados únicamente a los derechos de acceso de la madre. Una orden de custodia obtenida por la madre *ex parte* en los Estados Unidos después de la extracción del niño no hizo la retención del niño en Quebec ilícita.

El hecho de que el traslado (o sustracción) del menor fuera una circunstancia que habría podido permitir que la orden de custodia fuera revisada, no condujo a la conclusión de que la madre o el tribunal norteamericano tuviese derechos de custodia de acuerdo al Convenio tal como se aplica en Quebec. El padre con custodia tiene el derecho a elegir el lugar de residencia del niño, sin perjuicio del derecho del padre sin custodia

a oponerse a esa decisión si él o ella considera que es contrario al interés superior del niño”²³.

a) Sobre la restitución inmediata

La profesora Pérez Vera²⁴, enseña que el primero de los objetivos, consiste en el restablecimiento del *statu quo* mediante la restitución inmediata del menor.

Que aun cuando profundizar en las consecuencias emocionales de un traslado como aquel cuyas consecuencias el Convenio pretende morigerar, excede con mucho esta investigación, resulta evidente, a nuestro juicio, que optar por la solución de la restitución inmediata, como lo ha hecho nuestro objeto de estudio, resulta lo más adecuado.

La situación de hecho provocada por el padre que carece del derecho de custodia sobre el menor (al que nos referiremos más adelante), y que lo

²³ Traducción libre.

²⁴ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 4.

traslada ilícitamente, la torna en extremo frágil; el menor resulta alejado del entorno familiar y social en el que desarrollaba su vida, causándole un daño; el sustractor, que forma parte de su círculo familiar, pretende mejor derecho, y conseguir, por cierto, protección judicial o al menos administrativa del Estado de refugio, lo que, a veces, podría lograr conseguir, pero, cuestión aun más gravosa, genera una posición ventajosa, en los aspectos prácticos, para quien ejercía el derecho de custodia y debe realizar las gestiones de localización y restitución del menor.

De este modo, el convenio, acertadamente, obliga a los Estados partes a propender a la devolución inmediata del menor, solución que han adoptado también otras convenciones internacionales sobre la materia, es decir, proporcionar una solución de urgencia, sin mirar al fondo del problema, cuestión que habrá de ser resuelta, precisamente, por el juez del lugar donde el niño, niña o adolescente mantenga su residencia habitual.

Comenta una autora, “La finalidad es clara en cuanto a que no se procura decidir sobre la cuestión de tenencia que debe ser decidida por los jueces de la residencia habitual del menor; en otras palabras, no se procura

discernir cuál es el padre más apto para convivir con el niño, ni implica cambiar la situación que tenía el niño antes del traslado o retención lícita. Tampoco se busca sancionar al sustractor...”²⁵.

Consecuencias de este objetivo, las encontramos en el cuerpo del convenio, por ejemplo, en su artículo 2, en tanto habla de “procedimientos de urgencia”, o en su artículo 11, que obliga a las autoridades de los Estados contratantes a actuar con urgencia en los procedimientos para la restitución.

En definitiva, resume en forma absolutamente clara esta idea la Profesora Pérez-Vera al señalar que “la idea rectora que preside el Convenio, y que se encarna en su principal objetivo, es que hay que lograr la devolución inmediata del menor ilícitamente sustraído a su residencia habitual (...) la consecución de tal fin se busca, *inter alia*, restringiendo el ámbito de competencia material de los jueces del Estado en el que el sustractor del menor ha buscado refugio, al disponer que ninguna decisión,

²⁵ Scotti, L. op. cit. pág 4, citando a Goicoechea, Ignacio, “Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores”, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 30. Derecho de Familia, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Marzo – abril de 2005, pág. 67.

adoptada en el marco del Convenio sobre la restitución del menor, afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia²⁶, cuestión que se refleja en el tenor del artículo 19.

b) Sobre los derechos de custodia y visita

Plantea doña Elisa Pérez-Vera que el objetivo del punto b) transcrito anteriormente, si bien presenta un carácter autónomo, tiene una relación teleológica con el primero de aquellos²⁷, ya analizado.

Para la autora se trata en efecto de una misma intención que es vista desde dos momentos diferentes, el retorno inmediato, como restablecimiento a la situación fáctica y unilateral provocada por el

²⁶ Pérez Vera, Algunas consideraciones sobre la Aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980, pág. 39.

²⁷ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 4.

secuestrador, y el respeto de los derechos de custodia y visita como herramienta preventiva del traslado indebido.

Ha opinado también la doctrina que con este objetivo el convenio trata de salvaguardar el derecho del menor a relacionarse con ambos padres²⁸.

En el marco de esta investigación, observamos que esta materia no ha sido pacífica en el marco del Derecho internacional privado.

De hecho, el mayor número de casos de retención o sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores que nos interesa, se debe a la disolución de parejas de nacionalidad distinta, lo que conduce al deseo de uno de ellos de retornar a su estado de origen.

Luego, puede ser posible de que cada uno de los progenitores busque la protección de las autoridades del Estado del que es nacional “erigiéndose en paladines, especialmente bien situados, de una determinada manera de

²⁸ Calvo y Carrascosa op. cit. pág.123.

concebir las relaciones familiares, en general, y las relaciones paterno filiales, en particular”²⁹.

De esta manera, debió la Conferencia de La Haya en los trabajos que originaron la Convención, decidir si la existencia de una decisión relativa a la custodia, es o no un requisito previo para la consideración como ilícito del desplazamiento o retención de un menor.

En el primer caso, ha de existir en uno de los Estados partes del Convenio una resolución con carácter de firme o ejecutoria que otorgue o establezca un derecho de guarda, sea la relación directa y regular o el cuidado personal, si utilizamos la terminología de nuestro derecho interno de familia; y, en el segundo, imponiendo únicamente al Estado donde el menor ha sido desplazado, la obligación de restablecer la guarda, sin entrar en el fondo del asunto de la custodia.

²⁹ Pérez Vera, Algunas consideraciones sobre la Aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980, pág. 4.

Así, en las reuniones preparatorias del Convenio, el Informe Dyer daba cuenta de la iniciativa del Delegado suizo en el Consejo de Europa, Walter Baechler, para imponer a las autoridades del país donde el menor es desplazado el deber de restablecer la guarda, evitando en toda la medida de lo posible entrar en el fondo, en aquellos supuestos en los que el menor hubiera sido sustraído “arbitraria” o “irregularmente” a su guardián³⁰.

Ha quedado, entonces absolutamente claro, que la obligación del Estado parte de garantizar la restitución del menor, debe efectuarse con absoluta prescindencia de los derechos relativos a su guarda, los que, como se entiende, deben ser resueltos por el Estado donde el menor tenía su residencia habitual.

Solo para efectos de resaltar estas ideas, el Convenio de Luxemburgo citado en este trabajo, al justificarse en función del reconocimiento de las decisiones sobre custodia, requiere, para que exista un traslado sin derecho,

³⁰ Pérez Vera. id. pág 8, citando a, “*Rapport sur l’enlèvement international d’un enfant par un de ses parents*”, de A.Dyer, document préliminaire nº 1 d’août 1978, en Actes et documents de la Quatorzième session, t. III, pág. 48-49.

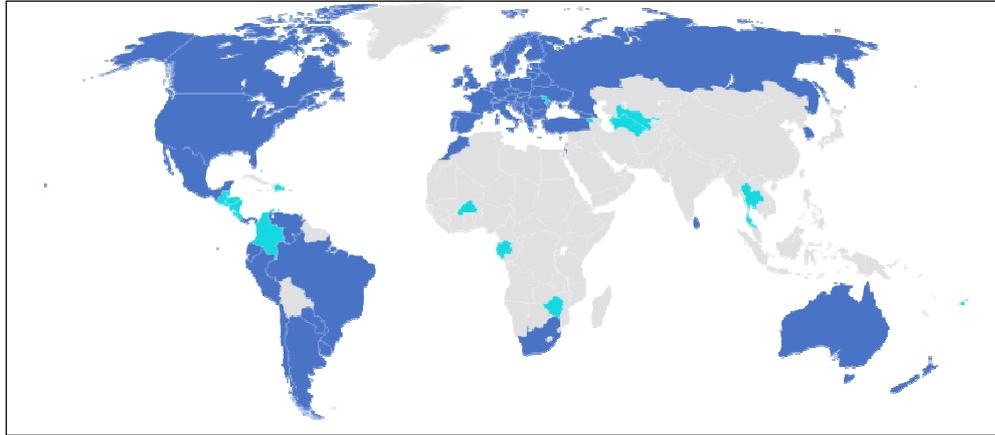
que el desplazamiento del menor se haya realizado en trasgresión de una resolución ya existente sobre su custodia, o que se haya dictado con posterioridad, mientras que el Convenio de La Haya amplía su aplicación, pese a que los objetivos parecieran ser más limitados, a aquellos otros en los que el derecho de custodia era atribuido *ex lege* o ejercido de facto.

c) Aplicación territorial

La Convención, también en su Capítulo I, artículo segundo, expresa que “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.”

Dicha norma, como señalan Klenner y otros autores³¹ consiste en el ámbito territorial de aplicación del convenio.

³¹ Klenner, et. al., op. cit. p. 42.



Luego, como se explicó previamente, hoy en día lo han ratificado noventa estados.

En la gráfica que presentamos a continuación, se observa, geográficamente, la situación actual del convenio.

Este mapa muestra los países firmantes del mismo, en azul oscuro quienes también son miembros de la Conferencia de La Haya; y, en azul claro quienes no son miembros de la Conferencia de La Haya, y han suscrito el Convenio³².

32

[en línea]

<http://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_sobre_los_Aspectos_Civiles_de_la_Sustracci%C3%B3n_Internacional_de_Menores> [Consulta 27/08/2013]

Desde luego, de la sola observación de esta infografía, resalta la idea de que únicamente ha sido ratificada por gran parte del mundo occidental.

El problema adquiere una real dimensión humana en el caso de disolución de matrimonios o convivencias entre nacionales de un Estado parte con uno que no lo es.

García Cano, sostiene que “un número muy elevado de supuestos de sustracción se derivan de la quiebra de matrimonio occidental/islámico, y ningún Estado islámico forma parte del Convenio de La Haya (...), por lo que se comprende rápidamente la insuficiencia de estos textos multilaterales de cooperación”³³.

Hasta ahora, como refiere la misma autora, el problema ha sido resuelto a través de una política convencional bilateral, fuertemente impulsada por aquellos países que mantienen una estrecha relación con países del mundo islámico, entre los que destaca el Convenio franco-

³³ García Cano, Sandra, op. cit. [En línea] <<http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/405/13208299.pdf?sequence=1>> [Consulta 28/08/2013]

argelino de 21 de junio de 1988 relativo a hijos nacidos de parejas mixtas separadas, o el Convenio suscrito por Francia con Marruecos de 10 de agosto de 1981 del estatuto personal, la familia y la cooperación judicial. España y Marruecos, por su parte, adoptaron el Convenio de 20 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento, y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores.

No debemos desestimar tampoco los acuerdos regionales sobre la materia, entre los que destaca fuertemente la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores a la que hicieramos alusión en este trabajo, ratificada por Antigua y Barbuda, Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Entre los acuerdos bilaterales sobre la materia, destacan el concluido entre Australia y Egipto³⁴, Francia y Túnez³⁵, entre otros.

³⁴ *Agreement between the Government of Australia and the Government of the Arab Republic of Egypt regarding cooperation on protecting the Welfare of Children*, El Cairo, 22 de octubre de 2000

La política bilateral de cooperación internacional en la materia que nos ocupa, no es ajena al ámbito latinoamericano. No obstante, como señala la propia Conferencia de la Haya, ante la gran aplicación del Convenio de 1980, los instrumentos anteriores, han devenido obsoletos. Sin perjuicio, existen tres instrumentos de esta naturaleza: el Convenio entre la República Oriental del Uruguay y la República de Chile sobre Restitución Internacional de Menores, vigente desde el 14 de abril de 1982; el Convenio sobre Protección Internacional de Menores, suscrito entre el gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República Argentina, en vigor desde el 10 de diciembre de 1982; y, el Convenio sobre restitución internacional de menores entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y la República del Perú, en vigor desde el 2 de febrero de 1989.

Con todo, y recapitulando, el Convenio de la Haya de 1980 cuenta con una ratificación de noventa Estados, reconocimiento que le permite ser una herramienta poderosa para la consecución de sus objetivos.

³⁵ Convention entre le Gouvernement de la Republique Française et le Gouvernement de la République Tunisienne relative à l'entraide judiciaire en matiere de Droit de garde des enfants, de Droit de visite et d'obligations alimentaires, París, 18 de marzo de 1982.

d) Sobre los traslados y retenciones ilícitas y el lugar de residencia habitual como *Ámbito de Aplicación Material del Convenio*

El Artículo 3 de la Convención, describe cuándo 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; y

b) Cuando este derecho se ejercía en 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.

A su turno, el Artículo 5 de la Convención, que como plantea Pérez Vera, junto con el recién transcrito y los artículos 1 y 2, definen el ámbito

de aplicación material del Convenio³⁶, establece cuándo el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

A los efectos del presente Convenio: a) 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;

b) 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.

Para Klenner Gutiérrez y otros, que siguen a Pérez Vera y Gómez Bengoechea en este aspecto, la ilicitud que el propio pacto ha definido, resulta ser aquélla que transgrede derechos que nacen de las relaciones de familia: cuidado personal, relación directa y regular y derecho de visitas, de modo que sólo intenta evitar la consolidación de situaciones de hecho nuevas, que atenten o vulneren una situación jurídica anterior, la que clasifican o distinguen en declarada (por resolución judicial, administrativa o acuerdo de las partes ajustado a la legislación vigente del Estado desde el

³⁶ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 14.

que se sustrajo al niño) y no declarada, en forma previa al traslado o sustracción, o no se hayan pactado.

En cualquiera de los casos la situación no varía, toda vez que el retorno será indispensable para el análisis del fondo conforme a la legislación del Estado de residencia habitual.

No nos detendremos en esta parte, en el análisis detallado de la terminología utilizada, por cuanto desarrollaremos con mayor profundidad tales conceptos en el Capítulo segundo de este trabajo.

e) Aplicación Personal del Convenio

El Artículo 4 detalla someramente, que este instrumento internacional se aplica 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, dejando de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

Pérez Vera explica que la determinación de la edad de dieciséis años se debe a los propios objetivos del Convenio, en que la voluntad de una persona de tal edad es difícil de ignorar, tanto por los progenitores como por cualquier autoridad judicial o administrativa³⁷. En el mismo sentido, opina Gómez Bengoechea³⁸.

Destacan Klenner, González, Martín y Zarricueta que al dejar de aplicarse el Convenio a la edad de dieciséis años, trae como consecuencia que los adolescentes en muchos casos, dejen de ser escuchados por las autoridades, al no iniciarse un procedimiento relativo a su situación. Al ser menores de edad, podrían quedar en un estado de indefensión³⁹.

Pertinente resulta señalar en este punto que Chile adhirió a la Convención con la siguiente declaración: “Chile entiende el artículo 3 de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños en el sentido que no se opone a la legislación nacional que estipula

³⁷ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 22.

³⁸ Gómez Bengoechea, Blanca, op. cit. pág. 43.

³⁹ Klenner, et. al., op. cit. p. 41.

que el derecho de tuición y custodia se ejerce hasta los 18 años de edad”⁴⁰, cuestión acorde con la legislación interna que establece la plena capacidad de la persona y su mayoría de edad.

f) Aplicación temporal

Aun cuando el Convenio no trató este asunto en su Capítulo I en estudio, sino en su artículo 35, debido a que nos encontramos analizando a qué materias el mismo se aplica, resulta adecuado mencionarlo, a fin de completar el análisis sobre su empleo.

La norma en comento dispone que “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”.

Comenta la profesora Pérez Vera que durante el Decimocuarto período de sesiones se propusieron diversas soluciones tendientes a

⁴⁰ [En línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12931> > [Consulta 28/08/2013].

determinar si el Convenio debía aplicarse a sustracciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor, o sólo a las ocurridas a partir de esa fecha. Se optó finalmente por la solución más restrictiva plasmada en la norma transcrita.

I.4.- El capítulo segundo: autoridades centrales

El Capítulo Segundo del Convenio, en dos artículos, determina la existencia de 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:

- 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;
- c) 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.

El Convenio, por su naturaleza cooperativista, ha resuelto el problema de la intervención del Estado en la problemática de la sustracción, a través de la creación de Autoridades Centrales en cada Estado Contratante, que deben coordinar y canalizar en la práctica sus objetivos.

La profesora Pérez Vera destaca que el Convenio no ha especificado en absoluto la estructura o capacidad de acción de las Autoridades Centrales⁴¹. Ello resulta una consecuencia lógica de la universalidad que debe tener un instrumento internacional como el que estudiamos, en que el establecimiento y atribuciones de una autoridad central son regidos por la ley interna de cada Estado contratante. Profundiza así el Convenio en el sentido de apuntar directamente a los Estados federales, con varios sistemas de derecho o con más de una unidad territorial autónoma para designar una o más Autoridades Centrales.

Sí resulta de toda relevancia que cada Estado designe en los hechos, a una Autoridad Central.

⁴¹ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 12.

Como comenta un autor, la carencia en la designación de la Autoridad Central o una mala elección, provocarán la ineficacia del Convenio, y la reciprocidad en el tratamiento del tema acordado por los Estados Contratantes no se verá reflejada, pues habrá un Estado que pese a formar parte del Convenio no podrá cumplir con los objetivos del mismo al carecer o ser inoperante su Autoridad Central, generándose una verdadera asimetría en las obligaciones que los Estados Parte asumieron⁴².

De tal relevancia resulta la designación de una entidad de la naturaleza estudiada en cada Estado contratante, que en la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (1 al 10 de junio de 2011), se trató especialmente el asunto, resultando de interés entre otras, las siguientes Conclusiones y Recomendaciones:

⁴² Seoane de Chiodi, María. "La Sustracción Internacional de Menores por uno de los padres".

En: Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres, Propuesta de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores al Consejo Directivo del IIN, pág. 99.

1) Invertir esfuerzos a fin de garantizar que las Autoridades Centrales actúen como punto focal para la prestación de los servicios o el desempeño de las funciones contempladas en el artículo 7 del Convenio de 1980. Cuando la propia Autoridad Central no preste un servicio en particular o no desempeñe una función en particular, preferentemente ella misma debería involucrar al organismo que presta dicho servicio o desempeña dicha función. Como alternativa, se recomienda que la Autoridad Central al menos ofrezca información relativa al organismo y al modo en que se lo puede contactar.

2) Importancia del rol activo que las Autoridades Centrales deberían tener en la localización del niño que ha sido trasladado o retenido de manera ilícita. Cuando las medidas destinadas a localizar al niño dentro de un Estado contratante no son adoptadas directamente por la Autoridad Central, sino a través de un intermediario, la Autoridad Central seguirá siendo responsable de agilizar las comunicaciones con el intermediario correspondiente e informar al Estado requirente acerca del avance de los intentos de localizar al niño y continuará siendo el canal central de comunicación en lo que a ello respecta.

3) Conceder facultades suficientes a los organismos en comento a fin de solicitar, toda vez que sea necesario a efectos de la localización del niño, información a otras dependencias y autoridades gubernamentales.

4) Información inmediata a la Oficina Permanente de los cambios en los datos de contacto de las Autoridades Centrales.

5) Necesidad de cooperación estrecha entre las Autoridades Centrales, bajo los principios de “respuestas inmediatas” y “medios de comunicación rápidos” establecidos en la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1980 – Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales.

6) En el supuesto de inconvenientes idiomáticos sugiere prestar servicios de traducción, siempre que resulte pertinente o posible.

7) Rol preponderante de la Autoridad Central en el sentido de que la solicitud esté completa.

8) Respeto por la evaluación de cuestiones de hecho y de derecho, la que debe estar a cargo del tribunal o de cualquier otra autoridad competente que decida respecto de la solicitud de restitución.

9) En lo posible, la Autoridad Central requerida debería mantener informada a la Autoridad Central requirente acerca del avance del proceso y responder a las solicitudes de información razonables de la Autoridad Central requirente⁴³.

En definitiva, como hemos observado de las opiniones de varios autores sobre la materia, el rol que asumen las Autoridades Centrales tratándose de un convenio de Cooperación Internacional y de participación interinstitucional, se torna absolutamente relevante para la consecución de sus objetivos.

Para García Cano, a quien hemos consultado en el desarrollo de esta memoria, las Autoridades Centrales en el Convenio de La Haya de 1980

⁴³ [En línea] < http://www.hcch.net/upload/concl28sc6_s.pdf > Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta reunión de la Comisión especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños [Consulta 01/09/2013].

operan en el marco de un sistema de intervención y de comunicación bilateral, manteniendo una doble función receptora y transmisora. La misma Autoridad central recibe, de un lado, las solicitudes que le son planteadas a su Estado, para que actúe por la vía convencional (solicitud de retorno o solicitud de reconocimiento de una resolución relativa al derecho de custodia), transmitiéndolas posteriormente a su homónima en el Estado requerido y, de otro lado, las solicitudes que provienen de su homónima en el extranjero, solicitando su colaboración en su respectivo territorio (bien sea con objeto de lograr el retorno del menor o con objeto de obtener el reconocimiento y ejecución de una determinada resolución)⁴⁴.

Acota la autora en su tesis doctoral, que la relevancia de adoptar este sistema por las convenciones internacionales, consiste en el desarrollo normativo de la cooperación directa del modelo. Esto es, a partir de la obligación general que se le impone a las Autoridades Centrales de cooperar entre sí y promover la cooperación entre las autoridades

⁴⁴ García Cano, Sandra, La cooperación internacional entre autoridades en el marco de la protección del menor en derecho internacional privado español. Op. cit. pág. 422. [Consulta 02/09/2013].

competentes en sus respectivos Estados para alcanzar los respectivos objetivos convencionales, se precisan y desarrollan todo un conjunto de obligaciones, que en determinados supuestos deberán ser llevadas a cabo directamente por la propia Autoridad central, y en otros, se admitirá la intervención de otras autoridades públicas o, incluso, personas y organismos privados⁴⁵. Además, la legislación interna se erige como relevante para las finalidades convencionales, particularmente mediante las normas de ejecución del Convenio, y la necesidad de contar con las competencias jurídicas y recursos (humanos y materiales) adecuados, para su adecuada aplicación práctica.

Resulta de interés, en lo que respecta a las estructuras estatales más complejas, como los Estados federales, y en referencia a lo expresado en el inciso segundo del artículo 6º, se prevé la existencia de una “Súper Autoridad Central”⁴⁶, que deberá ser intermediaria entre la Autoridad

⁴⁵ García Cano, Sandra. Id. Pág. 424.

⁴⁶ Esta calificación, Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 13.

central “federal” y la Autoridad central del Estado requirente o requerido, según sea el caso.

Aun cuando esta modalidad parece burocratizar la adopción de medidas de urgencia propias de las precarias situaciones que han de verse resueltas por la aplicación del Convenio, tales normas permiten abrirlo a naciones que mantienen una estructura administrativa de esta índole, muchas de las que en la actualidad lo suscriben, como Argentina, los Estados Unidos de América o México.

Por su parte, el artículo 7° del Convenio se explica por sí mismo, expresando, descriptivamente, las medidas que deben adoptar las Autoridades centrales, sea directamente o a través de intermediarios, y que se ajustan precisamente a la naturaleza del pacto en estudio, a la cooperación de autoridades y la participación interinstitucional, cuestiones que resultan obvias a la luz de lo señalado en el preámbulo del Convenio: la importancia primordial dada a los intereses del menor.

Sistematizan Klenner y sus coautores la materia, bajo el título de “Deber de Cooperación Mutua”, las funciones de las Autoridades Centrales,

describiendo ciertas materias de relevancia. Por ejemplo, que el deber de localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita es realizada por organismos del Estado como la Oficina Central Nacional de INTERPOL Chile; que la función de garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable debe intentarse propendiendo a una solución extrajudicial al asunto, dirigiendo la evolución de los casos, ya que deberá calificar y decidir el fracaso de aquellos intentos; intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente.

Sobre la obligación de las autoridades centrales de facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio, consagrada en la letra e) del artículo séptimo en estudio, recalcan los autores que venimos citando el doble aspecto de aquélla: el primero, si el traslado se produjo antes de una declaración del Estado de residencia habitual del menor, puede expedir una certificación sobre el contenido del derecho de dicho Estado; y el segundo, su misión de informar a los particulares sobre el funcionamiento del Convenio, de las Autoridades Centrales, y de los procedimientos a seguir.

Sobre el cometido de conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, dicha norma debe interpretarse con aquélla del artículo 25 del Convenio, en el sentido de que impone, por un lado, la obligación de la Autoridad Central el conceder o facilitar el acceso a asistencia jurídica, y por otro, el derecho a obtenerla por nacionales de los Estados Contratantes y las personas que residen en ellos.

Finalmente, sobre la obligación de 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, los autores estiman que ella también funciona en dos niveles, tanto en las relaciones bilaterales en los Estados parte, como a nivel multilateral (Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya)⁴⁷.

Para concluir el estudio de las Autoridades Centrales, el Estado de Chile ha designado en cumplimiento de las normas que estudiamos a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, con domicilio en Agustinas 1419. Ha designado como personas a contactar a

⁴⁷ Klenner, et. al., op. cit. pág. 45 y ss.

Claudio Valdivia Rivas, Director General, Juan Francisco Zarricueta Baeza, Abogado Jefe, Oficina Internacional y Jaime Soto Silva, Abogado Auxiliar, Oficina Internacional⁴⁸.

Comentamos que en el recurso electrónico señalado en el párrafo anterior, además de indicar datos telefónicos de contacto y correos electrónicos, la Conferencia de La Haya, incluye el sitio web de la autoridad central, www.cajmetro.cl. En ella, hemos encontrado nulas referencias a la materia que nos ocupa, salvo la indicación de su domicilio, Teatinos 20, Oficina 47, Santiago Centro.

Si bien puede tratarse de un dato menor, la urgencia que usualmente acompaña los casos regidos por el Convenio haría, a nuestro juicio, conveniente el acotar de la mejor manera posible todo aquello que redunde en trámites innecesarios que demoren lo que debe ser adoptado como procedimiento de emergencia, de conformidad con el espíritu general de nuestro objeto de estudio.

⁴⁸ [En línea] Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, <http://www.hcch.net/index_es.php?act=authorities.details&aid=76> [Consulta 03/09/2013]

I.5.- El capítulo tercero: restitución 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:

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 la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

e) una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes;

f) 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 calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado;

g) 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 , 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 tendientes 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 tendrán 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 del menor.

Artículo 13

No obstante lo dispuesto en el Artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenarla 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 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 que resulta 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 podrán 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 obtengan 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 adonde 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.

Como hemos analizado al tratar del Capítulo I del Convenio, garantizar la restitución del menor es el primer objetivo convencional.

Enseguida, esta parte del tratado multilateral trata precisamente de la formalidad de las solicitudes que se planteen entre los Estados, es decir, al procedimiento, a las que nos referiremos más adelante.

Luego, y como refiriéramos anteriormente, se consagran las funciones específicas de las Autoridades Centrales de cada Estado en el sentido de gestionar las solicitudes que se formulen y adoptar o hacer adoptar las medidas para que el retorno del menor sea voluntario.

Resultan objeto de más profundo estudio las siguientes normas que se contienen en este Capítulo, consistentes en las excepciones a la obligación de restituir.

La profesora Pérez Vera las sistematiza en atención a tres justificaciones distintas:

Cuando el demandante, con anterioridad al traslado supuestamente ilícito, no ejercía de forma efectiva la custodia que invoca o cuando dio su conformidad posteriormente a que se produjera la acción que denuncia;

Casos en que se toma en consideración el interés del menor. Destaca en este punto el hecho de que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes;

El tercer criterio de excepción, se basa en consideraciones relativas a casos en que no permitan la restitución los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁴⁹.

Excepción del artículo 12

La primera excepción a la restitución inmediata que el Convenio garantiza se encuentra en su artículo 12, el que consagra dos requisitos copulativos: i) Que haya transcurrido un período superior a un año desde el traslado o retención ilegal; y, ii) Que se demuestre que el niño se ha integrado a su nuevo medio.

Cabe mencionar que esta excepción tiene un aspecto material o de hecho, cual resulta en el mero transcurso del tiempo, como un aspecto discrecional, la integración al nuevo lugar de residencia, que aun tiene como límite al Tribunal que haya de decidir la cuestión la prueba de la misma, estimando la profesora Pérez Vera que aun cuando no se señale

⁴⁹ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 12.

expresamente, la misma incumbe al secuestrador o a quien se opone al retorno⁵⁰.

Por otro lado, el establecimiento de un límite temporal resulta justificado en razón del apremio en la localización, obligación adoptada por cada autoridad central, en el sentido que existen ciertos países, cuyas características geográficas y culturales hacen difícil la localización de la persona del niño, niña o adolescente⁵¹.

Excepciones establecidas en el artículo 13

Consiste la primera de ellas en la falta de derecho de custodia de quien estaba encargado del cuidado del niño en el momento del traslado o retención, a lo que debe agregarse el caso de que quien solicita el retorno, había consentido o accedido posteriormente a dicho traslado o retención.

⁵⁰ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, págs. 31-32.

⁵¹ Al respecto Canales Pérez, Adriana, Restitución de Menores, Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, NOVIEMBRE DE 2005, [En Línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-176s.pdf>> [Consulta 22/9/2013].

Creemos que este caso no corresponde precisamente a una excepción, ya que uno de los objetivos convencionales es el resguardo del derecho de custodia, el que no entra en conflicto con la norma en comento, ni menos el consentimiento de quien accedió al traslado, quien no podrá alegar posteriormente la ilicitud del acto.

Comenta Klenner y sus coautores que esta norma introduce el criterio del ejercicio efectivo del derecho de tuición, custodia o cuidado personal, poniendo énfasis en la cuestión probatoria⁵². Así, si se alega activamente la cuestión del ejercicio del derecho de custodia, opera una presunción de que el hecho de la convivencia responde al ejercicio de un derecho que lo legitima. A contrario sensu, si el demandado pretende valerse de su falta, se invierte la carga de la prueba, debiendo acreditarse el contenido contrario a la presunción.

En el curso de esta memoria y particularmente mediante el análisis jurisprudencial, observaremos cómo este aspecto resulta ser muy discutido, puesto que no hay uniformidad respecto de si al momento de determinar la

⁵² Klenner, et. al., op. cit. pág. 66

residencia habitual el énfasis debe estar sobre el niño exclusivamente, o si debe estar primero en las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor. Así, la residencia habitual puede parecer constituir un factor de conexión muy flexible en algunos Estados Contratantes y mucho más rígido en otros.

La segunda excepción del artículo 13 es aquella que atiende al grave riesgo de que el regreso del niño lo exponga a un peligro físico o psicológico, o de otro modo lo exponga a una situación intolerable.

Siendo también esta una materia muy vinculada con la jurisprudencia que ha aplicado el convenio, veremos más adelante que tratándose de una norma abierta, presenta difíciles contornos, siendo de cierta frecuencia algunos criterios que se han alegado para impedir la restitución, como las cuestiones de inmigración, alegación de comportamiento inadecuado y abuso sexual, tratamiento de situaciones de conflicto y factores económicos.

- Excepción relativa a la oposición del menor

Observamos que el Convenio atiende al menor que, teniendo edad y suficiente grado de madurez, puede expresar su parecer en el asunto de su residencia definitiva.

Al ponderar esta situación, los Tribunales han debido enfrentar situaciones fácticas relevantes, como la naturaleza y tenor de la objeción, la edad, reacciones extremas a las decisiones sobre la materia, pero muy particularmente, a la influencia determinante de los progenitores, en especial de aquél con quien el menor vive, en las opiniones que puedan manifestar.

Excepción del artículo 20

Esta es una suerte de norma de clausura, supra protectora de los menores a quienes este Convenio pretende resguardar, y consiste en la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Destaca la profesora Pérez Vera la ubicación de la norma al fin del Capítulo, formulando dos formular dos observaciones: que su tenor literal se asemeja a la terminología de los textos internacionales en materia de protección de los derechos humanos, aunque sólo se refiere a los principios

admitidos en el derecho del Estado requerido (por vía del derecho internacional general o convencional o por vía legislativa interna); y, que la invocación de esos principios no deberá en ningún caso ser más frecuente ni más fácilmente admitida de lo que lo sería para resolver situaciones puramente internas⁵³.

Los restantes artículos del Capítulo tercero del Convenio, corresponden fundamentalmente a los siguientes temas⁵⁴:

La flexibilización de la prueba del derecho extranjero, en el entendido que las autoridades competentes podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras (exequátur);

⁵³ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, págs. 34.

⁵⁴ Seguimos en esta parte la sistematización de la Profesora Elisa Pérez Vera.

La posibilidad de solicitar una decisión o una certificación de las autoridades de la residencia habitual del menor (en la que conste que el traslado o la retención fueron ilícitos en conformidad con el artículo 3º, en la medida que aquellas pudieren obtenerse⁵⁵);

La prohibición de resolver respecto al fondo del derecho de custodia, cuestión de toda lógica, si, como tantas veces hemos expuesto, aquella situación incumbe al Estado de residencia habitual y excede el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980;

La existencia de una resolución relativa a la custodia en el Estado requerido; y,

El alcance de las resoluciones sobre el retorno del menor.

Dichos artículos resultan de gran claridad y entendimiento, aun cuando parece tener importancia la aclaración que efectúan Klenner y otros autores, sobre los artículos 17 y 19, pues mientras en el primero se establece que un pronunciamiento sobre la tuición o custodia no puede entorpecer la

⁵⁵ Klenner, et. al., op. cit. pág. 73.

restitución en el segundo de ellos se señala que un pronunciamiento sobre esta no afecta a la tuición o custodia, siendo ambas independientes⁵⁶.

I.6.- El capítulo cuarto: derecho de visita

El Artículo 21 del Convenio establece que:

“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 regular o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.”

⁵⁶ Klenner, et. al., op. cit. pág. 76.

El Convenio no ha destinado un largo articulado a los caracteres del derecho de visita, aun cuando lo define en el artículo 5°. Su infracción sólo permite presentar una solicitud a las Autoridades centrales de los Estados contratantes con el fin de que éstas procedan a su organización o a garantizar el ejercicio efectivo.

La Base de datos INCADAT a la que hemos hecho referencia, indica que “El Artículo 21 ha sido objeto de diversas interpretaciones. Los Estados Contratantes que favorecen una interpretación literal han concluido que la disposición no brinda un fundamento jurisdiccional según el cual los tribunales pueden intervenir en cuestiones de derecho de visita sino que se concentra en la asistencia procesal por parte de la Autoridad Central pertinente. Otros Estados Contratantes han permitido que se instituyan procesos sobre la base del Artículo 21 a fin de hacer efectivos los derechos de visita existentes o incluso crear nuevos derechos de visita”⁵⁷.

⁵⁷ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&lng=3>> [Consulta: 30/09/13].

Así y a modo de ejemplo, mostramos dos interpretaciones diversas del Convenio, extraídas de la jurisprudencia del Convenio.

En el primer caso⁵⁸, ante el traslado de una menor a Austria, el tribunal hizo hincapié en el hecho de que debe reconocerse que el Convenio no previó una regulación exhaustiva del derecho de visita, y precisamente, una vez fallado el conflicto relativo a la restitución, quedaba en trámite una solicitud de derechos de visita futuros ante el Tribunal Civil de Distrito de Graz. El tribunal estableció que el Tribunal Civil de Distrito de Graz tenía jurisdicción para decidir sobre la solicitud de derechos de visita, y que la ley austríaca debía ser aplicada conforme al Convenio de la Haya de 1961 para la protección de los menores porque el Artículo 21 del Convenio de sustracción de la Haya de 1980 sólo disponía el marco mínimo para otorgar los derechos de visita.

⁵⁸ S. v. S., 25 May 1998, Austrian Regional Civil Court, Graz. Referencia INCADAT HC/E/AT 245.

[En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=245&lng=3&sl=3>> [Consulta 30/09/13].

En el segundo⁵⁹, a una madre suiza/americana se le otorgó el derecho de custodia y al padre estadounidense el derecho de visita de sus tres hijas; éste presentó a la Autoridad Central Suiza una solicitud de asistencia para encontrar una solución amigable con la madre. Las negociaciones no dieron como resultado un nuevo acuerdo para el régimen de visitas. El padre presentó ante el tribunal suizo una solicitud de derecho de visita. La madre se opuso a la solicitud y buscó obtener del tribunal suizo una modificación del acuerdo de divorcio declarado en los Estados Unidos. No se hizo lugar a la solicitud de la madre dado que tal modificación no se encontraba comprendida en el alcance del Convenio. Además el Tribunal dictaminó que la madre no había establecido que el ejercicio de los derechos de visita por parte del padre expondría a las menores a un grave riesgo de peligro. Sostuvo que en cualquier caso, no se podía rechazar el ejercicio de los derechos de visita invocando las excepciones del artículo 13.

⁵⁹ Case No. C 99 4313, 11/10/1999, Arrondissement judiciaire I Courtelary-Moutier-La Neuveville. Referencia INCADAT: HC/E/CH 454. [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=454&lng=3&sl=3>> [Consulta 30/09/13].

García Cano opina que esta parte del Convenio se ha mostrado claramente insuficiente en el actual contexto de la sustracción internacional de menores, para garantizar adecuadamente el derecho de visita, y el derecho del hijo a tener relaciones con sus padres, revelando una consecuencia negativa del planteamiento esencialmente utilitarista del Convenio⁶⁰. Esto, al menos en la primera interpretación que reflejamos.

Lógicamente, en estos casos se trata de que el derecho de visita no ponga en peligro el de custodia, haciendo recaer en las Autoridades Centrales el peso de facilitar su ejercicio, como de garantizar sus condiciones.

Dicha tarea resulta extremadamente difícil para la Autoridad Central de que se trate, más aun cuando el propio articulado expresa que deben eliminar, en la medida de lo posible, todo obstáculo para el ejercicio del derecho. Ello hace patente, una vez más, la importancia del estudio de un convenio de cooperación internacional entre autoridades.

⁶⁰ García Cano, Sandra. Id. Pág. 291.

Sin duda una interpretación más amplia redundará favorablemente en una conciliación de los derechos en juego, de modo de poner en relieve que lo que involucra realmente la aplicación del Convenio es el interés superior del menor y no de sus padres.

I.7.- El capítulo quinto: disposiciones generales

Artículo 22

No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le de, 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, ninguna 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, 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 ningún pago 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 ningún gasto 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 su 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 traslado 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 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 o 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:

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 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 del 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la 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 regular 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 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 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.

Los artículos del Capítulo V del Convenio, como sistematiza Pérez Vera, contienen normas procesales comunes a las causas relativas al retorno del menor y a la organización del derecho de visita. Así también, sobre la regulación de los problemas planteados por la aplicación del Convenio en los Estados plurilegislativos, y sus relaciones con otros convenios y ámbito de aplicación *ratione temporis*⁶¹.

Las consideraciones procesales las analizaremos con mayor detalle en el Capítulo tercero de este trabajo.

⁶¹ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 38.

Respecto de los estados plurilegislativos, los artículos 31 a 33 tratan el tema, distinguiendo la Conferencia de La Haya entre los Estados con varios sistemas de derecho de aplicación territorial y los Estados que cuentan con varios sistemas de derecho aplicables a distintas categorías de personas⁶².

En definitiva y para los supuestos de ordenamientos plurilegislativos de base territorial, el Convenio adopta un sistema de remisión directa operativo, al optar de manera coherente con su articulado, por el criterio de la residencia habitual del menor y, para los supuestos de base personal, un sistema de remisión indirecta (artículo 32)⁶³.

Finalmente en lo relativo a la aplicación *ratione temporis*, hemos estudiado la materia al tratar de la “Aplicación material del Convenio”.

I.8.- El capítulo sexto: cláusulas finales

⁶² Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 41.

⁶³ García Cano, op. cit. pág. 372.

Artículo 37

El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueron Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en su decimocuarta sesión.

Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán ante 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 ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que se adhiera al Convenio, este entrará en vigor el primer día del tercer mes del calendario 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 ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia certificada 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 primer día del tercer mes del calendario 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 de cuyas relaciones exteriores este encargado, o

solo a uno o varios de esos territorios. Esta declaración tendrá 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 de derecho distintos en relación con 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 solo 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 Relaciones 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 distribuido 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 o 40. No se permitirá ninguna otra reserva.

Cualquier Estado podrá retirar en cualquier momento una reserva que hubiera formulado. El retiro será notificado al Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos.

La reserva dejará de tener efecto el primer día del tercer mes del calendario siguiente a las notificaciones a que se hace referencia en el párrafo precedente.

Artículo 43

El Convenio entrará en vigor el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los Artículos 37 y 38.

Después, el Convenio entrará en vigor:

- 1) para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o adhiera con posterioridad, el primer día del tercer del calendario siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
- 2) para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido el Convenio de conformidad con el Artículo 39 o 40, el primer día del tercer mes del calendario siguiente a la notificación a que se hace referencia en esos artículos.

Artículo 44

El Convenio permanecerá en vigor durante cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 43, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido. Si no hubiera denuncia 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 solo respecto el Estado que la hubiera notificado. El Convenio permanecerá 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 hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 38 lo siguiente:

- 1) las firmas y 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 tercer párrafo del Artículo 26, y los retiros previstos en el Artículo 42;
- 7) las denuncias previstas en el Artículo 44.

Como observamos en el articulado final el Convenio, se trata de la normativa relativa a las ratificaciones, reservas y depósitos internacionales que dan aplicación al Tratado, los que no ofrecen mayores dificultades.

Respecto a la reserva formulada por Chile, nos remitimos a lo señalado al inicio del presente trabajo.

A continuación ofrecemos un cuadro resumen, extraído de la Base de Datos de la Conferencia Internacional de Derecho Internacional Privado con información alusiva a las adhesiones, ratificaciones y reservas, entre otras, formuladas por los Estados partes del Convenio⁶⁴.

Estados Miembros de la Organización:

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Albania		4-V-2007	A*	1-VIII- 2007		1	Res

⁶⁴ [En línea] <http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=24> [Consulta: 01/10/2013]

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Alemania	9-IX- 1987	27-IX- 1990	R	1-XII- 1990		1	D,Res
Argentina	28-I-1991	19-III- 1991	R	1-VI- 1991		1	D
Australia	29-X- 1986	29-X-1986	R	1-I-1987		1	D
Austria	12-V- 1987	14-VII- 1988	R	1-X-1988		1	
Belarús		12-I-1998	A*	1-IV- 1998		1	Res

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Bélgica	11-I-1982	9-II-1999	R	1-V-1999		1	
Bosnia y Herzegovina		23-VIII- 1993	Su	6-III- 1992		1	
Brasil		19-X-1999	A*	1-I-2000		1	Res
Bulgaria		20-V-2003	A*	1-VIII- 2003		1	Res
Canadá	25-X- 1980	2-VI-1983	R	1-XII- 1983	13	1	D,Res

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Chile		23-II-1994	A*	1-V-1994		1	D
China, República Popular			C			2	D,N
China, República Popular			C			2	D,N
Chipre		4-XI-1994	A*	1-II-1995		1	
Corea, República		13-XII- 2012	A*	1-III- 2013		1	D,Res

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
de							
Costa Rica		9-XI-1998	A*	1-II-1999		1	
Croacia		23-IV- 1993	Su	1-XII- 1991		1	
Dinamarca	17-IV- 1991	17-IV- 1991	R	1-VII- 1991		1	Res
Ecuador		22-I-1992	A*	1-IV- 1992		1	
Eslovaquia	28-XII-	7-XI-2000	R	1-II-2001		1	Res

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
a	1992						
Eslovenia		22-III- 1994	A*	1-VI- 1994		1	
España	7-II-1986	16-VI- 1987	R	1-IX- 1987		1	
Estados Unidos de América	23-XII- 1981	29-IV- 1988	R	1-VII- 1988		1	Res
Estonia		18-IV- 2001	A*	1-VII- 2001		1	Res

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Finlandia	25-V- 1994	25-V-1994	R	1-VIII- 1994		1	Res
Francia	25-X- 1980	16-IX- 1982	R	1-XII- 1983		1	Res,D
Francia	25-X- 1980	16-IX- 1982	R	1-XII- 1983		1	Res,D
Georgia		24-VII- 1997	A*	1-X-1997		1	
Grecia	25-X- 1980	19-III- 1993	R	1-VI- 1993		1	Res

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Hungría		7-IV-1986	A*	1-VII- 1986		1	
Irlanda	23-V- 1990	16-VII- 1991	R	1-X-1991		1	
Islandia		14-VIII- 1996	A*	1-XI- 1996		1	Res
Israel	4-IX- 1991	4-IX-1991	R	1-XII- 1991		1	Res
Italia	2-III-1987	22-II-1995	R	1-V-1995		1	

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
La ex República Yugoslav a de Macedoni a		20-IX- 1993	Su	1-XII- 1991		1	
Letonia		15-XI- 2001	A*	1-II-2002		1	Res
Lituania		5-VI-2002	A*	1-IX- 2002		1	Res
Luxembur	18-XII-	8-X-1986	R	1-I-1987		1	Res

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
go	1984						
Malta		26-X-1999	A*	1-I-2000		1	
Marruecos		9-III-2010	A*	1-VI- 2010		1	
Mauricio		23-III- 1993	A*	1-VI- 1993		1	Res
México		20-VI- 1991	A*	1-IX- 1991		1	
Mónaco		12-XI- 1992	A*	1-II-1993		1	Res

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Montenegro		1-III-2007	Su	3-VI- 2006		1	
Noruega	9-I-1989	9-I-1989	R	1-IV- 1989		1	Res
Nueva Zelandia		31-V-1991	A*	1-VIII- 1991		1	Res
Países Bajos	11-IX- 1987	12-VI- 1990	R	1-IX- 1990	1	1	D,Res
Panamá		2-II-1994	A*	1-V-1994		1	Res

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Paraguay		13-V-1998	A*	1-VIII- 1998		1	
Perú		28-V-2001	A*	1-VIII- 2001		1	
Polonia		10-VIII- 1992	A*	1-XI- 1992		1	Res
Portugal	22-VI- 1982	29-IX- 1983	R	1-XII- 1983		1	
Reino Unido de Gran	19-XI- 1984	20-V-1986	R	1-VIII- 1986	7	1	N,Res

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Bretaña e Irlanda del Norte							
República Checa	28-XII- 1992	15-XII- 1997	R	1-III- 1998		1	Res
Rumania		20-XI- 1992	A*	1-II-1993		1	
Rusia, Federació n de		28-VII- 2011	A*	1-X-2011		1	Res
Serbia		29-IV-	Su	27-IV-		1	

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
		2001		1992			
Sri Lanka		28-IX- 2001	A*	1-XII- 2001		1	Res
Sudáfrica		8-VII- 1997	A*	1-X-1997		1	Res
Suecia	22-III- 1989	22-III- 1989	R	1-VI- 1989		1	Res
Suiza	25-X- 1980	11-X-1983	R	1-I-1984		1	
Turquía	21-I-1998	31-V-2000	R	1-VIII-		1	Res

Estados	F ¹	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
				2000			
Ucrania		2-VI-2006	A*	1-IX- 2006		1	
Uruguay		16-XI- 1999	A*	1-II-2000		1	
Venezuela	16-X- 1996	16-X-1996	R	1-I-1997		1	Res

Estados no Miembros de la Organización:

Estados	1	R/A/Su ²	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Andorra		6-IV-2011	A*	1-VII- 2011		1	Res
Armenia		1-III-2007	A*	1-VI-2007		1	Res
Bahamas		1-X-1993	A*	1-I-1994		1	
Belice		22-VI- 1989	A*	1-IX-1989		1	Res
Burkina Faso		25-V-1992	A*	1-VIII- 1992		1	
Colombia		13-XII-	A*	1-III-1996		1	

Estados	1	R/A/Su ²	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
		1995					
El Salvador		5-II-2001	A*	1-V-2001		1	D,Res
Fiji		16-III-1999	A*	1-VI-1999		1	
Gabón		6-XII-2010	A*	1-III-2011			
Guatemala		6-II-2002	A*	1-V-2002		1	Res
Guinea		7-XI-2011	A*	1-II-2012		1	
Honduras		20-XII- 1993	A*	1-III-1994		1	Res

Estados	1	R/A/Su ²	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Kazajstán		3-VI-2013	A*	1-IX-2013			Res
Lesotho		18-VI- 2012	A*	1-IX-2012		1	
Nicaragua		14-XII- 2000	A*	1-III-2001		1	
República de Moldova		10-IV- 1998	A*	1-VII- 1998		1	Res
República Dominicana		11-VIII- 2004	A*	1-XI-2004		1	

Estados	1	R/A/Su ²	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Saint Kitts y Nevis		31-V-1994	A*	1-VIII- 1994		1	Res
San Marino		14-XII- 2006	A*	1-III-2007		1	D
Seychelles		27-V-2008	A*	1-VIII- 2008		1	
Singapur		28-XII- 2010	A*	1-III-2011		1	Res
Tailandia		14-VIII- 2002	A*	1-XI-2002		1	Res

Estados	1	R/A/Su ²	Tipo 3	VIG ⁴	Ext 5	Aut 6	Res/D/ N ⁷
Trinidad y Tabago		7-VI-2000	A*	1-IX-2000		1	
Turkmenist án		29-XII- 1997	A*	1-III-1998		1	
Uzbekistán		31-V-1999	A*	1-VIII- 1999		1	Res
Zimbabwe		4-IV-1995	A*	1-VII- 1995		1	Res

Siglas utilizadas en la gráfica:

1) F = Firma

2) R/A/Su = Ratificación, Adhesión o Sucesión

3) Tipo = R: Ratificación;

A: Adhesión;

A*: Adhesión sometida al procedimiento de aceptación;

C: Continuación;

Su: Sucesión;

Den: Denuncia;

4) VIG = Entrada en vigor

5) Ext = Extensiones de la aplicación

6) Aut = Designación de Autoridades

7) Res/D/N = Reservas, declaraciones o notificaciones.

CAPITULO II

TERMINOLOGÍA EMPLEADA. DEFINICIONES

Hemos efectuado un análisis del articulado de la Convención, y corresponde que nos avoquemos a algunos términos de relevancia, y que

resultan de utilidad para interpretar sus disposiciones, cualesquiera sean los Estados de los cuales sean nacionales los involucrados en un caso al que deba aplicarse el Estatuto.

Como refiriéramos, la terminología internacional para referirse al fenómeno de la sustracción es variada, aplicándose expresiones tales como: "traslado ilícito" o "detención ilegal". Como concluimos, la "sustracción de menores" se origina cuando un menor es trasladado o retenido ilícitamente en un Estado distinto al de su residencia habitual.

A continuación, se exponen los conceptos centrales que debemos analizar. Hemos preferido sistematizar su estudio de la manera siguiente: el primero de ellos, es el derecho de custodia; el segundo, e íntimamente ligado con el anterior, el derecho de visita.

Luego es importante determinar los alcances de la noción de traslado ilícito, para finalizar con el término residencia habitual.

II.1.- Derecho de custodia

El “derecho de custodia”⁶⁵ constituye el primer elemento jurídico que determinará si el traslado o la retención son ilícitos.

El ejercicio de la custodia, según se desprende expresamente del artículo tercero letra a), puede realizarse de forma conjunta o separada, es decir, puede ser ejercido únicamente por el titular del derecho, o también en forma compartida cuando este derecho se ha concedido o ha sido acordado de esta forma.

En relación a su titularidad, la Convención señala que pueden detentarla personas jurídicas y naturales.

Respecto de su contenido, en su artículo quinto, la Convención señala que “el ‘derecho de custodia’ comprenderá el derecho relativo a los cuidados de la persona del niño y, en particular, el derecho a determinar su lugar de residencia;...”.

Como puede apreciarse, la Convención, aun evitando conceptualizar en detalle, da matices bien definidos sobre los aspectos que abarca y tutela,

⁶⁵ Convención, artículo 1°.

aun cuando cada Estado parte, conforme a su derecho interno, precise sus alcances y la forma en que ejerce su derecho.

Estudiando otros tratados internacionales sobre la materia, el Convenio de Luxemburgo (1980) encuentra su justificación en el respeto del derecho de custodia, en tanto expresa que es una “resolución relativa a la custodia” cualquier resolución de una autoridad, en la medida en que se refiera al cuidado de la persona del menor incluido el derecho de fijar su residencia, así como al derecho de visita⁶⁶.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, a su turno, dispone que el derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia⁶⁷.

⁶⁶ Convenio de Luxemburgo de reconocimiento y ejecución en materia de custodia de menores, artículo 1, [En línea], <<http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/convenioLuxemburgo.pdf>> [Consulta 20/10/2013].

⁶⁷ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, artículo 3, [En línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>> [Consulta 20/10/2013].

En consecuencia, en los distintos instrumentos la concepción de derecho de custodia es el elemento jurídico central que determinará su aplicación, de modo que creemos adecuado consultar qué precisiones ha efectuado la doctrina al respecto.

Scotti⁶⁸, indica que el derecho de custodia comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor y por lo tanto de su traslado.

Montón García señala que el derecho de custodia es el elemento sustancial para determinar la figura del “secuestro”⁶⁹, determinado por dos factores: la atribución de la custodia (por cualquiera de sus fuentes o títulos: la ley, la resolución judicial o el acuerdo sobre la tenencia del menor), componente que supone proteger internacionalmente lo que ya se encuentra protegido por un título válido en el estado de residencia del menor; y, el

⁶⁸ Scotti, op. cit. [en línea], <<http://www.uba.ar/download/investigacion/resumenscotti.pdf>>, [consulta: 6/10/2013].

⁶⁹ En la terminología que utiliza.

ejercicio efectivo de la misma, por su legítimo detentador en el momento de verse privado de ella⁷⁰.

Al tratarse, en opinión de esta autora, la infracción de este derecho determinante para incoar la aplicación de la Convención, vuelve a quedar en evidencia la relevancia de la connotación procesal. Así, y como explicáramos en forma previa en este trabajo, al actor o parte activa del proceso, no se le exige una prueba auténtica del ejercicio del derecho al momento del secuestro, bastando la solicitud inicial del procedimiento restitutorio, mientras que al demandado que pretende excepcionar que no se ejercía de manera efectiva el derecho, se le invierte la carga de la prueba⁷¹, debiendo acreditarlo.

⁷⁰ Montón García, Mar, *La sustracción de menores por sus propios padres*, 2003., Valencia. Tirant Lo Blanch, p. 80

⁷¹ Montón García, op. cit. p. 81.

Resulta interesante lo que al respecto menciona Canales Pérez⁷², para revisar cómo las distintas concepciones del derecho de custodia pueden tener directa relevancia en la aplicación del Convenio. Señala la Magistrada que en México, la patria potestad en ocasiones se ejerce de manera unilateral, y se diferencia del derecho de custodia siendo la primera considerada de mayor relevancia, mientras que el segundo un derecho secundario (lo que, consecuentemente, podría afectar una decisión adoptada en el ámbito del Convenio de La Haya).

Así, y existiendo, por ejemplo, dos resoluciones de los distintos Estados parte que reconocen el derecho de custodia, corresponderá al Estado requerido verificar la residencia habitual.

García Cano apunta a que se trata de uno de los conceptos claves en los Convenios internacionales que regulan el aspecto particular de la protección del menor frente a los traslados ilícitos, puesto que la existencia o no de un desplazamiento ilícito, y la consecuente posibilidad de activar el

⁷² Canales Pérez, op. cit. [En Línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-176s.pdf>> [Consulta 14/10/2013].

mecanismo convencional, se basa esencialmente, como se ha visto, en la infracción de un derecho de custodia⁷³, aun cuando en cada uno de los instrumentos internacionales, toma matices distintos.

Explica la autora, que el Convenio de La Haya de 1980, por su esencial planteamiento utilitarista, consigue abarcar un ámbito de protección mucho más amplio que el Convenio de Luxemburgo, inserto en los esquemas clásicos del reconocimiento de resoluciones extranjeras. Mientras que el Convenio de Luxemburgo sólo se aplica a los supuestos en que el derecho de custodia transgredido tiene su fuente en una resolución, el Convenio de La Haya extiende además su aplicación a todos aquellos supuestos en que el derecho de custodia infringido es atribuido *ex lege* o ejercido de facto.

Sugiere asimismo, en cierta concordancia con lo que refiriéramos antes, que la redacción del artículo 5º, orientada a evitar cualquier desplazamiento del menor de su residencia habitual, salvo que existan las suficientes garantías de estabilidad en otro Estado distinto, ha provocado

⁷³ García Cano, Sandra. Id. Pág. 284.

algunas dificultades en su concreción judicial, dada la tendencia existente en todos los ordenamientos jurídicos a crear *ex lege* o por decisión judicial situaciones jurídicas que constituyen modalidades de custodia conjunta por los dos progenitores en el sentido recogido por el Convenio, pero que pueden no coincidir con la concepción del derecho de custodia en el ordenamiento jurídico del Estado conforme al cual se esté examinando la ilicitud del desplazamiento. Entre estas situaciones se encontrarían, y sin problema alguno de interpretación, aquéllas en que ambos progenitores poseen la custodia conjunta del menor, pero también, particularmente (pues son las situaciones susceptibles de provocar mayores dudas), todas aquéllas en las que aparentemente sólo uno de los progenitores posee el derecho de custodia (o que principalmente tiene la custodia), pero el derecho de éste se encuentra limitado por un derecho de veto al cambio de la residencia del menor del otro progenitor (en virtud de un acuerdo inter partes o de una decisión) o de un tribunal. De ser así, el principal titular del derecho de custodia necesita el consentimiento o autorización del otro progenitor o del tribunal para desplazar al menor hacia otro Estado. De este modo, si el titular principal del derecho de custodia desplaza al menor sin el

consentimiento aludido, el primero habrá llevado a cabo un desplazamiento ilícito en el marco del Convenio, y el segundo podrá solicitar el retorno del menor fundándose en la infracción de su derecho de custodia⁷⁴.

Debemos mencionar en este aspecto, la Ley 20.680, publicada en el Diario Oficial el 21 de junio de 2013, que introduce modificaciones al Código Civil chileno y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, modificando sustancialmente el derecho de custodia como lo conociéramos en nuestro país.

El nuevo texto del artículo 224 del Código de Bello, establece que “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”.

⁷⁴ García Cano, Sandra. Id. Pág. 290.

El artículo 225, también modificado, estatuye, en lo pertinente, que “si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida (...) El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”.

Esta nueva normativa se vincula directamente con la interpretación que en nuestro país haya de darse al derecho de custodia, y con la eventual colisión entre los de los padres que presenten solicitudes a la luz de las normas de la Convención, lo que, a nuestro juicio, constituye un tema que será desarrollado por nuestros jueces en el devenir y donde la residencia habitual se tornará determinante para la decisión a adoptar.

En cuanto a la jurisprudencia relativa al convenio, encontramos que los Tribunales, en las decisiones adoptadas por su aplicación práctica, han respetado las tres fuentes de atribución de los derechos de custodia, es decir,

los han entendido en forma amplia. Citaremos tres sentencias que así los reconocieran:

1. Acuerdos celebrados entre los padres: (*State Central Authority v. Ayob* (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567): La menor había vivido toda su vida en los Estados Unidos. Los padres estaban separados. La custodia estaba regulada por un acuerdo, en virtud del cual la madre tenía el cuidado de la menor y el padre los derechos de visita. A la madre se le permitió llevar a la niña de vacaciones a Malasia ya que había notificado al padre con anterioridad. El 10 de julio de 1995, la madre se llevó a la niña a Malasia sin el permiso del padre y se quedó allí. El padre buscó el asesoramiento jurídico de la Autoridad Central de los Estados Unidos (*United States Central Authority*). Le dijeron que no se podía hacer nada para efectuar la restitución de la menor al menos que ella fuera trasladada a un Estado parte del Convenio de la Haya. En enero de 1997, la madre contactó al padre, indicando que ella quería viajar a Australia. El 21 de enero el padre firmó una solicitud de visa respecto de la menor indicando que él

consentía que ella viajara a Australia. El 27 de enero la madre y la menor fueron retenidas el aeropuerto de Melbourne cuando ingresaban a Australia. Más tarde, la Autoridad Central Australiana (*Australian Central Authority*) inició los trámites para la restitución de la menor a los Estados Unidos⁷⁵. En definitiva, se declaró que las partes habían acordado que la madre no tenía el derecho de reubicarse con la menor en Malasia, que el padre continuó ejerciendo el derecho a determinar el lugar de residencia de la menor, en la medida que estuviese fuera de los Estados Unidos. Por lo tanto, el traslado se produjo en violación de aquellos derechos y por consiguiente fue ilícito. Además, determinó la restitución de la menor en razón del vicio ocasionado

⁷⁵ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=232&lng=3&sl=3>> [Consulta 21/10/2013]

al no consultar al otro padre que ejerce o ha ejercido derechos de custodia⁷⁶.

2. Custodia otorgada por resolución (*Thorne v. Dryden-Hall*, (1997) 28 RFL (4th) 297): Tres menores habían vivido en el Reino Unido desde su nacimiento y residían con su madre en el Reino Unido conforme a una orden de residencia emitida el 10 de junio de 1993. En virtud del artículo 13 de la Ley del Menor de 1989, la madre tenía prohibido trasladar a los menores fuera de la

⁷⁶ Estableció el fallo en sus conclusiones, literalmente: *"It follows from what I have said that it is my melancholy task to require the return of this child to the United States. In summary I do so for the following reasons:*

1. *the child was clearly wrongfully removed from the United States;*
2. *there is no other court that I can see that is likely to provide both parties with a fair and reasonable opportunity to vent their dispute;*
3. *the aim of the Convention is to prevent the evil that occurred in the consultation of the other parent who has and is exercising some custodial rights over the child."*

[En línea] < <http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0232.htm> > [Consulta 21/10/2013]

jurisdicción sin el consentimiento por escrito de toda persona con responsabilidad parental o del permiso del tribunal. El 12 de octubre de 1994 la madre se llevó a los menores a Canadá. El 26 de octubre de 1995 el juez de primera instancia en Columbia Británica, concluyó que la madre había trasladado a los menores en forma ilícita de su residencia habitual y ordenó que fueran restituidos de inmediato al Reino Unido. La madre apeló al Tribunal de Apelaciones de Columbia Británica, siendo la apelación desestimada y la restitución ordenada)⁷⁷. Se dispuso que el derecho a determinar el lugar de residencia de un menor constituye un derecho de custodia aparte del derecho de cuidar la persona del menor. El derecho a mudarse es una disposición accesoria a la custodia y puede ser otorgado o denegado por un juez. El Artículo 5 de la Convención, define que los derechos de custodia comprenderán el derecho relativo a determinar el lugar

⁷⁷ [En línea] < <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=12&lng=3&sl=3> > [Consulta 21/10/2013]

de residencia del menor. El incumplimiento de una restricción sobre el traslado constituye una violación a los derechos de custodia. En este caso la orden de residencia dictada conforme a la ley inglesa establecía que los menores vivieran con su madre; no le otorgaba a la madre la totalidad de los derechos abarcados por la palabra custodia. Ambos padres poseían los restantes derechos y responsabilidades parentales establecidas en el derecho interno del Reino Unido. La orden de residencia reservaba al tribunal inglés un derecho de custodia, el derecho a determinar el lugar de residencia del menor. El traslado de los menores por parte de la madre violaba el derecho de custodia y por consiguiente era ilícito.

3. Custodia ejercida de conformidad con la ley del Estado parte (5P.1/1999, *Bundesgericht (Tribunal Fédéral)*): Los menores, una niña y un varón, tenían 6 y 2 años respectivamente en el momento de la supuesta sustracción ilícita. Hasta ese momento habían vivido en Israel. Los padres estaban casados y tenían derechos de custodia compartidos. En el verano de 1998 la madre llevó a los

menores a Suiza. Debían regresar el 11 de agosto de 1998. Sin embargo, una vez allí la madre decidió permanecer en Suiza. El 8 de agosto de 1998, el padre viajó a Suiza con la esperanza de llevar a sus hijos de regreso. La madre se opuso a esto e inició acciones de divorcio ante un tribunal local. El 23 de septiembre de 1998, el padre emitió una solicitud de restitución ante el *Tribunal tutélaire de Genève*. La solicitud estuvo acompañada por una sentencia israelita que estipulaba que conforme a la ley israelita ambos progenitores tenían derecho a vetar el traslado de un hijo común desde el territorio del Estado. El tribunal de primera instancia ordenó la restitución de los menores. Sin embargo, esta decisión fue invalidada en la apelación. La Cámara de Apelaciones concluyó que un veto sobre el traslado de los menores de la jurisdicción, tal como existe conforme a la ley israelita, se oponía al principio de la libertad de movimiento y como tal era contrario a la política pública de Suiza. El padre apeló ante la Corte Suprema de Suiza, la que falló concediendo la apelación, observando que no había pruebas de que un progenitor

sin derechos de custodia pudiera impedir el traslado de sus hijos. Por consiguiente, si mediante esta acción un tribunal israelita le adjudicara la custodia exclusiva a la madre, ella tendría la libertad de mudarse al exterior. No hubo restricción alguna a su libertad de movimiento y por consiguiente, no hubo violación de la política pública Suiza. Devuelta la causa a primera instancia, se ordenó la restitución de los menores en virtud de un traslado ilícito. El asunto volvió a ser planteado más tarde al Tribunal Federal.

II. 2. Los derechos de visita

Conforme al artículo 5° del Convenio, 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.

Además, hemos señalado en el Capítulo I de este trabajo ciertos alcances del derecho establecidos en el artículo 21.

El Convenio de Luxemburgo incluye el derecho de visita en las resoluciones relativas a la custodia⁷⁸. Por su parte, la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, sí prefiere definirlo, como aquél que comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Pérez Vera señala que no se quiso excluir todas las demás modalidades del derecho de visita; sino más bien subrayar que este concepto se extiende también al derecho denominado de alojamiento, una modalidad del derecho de visita que la persona que tiene la custodia del menor teme de manera especial⁷⁹, pues implica que aunque el menor permanecerá alejado de su centro de vida en forma transitoria, existe un riesgo latente de que no se le restituya en las épocas acordadas.

⁷⁸ Recordemos que define éstas como cualquier resolución de una autoridad, en la medida en que se refiera al cuidado de la persona del menor incluido el derecho de fijar su residencia, así como al derecho de visita.

⁷⁹ Pérez Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág.25.

Para García Cano⁸⁰, la definición es incompleta y anticuada, además de someter su garantía a un régimen jurídico muy distinto en su artículo 21, que sólo permite presentar una solicitud a las Autoridades centrales de los Estados contratantes con el fin de que éstas procedan a la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita. Esta definición se torna insuficiente en la realidad actual de las relaciones familiares y del derecho del menor a mantener una relación adecuada con sus padres.

Nuestro derecho interno, con las reformas introducidas al Código Civil por la Ley 20.680, en su artículo 229, establece que el padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

⁸⁰ García Cano, op. cit. p. 291.

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

El artículo 229-2 extendió a los abuelos el derecho del hijo a mantener una relación directa y regular.

La jurisprudencia de la Base de Datos de INCADAT, nos señala que el artículo 21 del Convenio ha sido interpretado de diversas maneras. Los Estados Contratantes que favorecen una interpretación literal han concluido que la disposición no brinda un fundamento jurisdiccional según el cual los tribunales pueden intervenir en cuestiones de derecho de visita, sino que se concentra en la asistencia procesal por parte de la Autoridad Central pertinente. Otros, han permitido que se instituyan procesos sobre la base del Artículo 21, a fin de hacer efectivos los derechos de visita existentes o incluso crear nuevos⁸¹.

⁸¹ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&lng=3>> [Consulta 21/10/2013]

Ejemplo de la primera de las interpretaciones lo encontramos en el caso *S. v. S.*, 25 May 1998, transcript (*Unofficial Translation*), *Austrian Regional Civil Court, Graz*, siendo Estados Unidos el Estado requirente y Austria el requerido. El caso se refería a una niña de un año de edad a la fecha de la supuesta retención ilícita, que sólo había vivido en los Estados Unidos, y cuyos padres estaban casados y tenían derechos de custodia compartidos. El 30 de octubre de 1995 la madre fue a Austria, su país de origen, con la menor. En enero de 1996, un tribunal estadounidense ordenó que la madre la restituyera. En abril de 1997 un tribunal austríaco se negó a ordenar la restitución de la menor. En diciembre de 1997, un tribunal austríaco otorgó a la madre la custodia exclusiva. El 31 de marzo de 1998, la Corte Suprema de Austria respaldó esta decisión. El padre después solicitó, conforme al Convenio, el cumplimiento de dos períodos de visita. El Tribunal Civil del Distrito de Graz rechazó la solicitud del padre sobre la base de que no se aplicaba el Convenio. El padre apeló, concediéndose el recurso y remitiéndose el caso al Tribunal Civil de Distrito de Graz para decidir sobre la solicitud de visita del padre⁸².

⁸² [En línea] < <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=245&lng=3&sl=3> > [Consulta

Ejemplo de la segunda apreciación del artículo 21, lo encontramos en el caso No. C 99 4313, 11/10/1999, *Arrondissement judiciaire I Courtelary-Moutier-La Neuveville*, siendo el requirente nuevamente los Estados Unidos y el requerido, Suiza. Tres niñas estaban involucradas. El 20 de noviembre de 1997 un tribunal de Estados Unidos había otorgado a sus progenitores el divorcio, dando a la madre suiza/americana el derecho de custodia y al padre estadounidense el de visita. En 1998, la madre abandonó Estados Unidos y se fue a Suiza, llevando consigo a las menores. El 15 de mayo de 1998 el tribunal modificó los derechos de visita otorgados en la sentencia de divorcio para que se reflejaran las nuevas circunstancias. No obstante el padre no podía ejercer sus derechos de visita, de modo que presentó a la Autoridad Central Suiza una solicitud de asistencia, para encontrar una solución amigable con la madre. Las negociaciones no condujeron a nuevos acuerdos para el régimen de visitas. El padre presentó ante el tribunal suizo una solicitud de derecho de visita, reconociendo y ejecutando la orden de visitas estadounidense. Además dispuso que la madre no había demostrado que el ejercicio de los derechos de visita por parte del padre expondría a las

menores a un grave riesgo de peligro, y que en cualquier caso, no se podía rechazar el ejercicio de los derechos de visita invocando las excepciones del artículo 13.

La madre se opuso a la solicitud del padre y buscó obtener del tribunal suizo una modificación del acuerdo de divorcio americano. No se hizo lugar a la solicitud de la madre dado que tal modificación no se encontraba comprendida en el alcance del Convenio de La Haya. El tribunal reconoció el fallo que otorgaba al padre los derechos de visita y especificó que no eran necesarios procesos para el reconocimiento y la ejecución⁸³.

De lo estudiado, notamos claramente un déficit en lo que concierne al derecho de visita. La Convención en sus más de veinte años de aplicación, y con un número grande de Estados parte y abundante jurisprudencia sobre su aplicación, es un instrumento exitoso para la problemática que pretendió regular en sus inicios. De la Convención se desprende que un traslado ilícito

⁸³ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=454&lng=3&sl=3>> [consulta 21/10/2013]

resulta en la mayoría de los casos, en una vulneración de los derechos de visita.

La Conferencia de la Haya ha advertido la importancia de la organización de los derechos de visita y del contacto transfronterizo entre padres e hijos, como corolario necesario del derecho de guarda y como mecanismo complementario para garantizarlo⁸⁴, de modo que en forma permanente mantiene estudios y publica guías de buenas prácticas y formula cuestionarios a los Estados parte, en relación con su funcionamiento práctico.

Así, ha publicado el documento denominado Contacto Transfronterizo relativo a los Niños: Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas, destinado especialmente a jueces y Autoridades Centrales designadas en virtud de los Convenios de 1980 o 1996, así como para los gobiernos que estén desarrollando políticas en materia de contacto

⁸⁴ Álvarez González, Santiago, Derechos de Visita y Convenio de La Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: La práctica española. [En línea] <http://dspace.usc.es/bitstream/10347/7842/1/pg_257-278_dereito14-2.pdf> [Consulta 26/10/2013].
ISSN 1132-9947.

transfronterizo. Postula como principio general que “deberían adoptarse todas las medidas posibles para garantizar el derecho de los niños a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus padres, así como el derecho de los padres a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus hijos, a menos que se determine que dicho contacto podría ser contrario a los intereses de los niños. Esto se aplica igualmente en aquellos casos en que los padres viven en países distintos”⁸⁵. Además, formula recomendaciones tales como promover los acuerdos parentales, amistosos, y otras sobre cooperación internacional de autoridades, fiel a la naturaleza de la Convención.

II.3 Carácter ilícito de un traslado o retención

La Convención en su artículo tercero considera el “traslado” y “retención” como dos figuras que configuran el fenómeno de la sustracción de menores por uno de sus padres, siempre y cuando estas cumplan con los

⁸⁵ Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y guía de buenas prácticas. [En línea] <http://www.hcch.net/upload/guidecontact_s.pdf> [Consulta 26/10/2013].

requisitos señalados en las letras a) y b) del artículo 3º, de manera tal que se tornen ilícitas.

Como señaláramos en el Capítulo I de este trabajo, existe un caso de sustracción internacional de menores cuando un menor es trasladado o retenido ilícitamente en un Estado distinto al de su residencia habitual.

Para Montón García, para que se produzca la situación de secuestro, no basta el sólo hecho de verse afectado el ejercicio del derecho de custodia sobre el menor, sin que haya sido desplazado de su residencia habitual, sino que además, es necesario que ese desplazamiento en las referidas condiciones, pueda entenderse como ilícito por no ser querido o consentido⁸⁶. De esta situación, colige la autora, cualquier desplazamiento que vulnere la situación familiar de las personas, configura su ilicitud.

García Cano sostiene que el secuestro internacional de menores es el resultado de una infracción de las normas reguladoras de los derechos de custodia y de visita, acompañado de un desplazamiento del menor del lugar donde tiene su residencia habitual, su entorno de vida. La mayor parte de

⁸⁶ Montón García, op. cit. Pág 83.

los supuestos de sustracción de menores se producen cuando el sujeto que goza del derecho de visita, aprovechando uno de esos períodos, traslada al menor al extranjero y allí lo retiene⁸⁷.

La jurisprudencia también ha interpretado estos términos, aun cuando el carácter ilícito, como hemos estudiado, está estrechamente ligado con la infracción de derechos de custodia y visita ya examinados.

A modo de ejemplo, hemos encontrado el caso denominado Findlay v. Findlay 1994 SLT 709, entre Canadá y Escocia (Reino Unido), en que el menor había vivido en Canadá toda su vida. Durante el juicio de separación, los padres decidieron que el menor viviría en Escocia con el padre durante cuatro meses. El 5 de noviembre de 1992, el padre se llevó el menor a Escocia. Su regreso estaba programado para el 5 de marzo de 1993. El 9 de febrero de 1993, la madre solicitó ante un tribunal de Ontario la custodia de los cuatro hijos del matrimonio y la restitución del menor a Canadá. El 7 de mayo de 1993, se hizo lugar a esta solicitud. El 28 de septiembre de 1993, la Cámara Externa del Tribunal Superior de Justicia en Escocia, ordenó la

⁸⁷ García Cano, op. cit. pág. 148.

restitución del menor sobre la base de que el consentimiento de la madre había sido únicamente por un período limitado y que la retención posterior fue ilícita. El padre apeló. La apelación fue acogida y enviada a dicha Cámara Externa para decidir sobre las cuestiones de retención ilícita y residencia habitual⁸⁸.

En oportunidades, resulta relevante determinar cuándo ha ocurrido el traslado o retención, ya que ello determinará o no la aplicación el artículo 12 como también la aplicación o no del Convenio mismo, según la fecha de su ratificación por el Estado parte de que se trate.

En tal sentido, el caso *Toren v. Toren*, 191 F.3d 23 (1st Cir. 1999). Dos menores habían vivido tanto en Israel como en los Estados Unidos. En diciembre de 1994 los padres se divorciaron y se les otorgó derechos de custodia conjunta. El tribunal de distrito rabínico de Jerusalén, con el acuerdo de los padres, ordenó que los menores residieran en Israel por al menos dos años luego del divorcio. En 1996 las partes realizaron una enmienda al acuerdo de separación que establecía que los menores podían

⁸⁸ [En línea] <http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0115.htm> [Consulta 22/10/2013]

vivir en Massachusetts con la madre pero sólo hasta el 21 de julio del año 2000. Además dispuso que los menores no podían permanecer fuera de Israel después de esa fecha y que estudiarían en Israel durante el período escolar 2000-2001. El 1° de julio de 1997, la madre inició un proceso en Massachusetts a fin de modificar el acuerdo y la orden israelí quitando el requisito de que los menores debían finalmente regresar a Israel. El tribunal de Massachusetts otorgó a la madre custodia provisoria, legal y física de los menores. El 6 de julio de 1998 el padre presentó una solicitud de restitución de los menores en virtud del Convenio. El 21 de octubre de 1998, el Tribunal de distrito de los Estados Unidos para el distrito de Massachusetts, rechazó ordenar la restitución de los menores, al sostener que los mismos eran residentes habituales de los Estados Unidos en la fecha correspondiente. Con todo, el Tribunal de Apelaciones norteamericano confirmó la orden de no restitución, fundamentando su decisión en que el tribunal de distrito se equivocaba al tratar la cuestión de la residencia habitual de los menores antes de tomar la determinación crítica en cuanto a si había existido alguna retención de los menores en el marco del Convenio de la Haya. Según la Corte, el lenguaje y la estructura del artículo 3,

indicaba que debe haber una determinación inicial en cuanto a si había existido un traslado o retención antes de que se pueda realizar una investigación acerca de si tal traslado o retención fueron ilícitos.

El tribunal sostuvo que aún si el padre hubiera logrado demostrar que la madre intentaba retener a los menores en los Estados Unidos, su acción habría fracasado, porque éste habría presentado un recurso por un incumplimiento anticipado y el Convenio sólo establece recursos para retenciones ilícitas de hecho⁸⁹.

En otra sentencia, que clarifica aún más la tendencia de algunos tribunales a estimar ilícita la retención por adelantado, los padres israelitas viajaron a Inglaterra para buscar puestos de investigación. Acordaron que la familia se quedaría allí al menos por un año. El 24 de enero de 1993 el padre se mudó del hogar familiar en Inglaterra. El 22 de 1993 de abril, el padre regresó a Israel en forma permanente. El 11 de junio de 1993 el padre inició el proceso invocando el Convenio para la restitución de sus hijas. El

⁸⁹ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=584&lng=3&sl=3>> [Consulta 22/10/2013]

tribunal señaló que era forzada la opinión de que la retención de las niñas no debería ser considerada ilícita hasta el vencimiento del período de residencia acordado, septiembre de 1993. Sin embargo, el tribunal sostuvo que cuando uno de los padres declara que no tiene intenciones de restituir los niños, no puede seguir confiando en el acuerdo del otro padre con respecto al período de traslado o retención limitado como una protección, ya sea de acuerdo con el Artículo 3 o con el Artículo 13. Asimismo, el tribunal sostuvo que la decisión previa al anuncio, aun cuando no haya sido comunicada al otro padre, debe ser capaz en sí misma de constituir un acto de retención ilícita⁹⁰.

Existe también una guía de buenas prácticas para fomentar ciertas medidas de prevención de los traslados ilícitos destinadas a los Estados firmantes⁹¹; preventivas propiamente tales (como exigencia de documentos

⁹⁰ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=117&lng=3&sl=3>> [Consulta 22/10/2013]

⁹¹ [En línea] <http://www.hcch.net/upload/abdguideiii_s.pdf> [Consulta 26/10/2013]

de viaje, consentimiento para viajar, control fronterizo, medidas punitivas); de acción (como mediación ante la ruptura familiar); y, de reacción ante el riesgo creíble de sustracción (barreras al viaje, exigencia de visados); todas ellas sin perjuicio de adecuadas soluciones legislativas para evitar la ocurrencia de las situaciones que el Convenio trata de evitar.

II. 4. Residencia habitual

Al carecer este concepto de conceptualización convencional, y tratarse de uno de los elementos más relevantes para dar aplicación al Convenio, la residencia habitual es sin duda, un factor controvertido en cuanto a sus precisos contornos y alcances.

Si bien la ausencia de definición le da un carácter más flexible, el criterio que cada Estado parte sostenga respecto del mismo es el que en definitiva puede determinar, por qué no decirlo, la vida futura del menor que el Convenio pretende proteger.

García Cano explica que, en general, los convenios internacionales que prefieren utilizar la residencia habitual para resolver los conflictos de leyes y los conflictos de jurisdicciones, rompen con los conceptos tradicionales de nacionalidad y estatuto personal⁹².

Es una cuestión que resulta de toda lógica por cierto, al ser nuestro objeto de estudio, como señaláramos en el Capítulo primero, un tratado de cooperación de autoridades. En virtud de aquél, son precisamente las personas más próximas al entorno del niño, niña o adolescente, las que pueden evaluar la situación del menor, adoptar medidas y supervisar la ejecución de las mismas⁹³.

Precisando el concepto, Gómez Bengoechea postula que se trata de una cuestión puramente fáctica, cuya interpretación no debe referirse a ninguna ley estatal, sino siempre desde un contexto y punto de vista internacional y de acuerdo con el espíritu del Convenio.⁹⁴

⁹² García Cano, op. cit. p. 222

⁹³ García Cano, op. cit. cif. J. M. Castro Rial Canosa, «El Convenio de La Haya de 1961...», cit., pp. 24-25.

⁹⁴ Gómez Bengoechea, Blanca, op. cit. pág 68.

El concepto de residencia habitual recogido en la sentencia del “*Oberlandesgericht*” de Stuttgart de 3 de junio de 1975, en aplicación del Convenio de La Haya sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores de 1961, como una situación efectivamente existente, creada después de un período de cierta duración, el domicilio efectivo, el lugar del verdadero centro de gravedad determinante del modo de vida del menor, lugar que no deriva del domicilio de los padres, y que está determinado de forma autónoma: una condición de la existencia de la residencia habitual estriba en una cierta integración en el medio; las relaciones de tipo provisional aún no establecidas sólidamente no son suficientes; la residencia debe haber durado cierto tiempo o haberse proyectado para un período de cierta duración.”⁹⁵

La Base de datos INCADAT de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, hace referencia a la dificultad de determinar

95

[En

línea]

http://dspace.sheol.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/19264/4/TFM_Menendez%20Perez,%20Gloria.pdf [Consulta 15/05/2014].

qué se entiende por residencia habitual, y especial hincapié en que las diversas jurisdicciones la interpretan de manera diversa.

Así, incluso en la abundante jurisprudencia de los Estados Unidos de América, coexisten visiones diversas que enfocan el concepto en el menor; en la conexión del menor o únicamente en la intención de sus progenitores. Para la primera interpretación, en la sentencia dictada en el caso *Villalta v. Massie*, No. 4:99cv312-RH (N.D. Fla. Oct. 27, 1999), el menor había vivido en los Estados Unidos toda su vida. Los padres se encontraban casados y tenían derechos de custodia compartida. El 6 de noviembre de 1993 la madre llevó al niño a Chile, su Estado de origen. El 10 de agosto de 1994 el padre viajó a Chile, se reconcilió con la madre e instaló un negocio en ese país. En febrero de 1995 los padres se separaron. El 10 de julio de 1995 el padre volvió a mudarse a los Estados Unidos. El 6 de septiembre de 1996 el padre regresó a Chile. En febrero de 1997, un tribunal chileno otorgó al padre derechos de visita respecto del menor. El 6 de diciembre de 1998, el padre llevó al niño de ocho años y medio a los Estados Unidos. El 11 de agosto de 1999 la madre solicitó la restitución del menor conforme el Convenio, la que le fue concedida, declarando el juez Hinckle del *United*

States District Court for the Northern District of Florida, que la sustracción fue ilícita por cuanto el menor era residente habitual de Chile a la fecha en cuestión⁹⁶.

Para aquella interpretación que combina conexión del menor e interés de sus padres, el *United States Court of Appeals for the Third Circuit*, Tribunal federal, en un caso que involucraba a Australia y a los Estados Unidos, el niño tenía 4 años a la fecha de la supuesta retención ilícita. Los padres estaban casados. El 2 de agosto de 1994 la madre retuvo al niño en los Estados Unidos. A principio de enero de 1994 la madre y el niño viajaron a Australia para reunirse con el padre. El matrimonio atravesaba momentos difíciles, y a fines de la primavera la madre dijo al padre que deseaba regresar a los Estados Unidos por cinco semanas con el fin de visitar a los abuelos maternos. En julio de 1994, el padre se reunió con la madre y el niño. En esta ocasión el padre fue notificado de la demanda de divorcio. El 4 de octubre de 1994, el Tribunal de Familia de Australia

⁹⁶ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=221&lng=3&sl=3>> [Consulta 26/10/2013]

determinó que la retención del menor era ilícita. El 31 de octubre de 1994 el Tribunal para el Distrito Este de Pensilvania rechazó la solicitud del padre. El padre apeló, y se dio lugar a la apelación; la retención se consideró ilícita ya que el niño había sido residente habitual de Australia en ese momento. Lo relevante del caso, es que se ponderaron conjuntamente cuestiones hecho y de derecho, pues se argumentó que en los hechos, el menor había permanecido en Australia durante seis meses, periodo de tiempo importante para un menor de seis años. Mientras que los padres consideraban a Australia de manera diferente, ambos habían acordado mudarse allí, además sus acciones una vez establecidos concordaban con un intento de formar un nuevo hogar con el menor⁹⁷.

Para la tercera interpretación, el criterio reside en establecer que debe haber una intención establecida de abandonar una residencia habitual existente antes de que un menor pueda adquirir una nueva, de modo tal que la ausencia de intención compartida por parte de los padres respecto del

⁹⁷ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=83&lng=3&sl=3>> [Consulta 26/10/2013]

objeto de la mudanza redundando en la conservación de la residencia habitual existente, aunque el menor hubiera estado fuera de dicha jurisdicción durante un período de tiempo extenso⁹⁸.

Para finalizar el análisis de este concepto, aplicable a las más diversas situaciones humanas que pueden existir ante una ruptura familiar, el Convenio ha debido aplicarse a los casos en que el menor parece tener más de una residencia habitual.

Así lo explica la sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de Ontario, Canadá, en el caso *Wilson v. Huntley* (2005) A.C.W.S.J. 7084; 138 A.C.W.S. (3d) 110⁹⁹.

En los hechos, la menor había nacido en enero de 2000 y sus padres se separaron en junio de 2001. Un acuerdo celebrado por los padres en diciembre del mismo año, estableció la custodia compartida, siendo la

⁹⁸ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&lng=3>> [Consulta 26/10/2013]

⁹⁹ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=800&lng=3&sl=3>> [Consulta 26/10/2013].

madre la principal persona a cargo. El acuerdo fue modificado en febrero de 2003, a fin de permitir a la madre mudarse a Alemania con su nuevo novio. Se cambiaron los términos, para establecer una custodia compartida en forma alternativa entre los padres en Alemania y Canadá. Asimismo, el acuerdo dispuso que los tribunales de Alberta, debían conservar la jurisdicción respecto de los temas de custodia y visitas. El acuerdo de custodia compartida operó en forma razonable y exitosa durante el año 2003 y la primera parte del 2004, aun mudándose la madre al Reino Unido y el padre de Alberta a Ontario. En septiembre de 2004, semanas antes de que la menor debía volver a Europa, el padre informó a la madre que quería que la niña se quedara en Canadá, en razón de que ella no se encontraba integrada por el acuerdo de custodia. La madre no lo consintió y el padre inició un proceso en Canadá. La madre petitionó la restitución de la menor al Reino Unido, presentando su solicitud el 19 de enero 2005.

A fin de determinar si el Convenio podría aplicarse, debía definirse si la menor era residente habitual del Reino Unido. El Tribunal sostuvo primero, que la menor solo podía tener una residencia habitual en un momento específico. Luego, aceptó que una persona, aun un menor, podía

tener residencias consecutivas, alternativas y habituales en dos Estados diferentes en distintos momentos. Considerando el acuerdo celebrado por los padres, el Tribunal sostuvo que tal era la situación en el presente caso y que por lo tanto a la fecha de la retención la menor era residente habitual en Canadá. Se argumentó por la madre que tal conclusión socavaría los objetivos de la política del Convenio, lo cual fue rechazado por el Tribunal.

El juez de primera instancia sostuvo que el objeto de asegurar que los mejores intereses de la menor fuesen decididos en juicio según los méritos en el lugar de residencia habitual del menor, perdía fuerza cuando ésta tenía dos residencias habituales en espacios de tiempo alternativo.

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO: MECANISMOS E INSTRUMENTOS DESTINADOS A OBTENER LA RESTITUCIÓN DEL MENOR SUSTRAÍDO.

Hemos analizado en los capítulos precedentes el articulado del Convenio, como asimismo la terminología más importante para dar una correcta aplicación práctica a aquel. Es precisamente esta aplicación la que nos proponemos analizar en esta parte, teniendo presente que la restitución acelerada del menor a su Estado de residencia habitual se trata del punto de partida de aplicación de la Convención, dejando de lado las cuestiones de fondo sobre custodia.

Así, el tratado internacional ha establecido un procedimiento de aplicación general para todos los Estados parte, cualquiera sea su régimen

procedimental, con el objeto de estandarizar las solicitudes de restitución, en aras de la rapidez que la urgencia de las solicitudes exige.

La práctica de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la configuración de este procedimiento han hecho que en muchos casos se trate de una herramienta eficaz que ha implicado el éxito del Convenio en sus más de treinta años de aplicación.

En términos muy generales, el Procedimiento establecido por la Convención es autónomo y comprende dos fases¹⁰⁰, una voluntaria, ante las Autoridades Centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes, quienes deberán actuar con urgencia y disponer la restitución salvo en los casos de excepción previstos. Una vez localizado el niño, la Autoridad Central verificará que se cumplan los

¹⁰⁰ [En línea] Las Garantías Fundamentales en el Procedimiento de Restitución Internacional de Niños, Luciana B. Scotti <<http://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/las-garant3adas-fundamentales-en-el-proceso-de-restitucic3b3n-internacional-de-nic3b1os-scotti.pdf>> Pág. 2. [Consulta 1/7/2014]. Publicado además en Publicado en: Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 62 (Dir. Cecilia P. Grosman, Aida Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras y Marisa Herrera. ISSN 1851-1201. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2013.

requisitos establecidos por el Convenio, (examen de admisibilidad para ante la justicia respectiva). Además, si el padre requirente lo autoriza, tomará contacto con el otro progenitor para lograr una solución amistosa, pudiendo recurrirse a la mediación como instancia prejudicial o judicial.

La fase contenciosa o judicial, de no existir acuerdos, se encuentra exclusivamente en manos del poder judicial, no obstante la obligación de la Autoridad Central de brindar cualquier tipo de información o cooperación necesaria para el correcto funcionamiento del Convenio, teniendo siempre en mira el interés superior del niño.

A objeto de sistematizar el estudio del procedimiento, seguiremos a Klenner, González, Martín y Zarricueta, quienes en el Capítulo IV apartado 7, del texto que hemos utilizado, (y ellos, a su vez, siguiendo a las autoras Pérez Vera y Montón García), describen la fisonomía de las solicitudes de restitución internacional de menores, resultando relevantes¹⁰¹:

- a) La solicitud y el papel de la Autoridad Central;
- b) Triangulación de solicitudes;

¹⁰¹ Klenner et. al., op. cit. p.52 y siguientes.

- c) Devolución voluntaria;
- d) Autoridades judiciales o administrativas nacionales;
- e) Plazos;
- f) Lugar de restitución;
- g) Respuesta de la Autoridad Central;
- h) Motivos de rechazo de la solicitud;
- i) Prueba
- j) Tuición o custodia
- k) Reserva judicial y administrativa.

III.1.- Solicitud

Plantea la profesora Pérez – Vera que se puede presentar una solicitud con vistas a conseguir el retorno de un menor ante cualquier Autoridad Central¹⁰².

¹⁰² Pérez – Vera, Informe explicativo; pág. 28.

Lógicamente, y como explica la catedrática, será mucho más eficaz y directa la solicitud que se plantea ante la Autoridad del Estado de la residencia habitual, aunque ello sólo debe ser interpretado como una regla que contribuye a su efectividad, pues, como hemos señalado, y tratándose de un convenio de cooperación, cada una de ellas debe propender a la celeridad en la aplicación del convenio en el entendido de la precariedad y emergencia de las situaciones de restitución.

La solicitud debe contener la identidad de todas las partes afectadas y la fecha de nacimiento del menor (artículo 8 letras a y b); los motivos para reclamar su retorno (artículo 8 letra c); información útil para su localización (artículo 8 letra d), entre otros antecedentes de utilidad para la tramitación.

Antes de analizar las solicitudes, nos ha parecido relevante estudiar el tratamiento que la Guía de Buenas Prácticas de Aplicación del Convenio¹⁰³ (en adelante también “la Guía”, señalando la parte de ella a la que nos referiremos) otorga a las Autoridades Centrales.

¹⁰³ Guía, Primera parte [En línea] <http://www.hcch.net/upload/abdguide_s.pdf> [Consulta 16/6/2014]

Ello, por cuanto ningún procedimiento, por expedito que parezca en su conformación procesal, tendrá un buen funcionamiento si las instituciones que han de ponerlo en práctica, no operan correctamente.

Así la Guía, en su primera parte, ha determinado principios clave de funcionamiento, interdependientes, y que se resumen en la forma siguiente: recursos y poderes, cooperación, comunicación, coherencia, procedimientos expeditos, transparencia y aplicación progresiva¹⁰⁴.

En cuanto a los Recursos de que deberían disponer las Autoridades centrales, propone la guía, en primer término, que tengan poderes suficientes que superen la mera recepción y envío de solicitudes, como asimismo, que la legislación interna se adecúe a las nuevas prácticas convencionales.

Enseguida, una autoridad central eficiente debe tener personal calificado, entendiendo aquel no sólo como el que tenga cierta capacitación técnico jurídica, sino que, sea suficiente en cuanto a su volumen, condecor

¹⁰⁴ Guía, Primera parte, pág. 12. [En línea] <http://www.hcch.net/upload/abdguide_s.pdf> [Consulta 16/6/2014]

del Convenio y sus disposiciones, conocedor de las lenguas extranjeras principales, estable en sus puestos y capacitado para el trato con los conflictos familiares que se le presentarán.

Luego, debe contar con los recursos materiales adecuados, que dependerán del número y de la complejidad de las solicitudes, que incluyan medios de comunicación rápidos y modernos.

Un segundo principio, es el de Cooperación, la que se entiende debe manifestarse entre las autoridades de los diversos estados, cuestión acorde con el artículo 7° del Convenio, debiendo cada una de ellas revisar sus procedimientos a fin de mejorarla, extendiéndola a toda autoridad judicial, policial y administrativa que haya de intervenir en la tramitación de una solicitud.

Trata la Guía, primera parte, de la eliminación de obstáculos a la aplicación del Convenio, sea por la vía directa de comunicaciones con la Autoridad Central en conflicto, por medios diplomáticos; reuniones al efecto, recurriendo a un organismo neutro, como la Oficina Permanente, o

incluso un experto independiente de un tercer Estado para dar su opinión sobre la cuestión.

El tercer punto trata de la Comunicación, clara y eficaz, teniendo los datos de contacto, las lenguas que utiliza la autoridad requerida, etc.

Debemos mencionar que en el sitio web de la Conferencia de La Haya se encuentran los datos de las Autoridades Centrales de cada uno de los países firmantes, y que sin duda el uso de la tecnología e internet, en la actualidad, agiliza en gran medida las comunicaciones.

Así, la Guía exhorta a toda Autoridad central a crear un sitio Internet puesto al día regularmente, y cuya dirección debe ser comunicada a la Oficina Permanente, para poder establecer un enlace con el de la Conferencia de La Haya.

El cuarto principio tratado por ella es el de la Coherencia.

Sugiere la utilización del formulario modelo para las solicitudes de retorno, que puede otorgar rapidez a su tramitación, facilita la conformidad

de la solicitud con el Convenio, y es comprensible y aceptado de forma universal, evitando confusiones entre las autoridades.

Un quinto principio es el que propende la utilización de procedimientos expeditos, pues, lógicamente la rapidez es esencial en los casos de sustracción, y así lo reconoce el Convenio en su articulado, haciéndose especial cargo de los retrasos en el tratamiento de las solicitudes, los procedimientos judiciales y la ejecución de decisiones de retorno.

En sexto lugar, se refiere a la Transparencia en el procedimiento jurídico y en el administrativo.

La transparencia en el procedimiento requiere que las partes interesadas tengan acceso a la información sobre el mismo, cuestión que las beneficia a ellas, a otras Autoridades centrales, tribunales u otras partes interesadas.

Finalmente, sobre la aplicación progresiva del Convenio, muchos Estados han modificado su legislación para aplicarlo de mejor manera.

Recapitulando, las solicitudes de retorno deben contener al menos las menciones del artículo 8° a que aludiéramos.

La Guía se explyea en esta materia, distinguiendo entre Autoridad Central requirente y requerida para describir y recomendar buenas prácticas.

Cuando la Autoridad Central es la que formula la solicitud (o requirente), se aconseja obtener información sobre los procedimientos de retorno en el Estado requerido a través del sitio Internet de la Autoridad central o de su documento informativo o folleto.

Además, ha de verificar que la solicitud sea completa y bajo una forma aceptable para el Estado requerido, ser legible, comprensible, contener lo necesario para identificar y localizar al menor, contener soporte instrumental; y, tener la forma adecuada, recomendándose la utilización del formulario modelo, debido a que facilita el tratamiento de las solicitudes y es universalmente aceptado.

En opinión de Pérez – Vera¹⁰⁵, el formulario modelo no constituye un anexo del convenio que tenga la categoría de tratado internacional, sino que trátase de una recomendación, esto es, una invitación no vinculante dirigida por una organización internacional a uno, varios o todos los Estados miembros, de manera que éstos no están obligados a utilizarlo. Por otro lado, en cuanto al ámbito de aplicación y al contenido del formulario, este se limita a ofrecer una solicitud modelo con vistas al retorno del menor y no a otras cuestiones, como los derechos de visita.

Con la utilización del formulario modelo, la Autoridad Central podría cumplir con las demás recomendaciones de la Guía, esto es, al menos, verificar que la solicitud responde a las condiciones exigidas por el Convenio, contener información sobre la legislación relevante del Estado requirente y garantizar que los documentos esenciales que apoyan la solicitud sean aportados.

Además, la autoridad que formula la solicitud debería informar del funcionamiento del Convenio al peticionario, otorgando seriedad y realismo

¹⁰⁵ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 13.

a su planteamiento; aportar una traducción de la solicitud y de todos los documentos esenciales, aun cuando al Convenio se le aplica el espíritu de cooperación, comprobando si el Estado requerido ha hecho una reserva para oponerse a la utilización del inglés o del francés, de acuerdo con el artículo 24, asegurarse de que la solicitud sea enviada a la dirección correcta; enviar la solicitud por correo prioritario y por fax o correo electrónico, atender a la urgencia de la solicitud (plazos de un año); ejercer un control sobre su evolución; solicitar la declaración de desplazamiento ilícito; coordinar y verificar el retorno seguro del menor, entre otras¹⁰⁶.

A su turno, la Guía propone que la autoridad requerida debe, en la medida de lo posible y de acuerdo a las posibilidades del Estado de que se trate, seguir los siguientes lineamientos generales: respetar los plazos internos y externos; recibir las solicitudes por correo, por fax o correo electrónico; registrar la recepción de la solicitud en un registro interno; acusar recibo de la recepción de la solicitud; verificar que la solicitud

¹⁰⁶ Guía, Primera parte, pág. 35 y ss. [En línea] <http://www.hcch.net/upload/abdguide_s.pdf> [Consulta 16/6/2014]

cumple con las condiciones exigidas por el Convenio; solicitar información o documentos adicionales cuando corresponda o el Estado de que se trate exija requisitos específicos sobre la información o la documentación más allá de los que figura en el formulario estándar; dar curso inmediato a las solicitudes urgentes; informar al tribunal de los límites impuestos por el artículo 16 relativo a las audiencias sobre la guarda; rechazar una solicitud “cuando sea manifiesto que los requisitos del Convenio no se han cumplido” o la solicitud no esté “bien fundada” (aconsejándose notificar a la Autoridad central requirente, de manera informal inicialmente, su intención de rechazar la solicitud); localizar al menor; devolver los antecedentes a la Autoridad central requirente cuando el menor no puede ser localizado o ha sido desplazado a otro Estado, aun cuando se mantenga abierto el expediente y se continúe con su búsqueda durante un periodo razonable, transmitiendo además sin demora la solicitud a otra Autoridad central en cuyo territorio presumiblemente se halle el menor; tomar todas las medidas apropiadas para obtener el retorno voluntario del menor o facilitar una solución amistosa; organizar la representación legal del solicitante o ayudarlo a obtener una; aportar información de seguimiento sin

demora; tomar medidas para que el menor o las otras personas implicadas no sufran otros perjuicios; minimizar las exigencias para que los demandantes puedan asistir a las audiencias del tribunal en el Estado requerido; seguir la evolución de la solicitud; informar a la Autoridad central requirente tan pronto como se conozca la decisión del tribunal; tomar la iniciativa para asegurar que la Autoridad central o el demandante estén informados de su derecho a interponer un recurso; organizar el retorno del menor y su seguridad; y tratar de recibir confirmación de su retorno efectivo, entre otras¹⁰⁷.

El formulario modelo, que hemos extraído de la sección de publicaciones del sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado¹⁰⁸, debe contener¹⁰⁹ las siguientes menciones:

- Identificación de la Autoridad Central requirente o del solicitante,

¹⁰⁷ Guía, Primera parte, pág. 46 y ss. [En línea] <http://www.hcch.net/upload/abdguide_s.pdf> [Consulta 16/6/2014]

¹⁰⁸ [En línea] <<http://www.hcch.net/upload/recomm28e.pdf>> [Consulta 16/6/2014]

¹⁰⁹ Traducción libre.

- Identificación de la Autoridad Central requerida,
- Identificación del niño y sus padres. Del niño: nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, residencia habitual previa a la sustracción o retención ilícita, número de su pasaporte o tarjeta de identidad, descripción y foto, de ser posible. De la madre: nombre y apellidos, lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad, ocupación, residencia habitual, número de pasaporte o tarjeta de identidad, si la tuviere. Del padre, idénticas menciones.
- Fecha y lugar de matrimonio.
- Institución o persona requirente (que haya ejercido la custodia efectiva antes del traslado o retención): Nombre y apellidos, nacionalidad y ocupación si se trata de solicitante individual, domicilio, número de pasaporte o tarjeta de identificación, si los hay, relación con el menor; y, nombre y domicilio del consejero legal, si lo hay.
- Lugar donde se piensa está el menor: Debe incluirse: (i) información concerniente a la persona que se imputa como quien ha trasladado o retenido al menor, con sus nombres y apellidos,

fecha y lugar de nacimiento, y nacionalidad, si son conocidas, último domicilio conocido, número de pasaporte o tarjeta de identificación, si los hubiere, descripción y foto, si es posible. (ii) Domicilio del menor. (iii) Personas que podrían proporcionar cualquiera información adicional sobre el menor.

- Época, lugar, fecha y circunstancias del traslado o retención ilícitas.
- Argumentos de hecho o legales que justifican la solicitud.
- Procedimientos en curso.
- A quién debe ser restituido el menor (nombres y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, número de teléfono) y disposiciones propuestas para el retorno del menor.
- Otras observaciones
- Relación de documentos (por ejemplo, copia certificada de la decisión o acuerdo en relación con la custodia; certificado o declaración jurada en cuanto a la legislación aplicable; información sobre la situación social del niño; si se faculta a la Autoridad Central para actuar en nombre del solicitante).

- Fecha.
- Lugar.
- Firma y/o sello de la autoridad central requirente o solicitante.

En opinión de Scotti¹¹⁰, la función de la Autoridad Central es exclusivamente administrativa e informativa, quedando reservada al poder judicial la decisión sobre la viabilidad o no del pedido de restitución.

III.2.- Triangulación de solicitudes

Esta parte del procedimiento se vincula estrechamente con lo estatuido por el Convenio en su artículo 9°, que impone a la Autoridad Central requerida que tenga razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, el transmitir la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de aquel e informar a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante.

¹¹⁰ Scotti, op. cit. pág 6. [En línea] <<http://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/las-garant3adas-fundamentales-en-el-proceso-de-restitucic3b3n-internacional-de-nic3b1os-scotti.pdf>> [Consulta 1/7/2014].

Para Klenner Gutiérrez y sus coautores, ello es consecuencia necesaria y directa de la libertad del demandante de dirigirse a la Autoridad Central de su elección y de la obligación que pesa sobre esta de transmitir la demanda a la Autoridad Central del Estado en el que tiene motivos para creer que se encuentra el niño¹¹¹.

III.3.- Devolución voluntaria

Es conveniente, que sin perjuicio del establecimiento de un procedimiento de restitución, las Autoridades Centrales propendan al retorno voluntario del menor, pudiendo actuar incluso como componedora de la situación de las partes en conflicto, aun cuando el procedimiento no contemple de manera formal una instancia de mediación previa a la intervención de la autoridad administrativa¹¹².

¹¹¹ Klenner et. al. Op. cit. pág.55.

¹¹² Klenner et. al. Op. cit. pág.56.

La Guía de Buenas Prácticas, en su primera parte, expresa las ventajas de propender a una solución amistosa del conflicto: las perturbaciones sufridas por el menor son mínimas; se evita la polarización de la actitud de las partes que resulta de un procedimiento judicial; las posibilidades de obtener una solución satisfactoria a largo plazo son mayores; la hostilidad entre las partes para organizar un derecho de visita ulterior puede evitarse; el menor será menos traumatizado; un acuerdo entre los padres puede reducir las tensiones en el momento del retorno; los gastos y la duración del procedimiento judicial se reducen; y, los padres pueden ponerse de acuerdo en cuanto a las condiciones para facilitar el retorno¹¹³.

Sugiere la guía, que esta obligación se cumplirá, por ejemplo, dando instrucciones a los juristas implicados, ya sea el ministerio público o abogados particulares, o llevando a las partes a un organismo especializado en mediación.

¹¹³ Guía, Primera parte, pág. 51 y ss. [En línea] <http://www.hcch.net/upload/abdguides_s.pdf> [Consulta 17/6/2014]

Recomienda también el proceder que algunas Autoridades han adoptado, que prefieren, antes de presentar la demanda judicial, enviar una carta al padre demandado pidiendo el retorno voluntario del menor; contactar directamente con aquel; considerar los riesgos de fuga; obtener órdenes del tribunal competente (por ejemplo, una orden de no desplazamiento del menor); proveer una remisión a los servicios de mediación, información, consejo y asistencia social; negociar a través de un abogado, de un padre o de un organismo exterior; para evitar cualquier retraso y para alentar el retorno voluntario, enviar la carta con la solicitud de retorno simultáneamente con la presentación de la demanda de retorno¹¹⁴.

La cuarta parte de la Guía de Buenas Prácticas, en lo relativo a la existencia de mediadores, aconseja que se cree la infraestructura necesaria con anterioridad, para evitar la pérdida de tiempo. Además, invita a las partes a presentar cualquier acuerdo al que arriben, ya sea judicial o

¹¹⁴ Guía de Buenas Prácticas, Primera parte, pág. 53 [En línea]
<http://www.hcch.net/upload/abdguide_s.pdf> [Consulta 17/6/2014]

extrajudicial, ante los tribunales para hacerlo ejecutable si fuera necesario¹¹⁵.

Se ha estudiado que en el anteproyecto del Convenio, se establecía la obligación de intentar llegar a una solución amistosa con antelación a la apertura de procedimientos judiciales o administrativos, siendo la causa de aquella eliminación que en algunos sistemas jurídicos puede pugnar con el Derecho interno, que una autoridad pública intervenga antes de la presentación de una demanda¹¹⁶.

III.4.- Autoridades judiciales o administrativas nacionales

Claramente, la actuación de las Autoridades Centrales resultaría insuficiente para lograr los fines del Convenio de no existir la debida

¹¹⁵ Guía de Buenas Prácticas, Cuarta Parte, pág. 29 [En línea] <<http://www.hcch.net/upload/guide28enfs.pdf>>. [Consulta 17/6/2014].

¹¹⁶ Escobar Gómez, Ana “La Aplicación Judicial del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores de 1980. La práctica en Michoacán”, pág. 107. [En línea] <<http://bibliotecavirtual.dgb.umich.mx:8083/jspui/handle/123456789/8195>> [Consulta 4/7/2014]

coordinación con las autoridades administrativas y judiciales de cada Estado parte, particularmente estas últimas en tanto son llamadas a resolver, en definitiva, los conflictos en que resulte aplicable.

Con todo, Scotti recalca que “una vez producido el traslado o retención del niño, serán las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre, el Estado de refugio, las que decidirán acerca de su restitución al Estado de su residencia habitual. El Estado extranjero aplicará su legislación y procedimientos y serán sus autoridades las que en última instancia decidirán sobre el destino del niño”¹¹⁷.

La Segunda parte de la Guía de Buenas Prácticas, dedica dos recomendaciones a los Estados parte de la Convención en lo que dice relación con adaptar a sus tribunales y dependencias administrativas en función de la Convención, que en su artículo 11, sólo hace referencia a “procedimientos de urgencia” en las solicitudes de restitución.

¹¹⁷ Scotti, op. cit. pág 7. [En línea] <<http://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/las-garant3adas-fundamentales-en-el-proceso-de-restitucic3b3n-internacional-de-nic3b1os-scotti.pdf>> [Consulta 1/7/2014].

Las sugerencias consisten en¹¹⁸:

- a) Limitación de la competencia en un número reducido de Tribunales. Las ventajas de la adopción de esta medida, son, como refiere la segunda parte de la Guía, una mayor experiencia entre los jueces implicados; el desarrollo de confianza mutua entre ellos y las autoridades en los distintos sistemas legales; un alto nivel de comprensión interdisciplinaria de los objetivos del Convenio; la disminución de los retrasos; y, una mayor coherencia de la práctica por los jueces y los juristas.
- b) Si no fuera posible establecer la recomendación anterior, en el derecho o en la práctica, el Estado parte debería asegurar la enseñanza del Convenio de La Haya a sus jueces, medio para ayudarlos a comprenderlo y a que sus decisiones se ajusten a sus objetivos.

Enseguida, aconseja la Guía, la adopción de medidas de procedimiento, en los estados donde ello sea posible para que estos se ajusten al parámetro de urgencia al que hemos aludido, tratándose de

¹¹⁸ [En línea] <http://www.hcch.net/upload/abdguide2_s.pdf>. Guía de Buenas Prácticas, Segunda Parte, pág. 24 [Consulta 18/6/2014].

buenas prácticas constatadas en la aplicación material del Convenio¹¹⁹ por algunos de los Estados parte.

(i) Procedimientos previos.

Para poder localizar rápidamente a un menor, la Ley que aplique el Convenio podría incluir disposiciones que otorguen a los jueces amplios poderes para ello.

(ii) Medidas provisionales

Se trata, en definitiva, de medidas cautelares tendientes a proteger al menor antes de una decisión definitiva, prevención de posible fuga o huida de uno de los padres y del hijo fuera de la jurisdicción u ocultamiento en su interior (prevención de desplazamiento, custodia temporal, arraigo).

(iii) Procedimientos expeditivos

¹¹⁹ [En línea] <http://www.hcch.net/upload/abdguide2_s.pdf> Guía, Segunda parte, pág. 35 y ss.

[Consulta 18/6/2014]

La ley de aplicación del Convenio debe tratar prioritariamente una demanda de retorno, tomando todas las medidas provisionales necesarias a través de procedimientos acelerados.

(iv) Seguimiento de los casos

Para el seguimiento de las demandas de retorno, y en la medida en que la Constitución del Estado parte lo permita, la Guía sugiere requerir o llamar a los tribunales de instancia y apelación a fijarse y respetar plazos que aseguren la rápida resolución de aquellas, incluso otorgándoles preferencia.

(v) Comparecencia personal del solicitante

Propone la guía que debido al carácter internacional del Convenio y a las distancias geográficas, la exigencia jurídica de comparecencia personal del solicitante, se morigere en los Estados parte, en razón del posible retraso en los procedimientos y aumento de los gastos, que en definitiva provoquen la imposibilidad de recurrir a este instrumento internacional, disponiendo formas de representación que aseguren su debida defensa.

A modo de ejemplo, la guía alude al uso de declaraciones juradas. En aquellas jurisdicciones en que el interrogatorio contradictorio se precisa, recomienda que se realice al solicitante extranjero en su propia jurisdicción y que el acta se envíe al Estado requirente para ser utilizado en la audición de la demanda de retorno.

(vi) Procedimiento de recurso acelerado

Como la posibilidad de recurrir podría ocasionar retrasos importantes en la tramitación de los casos de sustracción, o aun, los responsables de la misma abusar de los tribunales de apelación para retrasar el retorno, invita la guía a fomentar la rapidez en los recursos, a través de medidas que puedan incluir una limitación del plazo contra una decisión desfavorable, exigencia de una autorización para interponer una apelación y limitar el número de tribunales a los que se puede recurrir.

Los Estados contratantes deberían asegurar igualmente que se prevean medidas de aplicación para la ejecución provisional de una decisión de retorno aunque se haya interpuesto una apelación, esto es conceder los

recursos únicamente en el efecto devolutivo. Esto podrá desalentar el uso abusivo de ellos, que pueden retrasar el retorno de un menor.

Scotti¹²⁰ comenta que en Argentina, se suelen admitir todos los recursos previstos en los códigos de forma (juzgados de primera instancia, cámaras de apelaciones, tribunales superiores de provincia hasta finalmente obtener una decisión definitiva en la Corte Suprema de Justicia de la Nación). En otros, se ha limitado tal posibilidad, como la Ley Federal sobre Sustracción Internacional de Niños de Suiza, en vigor desde el 1 de julio de 2009, donde se dispone que las sentencias restitutorias de la Suprema Corte del cantón donde tiene residencia el menor al momento del pedido (única jurisdicción competente), solo pueden ser recurridas ante la Corte Federal.

En Chile, tratan la materia el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema, publicado en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2002, que

¹²⁰ Scotti, op. cit. pág 11. [En línea] <<http://sociodip.files.wordpress.com/2013/12/las-garantc3adas-fundamentales-en-el-proceso-de-restitucic3b3n-internacional-de-nic3b1os-scotti.pdf>> [Consulta 1/7/2014].

modificó el Auto Acordado sobre secuestro internacional de menores de 3 de noviembre de 1998, y al respecto se señala que la única resolución impugnable es la sentencia definitiva de primera instancia, que debe 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 personal de las partes. Además, estableció que en modo alguno procederán los recursos de casación en la forma ni en el fondo.

(vii) Ejecución

A veces la falta de normas relativas a la práctica del retorno, dificulta la correcta aplicación de la Convención, instruyendo la guía la conveniencia de establecerse mecanismos simples y eficaces de ejecución de las órdenes de retorno, que contengan instrucciones precisas y claras, medidas punitivas para desalentar el incumplimiento de una orden de retorno (sanciones por desacato al tribunal, multa o encarcelamiento), órdenes directas a la fuerza pública, etc.

III.5.- Plazos

Hemos estudiado cómo las situaciones de facto que se consolidan en el tiempo, impiden conseguir los objetivos del Convenio.

De ahí que resulta estrictamente necesario limitar los tiempos de decisión de la situación de los menores que se encuentran en situación de haber sido removidos de su país por uno de sus padres, disponiendo la Convención, en sus artículos 11 y 12, los plazos, de seis semanas para la decisión, a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, y, el período de restitución obligatoria, inmediata si no transcurrido más de un año, desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, e igualmente imperativa, si ha transcurrido más de un año, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

En cuanto al período de seis semanas, este es vinculante¹²¹, pudiendo el solicitante o la Autoridad Central del Estado requirente solicitar una declaración relativa a los motivos del retraso.

Por su parte, la norma relativa a la restitución inmediata ha resultado de controvertido análisis, pues si lo que se busca es el bienestar e interés

¹²¹ Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 30.

superior de los menores, habría de efectuarse un cuidadoso estudio del derecho de custodia, cuestión ajena al Convenio¹²², que como ya estudiáramos, llama a los Tribunales del Estado de residencia habitual a dirimir tales conflictos.

Luego, en el evento de haber transcurrido más de un año, debe procederse igualmente a la restitución, excepto adaptación al nuevo ambiente, disposición que resulta una sanción para el progenitor negligente en su solicitud, y que procura dar estabilidad al niño¹²³.

Sin duda, es esta última disposición la que resulta en extremo difícil de evaluar y aplicar por los jueces del fondo. García Cano, citando a Fallon y Lhoest, detalla que al respecto se contraponen dos tendencias jurisprudenciales diversas en cuanto a la verificación de la integración del menor: de un lado, se considera suficiente la integración en la célula

¹²² Pérez-Vera, Informe explicativo sobre el Convenio, pág. 31.

¹²³ Klenner et. al. Op. cit. pág.61.

familiar inmediata y, de otro, se exige una adaptación más amplia en la comunidad local¹²⁴.

La base de datos INCADAT, al respecto, nos ilustra respecto a que no ha surgido interpretación uniforme alguna relativa al concepto de integración; en particular si se debería interpretar literalmente o, en cambio, de conformidad con los objetivos de política del Convenio. En las jurisdicciones que favorecen el último enfoque, la carga de la prueba sobre el sustractor es claramente mayor y es más difícil establecer la excepción¹²⁵.

Así en el caso Referencia INCADAT HC/E/UKe 106, de 04/12/1990¹²⁶, de la *Royal Courts of Justice* de Inglaterra, los menores, una niña y un niño pequeños, habían pasado la mayor parte de sus vidas en los Estados Unidos. El 17 de octubre de 1989 la madre se llevó a los niños a

¹²⁴ García Cano, Sandra. Id. Pág. 641.

¹²⁵ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=125&lng=3&sl=2>> [Consulta 5/7/2014]

¹²⁶ [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0106.htm>> [Consulta 5/7/2014]

Inglaterra, su Estado de origen. En las secuelas del traslado el padre recibió un asesoramiento legal erróneo de que no podía confiar en el Convenio, lo que se tuvo por acreditado con su declaración jurada y copia de la carta del bufete de abogados que le asesoró en Londres. En octubre de 1990 se le informó que podía invocar el Convenio para asegurar la restitución de los menores. El 14 de octubre de 1990 la solicitud fue enviada por fax al Departamento del Presidente de la Cámara de los Lores, la que por problemas técnicos no fue recibida a tiempo para dar comienzo a los procedimientos de retorno, de modo que, en definitiva, se iniciaron un año y dos días después del traslado ilícito, por lo que la cuestión a dilucidar era si el artículo 12 es aplicable a este caso, y si la madre demostró que los niños se habían asentado en su nuevo entorno.

El Tribunal estimó que el asentamiento debe serlo a “largo plazo”, cuestión que, si bien no está definida, es lo contrario de “transitorio”; requiere una manifestación de una proyección hacia el futuro, que importa la estabilidad. En lo relativo a los factores que abarcan el nuevo ambiente (artículo 12, inciso segundo); a juicio del juez debían comprender lugar,

hogar, escuela, gente, amigos, actividades y oportunidades, pero no, por sí misma, la relación con la madre.

Tras el análisis de los antecedentes, la Corte resolvió que la madre no demostró que los niños se instalaron en su nuevo entorno, ordenando su regreso a la jurisdicción de la Corte de Texas¹²⁷.

III.6.- Lugar de restitución

El lugar de restitución así como el papel de las Autoridades centrales que intervienen en un procedimiento de retorno, es sustancial para garantizar el éxito del Convenio, y asimismo para que el Estado parte cumpla con la obligación contenida en el artículo 7 (h).

Como señalan Klenner y su coautoría¹²⁸, el silencio del Convenio sobre este punto permite que las autoridades del Estado de refugio devuelvan al niño directamente al demandante, con independencia del lugar

¹²⁷ Traducción libre.

¹²⁸ Klenner et. al. Op. cit. pág.62.

de su residencia actual, la que puede coincidir o no con la de la residencia habitual del niño, previo a su traslado o retención. En tal caso, y aun cuando resulta afectado el propósito del pacto, dicho inconveniente no se encuentra adecuadamente resuelto, resultando una cuestión del fondo, que habrá de ponderarse por el juez del caso o por la autoridad administrativa que decida sobre la restitución.

La Guía de buenas prácticas se refiere especialmente al problema del lugar de restitución, en los casos en los que el solicitante se ha mudado a otro país¹²⁹. En silencio del Convenio, y mientras algunos países permiten el retorno a un país distinto a aquel de la residencia habitual, otros Estados no lo aceptan, de modo que los usos y el entendimiento de tratarse de un convenio de cooperación de autoridades es crucial.

En cualquier caso, imperativo resulta proteger la seguridad del menor, y en tal sentido, las Autoridades Centrales deben aportar información sobre la asistencia jurídica, financiera y social, así como sobre

¹²⁹ [En línea] <http://www.hcch.net/upload/abdguide_s.pdf> Guía, Primera parte, pág. 41 [Consulta 21/6/2014]

todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente, y facilitar el contacto oportuno con estos cuerpos, advirtiendo a estos órganos, adoptando la protección del padre acompañante, etc.

III.7.- Respuesta de la Autoridad Central

Debe entenderse que es la información que proporciona la Autoridad del estado requerido, a la del requirente, o incluso al solicitante, explicando los motivos de rechazo, de conformidad a lo estatuido en el artículo 11.

Sin perjuicio, puede resultar aplicable a otras situaciones diversas.

Así, y en la aplicación práctica del convenio ocurrieron situaciones en que los tribunales debieron comunicarse directamente con otro Tribunal o Autoridad Central, para lo que citaremos como ejemplo dos casos.

El primero de ellos, caso Y.D. vs. J.B. de 1996, Referencia INCADAT HC/E/CA 369¹³⁰, de la División Familiar de la Corte Superior

¹³⁰ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=369&lng=3&sl=3>> [Consulta 5/7/2014]

de Quebec, Canadá, en que los menores, habían vivido en Canadá y Estados Unidos. Los padres estaban casados y tenían derechos compartidos de custodia. El 18 de enero de 1996 la madre se llevó a los niños a Canadá, su país de origen. El 22 del mismo mes ella inició un proceso de custodia en Quebec. El 7 de febrero el Tribunal Superior de California ordenó a la madre restituir a los menores para el 7 de marzo, en el ámbito del Convenio. El 22 de febrero un tribunal de Quebec otorgó a la madre la custodia provisoria, y el padre objetó la jurisdicción del tribunal, solicitando al Tribunal Superior de Quebec, la restitución de los menores. El juez de primera instancia se contactó con el juez responsable de la Suprema Corte de California para determinar si la madre estaría en desventaja por haberse rehusado a cumplir con la orden de California de regresar con los menores. El juez Stewart de la Corte Suprema de California expresó que este no sería el caso, en el evento de que se ordenara la restitución y se ofreciera firmar otra orden que clarificara aquella con fecha 7 de marzo. De este modo observamos que, a fin de cumplir de mejor manera con los objetivos del Convenio, se ha aceptado este mecanismo como de utilidad.

La doctrina contraria, ha planteado la inconveniencia de tales comunicaciones, como, siendo el segundo caso que expondremos como ejemplo D. vs. G. de 2001, Referencia INCADAT HC/E/CNh 595¹³¹, resuelto por el Tribunal de Apelaciones de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, en que una menor de ocho años de edad, que había vivido inicialmente en dicho lugar, se mudó a Suiza con su madre, en agosto de 2000, luego de emitida la decisión sobre la custodia definitiva por el Tribunal de Familia de Hong Kong, que le otorgaba a la madre la custodia exclusiva y al padre derechos de visita. A la madre también le fue otorgado un permiso para trasladar a la menor fuera de la jurisdicción. Luego del traslado surgieron inconvenientes significativos que impedían al padre contactarse con ella. En octubre de 2001 el padre viajó a Suiza para ver a su hija y se la llevó de regreso a Hong Kong. La madre inmediatamente inició el proceso de restitución. El 17 de noviembre el Tribunal determinó la restitución de la menor sujeta a que la Autoridad Central de Suiza asegurara que, inmediatamente una vez que la niña llegara

¹³¹ [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=595&lng=3&sl=3>> [Consulta 5/7/2014]

a Suiza, se investigarían ciertas denuncias de abuso sexual formuladas por el padre.

El Tribunal de Apelaciones criticó al juez de primera instancia por haber contactado personalmente a la Autoridad central de Suiza con el fin de comprobar si el padre debía afrontar una acción penal allí, en razón de que una comunicación de esta naturaleza es indeseable, al existir una mínima seguridad de que la persona ante la cual se realizó la comunicación se hubiera contactado con la autoridad o con el conocimiento apropiado, o que le hubiere dado al asunto en cuestión la atención adecuada, y además, de que era estrictamente necesario, que aquello sólo debería realizarse en presencia y con el consentimiento de todas las partes y sus representantes. Es decir, aun ante la necesidad de celeridad, planteó que las reglas fundamentales de prueba deben ser respetadas.

Como encontramos en la herramienta INCADAT¹³², la Cuarta Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio sobre sustracción de menores de 2001, recomendó que los Estados Contratantes

¹³² [En línea] < http://www.hcch.net/upload/concl28sc5_s.pdf > [Consulta 5/7/2014]

fomenten de manera activa la cooperación judicial internacional. Sus Conclusiones, entre otras, establecieron que: "En los Estados contratantes donde se practican las comunicaciones judiciales directas, las siguientes son salvaguardias comúnmente aceptadas:

- que las comunicaciones se limiten a cuestiones logísticas y al intercambio de información;
- que se notifique con antelación a las partes el carácter de la comunicación propuesta;
- que se lleve un registro de las comunicaciones;
- confirmación por escrito de cualquier acuerdo alcanzado;
- que las partes o sus representantes se encuentren presentes en determinados casos, por ejemplo vía prestaciones de llamada en conferencia."

Esta visión se repitió en la Quinta Comisión Especial de 2006.

A partir de las dificultades que podrían plantearse, como las que espontáneamente surgen de los fallos que nombráramos precedentemente, o

recomendaciones y otras conferencias judiciales sobre el asunto, ha surgido la “institución” de los jueces de enlace.

Trátase de una Red de Jueces especialistas en protección internacional de niños, que deben actuar como canales de comunicación con sus Autoridades Centrales, con otros jueces dentro de su propia jurisdicción y con jueces de otros Estados contratantes, tendientes a una mejor aplicación del Convenio, siendo un sentenciador especializado que puede brindar a sus colegas asesoría permanente sobre el Convenio, mejorando el conocimiento de este y la pronta resolución de los casos sobre restitución internacional.

Tenorio Godínez profundiza sobre la labor de los jueces de enlace y particularmente sobre las comunicaciones judiciales en la restitución internacional¹³³, en especial cuando ellas hayan de incidir en la decisión de fondo del proceso, planteando, en sus conclusiones respecto de la

¹³³ Tenorio Godínez, Lázaro, “Las comunicaciones judiciales en la restitución internacional de la niñez” [En línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr13.pdf>> [Consulta 6/7/2014]

experiencia mexicana y latinoamericana, ciertos aspectos de interés, entre otros:

- Implementación de reformas legales que faciliten la identificación entre los jueces de enlace; y, que aceleren el establecimiento de salas adaptadas adecuadamente y con la tecnología requerida que haga expedita la comunicación;
- Establecimiento en los Estados contratantes de un reglamento de derechos y obligaciones de los jueces de enlace; y,
- Establecimiento de procedimientos tipo de restitución.

Para terminar este acápite, señalaremos que la Conferencia de La Haya contiene, en la información relativa al Convenio, la identificación de los jueces miembros de la Red Internacional¹³⁴.

III.8.- Motivos de rechazo de la solicitud

¹³⁴ [En línea] <http://www.hcch.net/upload/newsletter/nl2012tome18e_p37.pdf> [Consulta 6/7/2014]

Hemos señalado que los motivos de rechazo de la solicitud son pocos, y han de ser aplicados en forma restrictiva, y éstos consisten fundamentalmente, en cuatro causales¹³⁵:

- a) El traslado del niño a un tercer Estado, la que resulta de toda lógica en el entendido de que es más rápido acudir a la Autoridad Central del estado donde el menor se encuentra, en vez de dilatar un procedimiento de restitución en forma innecesaria.
- b) La oposición justificada de una persona, institución u organismo, o el consentimiento posterior a dicho traslado o retención, o la existencia de grave riesgo que exponga al niño, a un peligro físico o psicológico.

En cuanto al consentimiento, existe jurisprudencia diversa: por ejemplo, en un caso, el tribunal aceptó la prueba presentada por la madre de que el padre había consentido a su reubicación en Australia con el hijo de ambos. El padre, entre otras cosas, había ayudado en su partida, les había dado efectos personales y tenía conocimiento de que habían comprado un

¹³⁵ Klenner et. al. Op. cit. pág. 64.

pasaje de ida solamente. El tribunal sostuvo que tal consentimiento, una vez dado, no podría ser subsiguientemente retirado¹³⁶.

En otros, se han rechazado los argumentos del progenitor sustractor al sostener que el otro había dado su consentimiento para el traslado. Destacó que aquél tenía toda la carga de la prueba para probar el consentimiento y que no se aplicaría el principio de la investigación *ex officio* para el proceso de restitución en virtud del Convenio¹³⁷.

Sobre el grave riesgo, la jurisprudencia es abundante.

En un caso sometido a la normativa del Convenio, la madre, una ciudadana rusa, fue vendida al padre y trabajó para él como prostituta. La madre y el padre se casaron en Israel y tuvieron un hijo que nació en septiembre de 1994. En agosto de 1996 la madre llevó al menor a Canadá.

¹³⁶ Caso In the Marriage of Regino and Regino v. The Director-General, Department of Families Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority, 1995, Referencia INCADAT HC/E/AU 312 [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0312.htm>> [Consulta 7/7/2014]

¹³⁷ Caso 21 UF 70/01, Oberlandesgericht Köln Referencia INCADAT HC/E/DE 491, [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=491&lng=3&sl=3>> [Consulta 7/7/2014]

El padre solicitó la restitución y el tribunal de primera instancia se negó a ordenarla. El padre apeló, siendo el recurso rechazado y la restitución fue denegada; la sustracción era ilícita y se había demostrado el daño. En este caso había un riesgo grave de que este regreso expusiera al menor a daño físico o psicológico o que de otra forma lo colocara en una situación intolerable, que aun cuando afectaba a la madre, se estimó como suficiente¹³⁸.

Un importante factor en las decisiones, cuando se aduce grave riesgo, han sido las alegaciones de que el progenitor perjudicado se ha comportado en forma inadecuada o ha abusado sexualmente de los menores víctimas de traslado o retención ilícitos.

Existe variada jurisprudencia, desde aquella que desestima las acusaciones, la que ordena la restitución con investigación a llevarse a cabo en el Estado de residencia habitual, la que establece que la investigación a llevarse a cabo en el Estado de refugio, y la que deniega la restitución.

¹³⁸ Caso N.P. vs. A.B.P., [1999] Referencia INCADAT HC/E/CA 764, [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=764&lng=3&sl=3>> [Consulta 7/7/2014]

A modo de ejemplo, exponemos someramente dos casos: 1.- En una sentencia fallada por la Corte Suprema finlandesa, como estado requerido, al considerar si las acusaciones de abuso sexual de su hija por parte del padre constituían una barrera para la restitución, el tribunal destacó que uno de los objetivos del Convenio es que el foro para la determinación de cuestiones de custodia no ha de cambiarse a voluntad, y que la credibilidad de las alegaciones respecto de características personales del solicitante sea investigada más adecuadamente en el estado de residencia habitual en común, ordenando la restitución¹³⁹. 2.- En otra, fallada por la Corte de Apelaciones para el Primer Circuito de los Estados Unidos de América, como estado requerido, tratándose de una madre que, tras fracasar en Suecia, donde las menores vivieron toda su vida, una petición de investigación de abuso sexual, las trasladó ilícitamente. El padre pidió la restitución, a lo que el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Massachusetts accedió, estableciendo que las autoridades suecas llevarían a cabo una evaluación forense para determinar si las menores

¹³⁹ Caso, Corte Suprema de Finlandia, 1996. Referencia INCADAT HC/E/FI 360, [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0360.htm>> [Consulta 7/7/2014]

habían sufrido abuso sexual. El tribunal asimismo dictó la orden de restitución sujeta a doce condiciones para garantizar que las menores no estuvieran expuestas a ningún riesgo de daños cuando regresaran a Suecia¹⁴⁰.

c) La oposición del niño con edad y madurez suficiente para ello.

La excepción no fija una edad determinada y se deja a la libre valoración del Juez, quien tendrá que resolver sobre su opinión, consciente de los supuestos de utilización de los menores por los adultos de su entorno, así como de los conflictos de lealtades en que se sitúa a los menores, incluso ayudado por especialistas para una valoración correcta del interés del menor y su oposición en su caso al retorno se hará conforme al derecho interno de cada Estado y sin que ello dilate el plazo existente para resolver¹⁴¹.

¹⁴⁰ Caso, Danaipour vs. McLarey, 2002, Referencia INCADAT HC/E/USf 459 [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0459.htm>> [Consulta 7/7/2014]

¹⁴¹[En línea] <<http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/1/868/RJ11-07-P.Gonzalvez,0.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8>> [Consulta 1/7/2014]

Así, la jurisprudencia, tratando de delimitar las causales, ha fallado, por ejemplo, en el sentido de estimar que la objeción debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o de deseos comunes¹⁴²; ha tenido en consideración el factor edad; e, incluso, ha limitado su importancia si antes de la entrevista, no tuvieron contacto con el progenitor solicitante y habían compartido un largo período con el sustractor¹⁴³.

Desgraciadamente, en ciertas ocasiones, la reacción de los menores ante la propuesta de restitución al estado de residencia habitual excede la mera objeción y puede manifestarse como oposición física a la restitución o amenaza de suicidio, dificultando la actuación de los Tribunales, los que

¹⁴² Caso, Richards & Director-General, Department of Child Safety, Australia como estado requerido, 2007, Referencia INCADAT HC/E/AU 904 [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=904&lng=3&sl=3>> [Consulta 7/7/2014]

¹⁴³ Caso, CA Bordeaux, Referencia INCADAT HC/E/FR 947, Francia como estado requerido [En línea] <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=947&lng=3&sl=3>> [Consulta 7/7/2014]

deben ser llamados a resolver, debiendo determinar la veracidad de la afirmación de acuerdo a la prueba disponible y las circunstancias del caso.

d) Incompatibilidad con principios fundamentales del Estado requerido sobre la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Indica Klenner en su texto, que la redacción del artículo 20 permite una amplia interpretación, de modo que dentro de la argumentación de la denegatoria, deberá explicarse de qué manera y en qué medida en el Estado requirente no se dan condiciones de resguardo de derechos humanos y libertades fundamentales, y cuáles son los principios fundamentales del Estado requerido que no tienen protección en el requirente¹⁴⁴.

Expresan Calvo y Carrascosa¹⁴⁵, que esta se trata de una “cláusula limitada de orden público”, que reduce la disposición a los supuestos en que hay una vinculación estrecha con los principios fundamentales del Estado

¹⁴⁴ Klenner et.al. op. cit. pág. 69.

¹⁴⁵ Calvo y Carrascosa op. cit. pág.185.

sobre protección de derechos humanos y libertades fundamentales, como, la libertad de religión.

La amplitud de la redacción, hacen difícil su interpretación. En otros instrumentos jurídicos, como la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989, existe una norma de este tenor, en su artículo 25, que establece la posibilidad de negar la restitución del menor secuestrado “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”.

Existe cierta doctrina que estima que cláusulas como la del artículo 20 del Convenio de La Haya y la antes citada, constituyen importantes excepciones al retorno del menor secuestrado, una quiebra del objetivo convencional y una fórmula encubierta de excepción de orden público por sus efectos similares, citando al efecto el Informe de Elisa Pérez Vera, donde se predica el carácter netamente excepcional que debe revestir

siempre su aplicación así como su interpretación restrictiva y excepcional¹⁴⁶.

Plantea el autor enseguida que se trata de un inconveniente jurídico-político que bien se podría haber evitado porque, al avanzar cada día en la superación de cláusulas excepcionales que lo único que incentivan, en contra del interés del menor, son conductas discriminatorias, xenófobas, nacionalismos totalitarios y, en definitiva, una sustracción de la vigencia universal de los derechos humanos y del niño, acusando un doble discurso en la protección internacional de los menores, que llama más particularmente la atención en los ámbitos geográficos de los países ricos o más desarrollados¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Miralles Sangro, Pedro Pablo, Algunos inconvenientes jurídico-políticos a superar para lograr la eficacia de los convenios internacionales contra el “secuestro” internacional de menores, pág. 10. En: REUNIÓN DE Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores por parte de uno de sus Padres; Montevideo, Uruguay, 12 y 13 de agosto de 2002. Instituto Interamericano del Niño y Organización de Estados Americanos. 21 p.

¹⁴⁷ Id. Pág. 15

III.9.- Prueba

De conformidad a la celeridad con que debe aplicarse el Convenio de La Haya, la admisión de pruebas debe aplicarse en los procedimientos de retorno teniendo en cuenta la necesidad de rapidez y la importancia de limitar la averiguación a las cuestiones litigiosas que son directamente relevantes a la cuestión del retorno.

Así, la Guía de Buenas Prácticas efectúa precisiones y recomendaciones en tres ámbitos de los testimonios que hayan de prestarse en una solicitud de retorno¹⁴⁸: prueba del derecho extranjero, pruebas documentales y comparecencia personal del solicitante, esta última a la que nos refiriéramos.

En lo relativo a la prueba del derecho extranjero, debemos recordar que el desplazamiento será ilícito si viola un derecho de guarda atribuido por el derecho del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del desplazamiento o del no retorno, de modo que el

¹⁴⁸ [En línea] <http://www.hcch.net/upload/abdguide2_s.pdf> Guía, Segunda parte, pág. 37 [Consulta 21/6/2014]

artículo 14 debe ser interpretado en el modo que simplifique la prueba de este derecho o el reconocimiento de las decisiones extranjeras. La ley o procedimiento de aplicación debería contemplar que los tribunales puedan tomar en consideración el derecho extranjero directamente, sin recurrir a procedimientos específicos de prueba, permitiendo incluso como prueba las decisiones y determinaciones de las autoridades de otros Estados.

El artículo 15, de la misma manera, pretende que la autoridad administrativa o judicial obtenga de las autoridades de la residencia habitual del menor una declaración constatando la ilicitud del desplazamiento. La norma tiene como objeto ayudar a la requerida a llegar a una decisión en los casos en los que existe incertidumbre sobre si el desplazamiento o no retorno del menor era ilícito, evitando así realizar “juicios declarativos.

Sobre la prueba documental, tribunales de algunos Estados normalmente deciden sobre las solicitudes de retorno sólo sobre la base de la solicitud inicial y de cualquier documento o declaración escrita aportados por las partes, sin tomar otros testimonios, permitiendo un procedimiento

más expedito, ya que la decisión adoptada no se trata de la decisión definitiva sobre el cuidado personal del menor.

El Convenio morigeró ciertas reglas sobre la prueba para acelerar los procedimientos de retorno, como la admisión de declaraciones juradas y de todo tipo de documento o información en vez de prueba instrumental más precisa, aun cuando algunas jurisdicciones establezcan que de existir pruebas escritas contradictoria, ellas sean resueltas a través de un interrogatorio contradictorio o un testimonio oral, garantizándose a las partes el ser entendidas.

En cuanto a pericias o testimonio de expertos, la Guía sugiere que sean evaluados de acuerdo a su necesidad y al objetivo de celeridad, de conformidad al Derecho interno de cada Estado parte.

La Jurisprudencia ha adoptado esta interpretación laxa de la evidencia en un procedimiento de restitución, por ejemplo, en el caso *Re E. (A Minor) (Abduction)* [1989] 1 FLR 135, Referencia INCADAT HC/E/UK 121¹⁴⁹, la Corte de Apelaciones de la *Royal Courts of Justice* inglesa falló, en cuanto

¹⁴⁹ [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0121.htm>> [Consulta 1/7/2014]

a la prueba, que el demandante en la emisión de una solicitud de restitución en virtud del Convenio de La Haya puede presentar declaraciones juradas en el registro principal en apoyo de la solicitud y entregar una copia de la misma a la parte demandada (...) Estas y otras disposiciones de la Convención, demuestran que su objetivo principal es proporcionar el retorno al país de su residencia habitual de los niños sacados ilegalmente o retenidos en otro país en violación de los derechos subsistentes de custodia o de visita¹⁵⁰.

Cierta jurisprudencia, por su parte, ha creído conveniente restringir la valoración de la prueba testimonial o bien condicionarla a estándares mínimos de veracidad.

Así, por ejemplo, en el caso *Katsigiannis vs. Kottick - Katsigiannis* de 2001, Referencia INCADAT HC/E/CA 758¹⁵¹, la Corte de Apelaciones

¹⁵⁰ Traducción libre.

¹⁵¹ [En línea] <<http://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2001/2001canlii24075/2001canlii24075.html>>
[Consulta 6/7/2014]

de Ontario, Canadá, fallando una solicitud de restitución como Estado requerido, siendo Grecia el requirente, señaló que las solicitudes del Convenio deben gestionarse de manera tal que las repreguntas en las declaraciones juradas, en caso de existir, no demoren indebidamente la audiencia de la solicitud, y que si la credibilidad resulta un asunto importante, los tribunales deben considerar escuchar la prueba a viva voz de los testigos cuya credibilidad está en juego.

Como señala Escobar Gómez¹⁵², el jurisdicción de los Estados Unidos de América a través de la Ley *International Child Abduction Remedies*, ha establecido estándares de prueba, distinguiendo:

- Un principio de “preponderancia de la prueba”, esto es, que la defensa “puede ser probada”, en tres casos: (i) transcurso mayor a un año y adaptación al nuevo medio; (ii) no ejercicio del derecho de custodia; y, (iii) consentimiento posterior.
- Un principio de “prueba clara y fehaciente”, para los casos de: (i) peligro grave o menor en situación intolerable; y, (ii) restitución

¹⁵² Escobar Gómez, Ana, op. cit. pág 121 [Consulta 6/7/2014]

no permitida por los principios fundamentales del estado requerido en cuanto a protección de Derechos Humanos.

- Además, se refiere a la que en la mayoría de los casos, por la naturaleza del convenio, serán innecesarias audiencias completas de prueba.

III.10.- Tuición o custodia

Nos remitiremos en esta parte a lo analizado en el Capítulo II, destacando nuevamente que el retorno inmediato no debe prejuzgar el fondo del derecho de custodia y que pretende precisamente evitar que una resolución posterior sobre ese derecho pueda ser influenciada por un cambio en las circunstancias¹⁵³.

III.11.- Reserva judicial y administrativa

La regla del artículo 18 del Convenio, a su turno, se traduce en una norma de clausura que en opinión de Pérez Vera, pretende reforzar el

¹⁵³ Pérez – Vera, Informe explicativo; pág. 36.

propósito convencional de retorno del menor, facultando a la autoridad judicial o administrativa a ordenar el regreso el niño en cualquier momento.

Breve análisis del procedimiento de restitución en Chile

En nuestro país el procedimiento no ha sido regulado en forma legal.

Así las cosas, ha sido la Excma. Corte Suprema la que, a través de los autos acordados sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de la Haya Relativo a los Efectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, publicados en el Diario Oficial los días martes 3 de noviembre de 1998 y 17 de mayo de 2002.

En el preámbulo del segundo de ellos, el Tribunal Pleno dejó constancia de haber tomado conocimiento de los informes que evacuaron los jueces de menores, por los que dieron a conocer las dificultades que se les han suscitado en la aplicación del primero de ellos, modificándolo.

Por la trascendencia del mismo y su corta extensión, los transcribimos a continuación:

(I) Auto acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores

Publicado en el Diario Oficial el día martes 3 de noviembre de 1998

1° 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.

2° 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 8° de la Convención aludida.

3° No deberá requerirse ni legalizaciones ni otras formalidades similares a la documentación presentada, salvo que estuvieren redactadas 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.

4° Apenas ingresada la solicitud, deberá decretarse de inmediato la orden de arraigo del menor.

5° 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.

6° 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 artículo 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.

7° 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 sustanciación 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. Transcríbase 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 Ministros señores Faúndez, Álvarez, García, Carrasco, Correa, Navas, Libedinsky, Ortiz, Benquis, Tapia, Rodríguez, Curi, Álvarez Hernández, Marín, Yurac y Espejo. Proveído por la Excma. Corte Suprema. Carlos A. Meneses Pizarro, Secretario.

Saluda atentamente a Ud., Roberto Dávila Díaz., Presidente.- Carlos A. Meneses Pizarra, Secretario.

(II) Auto acordado de la Excelentísima Corte Suprema que modifica el auto acordado sobre secuestro internacional de menores

Publicado en el Diario Oficial el viernes 17 de mayo de 2002.

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, Yuras, Espejo, Medina, Segura y señorita Morales.

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 impugnabile 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 sustanciación 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.

Klenner, González, Martín y Zaricueta, efectúan un análisis del auto acordado¹⁵⁴, destacando sus principales aspectos procesales.

a) Competencia: En cuanto a la referencia al Juez de Menores, competente, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 19.968, que estableció adecuaciones de referencia. La norma dispone que todas las referencias que se hagan en leyes generales o especiales a los juzgados de Letras de Menores, a los jueces de menores o con competencia en materia de menores, se entenderán hechas a los juzgados y jueces de Familia o con competencia en materia de familia, respectivamente. De la misma forma, las referencias a las causas o materias de menores se entenderán hechas a las causas o materias de familia.

b) Ausencia de formalidades: entendiendo esta disposición conforme los objetivos convencionales, con la salvedad del instrumento escrito en lengua extranjera, que requiere traducción.

¹⁵⁴ Klenner et.al. op. cit. pág. 99 y siguientes.

- c) Primera providencia: la solicitud deberá ser proveída dentro del plazo de 24 horas siguientes a su interposición, fijándose un comparendo para dentro de quinto día. Se establecen reglas de bilateralidad de la audiencia y del derecho del menor a ser oído en la misma, considerando, desde luego de su edad y madurez, cuestión además acorde con lo estatuido en el 69 de la Ley N° 19.968.

Sobre las órdenes de búsqueda, establece la obligación del Tribunal de emitir órdenes a las autoridades del país para localizar al menor en el territorio de la República.

Permite además decretar orden de arraigo respecto del menor, asimilable con aquellas medidas cautelares especiales de nuestro derecho interno contenidas en el artículo 71 de la Ley 19.968.

- d) Notificaciones: Se da atribuciones al Tribunal para designar un ministro de fe y permitir la notificación a la persona sin necesidad de establecer que se encuentra en el lugar del juicio (norma similar a la de la notificación de las querellas posesorias, en materia civil), sino con la

sola certificación de tratarse de su morada. Además, se permite notificar al Defensor Público, en caso de imposibilidad de notificarse de otro modo, quien debe asumir la representación del ausente, también conforme a las normas civiles generales.

- e) Única audiencia: Cuestión acorde con las reformas de procedimiento llevadas adelante en nuestro país, que han establecido procedimientos orales y concentrados.

- f) Plazo para dictar sentencia y limitación de recursos: Cinco días y apelación únicamente. Nos parece acertada la inclusión del primer auto acordado tendiente a eliminar los recursos de casación, aun cuando, como veremos, siguen substanciándose en materias relativas al Convenio.

- g) Medidas para mejor resolver: Sólo para aquellos casos en que se configuren las causales de los artículos 12 y 13 del Convenio que facultan al Tribunal para denegar la solicitud de retorno.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE CASOS NACIONALES E INTERNACIONALES

Corresponde estudiar casos particulares que ayudarán a dilucidar cómo los Tribunales, aplicando el Convenio, han debido dar solución a los complejos casos que se presentan en las más diversas jurisdicciones.

Analizaremos primeramente algunos casos de varios Estados parte de la Convención, para luego avocarnos al estudio de jurisprudencia sobre la materia de la Corte Suprema de Chile y algunos de los tribunales inferiores del país.

En primer término, tres casos relacionados, entre otros, con el traslado ilícito y residencia habitual.

Enseguida examinaremos algunos en que la cuestión se ha dirigido a conflictos con la restitución y sus excepciones, más tarde cuestiones relativas al derecho de visitas.

CASO 1.

TRIBUNAL: Corte Suprema de Justicia de la Nación (República Argentina)

FECHA: 21 de febrero de 2013.

ESTADO REQUIRENTE: España

ESTADO REQUERIDO: Argentina

ACCIÓN O RECURSO: Recurso extraordinario. Restitución Internacional de Menor.

LUGAR DE PUBLICACION: Sitio web oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina¹⁵⁵

PARTES: H. C., A. c/ M. A., J. A. (menor R.M.H.)

155

[En

línea]

<<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=697234>>

[Consulta 02/11/2013]

HECHOS: A.H.C., española y J.A.M.A., argentino, contrajeron matrimonio el 5 de noviembre de 1999 en Suiza, donde el 11 de julio de 2000 nació el niño R.M.H, y tiempo después se trasladaron a vivir a España. El 17 de julio de 2005 el Juzgado del Distrito Judicial 1 de Courtelary-Moutier-La Neuville (Suiza) dictó sentencia de divorcio, atribuyéndose la patria potestad a la madre conforme acordaron los progenitores. Ambas partes estuvieron contestes en señalar que se fijó un régimen de visitas a favor del padre.

Tras dicha ruptura matrimonial, el señor J.A.M.A. regresó a vivir a la República Argentina, radicándose en Villa Santa Cruz del Lago, provincia de Córdoba. En el mes de agosto de 2009, este viajó a España y, después de efectuar trámites de documentación para el niño, se trasladó con él a Argentina, donde permaneció hasta el día de la sentencia. El 1° de julio de 2010, con posterioridad a efectuar una denuncia por no haber sido regresado el menor, la señora A.H.C. inició el pedido de restitución internacional ante la Autoridad Central española de acuerdo con el procedimiento establecido por el Convenio.

Se alegó por la madre que el viaje a la Argentina lo era por vacaciones y debía volver el 20 de diciembre de 2009 a España.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: La madre aseguraba tener el derecho de custodia sobre su hijo. El padre, que la actora no tenía la guarda sino la abuela materna, debido a la adicción de la progenitora a las drogas, de modo que ella consintió en la radicación del menor en Argentina, mientras que él, ejerciendo de la patria potestad, asumió la protección integral de su hijo. Reclama además el padre, que el Juzgado de primera instancia no tomó en consideración la opinión del menor favorable a la residencia en Argentina.

En el caso no se controvertió por las partes que el lugar de residencia habitual del niño R.M.H. con anterioridad a su traslado a Argentina, a los efectos del Convenio, era la ciudad de Terrassa, Barcelona, España, por lo que correspondía determinar si en el caso existió el traslado o retención ilícita.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículos 1, 3, 5, 13.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: La madre aseguró tener derecho de custodia y que la retención fue ilícita.

ARGUMENTOS DEMANDADO: Ausencia de guarda, consentimiento de la madre, y grave riesgo en la integridad del menor ante el retorno.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: La Corte Suprema de Justicia estimó que debía determinarse si existió traslado o retención ilícita, toda vez que la residencia habitual del menor estaba en España, haciendo recaer la carga de la prueba en el recurrente (padre), esto es, acreditar que la autorización para viajar se le otorgó sin fecha de retorno.

Expresa que las excepciones a la restitución son taxativas y de interpretación restrictiva, considerando escasamente justificados los peligros a que estaría expuesto el menor, particularmente la situación de drogadicción de la madre.

Interpreta a la luz del Convenio, la opinión del menor, señalando que según su atenta finalidad, no puede existir una sumisión irrestricta a sus dichos, señalando que además no existió un repudio irreductible a regresar.

Destaca que el procedimiento en cuestión, no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido se trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo que se resuelva en el proceso constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia del menor ante el órgano competente del lugar de residencia habitual

Finalmente, pone de manifiesto el rol de las autoridades centrales y su deber de cooperación.

RESULTADO DEL JUICIO: Se ordenó la restitución inmediata del menor a España, como también a la Autoridad Central argentina promover una actuación coordinada con su par española para que el regreso transcurriera del mejor modo para el menor, y, poner en conocimiento de esta última la urgencia en resolver los derechos de custodia y visita.

Además, exhortó a los padres a evitar al niño experimentar más situaciones de conflicto.

VOTO DE MINORÍA: El Dr. E. Raúl Zaffaroni, estimó que si bien no existió prueba de la autorización para viajar a Argentina, las partes

estuvieron contestes en que aquella existió. En razón a la prueba rendida, razona que se demostró supeditación de la autorización al deber de restitución en un tiempo determinado, de modo que colige que podrían existir otras causas para el traslado en razón de las fechas del mismo, pues estas no corresponden al periodo de vacaciones escolares como alegaba la madre.

Fundado en los informes allegados a la causa y las especiales características del proceso, especialmente que el Estado requerido (España) no intervino pese al abandono de gravedad del menor, limitándose a exteriorizar el pedido de la madre, que es precisamente la que, por su enfermedad o incapacidad, ha resultado la causante de la producción del daño, resulta propio a las facultades del Estado requerido velar por el principio del interés superior del niño, considerando acreditadas y configuradas las excepciones al procedimiento de restitución. En síntesis, estimó aplicable el artículo 13, letra b) del Convenio, negando la restitución.

OBSERVACIONES: La Corte Suprema argentina fue clara al aplicar el Convenio de acuerdo a su tenor literal en cuanto a la interpretación de los artículos 1, 3 y 5, respecto de los conceptos de restitución, traslado ilícito y derechos de custodia. Al no existir controversia relativa a la residencia habitual y estar determinado quién ejercía el derecho de custodia, se limitó a ordenar la restitución, de modo que la sentencia resulta ajustada al tenor del Convenio.

La construcción del voto disidente del Magistrado Zaffaroni, en cuanto concluye, a partir de los informes técnicos y de la opinión del menor, de doce años a la fecha de su declaración, configurada la excepción del artículo 13 letra b), contrapone la solución convencional a la situación de hecho subyacente y a la realidad del menor involucrado, pues sostiene que el estado requerido debe privilegiar el “interés superior del niño” consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la medida que sobre este principio reposa la presunción/objetivo de la que parte el Convenio de La Haya de 1980, de que el bienestar de aquél se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto del desplazamiento o de retención ilícitos.

Así, y estimando que dicho bienestar se alcanzaba con la permanencia del menor en la República Argentina, expresó la disidencia estimando que la restitución ponía al menor en una situación intolerable, debiendo desestimarse la solicitud española, estado al que también atribuía responsabilidad en la situación del niño R.M.H.

CASO 2.

TRIBUNAL: *United States Court of Appeals for the Eighth Circuit*
(Cámara de Apelaciones Estadounidense para el Octavo Circuito).

FECHA: 8 de mayo de 2003.

ESTADO REQUIRENTE: Israel.

ESTADO REQUERIDO: Estados Unidos (jurisdicción federal).

ACCIÓN O RECURSO: Apelación de la resolución dictada por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Minnesota.

LUGAR DE PUBLICACION: Base de datos sobre la sustracción internacional de niños¹⁵⁶

PARTES: Silverman (R.S.) V. Silverman (J.H.S.) (Menores S. y J.).

HECHOS: Los padres, de nacionalidad israelí, se casaron en Seattle, Washington, en 1989. La familia vivió en Minnesota hasta su traslado a Israel en julio de 1999. Los cónyuges volvieron esporádicamente a Estados Unidos a efectuar trámites, aunque en uno de aquellos viajes, ambos declararon bajo juramento domicilio en Minnesota, y posteriormente, retornaron a Israel. Entretanto, los niños residían en Israel, iban a la escuela, hicieron amigos y aprendieron el idioma hebreo.

En junio de 2000, con autorización del padre, la madre se llevó a los niños a Estados Unidos en lo que sería un viaje de vacaciones. En agosto, informó al padre que no regresaría e inició juicio de separación legal y custodia ante un tribunal del Estado de Minnesota. El día 24 del mismo mes, el padre contactó a la Autoridad Central de Estados Unidos, y el 5 de octubre se presentó su solicitud de restitución ante el Tribunal de Distrito

¹⁵⁶ [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0530.htm>> [Consulta 18/6/2014]

Estadounidense para el Distrito de Minnesota. El 17 de octubre el tribunal otorgó la custodia temporal a la madre y entendió que el haberse trasladado a Israel sólo se había tratado de una ausencia temporal y que Minnesota era el estado hogar de los menores. Entretanto, la madre presentó una solicitud ante un tribunal federal para que se desestimara el pedido de restitución formulado por el padre.

Paralelamente, el padre inició un procedimiento ante un tribunal rabínico en Israel. Este último resolvió el 16 de noviembre de 2000, pendientes los recursos en Estados Unidos, que los menores eran residentes habituales de Israel y que la retención era ilícita.

El Tribunal de Minnesota decidió que la residencia habitual era allí y así lo falló. Además y en forma alternativa, aun cuando Israel fuera el Estado de residencia habitual, había un grave riesgo en el retorno de los niños bajo lo estatuido en el artículo 13 de la Convención de La Haya. El padre apeló.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: Determinación del concepto de residencia habitual, cuestionando si se atiende a la conexión con el lugar de

los menores, de los padres o a la de todos al determinar cuál es la misma. Además, como aspecto secundario, si la situación sociopolítica de Israel permite tener por configurada la excepción a la restitución que plantea el fallo apelado.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículos 3 y 13.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre alegó que el tribunal estatal carecía de competencia para conocer de los asuntos de custodia, porque todavía no habían sido determinadas las cuestiones de “traslado ilícito y retención” y “residencia habitual” según lo dispuesto por la Convención de La Haya, determinaciones destinadas a establecer si Israel o los Estados Unidos tenían competencia para conocer de un caso de custodia infantil.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La madre adujo malos tratos y la residencia habitual en Estados Unidos.

RAZONAMIENTO FALLO: La mayoría de los jueces sostuvieron que el Tribunal de Distrito yerra en su determinación, debiendo considerar cuál era la residencia habitual de los menores al momento en que la madre se los llevó de Israel, entendiendo que sólo podían tener una residencia habitual.

También arguyeron que el Juzgado debió tener presente la perspectiva de los menores, incluyendo el cambio geográfico de la familia, el traslado de pertenencias personales y mascotas, el transcurso del tiempo, el que la familia al abandonar su residencia anterior vendiera la casa, el que solicitaran y se aseguraran beneficios únicamente disponibles a inmigrantes israelíes en Israel, la matrícula de los niños en el colegio y, en cierto grado, la intención de ambos padres al momento de mudarse a Israel. Resultó relevante que la propia madre testificara que la idea inicial de volver a Israel fuera suya.

A su turno, se estableció que no hubo abuso antes de la mudanza o por lo menos dos meses después de aquella, es decir, no hubo coacción para conseguir que J.H.S. se trasladara a Israel, y no hay un supuesto abuso de los niños. J.H.S. tuvo la intención de mudarse permanentemente a Israel y hacerlo su hogar en el mes de julio. Ella fue la impulsora de la reubicación de la familia para criar a sus hijos en dicho país. Su posterior deseo de regresar a los Estados Unidos, y la determinación de la Corte de distrito respecto a haber sido sometida a coerción y abuso por parte del marido, dos

meses después de su llegada, no cambia la conclusión jurídica de que la residencia habitual de los niños cambió de Minnesota a Israel.

RESULTADO DEL JUICIO: Se hizo lugar a la apelación y se dispuso la restitución; los menores eran residentes habituales de Israel al momento de la retención. Estimó, además, que los Tribunales israelíes deben resolver la custodia de los niños.

En cuanto al grave riesgo de daño de los menores, el fallo apelado estableció que Israel era una “zona de guerra”, peligrosa para los niños por su violencia. Para los jueces que dictaron la sentencia en estudio, no parece ser un país así calificado en términos de la interpretación del Convenio. Tampoco se demostró que los niños estuvieran en un peligro más concreto que el existente cuando su madre voluntariamente se trasladó allí en 1999. Por el contrario, la evidencia se centró en la violencia general en la región, cuestión estimada insuficiente para establecer la calificación de zona de guerra, que pusiera a los niños en “grave riesgo de daño físico o psicológico” en el marco del Convenio.

VOTO DE MINORÍA: El juez Melloy disiente en parte, en atención a que el menor S., quien tiene edad y madurez suficiente para ser escuchado, expresó su deseo de no retornar a Israel, lo que haría aconsejable que se profundizara en más informes para delimitar los puntos de vista de ambos menores, y decidir teniendo en cuenta su opinión.

Por su parte, los jueces Heaney, McMillan, Murphy y Bye, estimaron que si bien se concluyó que los padres tuvieron la intención de abandonar una residencia habitual anterior, el tribunal de distrito estimó acreditado, sobre la base de la totalidad de la evidencia, que los padres no tenían una intención mutua resuelta a abandonar los Estados Unidos como residencia primaria de sus hijos. El tribunal de distrito dispuso que su residencia habitual seguía siendo Estados Unidos, cuestión que no es claramente errónea, ya que aun estando de acuerdo con el voto de mayoría de que Israel es la residencia habitual de los menores, el Convenio de La Haya establece que es necesario remitir el caso al tribunal de distrito para determinar si S. debe regresar a Israel en vista de su deseo firmemente expuesto a permanecer en los Estados Unidos con su madre. Aun cuando no se le encuentre lo suficientemente maduro, el tribunal debe considerar el daño

psicológico que puede sufrir de recibir la orden de regresar a Israel y la separación de la familia.

La familia solo estuvo fuera de los Estados Unidos durante un breve tiempo; vivieron en Israel en casas de familiares; y Minnesota era su hogar en dos procedimientos separados, los que tuvieron lugar mientras vivían en Israel. Consecuentemente, el Tribunal de Distrito acertó en su discrecionalidad de entender que el padre no había cumplido su carga de probar que los niños no eran residentes habituales de Israel.

OBSERVACIONES: En esta sentencia se aprecia claramente que para los Tribunales de los Estados parte, resulta extremadamente complejo resolver las solicitudes que se plantean a la luz del Convenio debido al conflicto familiar subyacente. En este caso, los menores tenían conexión con Israel en razón de hacer una nueva vida allí, pero asimismo, notaron los jueces que debía profundizarse más en su verdadero deseo, debido a la larga residencia, aunque anterior, en los Estados Unidos. El padre deseaba volver a su país de origen. La madre, que en un principio lo quiso, desechó tales posibilidades en razón del supuesto abuso que alegó y también, al parecer,

como se sugiere en la sentencia, en el hecho de que su abogado israelí le orientó acerca de las escasas probabilidades de obtener ella misma la custodia ante la Corte Rabínica.

De este modo, en cuanto a la residencia habitual, y como adelantamos en el Capítulo II de este trabajo, puede atenderse a más de un foco para determinarla.

Por su parte y en cuanto al grave riesgo como excepción a la restitución se exige que sea un peligro cierto, no siendo calificado de tal la situación que se vive en Israel, lugar en que de todos modos los niños podían realizar su vida, ir a la escuela, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, en la sentencia de la disidencia, los jueces, priorizando el interés de los menores expresado en el preámbulo del Convenio, estimaron conveniente recabar mayores datos relativos a la situación actual de los menores, a oírlos, y a analizar el eventual daño que les produciría el hecho del retorno.

CASO 3

TRIBUNAL: *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* (Cámara de Apelaciones Estadounidense para el Noveno Circuito).

FECHA: 9 de enero de 2001.

ESTADO REQUIRENTE: Israel.

ESTADO REQUERIDO: Estados Unidos (jurisdicción federal).

ACCIÓN O RECURSO: Apelación de resolución de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de California.

LUGAR DE PUBLICACIÓN: Base de datos sobre la sustracción internacional de niños¹⁵⁷.

PARTES: Mozes (A.M.) v. Mozes (M.M.)

HECHOS: Las partes eran ciudadanos israelíes. Se casaron en 1982 y tuvieron cuatro hijos. Hasta 1997, la familia vivió en Israel. En abril de ese año, con el consentimiento del padre, la madre y los niños se trasladaron a

¹⁵⁷ [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0301.htm>> [Consulta 18/6/2014]

Los Ángeles, pues ella quería vivir en Estados Unidos, y ambos estuvieron de acuerdo en que los menores se beneficiarían de la oportunidad de asistir a la escuela, aprender inglés y participar de la cultura norteamericana. En dicho país, la señora M. alquiló una casa, adquirió automóviles e inscribió a los niños en la escuela. El padre permaneció en Israel, pero pagaba por los bienes utilizados por su familia, y se quedaba con ellos durante sus visitas al país. Las partes están contestes en que el padre consintió en que la madre y los niños permanecieran en Estados Unidos durante quince meses, aunque controvierten lo demás. El Tribunal estableció como hecho de la causa que el 17 de abril de 1998, un año después de su llegada al país, la señora M. presentó una demanda en la Corte Superior del Condado de Los Ángeles, para la disolución del matrimonio y la custodia de los hijos. El tribunal concedió la custodia temporal a la madre. Menos de un mes más tarde, el padre presentó una petición ante el tribunal federal de distrito, procurando que los niños regresaran a Israel en el marco del Convenio de La Haya. El hijo mayor eligió volver a Israel, y lo hizo por mutuo acuerdo de los padres. El padre apeló a la negativa del tribunal de distrito a su demanda, con respecto a los tres niños más pequeños. Uno tenía nueve años y los otros

dos cinco al momento de la decisión del tribunal de distrito. El 11 de agosto de 1998 el Tribunal de Distrito Estadounidense para el Distrito Central de California desestimó la petición del padre, entendiendo que los menores habían pasado a ser residentes habituales de Estados Unidos. El padre apeló.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: Residencia habitual de los menores a la época de la retención.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículo 3.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre argumentaba retención indebida y pedía la restitución a Israel, en virtud del Convenio.

ARGUMENTOS DEMANDADO: La madre aseveraba que la residencia habitual mutó a los Estados Unidos, donde pretendía permanecer.

RAZONAMIENTO FALLO: El tribunal razonó que la determinación de la residencia habitual puede tener tres consideraciones fácticas: a) los casos en que el tribunal considera que la familia como una unidad se ha manifestado un propósito, resuelto a cambiar de residencia habitual, a pesar de que uno

de los padres haya tenido reparos en el movimiento; b) los casos en que el traslado inicial del niño desde una residencia habitual establecida fue la clara intención de ser por un periodo delimitado específico; y, c) en medio, los casos en que el padre peticionario había consentido con anterioridad que el niño permaneciera en el extranjero por un período de duración ambigua.

A veces, las circunstancias que rodean la estancia del niño son tales que, a pesar de la falta de consenso perfecto, el tribunal considera que los padres han compartido una intención mutua respecto a que la residencia puede prolongarse indefinidamente. En este caso, el tribunal estableció que la determinación de la residencia habitual depende únicamente de la voluntad de los progenitores sumada a los elementos fácticos de cambio de geografía, transcurso del tiempo y aclimatación.

El tribunal sostuvo que aun cuando los menores habían pasado un año completo en los Estados Unidos, no puede concluirse inequívocamente que cuando su madre inició los trámites de custodia en abril de 1998, ellos hubieran dejado de ser residentes habituales de Israel. Además razonó que se espera que los niños que estudian en el exterior creen lazos culturales y

personales estrechos con los países que visitan. Sin embargo, la expectativa común de padres e hijos es que al finalizar ese año en el exterior, los menores retomen la residencia en el país donde se encuentra su hogar. De no ser esto así, pocos padres permitirían que sus hijos tuvieran tan valiosas experiencias.

RESULTADO DEL JUICIO: Se hizo lugar a la apelación siguiendo una interpretación particular del concepto de residencia habitual. Restitución ordenada a Israel.

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: La relatividad del concepto de residencia habitual y su final determinación fue clave en esta sentencia, superando a la sola materialidad o elementos fácticos de morada y estadías temporales. Se adoptó una interpretación diversa al caso anterior, atendiendo a la decisión parental por sobre la de los menores o la mera residencia.

Creemos que al ser uno de los objetivos convencionales primordiales el evitar o corregir las sustracciones ilícitas, respetar los derechos de custodia y los de visita, el fallo se encuentra ajustado a los objetivos del

Convenio en tanto respeta la decisión inicial de un traslado temporal que no mutó en residencia habitual de la manera que la hemos analizado. El acuerdo inicial de las partes prefiere al cambio de parecer de uno de ellos que, aprovechando la distancia, pretendió hacerse de una resolución favorable para mantener a los niños fuera del lugar de origen.

En definitiva los padres llegaron a un acuerdo y la madre volvió con los niños a Israel.

CASO 4

TRIBUNAL: *High Court (England). First Instance. Family Division.*

FECHA: 28 de junio de 1995.

ESTADO REQUIRENTE: Grecia.

ESTADO REQUERIDO: Reino Unido (Inglaterra y Gales).

ACCIÓN O RECURSO: Aplicación presentada por el padre para la restitución inmediata de sus hijos a Grecia (Tribunal de primera instancia).

LUGAR DE PUBLICACIÓN: Base de datos sobre la sustracción internacional de niños¹⁵⁸

PARTES: Menores H. y A. (nombre de los padres y de familia omitidos).

HECHOS: Los padres estaban casados. Él, griego, vivía en Corfú, ella, inglesa, al tiempo del juicio vivía en Londres, con los niños, H., de 4, y A. de 1 año de edad. Durante los últimos 25 años, el padre había sido socio, gerente general y director de un hotel en Corfú, Grecia, donde conoció a la madre. Durante al menos 10 años, la familia residía durante la temporada turística en Corfú y durante el invierno, en Londres, con visitas cortas ocasionales a Grecia y otras partes del mundo.

El padre afirmó que su lugar de residencia habitual era Corfú, y que la casa en la que vivían en Londres no era una casa familiar, sino una propiedad de inversión de la que ellos y muchos amigos griegos hicieron uso. El padre regresó a Corfú, en marzo de 1995, y la madre, como habían acordado, debía seguir con los niños el 17 de abril del mismo año, fecha en que ocurrió la retención de los niños en el Reino Unido, incumpliendo los

¹⁵⁸ [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0045.htm>> [Consulta 19/6/2014]

derechos de custodia del padre en virtud del Convenio de La Haya. El padre demandó.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: Residencia habitual. ¿Es posible que los menores tengan más de una?

REGLAS APLICABLES AL CASO: Artículo 3 del Convenio.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre pretende el retorno a Grecia de sus hijos menores, afirmando retención ilícita y vulneración de sus derechos de custodia.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La madre sostiene que la residencia cambiaba todas las temporadas, pues la familia residía parte del año en Grecia y parte en Inglaterra, es decir, residía en dos lugares.

RAZONAMIENTO FALLO: El Juez Brown, de las pruebas que le aportaran las partes, llegó a la conclusión de que esta familia tenía dos casas: una parte del año en un país y la otra en uno diferente. Así las cosas, había la suficiente continuidad de residencia en Londres para que los menores fueran considerados residentes habituales del lugar, y, asimismo

un grado suficiente de continuidad en Corfú para que se suscite el mismo resultado. Por consiguiente, ellos no eran residentes habituales de Grecia en la fecha de la retención y la solicitud fue desestimada.

RESULTADO DEL JUICIO: Solicitud desestimada, la retención no fue ilícita y los menores eran residentes habituales de Inglaterra.

VOTO DE MINORÍA: No aplica.

OBSERVACIONES: Una vez más, vemos las dificultades a las que los Tribunales de los Estados partes se enfrentan al momento de aplicar el Convenio, incluso con la determinación de su elemento material.

Aun cuando el articulado del texto del tratado no resuelva el problema de la simultaneidad de residencias, observamos cómo el juez en este caso la dio por establecida de los antecedentes del proceso, en razón de su obligación de pronunciarse sobre el conflicto que se somete a su conocimiento, sentando además un precedente de relevancia en la jurisprudencia anglosajona.

Determinado que fue que Inglaterra era residencia habitual, se aplicó el Convenio a la letra, dando solución al caso y sin perjuicio de las cuestiones de fondo que deberían ser solucionadas en virtud de otro procedimiento y del Tribunal que resultara competente.

CASO 5.

TRIBUNAL: Corte Constitucional de Colombia

FECHA: 10 de diciembre de 2010.

ESTADO REQUIRENTE: España

ESTADO REQUERIDO: Colombia

ACCIÓN O RECURSO: Acción de tutela instaurada por Boro Montroy Ferre contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía y otros.

LUGAR DE PUBLICACIÓN: Sitio web oficial de la Corte Constitucional de Colombia¹⁵⁹

PARTES: Boro Montroy Ferré contra los Juzgados Promiscuo Municipal de Chía y Promiscuo de Familia de Zipaquirá. Además por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad en el trámite del proceso verbal sumario adelantado contra Adriana Patricia Gallego a fin de conseguir la restitución internacional de su menor hijo Boro Joan Montroy Gallego.

HECHOS: El demandante contrajo matrimonio con la señora Adriana Patricia Gallego Torres. De esa unión, el 29 de abril de 2003 nació el niño Boro Joan Montroy Gallego. Señaló que sin su consentimiento, el 20 de octubre de 2005, la madre trasladó desde España a Colombia ilícitamente a su hijo, razón por la cual, el 23 de mayo de 2006, inició ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el trámite administrativo para la

¹⁵⁹ [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1021-10.htm>> [Consulta 22/1/2014]

aplicación del Convenio de La Haya de 1980 a fin de lograr el retorno del niño al país de su residencia habitual.

En el trámite administrativo adelantado ante el ICBF, se declaró fracasada la conciliación, por lo que, el 6 de diciembre de 2006, presentó demanda de restitución internacional de su hijo contra la señora Gallego ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá, la que fue rechazada por falta de competencia el 14 de diciembre de 2006, toda vez que la demandada tenía su domicilio en el municipio de Chía, Cundinamarca. El 15 de enero de 2007, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía admitió la demanda y ordenó la notificación a la demandada. Posteriormente, el mencionado despacho judicial señaló fecha para la audiencia, fijando el día el 19 de junio de 2007 para el efecto.

El padre señaló que el funcionario avaló la conciliación a la que llegaron las partes, en la que se acordó, entre otros aspectos, que: *“la madre se comprometió y obligó a restituir voluntariamente al menor a mas tardar el día 30 de septiembre del presente año. Si no lo hiciera la juez dictará sentencia de plano mediante la cual ordena la restitución judicial del*

menor conforme lo ordena la Ley 173 de diciembre de 1994 y la sentencia de constitucionalidad C-402 de 1995”.

A pesar del incumplimiento de la señora Gallego en restituir al niño, el padre denunció que la Juez de Chía no acató lo establecido en el acta de conciliación y en un acto que el actor consideró negligente e ignorante, prolongó el proceso de restitución internacional hasta el 7 de noviembre de 2008, fecha en la que concluyó con la negativa a la restitución internacional.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: Obligación de restituir. Celeridad en la restitución.

REGLAS APLICABLES AL CASO: Artículos 1, 3, 5 y 11 del Convenio.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: La restitución fue ilícita por no contar la madre con permiso del padre para el traslado desde España a Colombia (entre otros argumentos propios de la acción constitucional promovida de conformidad al derecho interno colombiano).

ARGUMENTOS DEMANDADA: La madre alegó que al ostentar legalmente la guarda y custodia de su hijo menor, puede escoger el lugar de su residencia

RAZONAMIENTO FALLO: El Tribunal estimó, como lo hicieron los Juzgados reclamados, que el traslado y retención fueron ilícitas, pues el traslado tuvo lugar sin el consentimiento del padre, quien en ese momento ejercía la patria potestad sobre el menor.

Respecto a la demora en la restitución, razona que la imposición del término de seis semanas para requerir a la autoridad judicial a fin de que explique los motivos de la demora para tomar la decisión acerca de la restitución del menor trasladado ilícitamente y el llamado a hacer uso de procedimientos de urgencia, obedece a que este trámite, a) pretende la protección del *statu quo*, esto es, el regreso del menor a su lugar de residencia habitual y; b) evitar que se consolide en el tiempo la situación ilícita creada.

Sin perjuicio, recalcó la Corte que el niño fue trasladado por su madre de manera ilegal a Colombia, el día 20 de octubre de 2005 y que su padre

inició el trámite administrativo siete meses después del hecho, es decir, el 23 mayo de 2006, para que se surtiera la etapa de retorno voluntario o amistoso. Posteriormente, transcurrido un año y dos meses después del traslado ilegal, el 6 de diciembre de 2006, se radicó la demanda de restitución internacional. Es decir y a la luz del artículo 12 del Convenio, el juez de la causa no podía ordenar el retorno inmediato del niño a España, así estuviera probado su traslado ilegal, toda vez que, para el momento en que fue presentada la demanda, ya había transcurrido más de un año desde el traslado. Luego, la integración al nuevo medio, que puede ocurrir en el periodo señalado, constituye una excepción a la regla de retorno.

RESULTADO DEL JUICIO: Restitución denegada. El menor se encontraba adaptado a su entorno, se configuró una de las excepciones a la restitución y el padre deberá iniciar las acciones pertinentes ante la justicia ordinaria para garantía de sus derechos de contacto con su hijo.

VOTO DE MINORÍA: El Magistrado Juan Carlos Henao Pérez discrepó de la decisión de la Corte, sosteniendo que las autoridades judiciales accionadas vulneraron el derecho al debido proceso del padre del menor,

por cuanto se presentó demora en la resolución del conflicto. Razona que aun cuando el padre debiera acudir a las instancias civiles para obtener la restitución, esto no justifica la demora, pues “la celeridad en las actuaciones judiciales es un principio que se encuentra consagrado en la Constitución Política al disponer que toda persona tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. El alcance de este derecho hace referencia al cumplimiento de los plazos previstos en el proceso, deber que sólo es justificado incumplir si se prueba el acaecimiento de alguna causal imprevisible o de fuerza mayor. El principio de celeridad adquiere una connotación especial en los procesos de restitución internacional de menores, en razón, precisamente, a su finalidad, cual es la de conservar el statu quo de las relaciones familiares ordenando, por regla general, la restitución del menor trasladado ilícitamente a su lugar de residencia habitual”.

Por otro lado, analizó si el hecho de la adaptación al nuevo medio, necesariamente implica negar el retorno del menor, previo análisis de los alcances del concepto de interés superior del niño, observa que acceder a ello, sin mayores análisis implicaría que el paso del tiempo subsanaría la

situación de ilicitud, dejando sin efecto el Convenio, ignorando el hipotético caso de no poder iniciar la acción dentro del término, en razón a una actitud evasiva y dilatoria de la persona que extrajo al menor de su residencia habitual con la intención de retenerlo. Además, analiza el magistrado la prueba que se rindiera, la que reafirma la conclusión de su disidencia, ya que el desarraigo que el convenio pretende evitar no reúne los caracteres de gravedad, pues el mismo Convenio asegura una restitución segura.

OBSERVACIONES: El procedimiento de restitución, como analizamos en los capítulos iniciales de este trabajo, aun cumpliéndose el requisito de traslado o retención ilícita, reconoce como una de sus excepciones el transcurso del tiempo, atendiendo al factor de hecho de la integración del menor a su nuevo ambiente, cuestión que el Tribunal recurrido dio de hecho establecido en el fallo en análisis.

Como se señala en la disidencia, la que recoge el principio de celeridad en los procedimientos como un derecho de las partes del proceso, ha resultado de interés el ámbito de la demostración de la adaptación, la que el juez Sr. Henao recibe con cautela por haberse probado con los

testimonios de familiares cuya parcialidad puede estar en concomitancia con los intereses del progenitor que pretendía mantener al menor en el país de residencia; aún más, como analizáramos en el capítulo tercero de este trabajo, cuando la jurisprudencia ha mirado a la declaración de los testigos como controversial.

De ahí que la colisión entre los derechos del demandante (vulnerados por infracción de ese principio de celeridad y por la prueba puesta en tela de juicio) y los de la madre del niño, de quien se entendió haber trasladado ilícitamente al menor, motivaron a la reflexión de la disidencia.

Sin perjuicio, en el caso en cuestión, resultaba evidente que el niño ya se encontraba largo tiempo en Colombia, cuestión que seguramente justificó su permanencia en dicho país y la decisión mayoritaria y definitiva. Por lo demás, se privilegió la aplicación del Convenio y el interés del menor por sobre los derechos del padre.

CASO 6

TRIBUNAL: *Supreme Court of Appeal* (Tribunal Superior de Apelaciones de Sudáfrica).

FECHA: 16 de marzo de 2001.

ESTADO REQUIRENTE: Reino Unido.

ESTADO REQUERIDO: Sudáfrica.

ACCIÓN O RECURSO: Apelación contra la resolución del Tribunal de primera instancia que desestimó la solicitud del padre en orden a obtener la restitución de sus hijos al Reino Unido.

LUGAR DE PUBLICACIÓN: Base de datos sobre la sustracción internacional de niños¹⁶⁰

PARTES: W. Smith c. L. Smith

HECHOS: Las partes, ciudadanos sudafricanos, se casaron en Ciudad del Cabo el 6 de abril de 1996. Durante los primeros seis meses de su matrimonio vivieron en un suburbio de la misma ciudad. En septiembre de

¹⁶⁰ [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0499.htm>> [Consulta 23/11/2013]

1996, el recurrente (padre) fue adscrito a la oficina de su empleador en el Reino Unido, solicitando y obteniendo visa de residencia y trabajo en dicho país por cinco años. A la demandada también se le concedió una visa en similares términos, aunque sujeta a la condición de seguir casada con el recurrente y a la permanencia de este en el país. Pese a haber encontrado empleo la demandada, quedó embarazada y su primer hijo, J., nació el 24 de junio de 1997. En este momento el recurrente había renunciado a su empleo y había establecido su propio negocio como ingeniero de software. La demandada también había renunciado y permanecía al cuidado de J., aun cuando la extensión de la función que cada padre jugó en la atención a las necesidades de su hijo es objeto de controversia. No obstante, el Tribunal dio por establecido que el recurrente estaba trabajando largas horas y por necesidad la mayor parte del cuidado de J. lo asumió la madre.

En enero de 1998, la pareja viajó a Sudáfrica por vacaciones, el padre regresó después de una semana, pero la madre, que para entonces se encontraba nuevamente embarazada, se quedó, volviendo al Reino Unido el 9 de abril de 1998. El segundo hijo de la pareja, nació el 11 de septiembre

del mismo año, encontrándose alrededor de esa fecha, la relación matrimonial desintegrada.

En diciembre de 1998, el recurrente solicitó y obtuvo información sobre el proceso de divorcio. La demandada consultó a un abogado y las partes acordaron que ella y los niños pasarían unas vacaciones de dos meses en Sudáfrica, después de lo que volverían al Reino Unido, el 21 de marzo de 1999. Se fue el 19 de enero con los niños, de entonces 18 y 4 meses de edad respectivamente, buscando ayuda profesional y orientación con respecto a su matrimonio, decidiendo que había llegado a su fin y que se mantendría en Sudáfrica con los niños. Ella consultó a un abogado en Ciudad del Cabo y se inició el proceso de divorcio en el Tribunal Superior, el 25 de marzo de 1999, y, obviamente, no regresó al Reino Unido. Desde entonces, el recurrente dejó vacante la antigua vivienda conyugal y se fue a vivir con otra mujer.

El padre inició un proceso en virtud del Convenio desde el Reino Unido. Su solicitud fue recibida por la Autoridad Central de Sudáfrica el 30 de abril. A principios de mayo, el padre viajó a Sudáfrica y recibió

asesoramiento legal de tres abogados diferentes. El fallo razona sobre las alegaciones del padre, quien dijo que le habían informado que no tendría éxito en su solicitud de restitución y tampoco se le otorgaría la custodia de sus pequeños hijos. Como resultado de esto, no continuó con su solicitud.

Un tiempo después, reactivó el procedimiento, y el 17 de septiembre la División Provincial desestimó la solicitud y determinó que se había probado lo dispuesto en el artículo 13, apartado 1, letra b), en la medida exigida en virtud del Convenio.

DISPUTA DE RELEVANCIA JURÍDICA: Ante un traslado o retención ilícita, ¿cómo resulta aplicable a la luz del Convenio la excepción de aceptación posterior de uno de los progenitores?

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículo 13, apartado 1, letra a).

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre alegó haber sido inducido a error en cuanto a sus derechos en virtud de la Convención, por el consejo incorrecto que le dieran sus asesores legales en Sudáfrica.

ARGUMENTOS DEMANDADA: El padre recurrente había aceptado posteriormente la retención en Sudáfrica y que no era en ningún caso un grave riesgo de que su regreso al Reino Unido, los expondría a un peligro físico o psíquico o que les pusiera en una situación intolerable

RAZONAMIENTO FALLO: Razonó el Tribunal en el sentido que el recurrente tenía conocimiento de la Convención y que la conducta de la demandada en la retención de los niños en Sudáfrica fue ilegal, como asimismo, que disponía de un recurso en virtud del Convenio; y, sin perjuicio, dio instrucciones a su abogado para retirar su solicitud en virtud del artículo 8 y de entablar negociaciones de conciliación con el abogado de la parte demandada, hechos que justifican claramente la conclusión de que el padre, con el conocimiento de sus derechos, aceptó no insistir con la restitución.

RESULTADO DEL JUICIO: Apelación denegada y consiguiente permanencia de los niños en Sudáfrica.

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: En este fallo, pese a la cuestión planteada por el padre sobre el desconocimiento de sus derechos, claramente la aceptación posterior implica configurar una de las excepciones a la restitución, contemplada en la norma citada.

Además, antes de determinar el veredicto, y en atención a la edad de los menores a la fecha de la sentencia, el Tribunal razonó que ningún recuerdo tendrían los niños de haber residido en Inglaterra, lo que deja patente a nuestro juicio, que las situaciones de hecho que circundan los complejos casos en que el Convenio debe aplicarse, pueden resultar relevantes en la decisión, aun cuando el padre hubiera rendido abundante prueba sobre la deficiente asesoría recibida.

CASO 7

TRIBUNAL: *United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania*. Juez D. J. van Antwerpen.

FECHA: 15 de diciembre de 1998.

ESTADO REQUIRENTE: Reino Unido - Inglaterra y Gales.

ESTADO REQUERIDO: Estados Unidos (Jurisdicción federal).

ACCIÓN O RECURSO: Acción en primera instancia, para asistencia de derechos de custodia del padre.

LUGAR DE PUBLICACIÓN: Base de datos sobre la sustracción internacional de niños¹⁶¹.

PARTES: R. Bromley c. C. Bromley.

HECHOS: Demandante y demandada se casaron el 25 de septiembre de 1985, y se divorciaron el 7 de mayo de 1991. Tuvieron dos hijos, L.B. y H.B.

Según lo establecido en la sentencia de divorcio, a la demandada se otorgó custodia legal de los niños, mientras que el padre tendría derecho a visitas durante los fines de semana, veranos y vacaciones. En algún

¹⁶¹ [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0223.htm>> [Consulta 1/7/2014]

momento después del divorcio, el peticionario se trasladó a Inglaterra y la demandada a Pennsylvania.

El demandante alega que en repetidas ocasiones se negó el acceso a sus hijos, incluso por teléfono, la demandada no le habría proporcionado dirección actual, número de teléfono e información de la escuela en relación con los niños, cuestiones que ella niega.

Se estableció que el padre intentó localizar a sus hijos a través del Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados, que actúa como la Autoridad Central para la ubicación de los niños dentro de los Estados Unidos, sin embargo, y pese a las comunicaciones realizadas a través del centro y la discusión entre los abogados de ambas partes, no condujeron a la resolución de la disputa.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: Determinar si los Tribunales tienen la autoridad para cumplir con los derechos de visita de alguno de los progenitores en el marco de la Convención.

REGLAS APLICABLES AL CASO: Artículo 21 de la Convención.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: Solicitaba al tribunal hacer cumplir los términos de su sentencia de divorcio que explican su acceso original y los derechos de visita con respecto a sus hijos.

ARGUMENTOS DEMANDADA: Niega los hechos que motivaron la pretensión.

RAZONAMIENTO FALLO: El juez estimó que la Convención guarda silencio en cuanto a acción alguna por derechos de visita, lo que está en agudo contraste con el artículo 12, que claramente concede competencia a las autoridades judiciales para ordenar la restitución de un menor sustraído ilícitamente, de modo que reflexiona que el texto claro de la Convención no prevé tribunales federales con jurisdicción sobre los derechos de custodia, y la jurisdicción apropiada para esta acción es una corte estatal que tenga la autoridad total para hacer cumplir y modificar el decreto original de divorcio.

RESULTADO DEL JUICIO: Acción desestimada.

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: Observamos, como en otras sentencias, que la cuestión de los derechos de visita y de su adecuado cumplimiento, excede, a juicio de los Tribunales, las facultades que les otorga el Convenio, remitiendo a otras jurisdicciones, la solución a dicha parte del conflicto familiar.

CASO 8

TRIBUNAL: *Family Court of Australia at Brisbane*. Juez J. Lindenmayer.

FECHA: 24 de septiembre de 1999.

ESTADO REQUIRENTE: Sudáfrica

ESTADO REQUERIDO: Australia

ACCIÓN O RECURSO: Solicitud del Director General del Departamento de la Familia, la Juventud y de Atención Comunitaria del Estado de Queensland, en la calidad de Autoridad Central del Estado, en nombre del padre del niño.

LUGAR DE PUBLICACIÓN: Base de datos sobre la sustracción internacional de niños¹⁶².

PARTES: Director-General Department of Families, Youth and Community Care contra Hobbs, Julie.

HECHOS: La menor, hija de padre sudafricano y madre galesa, nació en Johannesburgo el 14 de julio de 1993. Los padres se separaron y el 15 de marzo de 1996.

Un Tribunal sudafricano decretó la disolución del matrimonio y reguló ciertos aspectos relacionados con la niña, como que permanecería bajo el cuidado de la madre y el padre tendría derechos de visita amplios. Esto volvió a ser establecido en una nueva sentencia de mayo de 1998, al surgir los primeros inconvenientes entre los progenitores, con acusaciones de violencia por parte de la madre, las que, previo informes de especialistas, no lograron ser del todo acreditadas.

¹⁶² [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0294.htm>> [Consulta 16/7/2014]

Sin perjuicio de los procedimientos judiciales, los padres llegaron a ciertos acuerdos, siendo de relevancia aquel que establecía que la obtención de un pasaporte y la salida de la menor del país debía contar con el consentimiento de ambos.

Pese a tales acuerdos y a la circunstancia de continuar en curso un proceso judicial relativo a las visitas paternas, la madre se trasladó a Australia el 18 de noviembre de 1998 con su hija, a juicio del juez, sin señalarle al padre su intención de hacerlo, aun cuando existían conversaciones de un posible viaje temporal.

El 15 de enero de 1999 el nuevo compañero de la madre, visitó Sudáfrica, comunicándole al padre que la madre no volvería allí en razón de una enfermedad, eludiendo el compromiso de retorno. Previamente cartas a familiares, quienes negaron que madre e hija se encontraran en Australia, el compañero informó el no retorno, iniciándose los procedimientos de restitución conforme al Convenio, presentándose la solicitud en Australia el 17 de junio de 1999.

En el devenir del procedimiento, además, se estableció que la madre dio a luz un hijo de su nuevo compañero en Australia, quien no deseaba un traslado a Sudáfrica de su hijo recién nacido.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: El pronunciamiento requerido del Tribunal, era establecer si el padre tenía derechos de custodia en el momento de su traslado o retención, y si su traslado o retención constituía una violación de dichos derechos de custodia.

REGLAS APLICABLES AL CASO: Artículos 3, 13 apartado 1 (b) y 5 de la Convención.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre sostuvo que la residencia habitual de su hija se encontraba en Sudáfrica, y que él tenía derechos de visita que fueron vulnerados. Además y para el caso de ser acogida su solicitud, efectuó una serie de compromisos a someterse, entre los que destacan no iniciar acciones penales contra la madre por el secuestro de su hija, y a acatar órdenes espejo de los Tribunales de Australia y Sudáfrica, entre otras para facilitar el retorno.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La defensa de la madre argumentó que existía un grave riesgo en ordenar la devolución de la menor a Sudáfrica, exponiéndola a daño físico o psicológico, o de otra manera colocarla en una situación intolerable, sobre todo teniendo en cuenta el hecho de que la misma madre y su compañero no deseaban volver a vivir allí, presentando incluso como prueba, una declaración jurada en la que decía que no permitiría que su hija lactante fuera sacada de Australia a Sudáfrica. La madre reclamó, en esencia, que tenía un bebé de siete meses de edad, en lactancia materna, siendo incapaz de ir a Sudáfrica para acompañar a su hija mayor en el caso de que se ordenare su regreso.

RAZONAMIENTO FALLO: El juez estableció sin lugar a duda alguna, que la residencia de la menor se encontraba en Sudáfrica, por lo que la controversia la radicó más bien en la efectividad de los derechos del padre, particularmente de derechos de custodia.

Acoge los argumentos de éste, en el convencimiento de que el derecho a consentir cualquier traslado de la menor, junto con el derecho implícito a imponer condiciones, es un derecho a decidir sobre su lugar de

residencia, y por lo tanto un derecho de custodia en el sentido de los artículos 3 y 5 de la Convención, haciendo patente que había una orden de que ninguna de las partes podía sacar a la menor de Sudáfrica sin el consentimiento de la otra.

Cita también la prueba que se le rindiera sobre el derecho sudafricano, en cuya legislación no hay un código unificado sobre los derechos de los respectivos padres de hijos menores de edad. Como regla general, distingue entre la custodia de un hijo menor de edad y la tutela, conceptos que no están nítidamente definidos, y los intentos judiciales a dar un concepto claro no siempre han tenido éxito.

Como regla general, sin embargo, la tutela indica la suma total de la serie de derechos que un padre tiene en relación a un hijo legítimo. Esto incluye el derecho de controlar los bienes del hijo menor de edad, la determinación del país de residencia, que de su consentimiento a la menor de edad para contraer matrimonio, o para celebrar acuerdos. El concepto también incluye los deberes de los padres, como aquel de contribuir al mantenimiento del hijo menor, y para dar cuenta adecuadamente de la

administración del patrimonio del pupilo. La Ley sobre la tutela número 192 de 1993 confiere igualdad de derechos de tutela sobre ambos padres de un hijo legítimo. Custodia, por otra parte se refiere al control físico y el cuidado de los hijos menores y connota el poder de decidir cómo y dónde el hijo menor de edad pasará el tiempo. El padre custodio, sin embargo, no tiene el derecho a decidir de manera unilateral sobre si el hijo menor de edad debe tener derecho a emigrar, o si el niño debe tener derecho a salir de la República de Sudáfrica.

Estas consideraciones de derecho interno, sumadas a las órdenes judiciales y acuerdos existentes entre las partes, hicieron al juez formar consentimiento sobre los derechos de custodia del padre.

Enseguida, razona que no hay impedimento legal en el retorno a Sudáfrica, sino uno práctico, esto es, el nacimiento de un nuevo hijo, que en esencia fue de propia creación de la madre, el que no resultaba suficiente para denegar la restitución, ya que la negativa de la madre se debe a propias razones y no al bienestar de su hija, a quien se privó de vivir en su país y tener contacto con su padre.

RESULTADO DEL JUICIO: Restitución ordenada sujeta al cumplimiento de los compromisos adquiridos por el padre, que deberían ser incorporados a órdenes espejo que serían presentadas en el Tribunal Superior de Sudáfrica.

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: Enmarcada en el sistema anglosajón de derecho, en la sentencia en estudio el juez desestimó dos precedentes invocados por la defensa, en el entendido que la madre supeditó el interés de su hija al propio, destacando que aquéllos no eran asimilables a este caso.

Además, como en otra jurisprudencia que hemos observado, nos podemos familiarizar con la “restitución sujeta a compromisos”, institución que, con el fin de asegurar que las decisiones adoptadas en virtud del Convenio sean cumplidas, consigue que los Tribunales de ambos Estados involucrados dicten órdenes para que así sea, aun supervisándolas con la ayuda de las Autoridades Centrales.

CASO 9

TRIBUNAL: Corte Suprema de Justicia de la Nación (República Argentina)

FECHA: 14 de junio de 1995

ESTADO REQUIRENTE: Canadá

ESTADO REQUERIDO: Argentina

ACCIÓN O RECURSO: Recurso de hecho (extraordinario)

LUGAR DE PUBLICACIÓN: Base de datos sobre la sustracción internacional de niños¹⁶³

PARTES: W., E. M. c/ O., M. G.

HECHOS: Los padres de la niña, ambos de nacionalidad argentina, se casaron en Buenos Aires el 3 de diciembre de 1985 y llegaron a Canadá en marzo de 1986. Se estableció en el proceso que la menor, de 4 años de edad al tiempo del acto que dio origen al litigio, nació en Guelph, Provincia de

¹⁶³ [En línea] <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0362.htm>> [Consulta 26/7/2014]

Ontario, Canadá, el 6 de febrero de 1990, viviendo con sus padres en una residencia universitaria para estudiantes casados y asistiendo al jardín de infantes. En cuanto al padre, consta que gozaba de la residencia propia de su condición de estudiante, que le fue renovada periódicamente. La madre de la niña afirmó que a fines del año 1993 decidió venir a Buenos Aires a pasar las fiestas con su familia, y el padre sostuvo -sin que se opusiera contradicción- que tomó conocimiento el 6 de enero de 1994 de la decisión de la madre de no regresar a Canadá y de permanecer con la menor en su país. En febrero de 1994, el señor W. solicitó la asistencia de la autoridad central correspondiente a la Provincia de Ontario, para reclamar la restitución en los términos de la Convención. El 7 de marzo de ese año se dictó una decisión judicial en la Corte de Ontario, que atribuyó la custodia de la niña a su padre. El 21 de marzo de 1994 la autoridad central de la República Argentina presentó el pedido de restitución ante el juez local.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: La madre fundó este recurso en la falta al debido proceso que le garantiza la Constitución de su país, al no poder defenderse en el litigio que le otorgó la custodia a padre en Canadá, y en la contradicción entre el principio consagrado en la Convención sobre

los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, y el modo en que los jueces de la causa aplicaron la Convención de La Haya.

REGLAS APLICABLES AL CASO: Artículos 1 (a), 3 y 4 del Convenio. Además, Convención sobre los Derechos del Niño.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: La madre, recurrente en el recurso en análisis (aun cuando demandada en el procedimiento de restitución internacional, lo fundó en el agravio federal (artículo 18 de la Constitución Nacional), pues la sentencia la colocó en un estado de indefensión, con grave lesión a la garantía del debido proceso, puesto que ha soslayado la verificación de los requisitos necesarios en jurisdicción argentina para el reconocimiento de una decisión extranjera y, en los hechos, esa prescindencia ha implicado dar efecto a un pronunciamiento dictado por un juez incompetente en un trámite donde no tuvo posibilidad de defenderse.

En un segundo argumento, reclamó la contradicción entre el principio consagrado en el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño que reviste jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, y el modo en que los jueces de la causa aplicaron la Convención

de La Haya, que, a juicio de la recurrente, importó un total desconocimiento de los principios que en materia de menores integran el orden público internacional argentino.

ARGUMENTOS DEMANDADA: El padre había efectuado la solicitud de restitución internacional, resultando ganancioso en la misma. Además, gozaba de un derecho de custodia atribuido por la justicia canadiense con posterioridad a la salida de la menor del país.

RAZONAMIENTO FALLO: La Corte Suprema Argentina, razonó que las solicitudes de restitución internacional de conformidad al Convenio se tratan de procedimientos autónomos respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las autoridades centrales de los estados contratantes, y que se circunscriben al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.

En los hechos, el consentimiento paterno al viaje, no tuvo los efectos previstos en el artículo 13, inciso (a), de la Convención toda vez que fue la negativa de la madre a restituir la niña al lugar de su centro de vida habitual

lo que configuró típicamente el acto de retención ilícito en el sentido de los artículos 1 (a), 3 y 4 del Convenio.

Así, la tensión entre los principios del orden público interno de un Estado contratante y el sacrificio que es lícito exigir al padre desposeído por vías de hecho, en aras del interés del niño, se resuelve en el precepto contenido en el artículo 20 de la Convención, cuyo no era el caso en este litigio, estableciendo la Corte que el regreso de la menor a Canadá con su padre, no importaba la violación o el peligro de violación de un derecho humano fundamental de la niña, habida cuenta de las aptitudes de ambos progenitores para garantizar la protección física y el respeto de los derechos de la niña, incluido el derecho de visita del progenitor que, en ocasión de tomarse la decisión sobre el fondo, no reciba la tenencia.

RESULTADO DEL JUICIO: Apelación desestimada, restitución ordenada.

VOTO DE MINORÍA: Se plantearon dos disidencias en el caso:

1.- Disidencia de los magistrados Eduardo Moliné O'Connor y Carlos S. Fayt.

Razonan que en el caso, no obró un requerimiento de restitución de la menor emanado de un tribunal canadiense, y tampoco se pretendió la ejecución de una sentencia extranjera, sino que se trata de una presentación de carácter administrativo, formulada por el padre de la menor ante la Autoridad Central canadiense y transmitida a la Autoridad Central de la República Argentina, sin que ninguna autoridad canadiense, judicial o administrativa, se haya pronunciado acerca de su procedencia, ni menos aun requerido el envío de la niña.

Argumentaron que la requisitoria formal presentada por la Autoridad Central de Canadá no constaba en la causa debidamente traducida. No obstante tal defecto formal, aquella sólo comunicó a la Autoridad Central argentina la existencia del pedido formulado por el padre de la menor, sin hacerse cargo de ninguno de los argumentos expuestos por el peticionario ni asumirlos como propios, expresando además que las autoridades judiciales o administrativas argentinas debían abstenerse de decidir acerca de la procedencia de los derechos de custodia, hasta que no fuera resuelto que esta no deba ser restituida, o hasta que hubiera transcurrido un periodo razonable sin que se radicase una solicitud. Para la disidencia, el

requerimiento debió haber sido examinado como una solicitud de un ciudadano argentino transitoriamente establecido en Canadá, que pretende que su hija continúe viviendo en ese país, petición sometida sólo a consideración de las autoridades argentinas, que son las únicas que debían pronunciarse, conclusión acorde con lo dispuesto por la Convención y con lo peticionado por la Autoridad Central de Canadá, que reconoció la competencia de las autoridades argentinas para resolver al respecto.

Luego, la discordancia entre el texto de la requisitoria formal de la Autoridad Central canadiense y el contenido de los formularios completados por el padre solicitante para obtener la restitución habría bastado para desestimarla, en razón de que impedía a la parte a quien se atribuye haber infringido un derecho de custodia, conocer cuál es la irregularidad que se le imputa, lo cual claramente obsta a que pueda invocar y probar lo que hace a su derecho en los términos de los artículos 3 y 13 de la Convención de La Haya.

Sin perjuicio del defecto de forma, yendo al fondo del asunto, adujeron que no resultaba controvertido que el lugar de residencia habitual

de la niña era Canadá, por lo que sólo restaba comprobar la ilicitud de la retención, razonando que el pedido de restitución formulado por el padre aparecía desprovisto de todo fundamento legal, ya que ni ante las autoridades canadienses que recibieron su solicitud, ni durante el transcurso del largo procedimiento seguido ante los tribunales argentinos, probó en modo alguno la existencia de legislación vigente en Canadá que diera razón a su afirmación de que la madre de la niña la había retenido en forma ilícita, pues en el momento en que se produjo la desavenencia, ambos padres compartían su custodia y ejercían conjuntamente la patria potestad. En esas condiciones, y dado que no existió traslado ilícito de la niña, ya que su viaje a la República Argentina fue consentido por el padre, las autoridades argentinas sólo debieron juzgar si la madre obró en infracción a la legislación canadiense al disponer que su hija permaneciera con ella, sin retornar, y en tal sentido, estiman una clara falencia en el razonamiento seguido por los tribunales de la causa que, al omitir toda consideración del aspecto que constituye el eje para la aplicación de la Convención, emitieron una decisión carente de apoyo jurídico.

La sentencia, que además recogió los informes psicológicos de pericias practicadas a la menor, se hizo cargo del daño diagnosticado por especialistas ante el quiebre familiar, por lo que debía privilegiarse el interés superior de la niña, precaviendo las consecuencias nocivas de su traslado.

En síntesis, deniegan la restitución por no existir requerimiento de entrega de la menor por parte de autoridad extranjera; que la condición exigida por la Convención para su aplicación requiere determinar la ilicitud del acto de retención como ilícito conforme la legislación canadiense, recaudo que no se cumplió en la especie; y, aunque esa omisión bastaría para excluir la entrega exigida, también se acreditó el grave riesgo que ello implicaba para la menor comprometida.

2.- Disidencia del Ministro Sr. Guillermo A. F. López

En primer lugar el voto minoritario desechó los planteamientos tendientes a objetar la regularidad de la decisión judicial que sustentó el pedido de restitución, fundados, por una parte, en la virtual incompetencia del tribunal canadiense y, por otra, en la presunta vulneración del derecho

de defensa de la demandada, ya que esta le estaba garantizada a la madre respecto de una materia que, según la legislación argentina, no es susceptible de reunir efectos de cosa juzgada y que resulta modificable según las exigencias y comprobaciones que, en definitiva, fueran más convenientes para la seguridad y salud física o espiritual de los hijos.

Refiere el voto de minoría que el examen de las disposiciones del convenio, consideradas desde un punto de vista eminentemente técnico, permitía concluir que, según los lineamientos de la Convención, la protección perseguida se asimila a una acción de carácter posesorio, cuyo objeto no es reorganizar el ejercicio de la autoridad parental, sino encauzar la reacción ante una vía de hecho configurada por el desapoderamiento impuesto a quien ostentaba en forma personal o compartida la guarda de un menor, obviamente, contra su voluntad. Luego, los presupuestos que autorizaban la iniciación del trámite de restitución, de conformidad con las directivas del Convenio se han verificado en la especie: ambos progenitores ejercían los derechos inherentes a la patria potestad, se configuró de la retención de la menor por parte de su madre y la temporalidad de la solicitud del padre. Además, la formalización de la solicitud ante la

autoridad central de Canadá aparece justificada por el hecho de haber sido ese país el lugar de residencia habitual de la niña.

Luego, y analizando las causales de negativa de la solicitud que se contienen en el Convenio, destaca la opinión de minoría la preminencia que corresponde asignar al interés del menor, a la luz de la que, junto con restante normativa internacional, fuerza concluir que aun cuando el interés personal del guardador desposeído debe prevalecer sobre el del autor de la vía de hecho, se desdibuja y cede ante el interés superior del niño, de modo que se imponía efectuar un exhaustivo examen de la situación psicofísica de la menor y discernir cuáles serían las consecuencias que derivarían del reclamado retorno a Canadá, de modo de no asemejarlo a “un objeto a devolver a uno de sus copropietarios”.

Así, alude a la carencia de fundamentación de la sentencia, al prescindir de la consideración del informe pericial psicológico, pese a su incuestionable valor decisivo para dar una adecuada respuesta al problema suscitado, conclusiones periciales que evaluadas conjuntamente con la situación que la niña presentaba a la época del juicio, revelaban claramente

que un nuevo desarraigo se traduciría necesariamente en un daño cierto para su salud psíquica. En consecuencia, ante el deber que imponen las disposiciones internacionales aplicables de resguardar el interés superior de la niña, correspondía revocar el pronunciamiento recurrido y denegar la restitución requerida en los términos del artículo 13 de la Convención de la Haya.

OBSERVACIONES: La decisión de mayoría, que finalmente conllevó a la restitución de la menor, se ajustó a la normativa del Convenio, resultando, de este modo, poco atacable en cuanto a su razonamiento jurídico. Es decir, la prueba irrefutable e incontrovertida de la residencia habitual en Canadá, la que la menor tenía desde su nacimiento, sumado al traslado, que si bien contó inicialmente con el consentimiento paterno, se extendió, tornando la retención en ilícita, fueron decisivas y ajustadas al texto literal del Convenio.

Conscientemente, el Tribunal omite cualquier pronunciamiento relativo a la custodia.

Nos parece interesante este caso, en que los padres, connacionales, se vieron enfrentados a la aplicación del tratado internacional, cuestión que como analizáramos, es estadísticamente superior en progenitores de nacionalidad diversa.

En cuanto a los votos de minoría, latamente explicados, resulta relevante preguntarse hasta qué punto la potestad de los Tribunales superiores de Justicia, puede obviar los objetivos convencionales en razón del interés superior del menor, que aun siendo objetivo de la Convención, lo apunta a la estabilidad que le ofrece el entorno habitual. Así, y ante la presencia en el proceso de pericias a la menor, decisivas al momento de fallar las disidencias, se estimó que la estadía era más favorable que la restitución, aun con su corta edad.

No concordamos eso sí, con el primero de los votos minoritarios, en tanto consideraron incompleta la solicitud de la autoridad central canadiense al no fundarse en el pronunciamiento del Tribunal, ya que como hemos analizado a lo largo de este trabajo, no se trata la Convención de un tratado de ejecución de sentencias extranjeras, sino muy por el contrario, de

uno de cooperación internacional de autoridades (cualesquiera que esta sea, ya que se deja al Estado parte la facultad de designar la autoridad central que estime conveniente), de modo que exigir una previa sentencia extranjera, como lo hacía el Convenio Europeo de Luxemburgo, al que aludiéramos en la primera parte de este trabajo, no resulta un requerimiento idóneo a los fines convencionales.

Enseguida, analizaremos una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, motivada por la recurrente en virtud de sentencia dictada en su propio país, por el interés que representa y la relevancia de que el alto Tribunal revisara conflictos motivados en la aplicación del Convenio de La Haya.

CASO 10

TRIBUNAL: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Hélio Bicudo, Presidente; Claudio Grossman, Primer Vicepresidente; Comisionada, Marta Altolaguirre y Comisionados Robert K. Goldman, Peter Laurie y Julio Prado Vallejo).

FECHA: 3 de octubre de 2000.

ESTADO REQUIRENTE: --

ESTADO REQUERIDO: Argentina.

ACCIÓN O RECURSO: Informe N° 71/00, Caso 11.676, “X” y “Z”, Argentina.

LUGAR DE PUBLICACIÓN: Sitio web de la Organización de los Estados Americanos¹⁶⁴.

HECHOS: La señora “X”, de nacionalidad argentina, contrajo matrimonio en Dinamarca con el señor “Y”, ciudadano danés. De dicha unión nació la niña “Z”, en Dinamarca, en 1987 y la familia se estableció en Madrid, España. El matrimonio se divorció ante las autoridades judiciales de España. Una vez separados, el 23 de abril de 1991, un Juzgado de Primera Instancia madrileño, dictó medidas provisionales de guarda y custodia a favor de la madre, y un régimen de visitas a favor del padre. Además, ante

¹⁶⁴ [En línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Argentina11.676.htm>>

[Consulta 29/7/2014].

la conflictiva relación, se dispuso, el 30 de abril de 1991, la prohibición de salida de la niña de España sin expresa autorización judicial, y en audiencia de 1 de julio de 1991, el Tribunal español exigió el depósito de los pasaportes de ambos padres a efectos de que estos no pretendan salir con la niña del territorio nacional. En este contexto, se produjo la salida de territorio español de la menor, presumiblemente el día 7 de julio de 1991, configurándose el extremo exigido por el artículo 3º del Convenio de la Haya por parte de la madre, vulnerando además el derecho del padre de permanecer con su hija durante las vacaciones de verano.

El 3 de febrero de 1993, el Estado argentino recibió una solicitud de España con fundamento en el artículo 8 de la Convención de La Haya para localizar y restituir a la niña, iniciando su autoridad central el procedimiento establecido en ella. La peticionaria limitó el caso sometido a la decisión de la Comisión, a lo sucedido en sede jurisdiccional argentina únicamente.

El 28 de septiembre de 1993, el tribunal de primera instancia decidió negar la devolución de la niña a su padre. El 26 de octubre de 1993, la Autoridad Central española solicitó la interposición del recurso de

apelación contra aquella resolución. El 2 de marzo de 1995, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la decisión del tribunal de primera instancia y ordenó la restitución de la menor al progenitor.

Las autoridades argentinas ordenaron y ejecutaron en un lapso de 24 horas la restitución de la niña “Z” a su residencia habitual en España, bajo la guarda y custodia del padre, antes de que la sentencia judicial que ordenara dicho traslado estuviera firme, uno de los reclamos de la solicitante. Además, alegó que la sentencia del tribunal de segunda instancia, fue arbitraria al ordenar la entrega y traslado de la menor, por cuanto, por una parte, la solicitud del padre se realizó fuera del plazo establecido en la Convención de La Haya y, por otra parte, el traslado de la niña a la Argentina con su madre no había sido ilícito.

El 3 de marzo de 1995, la madre presentó un recurso extraordinario de apelación contra dicha sentencia, en el cual solicitó la suspensión de su ejecución hasta tanto se pronunciara la Corte Suprema de Justicia de la Nación por tratarse de una materia eminentemente federal referente a la interpretación y aplicación de tratados internacionales ratificados por

Argentina, sin que se diera lugar a la suspensión de la sentencia. Además presentó una acción de amparo ante el máximo Tribunal.

El 29 de agosto de 1995 la Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario de apelación con fundamento en que no había cuestión federal que abriera dicha instancia.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: Debemos notar que el trámite ante la comisión no es jurisdiccional y se limita a emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración, efectuando, eventualmente, recomendaciones y fijando un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada, transcurrido el cual, la Comisión decidirá, igualmente por mayoría absoluta, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

De este modo, no constituye instancia y se limita a expresar su opinión respecto de la vulneración de derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

REGLAS APLICABLES AL CASO: Artículos 17, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativos a la violación del derecho a la protección a la familia, los derechos del niño y el derecho a la protección judicial.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: La demandante “X” alegó la violación de los derechos de protección a la familia, los derechos del niño y el derecho a la protección judicial garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en contra de la República Argentina con motivo de la disputa entre ella y el señor “Y” sobre la restitución a España de la hija “Z”, nacida de la unión de ambos. Según la petición, dichas violaciones se cometieron en perjuicio de la niña y de la madre, debido a no reunirse en la especie los presupuestos del Convenio de La Haya para que procediera el trámite de restitución, esto es, que el traslado no fue ilícito y que el padre planteó la solicitud en forma extemporánea.

ARGUMENTOS DEL ESTADO REQUERIDO: El Estado argentino, reclamó que la madre, en franca violación de lo dispuesto por la justicia española, trasladó ilegalmente la niña a la Argentina, pretendiendo que las

autoridades judiciales de su país convalidaran la sustracción, al solicitarles que le otorgaran la custodia de la niña, en claro fraude a la jurisdicción originaria y natural española que había dispuesto la prohibición de salida del país.

El Estado señala que las autoridades judiciales verificaron que se había producido un traslado ilícito, y que no había lugar a la aplicación de las limitadas excepciones previstas en el Convenio, por lo que decidió ordenar la inmediata restitución de la niña a su residencia habitual en España, de modo que el principio del interés superior del niño se cumple, al regresarle en forma inmediata a su residencia habitual.

Finalmente, informó a la Comisión que a la luz del articulado de la Convención, ambos progenitores tienen igualdad de derechos y adecuada equivalencia de responsabilidades, y que el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone la obligación a los Estados de garantizar el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en su crianza y desarrollo, mencionando que su artículo 11 insta a los Estados a luchar contra los traslados y retención ilícita de niños en el extranjero,

para lo cual promoverán acuerdos, manifestando su pleno respeto por las jurisdicciones de los demás países, así como por los convenios internacionales firmados, en razón de los que Argentina ha ordenado restituir a numerosos menores.

RAZONAMIENTO DE LA RESOLUCIÓN: Teniendo presente que la Comisión no revisa decisiones jurisdiccionales, sino que sólo la vulneración de derechos que la demandante reclamó, estimó que la ejecución inmediata de la orden de restitución no afectó el derecho de la peticionaria al debido proceso judicial, pues contra dicha orden interpuso otros recursos judiciales con fundamento en su interpretación de la Convención de La Haya y de las leyes de procedimiento, que fueron analizados y rechazados por los tribunales, en los que pudo cuestionar la forma en que esa decisión había sido ejecutada, esto es, la misma cuestión que somete a consideración de la Comisión. La peticionaria no ha alegó que la ejecución inmediata de la orden de restitución hubiera afectado la admisibilidad de los recursos, ni restringido las cuestiones que podían ser materia de la apelación, ni limitado su acceso a los tribunales superiores y de ser oída con las debidas garantías, en la determinación de sus derechos de carácter civil.

Además, a la Comisión no le corresponde analizar el acierto o el error en que pudieran haber incurrido los tribunales locales, actuando en la esfera de su competencia, en la interpretación de la Convención de La Haya.

Por su parte, y sobre la reclamación de extemporaneidad en la solicitud de restitución, la Comisión consideró que no puede revisar las decisiones de las autoridades argentinas que interpretan y aplican la Convención de La Haya.

RESULTADO DEL JUICIO: La Comisión declaró que los hechos alegados en el presente caso no constituyen violaciones a los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención.

VOTO DE MINORÍA: No aplica.

OBSERVACIONES: La solicitante, impedida de ejercer nuevos recursos ante las autoridades de su país y limitada a la comparecencia ante autoridades españolas, intentó, por la vía de la Comisión Interamericana, una nueva revisión de su caso que permitiera que las autoridades argentinas pudieran tomar nuevas medidas.

La comisión se limitó a analizar el asunto, dentro de sus facultades, desde la perspectiva de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y no desde la óptica del Convenio del La Haya, en razón de su imposibilidad de pronunciarse sobre el fondo.

Con todo, la sola alegación de ser extemporánea la solicitud del padre, aun cuando se estableció en cada instancia la ilicitud del traslado, daban fundamento plausible a la petición de la señora “Y”, cuestión que no fue debidamente ponderada en instancias jurisdiccionales.

CASO 11

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile (Tribunal de Primera Instancia, Juzgado de Familia de Valparaíso). Rol N° 12.374-2011.

FECHA: 11 de junio de 2012.

ESTADO REQUIRENTE: Italia.

ESTADO REQUERIDO: Chile.

ACCIÓN O RECURSO: Casación en el fondo. Restitución internacional de menor en virtud de la Convención de La Haya.

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: R.S. contra E.F.C.D. (menor I.S.C.)

HECHOS: Los progenitores mantuvieron una relación de convivencia en Italia, naciendo su hija I.S.C., en la ciudad de Génova, el 27 de Junio de 2009. Se expuso por el padre demandante que debido a la hospitalización de su madre, debió viajar el 2 de septiembre de 2010 a Módena por el día, y al regresar a la casa que compartían en horas de la noche, constató que tanto su hija y la demandada no se encontraban, sin tener noticias del paradero de ambas hasta el 4 de septiembre de 2010, a través de un mensaje enviado a su celular por la demandada, que le comunicaba que estaba en Chile junto con la niña.

DISPUTA JURÍDICA DE RELEVANCIA: Traslado ilícito y solicitud de restitución conforme las normas del Convenio.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículo 3º, 13 letra b)

ARGUMENTOS DEMANDANTE: Alega que los hechos constituyeron un abuso del derecho de la madre, en detrimento del ejercicio de los derechos del padre, y de la niña a vivir en su lugar de residencia habitual, donde tiene su centro de vida, siendo esto un ilícito en los términos del Convenio. Detalló el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Convenio: la niña tenía su residencia habitual en Italia; la menor ha sido trasladada ilícitamente y está siendo retenida también ilícitamente en Chile por su madre, sin el conocimiento ni autorización del padre; y, en Italia la potestad (derecho de custodia o tuición) es compartida entre los dos padres, por lo que ninguno de ellos puede unilateralmente tomar decisiones respecto de su hija, y especialmente el establecer el lugar de residencia de la niña.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La defensa de la madre demandada planteó que en el mes de septiembre de 2010 estando autorizada por el demandante (lo que constaría del estampe puesto en el pasaporte) viajó a Chile con su hija, lo que le comunicó al padre, por los malos tratos que

recibía por parte de éste, cuestión que en una oportunidad quiso denunciar, pero por encontrarse ilegalmente en Italia su denuncia no fue acogida.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: La Corte Suprema, como cuestión previa de carácter procedimental, decidió revisar la regularidad formal del procedimiento, por lo que sin entrar a analizar el fondo, concluyó que el tribunal de primera instancia, por resolución de 12 de agosto de 2011, tuvo por interpuesta demanda de Restitución en virtud de Tratado Internacional, confiriendo traslado y citó a las partes a audiencia dentro de quinto día, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 5° del Auto Acordado Sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de la Haya relativo a los Efectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores. Con todo, los sentenciadores observaron que la ley N° 19.968, que creó los Tribunales de Familia, estableció un procedimiento ordinario general aplicable a todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los Juzgados de Familia y que no tengan señalado otros distintos, procedimiento que, por su naturaleza y característica, también le es aplicable a materias como la sustracción de menores en el ámbito de la referida convención, a saber, entregada primitivamente a los Juzgados de Menores por el mencionado

Auto Acordado. Así, decidió que la tramitación de la materia debía llevarse a cabo bajo las normas del procedimiento ordinario que se establece en el párrafo cuarto del título I de la referida ley, la que, además comenzó a regir el 1° de octubre de 2005, es decir, con posterioridad al Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la materia, con lo que se ha producido la derogación tácita de aquellas disposiciones que este último contempla, en cuanto presenten incompatibilidad con el nuevo estatuto regulatorio.

Así, y razonando que no se ventiló adecuadamente el litigio en cuanto a la discusión, prueba y resolución de la controversia, a la luz de los principios y el estándar procesal y probatorio que el legislador ha previsto para las materias de familia; se vulneró el derecho del debido proceso, de modo que el Tribunal invalidó de oficio las sentencias de primera y segunda instancia y dispuso retrotraer la causa al estado que se provea nuevamente la demanda de autos y se disponga la tramitación conforme al procedimiento contemplado en el artículo 55 de la Ley N° 19.968; debiendo ser tramitado el proceso por un juez no inhabilitado.

RESULTADO DEL JUICIO: Anulación del juicio y falta de decisión de fondo.

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: Discrepamos profundamente de la decisión de la Excma. Corte Suprema.

Como razonó el Tribunal de primera instancia, se acreditó que la madre trasladó y retuvo en forma ilícita y arbitraria a la menor en Chile, violando con ello el derecho de custodia que tenía y ejercía conjuntamente el padre. Además, no se acreditó ninguno de los supuestos del artículo 13 que hicieran negar la solicitud.

De esta manera, estimamos que:

- 1.- El máximo Tribunal desconoció la naturaleza constitucional del tratado internacional en virtud del artículo quinto de nuestra Carta Fundamental;
- 2.- La Corte desestimó la aplicación procedimental del Auto Acordado sobre el Procedimiento aplicable a las solicitudes de restitución precisamente dictado por el mismo Tribunal, en razón de existir un nuevo

procedimiento para las materias de Familia establecido por la Ley del ramo. Pensamos que, jerárquicamente, el Convenio es de mayor rango que la Ley N° 19.968.

3.- Discrepamos además, en el argumento relativo haberse omitido en la substanciación de la causa la garantía del debido proceso, ya que ambas partes tuvieron ocasión de plantear sus defensas y rendir prueba, el Tribunal les oyó, como también a la Autoridad central, dictó medidas para mejor acierto del fallo y se ciñó a las normas procedimentales incorporadas a la Convención, flexibilizando la barrera idiomática y la comprensión del Derecho interno italiano, en cuanto a cómo ha de entenderse la custodia en dicho país (que es atribuida en principio, a ambos progenitores). De este modo, consideramos que tal vez, y al no ser vulnerada la garantía del debido proceso legal, no se hacía necesaria la total invalidación del proceso, como se decidió en definitiva.

CASO 12

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile (Tribunal de Primera Instancia, Juzgado de Familia de Valparaíso). Rol N° 1715-2012.

FECHA: 30 de mayo de 2011.

ESTADO REQUIRENTE: España.

ESTADO REQUERIDO: Chile.

ACCIÓN O RECURSO: Casación en el fondo. Restitución internacional de menor en virtud de la Convención de La Haya.

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: F. M. D. contra N. M. J. (menor S. M. M.)

HECHOS: Los padres estaban casados y tuvieron una hija, la menor S.M.M., nacida en España. Con fecha 15 de abril de 2010, se resolvió decretar la separación provisional de los cónyuges, atribuir la patria potestad conjuntamente a ambos progenitores, otorgando la guarda y custodia a la madre y la atribución de la vivienda familiar. Se estableció régimen de visitas a favor del progenitor no custodio y pensión de alimentos. El 15 de abril de 2010, se dictó resolución aclaratoria, decretándose la prohibición de salida del territorio nacional español, salvo autorización previa, de la menor.

La madre abandonó España sin el consentimiento del padre, quien demandó en procedimiento de restitución.

DISPUTA JURÍDICA DE RELEVANCIA: Traslado ilícito y restitución inmediata. Grave riesgo en razón de violencia intrafamiliar.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículos 1, 3, 5 y 13 letra b).

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre refirió que las partes se separaron el 15 de abril de 2010, oportunidad en que se atribuyó la patria potestad a ambos progenitores de manera conjunta y estableciendo que la guarda y custodia se otorgaba a la madre, y fijándose la residencia en la ciudad de Toledo, España. El referido documento fijó además el régimen de visitas del solicitante, para los fines de semana de forma alternada, coincidiendo con las semanas impares, fijando además un régimen de visitas de un día intersemanal y determinación de vacaciones. Se reguló la pensión de alimentos, equivalente a 200 euros mensuales, y una pensión compensatoria para la madre equivalente a 200 euros.

Alegó el padre que desde el mes de mayo de 2010 tuvo problemas para hacer cumplir el régimen de visitas, presentando denuncias, y enterándose que su hija salió de España junto a su madre, incumpliendo una resolución judicial que ordenaba el arraigo de la menor y la legislación española relativa a las responsabilidades derivadas de la filiación, ingresando a Chile en junio de 2010, lugar donde permanecían a la fecha de la solicitud, estimando el traslado como ilícito y negando que concurra alguno de los supuestos que impedirían ordenar la restitución solicitada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de La Haya.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La madre demandada alegó que la separación se produjo el 18 de febrero de 2010, y su motivo fue la denuncia realizada ante la Policía y Guardia Civil de Toledo, producto de graves acontecimientos de violencia física y psicológica que describió. Como consecuencia de la mencionada denuncia se decretó una orden de protección a su favor, imponiéndose a su marido la prohibición de aproximarse a menos de 50 metros de su domicilio. Niega que el documento de fecha 15 de abril de 2010, fijara la residencia de la niña y su madre, por cuanto sólo repitió las medidas de protección del Juzgado de

Instrucción N° 5 de Toledo en juicio rápido, de 19 de febrero de 2010, donde se le atribuyó el disfrute del domicilio conyugal a ella. Niega, en consecuencia, el incumplimiento del régimen de visitas y el traslado ilícito, ya que no existían medidas de arraigo.

Describió problemas siquiátricos del demandante y relató la grave violencia que ejerció en su contra, la que denunció el 18 de Febrero de 2010, ante el Cuerpo Nacional de Policía, decretándose contra su cónyuge y a su favor una orden de protección consistente en alejamiento, asignación de un policía a cargo e impedirle toda comunicación, y al día siguiente, el 19 de febrero de 2010, en Juicio Rápido, medidas de protección a su favor y de la niña, régimen de visitas y pago de una pensión alimenticia, la que el padre no cumplió dejándolas en situación precaria, de desprotección, sin familia cercana a la cual acudir en un país desconocido, suspendiéndose el servicio de energía eléctrica y agua caliente, por lo que decidió conseguir el dinero necesario para viajar a Chile con su hija, lo que concretó el 9 de junio de 2010; solicitando un nuevo pasaporte, obteniéndolo sin mayores complicaciones por la autoridad en España, viajando de manera legítima a Chile.

Alegó como excepción la de grave riesgo en el regreso de la niña, por exponerla a un peligro físico o psicológico, o a una situación intolerable.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: La sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, estimó ilícito el traslado en razón de la prohibición de salir de España, fehacientemente acreditada, como asimismo, no consideró como grave el peligro en la restitución, ya que las autoridades españolas, en su momento, determinaron la debida protección de la madre respecto de las acusaciones de violencia a través de las herramientas consideradas para ello en el ordenamiento jurídico del Estado requirente.

La Corte Suprema, revocando dichas sentencias, consideró que la marcada historia de dificultades y violencia de los padres, que el fallo impugnado por la vía de casación de fondo determinó como presupuesto fáctico, dificulta gravemente la vida de la madre en dicho país, de modo que el traslado de la menor aún en la forma que se dispuso, en compañía y bajo el cuidado de la madre, se manifiesta como una grave amenaza de vulneración de derechos, ya que “representa un evento cierto de que sea separada de su

madre y que con ello termine una vida, redes y afectos que ha formado y desarrollado en este país, lo que desde la perspectiva en estudio, esto es, siempre desde el punto de vista del interés superior del niño, constituye un riesgo efectivo e inminente de que el desarrollo del menor se vea afectado o expuesto a una situación intolerable, en los términos previstos por el artículo 13 letra b) de la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños”.

Los sentenciadores concluyeron que los sentenciadores recurridos, incurrieron en errónea aplicación e interpretación del artículo 13 letra b) Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños al resolver como lo hicieron.

En sentencia de reemplazo, se revocó la sentencia y se negó la restitución de la menor S.M.M. a España.

RESULTADO DEL JUICIO: Restitución denegada.

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: En la sentencia en estudio, los Tribunales del fondo y la Corte Suprema estimaron como ilícito el traslado, fundamentalmente en razón de existir una prohibición en tal orden determinada por las autoridades españolas.

Con todo, recordemos que para determinar si el traslado fue o no ilegítimo, y aun en ausencia de un pronunciamiento del Estado de residencia habitual, bastaba a los sentenciadores ponderar si la remoción de la menor se produjo en alguna de las hipótesis del artículo 3° de la Convención, esto es, si se produjo con infracción de un derecho de custodia atribuido conforme al derecho español, o, cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del viaje a Chile.

El problema de fondo, en la sentencia analizada, se refirió desde luego a la configuración de los extremos del “grave riesgo” que exige la norma del artículo 13 letra b), en el sentido que, de ordenarse la restitución, se expusiera a la menor a un peligro físico o psíquico, o que la colocara en una situación intolerable.

Esta determinación y apreciación de fondo, aun tratándose de un recurso de nulidad en el que no deberían analizarse los hechos, resulta fundamental, como veremos en las siguientes sentencias, en la interpretación que la Corte Suprema hace de la excepción a la que nos referimos.

El razonamiento de la Corte, al leer íntegramente la sentencia, apuntó al estrecho vínculo materno, que se vería vulnerado en caso de ordenarse la restitución, pese a que se dispuso en las sentencias de primer y segundo grado el retorno de ambas al Estado requirente.

Pensamos que, al menos en este caso, los sentenciadores atendieron a las denuncias maternas de violencia ejercida por el progenitor, que los jueces del fondo no consideraron de tal gravedad, o, al menos, no tuvieron por acreditadas fehacientemente, para estimar riesgoso el traslado a España, y declarar configurada la excepción, y, en consecuencia, el error de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo y dictar sentencia de reemplazo.

CASO 13

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile.

FECHA: 16 de noviembre de 2005.

ESTADO REQUIRENTE: Estados Unidos.

ESTADO REQUERIDO: Chile.

ACCIÓN O RECURSO: Recurso de Queja Rol N° 4533-2005, contra el Quinto Juzgado de Menores de Santiago, causa Rol N° 714-2005.

LUGAR DE PUBLICACION: Sitio web del poder Judicial de la República de Chile¹⁶⁵

PARTES: M. C. F. como recurrente (menor E. A. M.).

HECHOS: Por sentencia de 26 de mayo de 2005 el tribunal de primera instancia acogió la presentación hecha por la Directora General de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, en representación del Estado de Chile como Autoridad Competente y de don A.M., norteamericano, padre de la menor, ordenando que ella fuera restituida a Estados Unidos, lugar de su residencia habitual, a su padre,

¹⁶⁵ [En línea] <<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>>

[Consulta 19/8/2014]

quien detenta la custodia compartida de ésta decretada por Juez competente. Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago la confirmó.

En síntesis, la madre viajó a Chile con la menor, sin autorización del padre, aun cuando compartían su tuición física y legal conforme la legislación norteamericana.

DISPUTA JURÍDICA DE RELEVANCIA: Recurso de Queja contra el Tribunal que ordenó la restitución al padre. Exigencia de traducción de documentos extendidos en lengua extranjera establecida por el Auto Acordado de la Corte Suprema. Grave riesgo y opinión del menor.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículos 3°, 5°, 13, 24.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: La Corte, asumiendo la buena fe de los litigantes conforme a la presunción general de ella recogida como principio general del Derecho por nuestro ordenamiento jurídico, les dio igualmente valor a los instrumentos extendidos en idioma inglés.

Por su parte, y previa referencia al principio de interés superior del niño, y declarando que el estándar de la prueba será apreciarla en conciencia, de conformidad al Auto Acordado sobre tramitación de solicitudes de restitución internacional, la Corte Suprema analizó los antecedentes allegados a la causa, determinando que el padre tenía escaso contacto con sus hijos habidos con anterioridad, aun en el estado de adicción a las drogas de uno de ellos, y consideró relevante cierta sospecha de abuso sexual supuestamente cometido en la persona de la menor E. A. M., esbozada en un informe acompañado a la causa y emitido por una perito norteamericana, estimando que no era aconsejable que él la cuidara.

Además, valoró la opinión de la menor, canalizada a través del correspondiente informe social, en orden a su voluntad de permanecer en el país y fundamentalmente la reticencia a la persona de su progenitor, dando relevancia a su grado de madurez, que merece tenerse en cuenta.

En definitiva, estimó que en la especie se reunían dos de las condiciones que el artículo 13 de la Convención de La Haya establece para negar la solicitud de uno de los padres para que el menor sea devuelto a su custodia, esto es, la existencia de un grave riesgo de que el regreso de la

menor la exponga a un peligro físico o psicológico o que de otro modo la ponga en una situación intolerable; y, que el menor se oponga a su regreso y que este haya llegado a un grado de madurez que merece que su opinión deba tenerse en cuenta, por lo que estimó que los sentenciadores del grado incurrieron en falta o abuso, rechazando la solicitud de restitución.

RESULTADO DEL JUICIO: Recurso acogido. Restitución denegada.

VOTO DE MINORÍA: El Ministro don Urbano Marín Vallejo, estuvo por rechazar el recurso de queja, por estimar que no se ha cometido falta o abuso grave en dicha decisión, pues en la especie se da la situación que contempla el artículo 3º de la Convención de La Haya, y por otra parte, no se encuentran acreditados los hechos que justificarían las excepciones del artículo 13º.

OBSERVACIONES: Tal como en el caso anterior, pese a que no existió controversia sustancial relativa a la ilicitud del traslado, se estimó configurada la excepción del artículo 13 letra b) de la Convención.

Además, se dio aplicación a la norma, también contenida en el artículo mencionado, que obliga al órgano decisor a considerar la opinión del menor con madurez y edad suficiente para emitirla.

Lamentablemente el voto de minoría no cuenta con mayores argumentos, cuestión comprensible en atención a la naturaleza del recurso ventilado, disciplinario y no de fondo.

CASO 14

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile. (Tribunal de Primera Instancia, Juzgado de Familia de Puente Alto). Rol N° 7142-2012.

FECHA: 24 de diciembre de 2012.

ESTADO REQUIRENTE: Suecia.

ESTADO REQUERIDO: Chile.

ACCIÓN O RECURSO: Casación en el fondo. Solicitud de restitución internacional de menor.

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: N. J. H.C. contra P. C. R. O.

HECHOS: Los padres de la menor A.T.R.H., nacida el 24 de abril de 2006, residían en la ciudad de Umea, Suecia, donde habrían establecido una custodia compartida, que se mantenía a la época de separación en el año 2007, y en la que la menor se encontraba una semana con cada uno de ellos, llegando incluso a permanecer dos meses con el padre producto de un accidente de la madre.

La madre inició en Suecia un procedimiento de abuso sexual con fecha 15 de octubre de 2010 en contra del padre, el que se cerró por falta de antecedentes.

En el mes de diciembre del mismo año, por aviso de un amigo, el padre se enteró que su hija viajaría a Chile, denunciando el hecho a servicios sociales, contactando a la madre, quien inicialmente negó el viaje, pero por la insistencia del Servicio, lo admitió, señalando que se extendería por un lapso de catorce días. Los servicios sociales, luego de insistentes llamados a la madre ya instalada en Chile, lograron comunicarse con su

hermana, quien informó que permanecería en el país sin intenciones de retorno.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: Traslado y retención ilícitas.
Grave riesgo en el retorno en razón de abuso sexual.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO:

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre solicitante alegó, que en violación de su derecho de custodia legalmente atribuido por el Derecho sueco, la madre trasladó en forma arbitraria a la menor a Chile, tornándose la retención ilegal cuando el servicio social sueco se comunicó vía telefónica con la hermana de la madre requerida, quien informó que aquella no volvería a Suecia. Asevera que la residencia habitual de la niña se encontraba en Suecia, pues ahí nació y tenía su centro de vida antes de ser retenida ilícitamente. Además señaló que acreditó en el Estado requirente su capacidad y solvencia para mantener a su hija; y que la madre, unilateralmente, ha impedido el ejercicio de sus derechos de custodia.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La madre requerida efectuó las alegaciones que planteara ante las autoridades suecas referidas al abuso

sexual, el que no fue atendido en dicho país, dilatando la atención de su hija. Señaló que en Chile se hacen cargo de ella sus abuelos maternos, tiene educación, cuidados de salud y terapia psicológica.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: El Tribunal de primera instancia, resolvió que el traslado de la menor y su retención en Chile fueron ilícitas; que la residencia habitual de la niña se hallaba en Suecia, y que la custodia era ejercida de manera conjunta, vulnerándose los derechos de la menor en cuanto a vivir con ambos padres.

En cuanto a la adaptación al nuevo medio, la sentenciadora no la estimó de relevancia tal como para negar la restitución.

La Corte Suprema, analizando el recurso sometido a su conocimiento, aplicó la Ley N° 19.968 que creó los Tribunales de Familia, destacando que el inciso primero del artículo 67 de aquella, hace aplicable las normas del Código de Procedimiento Civil, en materia de recursos, conforme a lo cual, el plazo para deducir apelación en contra de la sentencia definitiva, es de 10 días, el que, además, establece que el tribunal de alzada conocerá y fallará la apelación sin esperar la comparecencia de las partes, las que se

entenderán citadas por el ministerio de la ley a la audiencia en que se conozca y falle el recurso, y efectuada la relación, los abogados de las partes podrán dividir el tiempo de sus alegatos para replicar al de la otra parte, de lo que se colige que las apelaciones en materia de familia deben ser conocidas siempre previa vista de la causa, exigencias que no se cumplieron, vulnerándose la garantía de un procedimiento racional y justo, retrotrayéndose la causa al estado de conocer el recurso de apelación deducido por la parte demandada.

RESULTADO DEL JUICIO: En primera instancia se ordenó la restitución, invalidándose lo obrado al estado de conocerse del Recurso de Apelación deducido por la madre demandada.

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: Aun cuando, nuevamente, la Corte Suprema omitió pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido, en razón de defectos procedimentales, podemos observar que la sentenciadora de primera instancia, única en emitir juicio con respecto al fondo, hizo estricta aplicación del convenio al estimar ilícito tanto el traslado como la retención

y dar aplicación a la Convención, desestimando, por falta de acreditación suficiente en juicio, la excepción de grave riesgo, y estimando que se privó a la niña de sus derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, como asimismo, que la adaptación al nuevo entorno tampoco resultaba fehacientemente demostrada.

CASO 15

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile (Tribunal de Primera Instancia, Juzgado de Familia de Pudahuel). Rol 11.656-2012.

FECHA: 2 de abril de 2012.

ESTADO REQUIRENTE: Guatemala

ESTADO REQUERIDO: Chile

ACCIÓN O RECURSO: Casación en el Fondo. Solicitud de restitución internacional de menor.

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: C. A. A. contra P. V. S. (Menor A. S. A. V.)

HECHOS: La menor, de tres años de edad al tiempo de la sentencia de primera instancia, nació el 29 de abril de 2007, en Retalhuelu, Guatemala, producto de una relación entre demandante y demandada. La relación terminó, trasladándose la madre, por razones laborales, a otra ciudad, con su hija.

En el mes de marzo de 2010, el padre autorizó a la demandada a realizar un viaje corto a Cancún con la niña en compañía de una amiga, indicando que duraría hasta el 8 de marzo de 2010, sin embargo, no regresaron en la fecha indicada y la niña fue sacada del país rumbo a Chile sin autorización paterna.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: Traslado ilícito. Determinación de la residencia habitual. Acreditación de la excepción de grave riesgo en relación con el principio de interés superior de la menor.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículo 3°, 4° y 13 letra b).

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre solicitante alegó la falta de su autorización para el traslado de la niña a Chile y al cambio de país de residencia, y el ejercicio de una retención ilícita por la madre demandada, en los términos del Convenio, decisión unilateral de ella, e inexistencia de las excepciones de los artículos 12 y 13 letras a) o b). Alega que la madre presenta un problema de adicción a las drogas, lo que constituye un peligro para su hija.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La madre demandada negó tratarse de un traslado ilícito, ya que se cumplen las dos causales del artículo 13 de la Convención, pues al momento de producirse el viaje, las partes se encontraban separadas, por tanto, según lo dispuesto en los artículos 252 y 261 del Código Civil guatemalteco, corresponde a la madre el cuidado de los hijos.

Por su parte, alegó que el padre vivía en una localidad distante al domicilio de la madre y que la acosaba, tornándose en un peligro para ella y la niña. Agrega que la salida del país de su hija no requería de autorización paterna, sino sólo para sacar pasaporte, el que tiene, por lo tanto no se le solicitó. No se han regulado judicialmente alimentos ni relación directa y regular con la

niña, ya que la madre contaba con los medios económicos para cubrir sus necesidades, y las visitas se regularon en forma amistosa.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: El Juzgado de Familia de Pudahuel estableció que las partes tenían su residencia habitual en Guatemala, donde además nació y vivió la menor, por lo que, por no acreditarse alguna de las excepciones a la restitución ni haber transcurrido el plazo de un año de acercamiento en Chile de la niña, ordenó su retorno. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó el fallo.

La Corte Suprema, en la vista del recurso de casación en el fondo, reflexionó que de los presupuestos fácticos determinados en el fallo impugnado puede estimarse que de acuerdo con lo que previene el artículo 3º letra b) de la Convención, el hecho sub-lite se encontraría tipificado como un “traslado o una retención de un menor considerado ilícito”, cumpliéndose las condiciones para ordenar el regreso de la niña a su país de origen. Sin embargo, no corresponde hacer una aplicación automática de dicha normativa, sin analizar otros factores que el propio Tratado contempla en su normativa, esto es, las situaciones de excepción a la restitución.

Así, razonó que la niña, de cuatro años de edad a la época de la sentencia analizada, siempre había vivido junto a su madre, primero en Guatemala y luego en este país, y junto a ella y a su hermana menor, desde marzo del año 2010, donde ha desarrollado redes sociales y afectivas. Refiere que la condición etaria y etapa de desarrollo en que se encuentra, donde si bien tanto la figura paterna y la materna son importantes y determinantes para su formación, atiende a aquella regla natural o biológica que da cuenta de una especial vinculación con la madre, dada por la existencia de la vida prenatal y que se presenta como simbiótica en los inicios del desarrollo humano, se va transformando e independizando a medida que la niña avanza en su desarrollo. Sin embargo, en la etapa de la niñez de que se trata, es crucial la presencia de la madre, con la que primordialmente se presenta el apego, elemento fundamental para la formación del niño, en cuanto factor de protección y contención.

La pérdida de aquel vínculo materno o la posibilidad cierta de ello, representan un grave riesgo para la niña, en cuanto esa situación la expone innegablemente a un peligro, sobretodo psicológico, en el ámbito de su desarrollo personal, lo que desde el punto de vista del interés superior del

niño, constituye un riesgo efectivo e inminente de que el desarrollo de la menor se vea afectado o expuesto a una situación intolerable, en los términos previstos por el artículo 13 letra b) de la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, error de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

RESULTADO DEL JUICIO: Restitución denegada

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: Una vez más, observamos que la Corte Suprema, en el análisis de los hechos que constituyeron la materia del juicio (y no únicamente en lo que guarda relación con la casación de fondo, recurso de nulidad de la sentencia por errónea aplicación del derecho), emitió un pronunciamiento sobre la contienda misma.

En este caso, en particular, estimamos que las referencias al vínculo materno excedieron con mucho a la mera argumentación que tuvo por acreditada una de las excepciones a la restitución, sino que parecieron referirse con mayor propiedad a la determinación del cuidado personal de la menor.

De esta manera, es posible reflexionar que el fallo del máximo Tribunal se encuentra en un límite, no del todo claro, entre la atribución definitiva de la guarda a la madre y la mera resolución de la solicitud de restitución internacional en estudio.

Así el padre podría verse desincentivado de recurrir, en lo sucesivo, a los Tribunales chilenos para la regulación de sus derechos como progenitor y los de su hija en ese mismo aspecto, en el entendido que un Tribunal inferior, podría ver influenciada su decisión ante la opinión emitido por el superior jerárquico, vulnerándose aquello que precisamente fundó la decisión: el interés superior de la menor.

CASO 16

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile (Tribunal de Primera Instancia, Cuarto Juzgado de Familia de Santiago) Rol N° 11.345-2011.

FECHA: 30 de abril de 2012.

ESTADO REQUIRENTE: España.

ESTADO REQUERIDO: Chile.

ACCIÓN O RECURSO: Casación en el fondo. Solicitud de restitución internacional de menor.

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: C. G. A. con C. F. B. (menor A. G. F.)

HECHOS: La menor, de tres años a la época de la sentencia de primera instancia, nació en Barcelona con fecha 7 de Enero de 2008. Los padres estaban casados. El matrimonio terminó por divorcio de mutuo acuerdo, según consta de sentencia de fecha 12 de mayo de 2009. Aquella estableció que la menor quedaría bajo patria potestad compartida entre ambos progenitores, quienes se comprometieron a tomar de común acuerdo las decisiones importantes que pueden afectarle, la guarda y custodia correspondería a la madre y se estableció un régimen de vistas y estancias con el padre, consistente en visitas los días miércoles de cada semana, fines de semanas alternados y la mitad de las vacaciones de la menor. Por último, el fallo estableció la obligación entre los padres de informarse mutuamente del lugar donde se encuentre la niña y facilitar la comunicación, escrita y

telefónica de aquel ausente, como asimismo, avisar al otro progenitor, con una semana de antelación, cualquier salida de la menor de su ciudad de residencia habitual, esto es Barcelona, España.

El 9 de febrero de 2011 la madre se trasladó sin aviso a Chile con la niña, presentando cuatro días antes del viaje una denuncia contra el padre por abuso sexual en la persona de la menor, la que finalmente fue sobreseída por falta de antecedentes.

DISPUTA JURÍDICA DE RELEVANCIA: Traslado ilícito. Derecho de custodia. Excepción de grave riesgo (abuso sexual).

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículos 3, 5 y 13 letra b).

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre alegó traslado ilícito, en contravención a la sentencia que reguló las relaciones de los padres para con la niña, como también en violación de las normas del Convenio. Acusó la mala fe de la madre al orquestar el viaje a sabiendas y sin consultarle, y al interponer una denuncia criminal infundada con el sólo objeto de entorpecer sus derechos.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La madre sostuvo que en el ejercicio de su derecho de guarda y custodia, entregado en la sentencia judicial de divorcio, ha actuado en resguardo y protección de la menor, en tanto tomó conocimiento por parte del relato de la niña, que esta habría sido vulnerada sexualmente por su padre, posiblemente los días previos a su viaje a Chile, siendo ella misma víctima de violencia intrafamiliar reiterada, situación que motivó el divorcio, además de otros factores de riesgo por parte de su ex cónyuge, tales como consumo de drogas, antecedentes de maltrato familiar, tratamientos por depresión y el hecho de dedicarse a la venta y colección de armas.

Niega haber ocultado el viaje al padre, por habérselo comunicado y ser habituales sus viajes a Chile, además de estar autorizados en la sentencia de divorcio, mas asevera que la decisión de quedarse en Chile fue tomada en el momento de saber el peligro al que había estado expuesta la niña, quien le graficó el ataque del que fue víctima, indicándole los juegos que había aprendido en casa de su padre, con evidente connotación sexual, ante lo cual a su arribo a Chile, se dirigió a pedir asesoría a SENAME, donde le aconsejaron denunciar la causa ante el Ministerio Público de Chile,

instancia que a su vez solicitó peritajes a la Policía de Investigaciones, estando actualmente la niña en fase de diagnóstico y tratamiento de reparación en el Centro de Recuperación Integral y Especializado CRIES.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: El Juzgado de Familia de primera instancia, estableció que el padre demandante podía exigir que el lugar de residencia de la menor no pudiera ser definido unilateralmente por la madre, quien si bien se encontraba autorizada para viajar a Chile, siendo lícito el viaje mismo, no lo estaba para decidir su permanencia en el país, situación que configura el supuesto del Artículo 3° de la Convención, y una contravención al acuerdo regulatorio establecido en la sentencia de divorcio del Juzgado homónimo de Barcelona.

Con todo y de análisis de la abundante prueba y la opinión de la Consejería Técnica, la sentenciadora privilegió el trabajo realizado en Chile con la niña, la cual fue intervenida por dos equipos profesionales, uno forense de la Policía de Investigaciones, y otro clínico del CRIES, estando ambos contestes en señalar que la menor tiene distintos grados de alteración en su normal y sano desarrollo, ya sea asociados a un posible abuso sexual, o a dinámicas de violencia intrafamiliar entre los padres, o a la ansiedad

propios de esta clase de conflictos, y a objeto de evitar un peligro para la menor, se debe favorecer la vinculación y apego con la madre, como figura protectora y encargada de su guarda y custodia, amén de poder terminar las terapias ya iniciadas, privilegiando un entorno de estabilidad emocional que favorezca su debida recuperación, y del rol parental de la madre, todo lo cual se vería altamente perjudicado en caso de ordenarse el regreso inmediato y obligado.

En sentencia de segunda instancia, la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, revocando la de primera, desestimó el razonamiento de grave riesgo, en razón de los informes que no eran categóricos al atribuir la ansiedad de la niña al abuso sexual denunciado, además de que las consideraciones relativas a apego materno, debían ser resueltas por Tribunal competente al tratarse de cuestiones relativas al cuidado personal, excediendo el ámbito de la Convención.

A su turno, la Excma. Corte Suprema, nuevamente discurrió sobre el principio de Interés Superior del Niño, aplicado al caso de la menor involucrada en el pedido de restitución internacional, argumento apoyado

en que el abuso sexual, si bien no probado, tampoco fue descartado por los profesionales del área.

Luego, la adicional separación de la madre, decretada por la sentencia de segunda instancia, la pondrían en una situación de aun mayor vulnerabilidad, teniéndose por acreditado el grave riesgo, entendiendo que los sentenciadores del fondo erraron en la aplicación del artículo 13 de la Convención, yerro que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, acogiéndose el recurso de casación en el fondo, invalidándose la sentencia y dictándose una de reemplazo que denegó la restitución.

RESULTADO DEL JUICIO: Restitución denegada.

VOTO DE MINORÍA: De los ministros don Patricio Valdés A. y doña Rosa Egnem S., quienes estuvieron por rechazar el recurso de nulidad impetrado, al considerar que los jueces recurridos no incurrieron en error de derecho al resolver como lo hicieron, pues se cumplen en la especie los requisitos para aplicar la Convención, ya que la retención ilícita de la menor por parte de su madre se encuentra establecida, así como que su tuición es compartida por ambos padres, por lo que ninguno de ellos puede alterar la

situación del hijo común en desmedro de los derechos del otro progenitor. Además, no existen en el proceso antecedentes objetivos que permitan aplicar, en la especie, la disposición contenida en la letra b) del artículo 13 de la referida Convención, que autoriza al Estado requerido para abstenerse de entregar al menor si hay grave riesgo de que el regreso de la niña la exponga a un peligro físico o psicológico o de otro modo la ponga en una situación intolerable.

OBSERVACIONES: Estimamos que en este caso el razonamiento de la sentenciadora de primera instancia se acercó más a los objetivos convencionales que aquel definitivo de la Corte Suprema, esto es, decidir con pruebas fehacientes y explicitar cómo la restitución podía significar un grave riesgo o poner a la menor en una situación intolerable.

Si bien el traslado fue contra derecho en los términos del Convenio, y contra una resolución de carácter jurisdiccional en el Estado requirente que atribuyó derechos a ambos progenitores, los informes técnicos sugerían que la menor se encontraba en un estado de fragilidad ciertamente relevante que no hacía aconsejable su retorno a lo que, al menos, se percibía como la fuente del conflicto.

Con la prueba rendida, consideramos que la sentencia de primera instancia construyó una sólida argumentación jurídica para denegar la restitución a España.

CASO 17

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile (Tribunal de Primera Instancia, Primer Juzgado de Familia de San Miguel). Rol N° 2.692-2011.

FECHA: 4 de julio de 2011.

ESTADO REQUIRENTE: Australia.

ESTADO REQUERIDO: Chile.

ACCIÓN O RECURSO: Casación en el Fondo. Solicitud de Restitución Internacional de Menor

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: C. C. A. V. contra P. J. D. G. (Menor C. J. A. D.)

HECHOS: Las partes, ambos ciudadanos chilenos, contrajeron matrimonio el el 7 de marzo de 2003 en Chile. En el mes de Julio del mismo año, decidieron trasladarse a Australia, radicándose los primeros meses en la casa de la madre del padre demandante y posteriormente en una casa que establecieron como hogar. El 5 de marzo de 2005 nació el hijo de ambos, en la ciudad de Brisbane.

El 14 de diciembre de 2009, la familia viajó de vacaciones a Chile por el periodo de tres meses, y al regresar de ellas el 13 de marzo de 2010, los padres se separaron. La madre se fue con su hijo y acordaron comunicarse por teléfono celular y coordinar las visitas del padre todos los fines de semana y ocasionalmente durante la semana.

El padre, al no obtener respuesta de la madre para una visita, concurrió a la estación de policía local para declararlos como desaparecidos, informándole al día siguiente que ambos habían salido del país, negándose a informar sobre su destino, por lo que el demandante se contactó telefónicamente con la madre de la demandada, quien le confirmó que se encontraban junto a ella en Chile, aseverando que era un viaje vacacional, reclamando el padre

del viaje sin su autorización. La demandada terminó por señalarle que en definitiva no volvería a Australia.

DISPUTA JURÍDICA DE RELEVANCIA: Traslado ilícito. Integración del menor a su nuevo medio. Grave riesgo.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículos 3º, 5º, 12 y 13.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El demandante argumentó que el traslado fue ilícito en los términos del Convenio y realizado sin su consentimiento. Además que la demandada omitió informarle su paradero mientras duró su estancia en el Estado requirente.

ARGUMENTOS DEMANDADA: Sostuvo que su salida del hogar común se debió a los reiterados episodios de violencia intrafamiliar, tanto física como psicológica que ejerció el actor en su contra. El domicilio al que se había trasladado la demandada se trata de un refugio de acogida para mujeres víctimas de violencia intrafamiliar en el cual residió junto a su hijo desde el 31 de marzo, siendo uno de los requisitos exigidos para permanecer en dicha institución, no revelar el paradero al agresor. Agrega

que la salida de Australia se hizo en regla y sin contravenir norma alguna. Finalmente, esbozó la adaptación del niño a su nuevo medio.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: La juez de primera instancia, en un acabado razonamiento relativo a las circunstancias constitutivas de traslado ilícito y a la limitación de competencia establecida por el Convenio, en el sentido de señalarse que sólo la tenía para pronunciarse sobre las circunstancias de hecho que configuran una retención contraria a derecho, resolvió favorablemente al pedido de restitución.

Se alzó la demandada contra la sentencia, y la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, resolvió sobre la base de haber faltado el actor a la ritualidad del proceso al no acompañar traducciones fieles del Derecho australiano que invocó y que le conferiría la tuición de la menor, aun conjuntamente con la de la madre, excluyéndose así la posibilidad de calificar la conducta de la demandada como ilícita o violatoria de un derecho de visita previamente reconocido en el país oceánico. A su turno, otorgó valor a cierto informe psicológico con el que estimó configurada la excepción del artículo 13 letra b) del Convenio, ya que la separación del

infante de su madre a tan corta edad, lo dejaría expuesto de manera innecesaria a riesgos de carácter psicológico que impedirían su desarrollo integral.

La Corte Suprema, desestimó el recurso de casación de fondo, en razón de estimar ajustada a derecho la sentencia de segunda instancia, declarando expresamente que además la decisión fue motivada por configurarse la situación de excepción (grave riesgo) y no exclusivamente por los defectos procedimentales encontrados.

RESULTADO DEL JUICIO: Solicitud desestimada y restitución denegada.

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: Observamos que en esta sentencia, en términos generales, se replica el patrón decisorio que hemos venido reseñando, esto es, una estricta argumentación jurídica en primera instancia, para fallar los Tribunales superiores de Justicia con decisiones basadas en el interés superior del menor.

Con todo, no concordamos con la exigencia planteada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en cuanto a no haberse acreditado una resolución relativa a la custodia en el Estado requirente, precisamente requisito del que el Convenio ha prescindido, prefiriendo las restituciones inmediatas y posteriores discusiones respecto de derechos parentales ante los tribunales del Estado de residencia habitual del menor.

CASO 18

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile (Tribunal de Primera Instancia, Segundo Juzgado de Familia de Santiago). Rol N° 8727-2012.

FECHA: 28 de febrero de 2013.

ESTADO REQUIRENTE: Francia

ESTADO REQUERIDO: Chile

ACCIÓN O RECURSO: Casación en el fondo. Solicitud de Restitución Internacional de menor.

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: N. R. contra J. M. A. V. (menor M. P. R. A. V.)

HECHOS: Las partes están casadas, y de la unión matrimonial nació la niña M. P. R. A. V. el 6 de octubre de 2006. El padre demandante inició proceso de divorcio en Francia; y con fecha 3 de enero de 2012, se celebró audiencia en el Tribunal local, en la cual el juez prohibió la salida del país de la infante sin autorización del padre, audiencia generada a petición de éste por amenaza de la madre. Pese al compromiso asumido ante el juez francés, la madre salió de Francia.

DISPUTA JURÍDICA DE RELEVANCIA: Traslado ilícito. Residencia habitual. Excepciones a la restitución.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículos 3º, 4º, 5º y 13 letras a) y b).

ARGUMENTOS DEMANDANTE: Alega el padre, que la progenitora trasladó a su hija sin su consentimiento y contra la resolución del Tribunal aludido y las disposiciones del Código Civil francés, que en su artículo 372,

ordena que los padres ejercerán en común la patria potestad del hijo, que la separación de los padres no afectará esta regla y que todo cambio de residencia deberá comunicarse al otro padre oportunamente. Además, hace presente que de acuerdo las normas del Código Penal francés, la acción de la demandada puede configurar el delito de secuestro de menores en Francia, investigación que está pendiente ante el fiscal francés en espera de la resolución de la causa en Chile. Solicitó en definitiva, se retorne la niña a su residencia habitual.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La madre se opuso a la demanda y a la restitución solicitada, en razón de las excepciones del artículo 13 de la Convención de la Haya tanto de la letra a), por cuanto el demandante no ha ejercido realmente el cuidado personal de su hija y la de la letra b), debido a que existiría un grave riesgo para la niña en caso de retorno.

Razonó que un mes después de nacida la niña, ella viajó a Chile en plan de vacaciones los meses de noviembre y diciembre de 2008. Al retornar a Francia permaneció 5 meses. Luego desde junio de 2009 a enero de 2011, volvió a establecerse en Chile, pues las partes anteriormente habían

acordado radicarse en el país, pero la relación entre ambos empezó a deteriorarse.

En este periodo, la niña muy pocas veces fue visitada por su padre, quien tampoco hizo aportes para su manutención, ni realizó trámite alguno para que ella retornara a Francia.

En enero de 2011, las partes se reconciliaron, yendo la demandada junto a su hija a Francia. Luego de 6 meses, regresó con la niña a Chile, y teniendo pasajes para viajar, el padre los canceló y manifestó su negativa para que la niña migrara al país europeo, para lo que contactó con el Consulado francés en Santiago, el Defensor del Niño francés y el Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de que se otorgara la autorización.

En virtud de estas gestiones, el padre prestó su autorización y viajaron. La demandada, ante la negativa inicial, decidió volver sola a Francia debido a que debía renovar su visa, para viajar junto a la niña el 11 de noviembre de 2011, respondiendo el viaje y la permanencia, a la necesidad de estar juntas mientras se resolvía el proceso de divorcio entre las partes, decisión que

cambió en razón de las agresiones físicas y psicológicas por parte de su cónyuge, decidiendo regresar a Chile.

En definitiva, pidió se deniegue el regreso de la niña.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: La sentenciadora de primera instancia, decidió que no resultaba totalmente posible de calificar el desplazamiento como ilícito, debido a que la menor permaneció en Chile por un lapso de alrededor de dos años, bajo el cuidado ejercido por su madre y con un par de contactos con su padre, no por negativa injustificada de la madre, sino por la actividad laboral del actor en una línea aérea. Asimismo, las diferencias conyugales impidieron que en la práctica existiera un diligente ejercicio de la función parental compartida, lo que queda evidenciado por sus desacuerdos y la intervención de las autoridades francesas en su pronta solución, cuestiones que la llevaron a concluir que el cuidado personal que la ley le asignaba al padre demandante, no era ejercido de modo efectivo al momento del traslado de la niña.

Concluyó que las circunstancias de la niña y su familia a la época de la sentencia, determinan que su regreso a Francia resulte intolerable para

ella, en atención a su edad; al hecho de haber permanecido durante una parte importante de su vida en Chile junto a su madre; a la relación habida entre sus padres, que no resulta funcional a la satisfacción de la necesidad de estabilidad emocional de la niña, debido a que ambos no han logrado cesar la resolución agresiva de sus conflictos; a la inexistencia de indicios que permitan vislumbrar un cambio en el patrón de conducta construido, el que se ha ido incrementando en el tiempo; a la desprotección o vulneración de derechos que esto implica para la niña cuyo interés superior se ha minimizado por la disputa de ambos; a la falta de redes sociales de apoyo y la carencia de actividad laboral de la demandada en Francia, lo que sumado al conflicto aludido, permiten prever el surgimiento de factores de riesgo que afecten el cuidado diligente debe ser otorgado a la niña por ambos padres. En suma, rechazó el regreso de la niña, por encontrarse justificada la procedencia de ambas excepciones del artículo 13 del Convenio.

La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia.

La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo, en una jurisprudencia diversa a la que hemos venido estudiando, ordenó la restitución de la menor a Francia en razón de que la excepción permite no

ordenar la restitución si se comprueba que ello le provocará grave riesgo físico o psíquico o una situación intolerable, lo que deberá ser demostrado en el proceso en que se ha efectuado la solicitud de entrega o traslado. De lo anterior, el máximo Tribunal definió los conceptos a los que alude dicha disposición, el “grave riesgo” y “peligro físico o psicológico”, las que de acuerdo con las acepciones gramaticales de tales vocablos, según el Diccionario de Lengua Española de la Real Academia Española, pueden entenderse como alusivas a situaciones de gran entidad que implican la contingencia, inminencia o proximidad de que se produzca un daño material, moral, espiritual o psicológico. También puede ser consecuencia del carácter “intolerable” de la permanencia en el país requerido.

Concluyó que los hechos del fallo impugnado, no constituyen el excepcional motivo que aplica la sentencia, pues si bien es cierto que la causal también se corresponde con el concepto “interés superior del niño”, éste no autoriza a que en el país al que se lleve al niño se litigue nuevamente acerca de lo que ha sido objeto de proceso y de decisión, puesto que la Convención analizada es un instrumento destinado a ejecutar la resolución por habérsela descatado. Lo que debe ser objeto de este

segundo proceso es la concurrencia de las causales ya señaladas. Lo anterior debe entenderse así, precisamente, en interés superior del niño, porque su situación se encuentra resuelta, y porque no merece otro juicio. De esta manera, cuando a propósito de constatar las causales se reproduce el proceso vulnerado por el secuestro, se afecta este principio rector.

En suma, la Corte estimó que vivir en Francia no importaba para la niña “grave riesgo” ni “peligro físico”, o al menos no hay hechos probados en este sentido. Lo mismo debe decirse del carácter de intolerable, de modo que no quedaron establecidos hechos que puedan subsumirse en la causal que autoriza a no decretar el retorno de la niña; y porque en tal situación, al aplicarse falsamente la norma de excepción del artículo 13, letra b, se dejó de cumplir la norma del artículo 3 de la misma Convención, a resultas de una errónea interpretación de estos preceptos.

RESULTADO DEL JUICIO: Casación acogida. Restitución ordenada.

VOTO DE MINORÍA: El ministro don Hugo Dolmestch disintió, al estimar que los jueces recurridos no incurrieron en error de derecho al resolver como lo hicieron, acogiendo la excepción a que se refiere el artículo 13 letra

b), pues se cumplen en la especie los requisitos para aplicarla, al no ser posible asegurar que el traslado de la niña a Francia signifique necesariamente que su madre la acompañe, ya que es un hecho de la causa que ésta fue denunciada a la justicia penal a consecuencia de los hechos que motivaron este proceso. Además, si la progenitora decidiera trasladarse a Europa, se vería obligada a vivir a expensas del requirente con el cual ha tenido significativos conflictos, sin que pueda asegurarse que encontrará trabajo y que el Estado francés la subsidiará, como afirmaba el recurrente. Lo anterior implica imponer a la madre un sacrificio que va más allá de lo razonable. En este sentido surge la necesidad de brindarle a la menor la debida protección y amparo, siendo fundamental el reconocimiento de la relación filial que se ha desarrollado naturalmente entre la demandada y su hija, conforme a la etapa de crecimiento que la misma atraviesa y la importancia que tiene para su presente y futuro el mantener tal vinculación, en términos de no privar a la niña de una vida al lado de su madre y bajo los cuidados cotidianos de la misma, con quien siempre ha estado. En efecto, dicha pérdida o la posibilidad cierta de ello, representa un grave riesgo para la niña, porque dicha situación la expone innegablemente a un peligro,

sobre todo psicológico, en el ámbito de su desarrollo personal, por la privación de la figura de apego y contención de la figura materna.

Así, la posibilidad de que la menor sea trasladada a su país de origen, representa un evento cierto de que sea separada de su madre y que, además, se altere la situación de estabilidad que ha desarrollado en este país junto a ella y su familia, lo que desde la perspectiva en estudio, esto es, siempre desde el punto de vista del interés superior del niño, constituye un riesgo efectivo e inminente de que el desarrollo de la menor se vea afectado o expuesto a una situación intolerable, en los términos previstos por el artículo 13 letra b) de la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

OBSERVACIONES: En la sentencia en estudio, observamos un cambio en la jurisprudencia, que dio mayor preponderancia al hecho del traslado ilícito que a la situación subjetiva del vínculo emocional entre la menor y su madre que tan relevante fue para decidir otras cuestiones sobre restitución internacional. Tampoco fue suficientemente importante, como en otras sentencias si lo fue, el hecho de que la progenitora no tuviera redes en el

Estado requirente que le aseguraran obtener trabajo y evitar la dependencia económica paterna.

Así, el voto minoritario, se acercó más a la jurisprudencia más generalmente seguida por la Corte.

Tales razonamientos podrían explicarse por la manera en que la madre abandonó el Estado requirente, esto es, en contravención a sentencias que se lo impedían sin la competente autorización.

CASO 19

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile (Tribunal de Primera Instancia, Juzgado de Familia de Concepción). Rol N° 2.367-2012.

FECHA: 8 de agosto de 2012.

ESTADO REQUIRENTE: Alemania

ESTADO REQUERIDO: Chile

ACCIÓN O RECURSO: Casación en el fondo. Solicitud de restitución internacional de menor.

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: R. E. F. contra K. F. A. (menor D. A. E. F.)

HECHOS: Los padres, de nacionalidades española y chilena respectivamente, contrajeron matrimonio el 14 de junio de 2006, en la ciudad de Munich, Alemania, y con fecha 21 de junio del mismo año, nació su hijo D. A. E. F. Si bien los padres se encontraban separados, existía acuerdo en que Munich fuera el lugar de residencia del niño, donde asistía regularmente al jardín infantil y se encontraba rodeado de familia y amigos. De conformidad al Derecho alemán, ambos padres gozaban de la custodia compartida del niño. No obstante ello, el 22 de septiembre de 2010, el Juzgado Municipal de Munich dictó una resolución prohibiendo expresamente que el menor saliera de Alemania, debido a que había llegado el Tribunal al convencimiento de que “...el bien del niño está en peligro”. Sin embargo, el mismo día 22 de septiembre de 2010, aproximadamente a las 4 de la tarde, la madre viajó junto al niño a Chile, pese a la oposición del

padre y la resolución judicial antes referida. Para estos efectos, engañó a los funcionarios del jardín infantil al que asistía el niño, diciéndoles que se encontraba enfermo y que volvería a clases el jueves. Por otra parte, a la tía del padre demandante, le dijo que iría con el niño a pasar la fiesta del “Oktoberfest”

DISPUTA JURÍDICA DE RELEVANCIA: Traslado y retención ilícita. Adaptación al nuevo medio. Excepciones a la restitución del artículo 13.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículos 3°, 5° 13 letras a) y b).

ARGUMENTOS DEMANDANTE: Reclama como decisión unilateral de la madre el viaje y permanencia en Chile sin la autorización paterna ni de Tribunal alemán competente, que constituye un traslado y retención ilícita en virtud del Convenio.

Planteó que la madre alejó al niño de sus costumbres, amigos, familia, de su padre y de todo lo que le es conocido y seguro, lo cual le provoca un daño, constituyendo un abuso del derecho de la madre, en detrimento del ejercicio de los derechos del padre, y una violación de los derechos del niño a vivir

en su lugar de residencia habitual, donde tiene su centro de vida, siendo esto ilícito en términos del Convenio, situación que se mantiene hasta la fecha.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La madre demandada controvertió las alegaciones paternas, indicando que conoció al demandado en Alemania, cuando sólo tenía 18 años de edad, y que él era un hombre de experiencia, de 33 años, quien se mostró como un buen hombre, respetuoso y caballero, quien luego de saber que ella estaba embarazada, comenzó a revelar su personalidad, celos enfermizos y adicción al alcohol, alegando violencia física y psicológica como conducta habitual, ejerciendo continuas y reiteradas agresiones en su contra, las que describió.

Al separarse, ni siquiera manifestó intención de querer tener una relación para con su hijo, si lo iba a buscar era solo de apariencia, pues terminaba entregándolo a una tía para que lo cuidara.

Finalmente alegó que su hijo se ha integrado al ambiente chileno, no debe vivir subsidiado por el estado alemán, no presencia peleas y tiene apoyo familiar.

Alegó en definitiva que el traslado no fue ilícito, al no vulnerar norma alguna, y que concurren en la especie las excepciones de los literales a) y b) del artículo 13 del Convenio.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: El Juzgado de Familia de Concepción estimó ilícito el traslado, en los términos del artículo 3° del Convenio, sin perjuicio de examinar las causales de excepción al retorno alegadas por la madre demandada.

En cuanto a la primera, reflexionó que, de conformidad a la prueba rendida, en Alemania la patria potestad es ejercida en forma conjunta por los padres, mientras no exista una sentencia que radique sólo en uno de ellos la custodia, o que suspenda o termine su ejercicio. En consecuencia, se debe concluir, necesariamente, que se ha producido una violación a este derecho compartido respecto del padre, de manera que desestima esta causal de oposición.

En cuanto a la excepción de grave riesgo, la juez de primera instancia no la consideró acreditada amén de la prueba rendida.

La Iltrma. Corte de Apelaciones de Concepción, revocando la sentencia en estudio, reflexionó que el fundamento de la acción entablada supone conocer la legislación de Alemania en materia de custodia, de lo que se infiere la necesidad de acreditar en este proceso el derecho que la ley vigente de ese país confiere al padre y a la madre del menor, correspondiéndole el peso de la prueba de tal presupuesto a la parte demandante ya que ésta ha alegado la infracción de la normativa, y al efecto acompañó copia de una parte del Libro IV del Código Civil Alemán en lo relativo a la patria potestad, en una versión redactada en idioma inglés y no en el alemán original, agregándose una traducción al castellano del profesor de Derecho Civil Albert Lamarca perteneciente a la Universitat Pompeu Fabra que se hizo en una publicación sobre dicho Código Civil de la editorial Marcial Pons el año 2008, en infracción a lo establecido en el numeral 3° del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Procedimiento aplicable al Convenio de La Haya (traducción por perito), por lo que no puede estimarse probado el Derecho alemán.

Además y ponderada la prueba de conformidad a las normas de la sana crítica, estimó probado que el menor se encuentra plenamente integrado a

su entorno familiar en la ciudad de Concepción, Chile, y de accederse a la solicitud de restitución ello importaría infligirle un grave daño.

La Corte Suprema falló, desestimando la casación, que los jueces del grado, en uso de las facultades que son de su exclusiva competencia -la ponderación de la prueba y el establecimiento de los hechos- asentaron los elementos sobre cuya base arribaron a la conclusión de no haberse acreditado la ilicitud del traslado y con ello el presupuesto básico de la acción intentada y que, en todo caso, la restitución del menor es contraria a su interés superior, al exponerlo gravemente a una situación de afectación de sus derechos. Tampoco puede concluirse que la decisión de los jueces del fondo constituya una forma de violación al principio del interés superior del niño, pues los sentenciadores al resolver del modo que lo han hecho, tuvieron en consideración el beneficio que la restitución o negativa a permitirla reporta para el menor, y no sólo el interés del padre, aun más si durante los últimos años su madre se ha hecho cargo de la satisfacción de todas sus necesidades encontrándose acreditado que aquél ha desarrollado un alto grado de arraigo familiar y social en la ciudad donde reside.

RESULTADO DEL JUICIO: Casación desestimada. Restitución denegada.

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: Observamos que la el punto de inflexión de las sentencias de los tribunales chilenos está dada por las excepciones a la restitución.

En tal sentido, la determinación de la ilicitud del traslado parece ser una cuestión relativamente sencilla a la luz de la sentencia. Con la prueba que se rinde, la adaptación al nuevo medio tampoco resulta de una seria complejidad.

Sin embargo, la cuestión manifiestamente intrincada la constituye la determinación de las excepciones a la restitución, ya que la situación o situaciones de hecho que las configuran, particularmente el grave riesgo, limita de forma demasiado cercana con las cuestiones de fondo de cuidado personal y relación directa y regular.

CASO 20

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile (Tribunal de Primera Instancia, Juzgado de Familia de Coronel). Rol N° 8849-2011.

FECHA: 22 de marzo de 2012.

ESTADO REQUIRENTE: Noruega.

ESTADO REQUERIDO: Chile.

ACCIÓN O RECURSO: Casación en el fondo. Restitución internacional de menor en virtud de la Convención de La Haya.

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: O. J. R. contra N. G. C. L. (menor L. M. L. R.)

HECHOS: Las parte contrajeron matrimonio en la ciudad de Tromso, Noruega, con fecha 18 de septiembre de 2008, y el 25 de abril de 2009, nació su única hija L. M.

El 31 de diciembre de 2009, viajaron a Chile con el objeto de visitar a la familia materna en Lota, planificando regresar el 26 de marzo de 2010,

pero por razones de trabajo el actor volvió a Noruega solo, a mediados de febrero. La madre y la niña permanecerían en Chile hasta la fecha original del viaje. Tras el terremoto en Chile a fines de febrero de 2010, el demandante regresó (el 5 de marzo). El día original de retorno, la familia viajó de Lota a Santiago, para tomar el vuelo a Europa, pero lo perdieron, cambiando los tickets para el día siguiente, y la demandada le comunicó por primera vez al demandante su intención de no regresar con él y quedarse con la niña en Chile; cambiando varias veces de opinión antes de decidir definitivamente quedarse.

DISPUTA JURÍDICA DE RELEVANCIA: Adaptación al nuevo medio.
Excepciones a la restitución.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículos 12 y 13.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre demandante señaló que nunca consintió la permanencia en Chile de su hija, ni el cambio de residencia, y desconocía además las intenciones de la madre de radicarse en Chile. En Noruega los padres tenían custodia compartida respecto de la niña,

conforme a la ley local, que es además el Estado de residencia habitual de la niña.

Calificó de ilícita la retención.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La madre se basó en los siguientes argumentos: (i) negó la ilicitud del traslado (por haber salido de Noruega junto a su cónyuge); (ii) que el plazo para deducir la acción ha caducado; (iii) que la normativa relativa al interés superior de la menor de autos prima respecto de la convención; y, (iv) que las excepciones que señala el tratado en su artículo 13 se configuran plenamente en este caso.

Niega la residencia habitual en Noruega, por haber pasado de dicho país a Chile por voluntad de ambos, decidiendo el padre regresar a Noruega solo, dejándolas en Chile en compañía de la familia materna y accediendo tácitamente a que su lugar de residencia cambiase, pactando el actor, en los hechos, alimentos para su hija. Además, de conformidad con el Derecho noruego, si los padres tienen responsabilidad parental conjunta, pero el niño vive permanentemente con solo uno de ellos, el otro padre no podrá objetar que aquel con el cual vive tome decisiones concernientes a aspectos

importantes del cuidado del niño, y en caso de duda, la madre podrá tomar la decisión del lugar de residencia, especialmente se ha contado con la aquiescencia inicial y sostenida en el tiempo del padre del cual se halla actualmente separada.

En cuanto al segundo argumento, alegó que la demanda fue ingresada el 31 de marzo de 2011 ante el juzgado de Familia de Coronel, por lo que el plazo escapa sobradamente al fijado en la Convención, sumado a la adaptación al nuevo medio.

En cuanto al tercero, refiriéndose fundamentalmente a la situación actual de la menor.

En cuanto a las excepciones, que concurren en la especie, debido a la adicción al alcohol y malos tratos recibidos en Noruega por su marido, agravados por su condición de extranjera, cuestión que ponen en serio peligro a la niña, además de ser perjudicial para ella el cambio de residencia.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: La sentencia de primera instancia estableció la licitud del traslado, por haber ingresado la menor a Chile con la aquiescencia de ambos padres. Luego, la retención también lo fue por

contar con el consentimiento paterno, de acuerdo a las pruebas rendidas en la causa.

Por su parte, el progenitor no realizó ninguna acción judicial concreta tendiente a lograr el retorno de su hija sino que hasta el 31 de marzo del año 2011, esto es más de un año desde la fecha, reconocida por éste como fecha de retorno original, configurándose la situación prevenida en el artículo 12 del Convenio, por haber transcurrido más de un año y haberse integrado la niña a su nuevo medio.

La Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción confirmó la sentencia, en virtud de sus propios fundamentos y teniendo especialmente presente el interés superior de la niña.

La Corte Suprema consideró que el recurrente no probó los errores de derecho que influyeran sustancialmente en lo dispositivo del fallo, desestimando la casación.

RESULTADO DEL JUICIO: Casación rechazada, Restitución denegada.

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: En este caso, el transcurso de los términos establecidos en la Convención jugó un papel determinante en la decisión definitiva de optar los sentenciadores por la permanencia en Chile.

Tan clara es la norma que la discusión podía limitarse a los plazos.

CASO 21

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile (Tribunal de Primera Instancia, Juzgado de Familia de Arica). Rol N° 1.948-11.

FECHA: 12 de julio de 2011.

ESTADO REQUIRENTE: Perú.

ESTADO REQUERIDO: Chile.

ACCIÓN O RECURSO: Casación en el fondo. Solicitud de restitución internacional de menor.

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: J. C. M. contra C. J. M. S. (menor J. A. C. M.)

HECHOS: Los padres del menor se conocieron el año 2005, iniciando una relación sentimental y conviviendo en un hogar común. El menor nació el 21 de julio de 2006, en el departamento de Santiago de Surco de la ciudad de Lima, Perú, y es hijo de las partes del proceso. Las partes se separaron a inicios del año 2008, volviendo la demandada, sola, a vivir a la ciudad de Arica dejando al menor con su padre en Lima, esto es, cuando el menor tenía alrededor de un año y dos o tres meses de edad. Posteriormente, las partes se reconciliaron en 2009 y la demandada retornó a al país vecino el 19 de diciembre, volviendo a convivir en un hogar común hasta el 26 de febrero de 2010, fecha en que la progenitora regresó a Chile, con su hijo, ingresando por un paso no habilitado, sin autorización de su padre ni de autoridad judicial, para residir en Arica.

El padre, previa solicitud de medida de protección, ingresó solicitud de restitución de menor el 17 de mayo de 2010 ante la Autoridad Central chilena y al tribunal la demanda sobre la materia se ingresó con fecha 9 de septiembre de 2010.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: Traslado ilícito. Adaptación al nuevo medio. Excepciones a la restitución.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículo 3°, 5°, 12 y 13.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre reclamó el traslado lícito, vulnerando los derechos del menor en cuanto a su vida y costumbres, la violación del Derecho peruano que otorga la patria potestad a ambos padres, incluso estando separados, debiendo ejercerla de común acuerdo o bien determinada por resolución judicial

ARGUMENTOS DEMANDADA: La demandada alegó haber estado enfrentada a una persona con rasgos psicopáticos, maltratándola física y psicológicamente a ella, al menor y a otro hijo que tiene la demandada producto de una relación anterior.

Denunció haber sido además golpeada por un tío del actor, incluso debiendo acudir a un centro asistencial, y relató crueles vejaciones que habría sufrido a manos de este último.

Además, alegó que el menor se encuentra adaptado a su nuevo medio.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: El juez de primera instancia, estimó que la madre no contó con autorización del padre o del órgano competente que supliera la voluntad de éste, para poder salir del Perú, vulnerándose los derechos del progenitor sobre el menor, y así entonces estimó que el traslado del niño a Chile se efectuó en vulneración de un derecho de custodia atribuido legalmente al demandante, calificándose como ilícito, ya que el menor tenía su lugar de residencia habitual en Lima.

No aceptó tampoco las alegaciones maternas de adaptación al nuevo medio efectuando una interpretación restrictiva del artículo 12, expresando incluso que “no es pertinente indagar si dicho infante se ha integrado o no a su nuevo medio, pues se exige el transcurso del plazo de más de un año para ello y aún en ese caso el asunto es excepcional”; y, que “... es lógico que no quepa otra interpretación, pues sino bastaría que el secuestrador se ocultara el tiempo suficiente para hacer totalmente ineficaz las disposiciones del tratado”.

En lo que atañe a las excepciones a la restitución, consideró, sobre la primera de ellas (letra (a) del artículo 13), que en Perú la patria potestad incluye los aspectos patrimoniales y personales del infante y en el caso de un hijo no matrimonial, ésta es ejercida en forma conjunta por los padres mientras no exista una sentencia que radique sólo en uno de ellos la custodia o suspenda o termine su ejercicio, por lo tanto, se encuentra acreditado el derecho de tuición compartido que ejercía el padre y la consiguiente violación de éste al traer de manera ilegal y sin autorización al menor a Chile, por lo que fue desestimada. Sobre la segunda, no halló, de los medios de convicción allegados al proceso, motivo bastante como para acreditar el grave daño que el Convenio exige, en la persona del menor.

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Arica confirmó la sentencia con un voto en contra que se analiza más adelante.

La Corte Suprema, desestimando la casación en el fondo, razonó que la Convención tiene por finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de tuición y de visita vigentes en uno de éstos se respeten en los demás. Luego, los jueces del grado, en uso

de las facultades que son de su exclusiva competencia -la ponderación de la prueba y el establecimiento de los hechos- asentaron los elementos sobre cuya base arribaron a la conclusión de configurarse en la especie los presupuestos que hacen procedente la restitución del menor al país de origen. Tal determinación se sustenta en las razones que los propios sentenciadores consignaron en el fallo atacado en armonía con lo previsto en el artículo 32 de la ley N° 19.968, que preceptúa que los jueces de familia apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sistema que, conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio racional puesto en juicio, reglas que no están establecidas en la ley y, por lo tanto, se trata de un proceso intelectual, interno y subjetivo del que analiza, siendo esta una materia esencialmente de atribución de valor o mérito y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces del fondo. Enseguida, y si bien en el fallo impugnado se señala que los antecedentes se apreciaron “en conciencia”, dicha circunstancia, aunque errada pues conforme se ha señalado el sistema de apreciación que rige en estas materias corresponde a la sana crítica, carece de influencia en lo dispositivo del fallo, desde que la

decisión a la que arriban los jueces del grado aparece debidamente fundada en consideraciones y razonamientos acordes con los principios y reglas del sistema de valoración procedente, de modo que desestimaron la casación intentada por la madre demandada.

RESULTADO DEL JUICIO: Casación en el fondo desestimada. Restitución ordenada.

VOTO DE MINORÍA: En segunda instancia la Ministro de la Corte de Apelaciones de Arica, Sandra Negretti C., votó en contra, por las siguientes consideraciones: (i) Que de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 9° del Auto Acordado Sobre Procedimiento aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores, el Juez de la causa no estará obligado a ordenar el regreso del menor, en dos casos: 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, y, b) Cuando existe grave riesgo. (ii) Según lo informado por la Defensora Pública, y la legislación peruana incorporada en el juicio, se advirtió que el menor J. A. C. M. es hijo no matrimonial de las partes, y de conformidad lo establece el Título III, Capítulo Único del

Código Civil Peruano, en su artículo 421, “*La patria potestad de los hijos extra matrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el Juez de Menores determina a quien corresponde la patria potestad*”. En consecuencia, reflexionó que a la época en que el menor es trasladado por su madre desde Lima a Arica, ambos padres tenían la patria potestad del mismo. Tan cierta es la inexistencia de regulación judicial de la tenencia del menor que el requirente inició ante el Juzgado Mixto de La Molina en Lima la solicitud de tenencia del menor en el año 2010, y no se acreditó en autos que a la fecha exista sentencia que la haya regulado. (iii) Atendida esta circunstancia y solicitud de tenencia, quedó manifiesto con la propia actuación del requirente que la patria potestad del niño no se ejerce en forma conjunta por ambos padres, por lo que corresponde aplicar la norma nacional contemplada en el artículo 225 del Código Civil, esto es, que corresponde a la madre el ejercicio de la tuición del menor. Por estas circunstancias el padre requirente carece de legitimidad activa para solicitar su entrega y acogerse a la Convención. (iv) Que también consideró muy especialmente la corta edad del menor y las condiciones en que actualmente se encuentra

en Chile, hechos acreditados a través de informe elaborado por Centro de Diagnóstico Ambulatorio Anataña, de 23 de noviembre de 2010, los que comprueban las redes afectivas, parentales y filiales que el menor ha desarrollado al cuidado de su madre. (v) Que, la Excm. Corte Suprema, ha razonado que la aplicación de la norma del artículo 1º del Convenio de la Haya de 1980, no puede ser tan automática, ya que siempre ha de primar el interés superior del menor, aspecto que conlleva a razonar inequívocamente que sólo es posible concebir el normal desarrollo psíquico y físico de un menor junto a su madre. La medida así adoptada constituiría en sí una verdadera vulneración a los Derechos del Niño, conforme lo establece el artículo 5º de la Convención de los Derechos del Niño ratificada por Chile en el año 1990. (vi) Que es relevante la circunstancia informada por la apoderada de la requerida en estrados, en el sentido que la madre del menor, enfrentaba requerimiento del Juzgado de la Familia de La Molina-Lima, por el delito de sustracción del menor, arriesgando una pena privativa de libertad de dos años, por lo que es muy poco probable que de regresar el menor a vivir al cuidado de su padre, pueda la madre ejercer siquiera el derecho a mantener una relación directa y regular con él.

OBSERVACIONES: Si bien la jurisprudencia sentada en la sentencia en análisis, resulta similar a aquella ya analizada, resulta de interés cómo el juez de primera instancia recalcó en que el grave daño debe radicarse en la persona del menor, obedeciendo más bien a un criterio de violencia intrafamiliar.

Este asunto, es discutible. Creemos que la violencia ejercida sobre la madre necesariamente causará un grave daño al menor. Luego, que aquella circunstancia no logre ser probada en el procedimiento de restitución puede ser determinante (recordemos los plazos perentorios del Convenio) para que el tribunal falle. Falta en nuestra legislación una norma para ponderar tales circunstancias, evitando, por cierto, que las solicitudes de restitución se traduzcan en juicios sobre cuidado personal.

La disidencia de la Ministro Negretti, guarda cierta relación con la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema en las materias de restitución.

CASO 22

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile (Tribunal de Primera Instancia, Segundo Juzgado de Familia de San Miguel). Rol N° 3.529-2010.

FECHA: 2 de agosto de 2010.

ESTADO REQUIRENTE: Argentina.

ESTADO REQUERIDO: Chile

ACCIÓN O RECURSO: Recurso de queja. Solicitud de Restitución internacional de menor en primera y segunda instancia.

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: M. B. C. contra P. C. R. A. (menor S. A. S. C.)

HECHOS: La niña nació el 31 de julio de 2004, en Buenos Aires, Argentina, hija de la demandante, y de don J. E. S. R., hijo de la demandada. La menor siempre vivió en Argentina, salvo el lapso de tiempo comprendido en el año 2006, entre los meses de abril a diciembre, en que vivió en Chile.

Por desavenencias en la relación de pareja, y denuncia de actos de violencia ejercida por el padre contra la madre, se produjo una separación el día 26 de julio de 2009, siendo denunciados tales hechos de violencia por la demandante, ante el Juzgado Nacional en lo Civil de Argentina, resolviéndose el día 1 de agosto de 2009, que la demandante, tendría la guarda o custodia de la niña, y la prohibición del Sr. S., de acercarse a la demandante. Para evitar que la niña perdiera contacto con su familia paterna, la demandante permitió que viajase de vacaciones a Chile, junto a la abuela paterna demandada, otorgando una autorización, firmando en conjunto con el padre de la niña. El viaje aconteció el día 6 de enero del año 2010, debiendo regresar el día 17 de ese mismo mes, situación que no ocurrió y ese mismo día, la demandante se comunicó telefónicamente con la abuela demandada, indicándole ésta que era necesario hacerle un tratamiento odontológico duraría dos semanas, y luego de ello, la demandada le comunicó a la madre demandante, que la niña no va a volver nunca más a Argentina.

DISPUTA LEGAL DE RELEVANCIA: Retención ilícita. Grave riesgo.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículo 3, 13 letra b).

ARGUMENTOS DEMANDANTE: La madre alegó que la retención en Chile fue contra los términos de la Convención.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La abuela demandada contestó la demanda sosteniendo que ambos padres le otorgaron el cuidado personal de la niña en el año 2006, mediante transacción aprobada por un Tribunal chileno, no teniendo legitimación activa la madre. Además, según lo dispuesto en el artículo 13 letra b) de la Convención, se opuso a hacer entrega de la niña a la madre, por constituir una situación de riesgo, al encontrarse gravemente vulnerada en sus derechos, ya que tuvo sarna, estando al cuidado de la progenitora, así como presentar diversos problemas dentales, y asimismo presencié múltiples episodios de violencia intrafamiliar entre sus padres.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: El Juzgado de primera instancia, desestimó la alegación de falta de legitimación activa materna, en razón de que si bien el traslado fue lícito, para efectos de la Convención, no lo es la

retención, pues quedó totalmente acreditado, por los dichos de la abuela paterna demandada, que solicitó la autorización de la madre para que ésta no sospechare que no devolvería a la niña, es decir, obtuvo el consentimiento mediante engaño. Luego, y si bien la transacción que sirve de argumento a la demandada existió, aquella se ejerció sólo hasta que la niña vivió en Chile en 2006, mas, al retorno a la Argentina, la niña vivió bajo cuidado de ambos padres hasta su separación, y de la madre hasta los hechos que motivaron el litigio en estudio. Ello, sumado a que el país de residencia habitual de la menor S. S. C. es Argentina, las normas que deben regir para determinar quién debe detentar el cuidado personal de la niña, son las normas argentinas, debiendo entablarse la acción que corresponda ante Tribunales de dicha nación, pudiendo invocar la abuela su título obtenido por transacción aprobada en nuestro país, no siendo válida su justificación de que la justicia argentina es lenta, o no saber cómo se resolverá.

En lo que respecta al extremo de grave riesgo, de la prueba rendida en el proceso e informes periciales, no la estimó la sentenciadora suficientemente acreditada, ya que la decía más relación con

descalificaciones mutuas entre los padres y no con la situación contemplada en la letra b) del artículo 13, teniendo muy especialmente presente que la Convención se limita a resolver conflictos sobre los traslados y retenciones ilícitas y no sobre el cuidado personal.

La Corte de Apelaciones de San Miguel, revocó la sentencia en alzada, y desestimó la demanda, excluyendo la restitución por las razones de hecho que sustentan la sentencia, esto es, los procesos judiciales que se han generado entre sus padres, a que ha sido expuesta a malos tratos físicos por parte de su progenitora, a que como ella misma señaló, entregó en adopción a su segunda hija por no contar con las condiciones habitacionales y familiares, teniendo una pareja alcohólica drogadicta y descontrolada, a los antecedentes previos que llevaron a que en el año 2006 la menor fuera entregada al cuidado definitivo de su abuela y además, a la situación de negligencia y descuido que ha presentado la menor, elementos todos permitieron a los sentenciadores estimar acreditada la excepción de grave riesgo.

La Corte Suprema desestimó el recurso en razón de que la Ley de Procedimiento ante los Juzgados de Familia contemplaba la Casación en el Fondo como recurso contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, mientras que la queja, procede únicamente cuando no existen recursos jurisdiccionales.

RESULTADO DEL JUICIO: Restitución denegada.

VOTO DE MINORÍA: No hay.

OBSERVACIONES: En este caso la residencia de la menor, durante prácticamente toda su vida, transcurrió en Argentina. La muy discutible situación social de la menor al cuidado de su madre, y decimos discutible al tratarse de factores económicos, hicieron que la Corte de Apelaciones decidiera su permanencia en Chile dictando un fallo contrario al espíritu de la Convención y que resolvió, de plano y sin un debido proceso, el cuidado personal de S. A. S. C., obviando principios procesales básicos como la contradicción, vulnerando los derechos maternos y estableciendo una situación de hecho que la madre difícilmente podría revertir aun intentando las acciones de Derecho de familia que le otorga el ordenamiento chileno.

CASO 23

TRIBUNAL: Corte Suprema de la República de Chile (Tribunal de Primera Instancia, Primer Juzgado de Familia de Santiago), Rol N° 2246-2009.

FECHA: 6 de julio de 2009.

ESTADO REQUIRENTE: España.

ESTADO REQUERIDO: Chile.

ACCIÓN O RECURSO: Casación en el Fondo. Solicitud de restitución internacional de menor.

LUGAR DE CONSULTA: Biblioteca de la Corte Suprema.

PARTES: P. G. M. contra Z. P. A. (menor M. P. Z.)

HECHOS: El niño nació en España, lugar donde sus padres mantenían una relación de convivencia. La madre se trasladó sin el consentimiento del padre junto al hijo en común a Chile, con fecha 22 de noviembre de 2007, donde luego le habría comunicado al progenitor que la estancia sería temporal, y que volvería a España para la época de semana santa de 2008;

sin embargo, pese a extensas conversaciones, la demandada no retornó al niño.

DISPUTA JURÍDICA DE RELEVANCIA: Traslado y retención ilícita.

REGLAS DEL CONVENIO APLICABLES AL CASO: Artículo 3.

ARGUMENTOS DEMANDANTE: El padre negó haber autorizado la salida del país de su hijo, por lo que el traslado fue ilícito; y dado que según la legislación española, la patria potestad se ejerce por ambos padres en conjunto, y en caso de desacuerdo, debe dirimir la justicia, reclama que la madre demandada tomó una decisión arbitraria al trasladar a su hijo a un país distinto al de su residencia habitual, lo que le da el carácter de ilícito; y, al no regresar a España con el menor en el mes de abril de 2008, se configuró una retención ilícita.

ARGUMENTOS DEMANDADA: La madre requerida negó la ilicitud del traslado y la posterior retención, pues viajó a Chile con la anuencia de su pareja y padre del niño, con la intención de permanecer durante las fiestas de fin de año, hasta la semana santa de 2008; sin embargo y dado que la relación de pareja se quebró, decidió quedarse en el país, sin ocultamiento

del menor, dado que el padre viajó a Chile en dos oportunidades y siempre ha podido ver a su hijo, facilitándole incluso lugar donde pernoctar y viajando los tres a la playa. Niega la ilicitud por cuanto han acudido a mediación familiar, sin resultados.

RAZONAMIENTO DEL FALLO: La sentencia de primera instancia se basó en que el consentimiento paterno para viajar a Chile lo fue sólo temporal, por lo que en razón del derecho español relativo a la custodia, y a las normas de la Convención, ordenó la restitución. La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia,

La Corte Suprema, en el examen de la casación en el fondo, fundada (en lo que guarda relación con la materia en estudio) en la errónea aplicación del artículo 13 de la Convención (excepción a la restitución en razón de grave riesgo), razonó, como en otras sentencias que las solicitudes de restitución no han de ser automáticas al establecerse los traslados o retenciones como ilícitos, pues ha de darse preponderancia las expresiones “grave riesgo” y “peligro físico o psicológico” contenidas en el Tratado, cuestión compleja que debe ser analizada desde los diferentes ámbitos que

la naturaleza particular del caso imponen como exigencia. Así, y atendida la edad del menor (cuatro años nueve meses a la época de la sentencia), el lazo materno natural y biológico se torna más relevante, y la pérdida de ese vínculo o la posibilidad cierta de él, representan un grave riesgo para el menor, en cuanto esa situación lo expone innegablemente a un peligro, sobretodo psicológico, en el ámbito de su desarrollo personal, el que atendidas las circunstancias ya descritas requiere la presencia de la figura materna. Enseguida, la posibilidad de que el menor sea trasladado a su país de origen, representa un evento cierto de que sea separado de su madre, lo que constituye un riesgo efectivo e inminente de que el desarrollo del menor se vea afectado o expuesto a una situación intolerable, en los términos previstos por el artículo 13 letra b) de la Convención.

RESULTADO DEL JUICIO: Casación acogida. Restitución denegada.

VOTO DE MINORÍA: Del Ministro don Benito Mauriz, quien estimó que los jueces recurridos no incurrieron en error de derecho, al resolver como lo hicieron, disponiendo el traslado del menor de autos a su país de origen, pues se cumplen en la especie los requisitos para aplicar la ya que la

retención ilícita del menor por parte de su madre se encuentra establecida, así como que la tuición del mismo era compartida por ambos padres, por lo que ninguno de ellos puede alterar la situación del hijo común en desmedro de los derechos del otro progenitor; y, además, no existen en el proceso antecedentes objetivos que permitan aplicar, en la especie, la disposición contenida en la letra b) del artículo 13 de la referida Convención, que autoriza al Estado requerido para abstenerse de entregar al menor si hay 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.

OBSERVACIONES: Observamos en la fundamentación de esta sentencia idénticos argumentos que los que vimos en varias otras no incluidas en esta recopilación de fallos. Particularmente tratándose de niños pequeños, la sola posibilidad de pérdida o alteración del vínculo materno es considerada “grave riesgo” y constituye una excepción al retorno, a veces sin considerar otros factores de relevancia que podrían fundamentar una decisión, como el ocultamiento del traslado y toda actitud en fraude de aquel que comete el traslado ilícito.

CONCLUSIONES

I

El objetivo primordial de la presente investigación, fue analizar las implicancias doctrinarias y prácticas del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Sin embargo, desde un inicio quisimos exceder la realización de un análisis meramente formal del tratado y sus disposiciones para estudiar sus aspectos prácticos, desarrollados por la doctrina de Derecho internacional privado y muy particularmente por la jurisprudencia, avocándonos a la configuración o delimitación de los términos que ocasionan mayor dificultad en su aplicación, no definidos por el tratado, dada la tradición de La Haya de no definir conceptos jurídicos, para no poner en peligro los objetivos convencionales; y, por otro lado, al análisis de sentencias que nos ilustrarían acerca de cómo el foro y la judicatura de cada estado han enfrentado los delicados problemas que constituyen el foco de interés de la Convención: el menor.

II

En general, el Convenio está redactado en términos sencillos, en un lenguaje claro y comprensible, y con un articulado escueto, del que se colige, ya en su preámbulo, que la prioridad del tratado es la obligación estatal de la protección y promoción de los derechos del menor, lo que desde luego, se corresponde con el reconocimiento del principio rector sobre la materia, el Interés Superior del Niño.

Ello queda aun más patente si observamos que prescinde de una previa sentencia o resolución de cualquier tipo que atribuya el cuidado personal a alguno de los padres o a un tercero, otorgando expreso valor a los niños y adolescentes como sujetos de derecho, diversos de sus progenitores y sus propios intereses.

Así, su naturaleza de ser un convenio de cooperación internacional de autoridades, fáctico y semi abierto son aquellos caracteres que más directamente inciden en los objetivos convencionales. En cuanto a la primera de ellas, podemos afirmar que encomendar a la Autoridad Central de cada Estado parte de su ejecución, permite que el Estado mismo, a través

de, generalmente, una institución gubernamental o administrativa, responda de los compromisos que ha asumido al ratificarlo, fundándose en la confianza de que cada Autoridad responderá las solicitudes y se encargará de su tramitación interna.

Con las señaladas características, se eliminan las exigencias de exequátur, ya que no es necesaria una previa sentencia del Estado requirente, dándole al Convenio un dinamismo mucho mayor. De no ser así, su espíritu, en cuanto a la rapidez en las solicitudes de restitución, se tornaría irrealizable, aun cuando, como vimos en la experiencia chilena y en la de otras naciones, el respeto por los plazos imperativos que establece, se desdibuja en la lentitud y burocracia de las solicitudes y procedimientos.

III

Los objetivos primordiales del Convenio, consisten en “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y, velar por que los derechos de

custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”.

Si bien ha sido una herramienta eficaz para la solución de restitución, claramente, y como lo ha señalado la doctrina internacional y observáramos de un gran número de sentencias de las que dispusimos para incorporar en este trabajo, no ocurre lo mismo en la protección de los derechos de custodia y visita.

En muchos casos el progenitor sustractor detenta el derecho de custodia y traslada al menor, vulnerando el de visita, y en muchos otros, de gran frecuencia, padres ya separados o que nunca estuvieron casados detentan ambos la custodia, y uno de ellos, mayormente la madre, huye con el menor.

En todos estos casos, se ven afectados el cuidado personal y la relación directa y regular.

Pese a que el artículo 21 indica que las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho, el Convenio no

proporciona soluciones en este sentido. Así, por ejemplo, observamos que en muchas situaciones, el padre despojado de su hijo menor no sólo inició acciones de conformidad al Convenio, sino que también las acciones criminales tendientes a perseguir la responsabilidad personal del sustractor, que en más de una legislación es considerada como una figura de secuestro. De esta manera, aun cuando se obtenga la restitución por una vía expedita, el derecho de visita del sustractor se verá limitado o impedido, al resultar imposible su propio retorno al Estado requirente. Basado en esto, es que nuestra Corte Suprema ha desestimado solicitudes de restitución, particularmente cuando la madre sustractora se encuentra al cuidado de niños pequeños, estimando que se colocará al menor en una situación intolerable, configurando así una excepción al retorno.

En definitiva, el Convenio adolece de herramientas efectivas de protección de aquellos derechos.

IV

Otra cuestión de gran relevancia a escala humana resulta de casos en que el menor es trasladado a Estados que no sean parte del Convenio.

Si bien la Conferencia de La Haya concluyó en su redacción, permitir que Estados que no sean parte de ella puedan firmarlo (cuestión que han hecho, por ejemplo, Venezuela, Singapur y Tailandia), existe un gran número de Estados que no lo han ratificado, debiendo el progenitor no sustractor, recurrir al derecho interno de tales países para solicitar la restitución, sin existir en aquellos casos las características de universalismo y el objetivo de restitución inmediata.

Además, existe una pobre tasa de ratificación de países islámicos y asiáticos, cuestión que, conjuntamente con el quiebre cultural producido en las situaciones de traslados de menores por uno sólo de sus padres a otros estados, pone de manifiesto las complejas situaciones familiares de que tratamos, que en países de Europa se ha tratado de morigerar, a raíz de la fuerte inmigración africana, con la suscripción de acuerdos bilaterales que solucionen los conflictos de menores que se vean expuestos a traslados o retenciones ilícitas por parte de uno de sus progenitores o terceros.

V

No podemos dejar de referirnos al papel de las autoridades estatales, responsables de la ejecución de la Convención cuando un particular reclama su aplicación, y estas son las autoridades judiciales y las autoridades centrales, aun cuando en cada caso intervengan otras instituciones, como la policía, servicios de protección del menor, etc.

El modelo de Autoridad Central ideado por la Convención, resulta idóneo para cumplir tanto con el rol estatal que esta otorga a las mismas (en cuanto órgano que responde de las solicitudes de restitución, como enlace con autoridades de los demás Estados contratantes), como la defensa de los intereses del solicitante. Así, sus normas fijan un marco de actuación mínimo, el que se ha perfeccionado con las guías de buenas prácticas adoptadas por la Conferencia de La Haya.

En general, y tratándose las mismas de organismos públicos de carácter administrativo, su organización y funcionamiento, así como los

recursos asignados a la misma, dependerá del Estado y del derecho interno de que se trate.

En Chile, como esbozáramos en el correspondiente capítulo, el Rol de Autoridad Central está entregado a la Corporación de Asistencia Judicial, cuestión que aparece acorde con lo que reflexionábamos en el párrafo anterior, pues debería ser capaz de ejercer tanto la representación del Estado de Chile en cumplimiento de su obligación internacional, como asimismo asumir la defensa del progenitor perjudicado, y muchas veces la de ambos (situaciones de doble patrocinio en razón del privilegio de pobreza que pudiera asistirle al sustractor).

Dos ideas colegimos de la cuestión en comento.

La primera, que, en general, los principios de La Haya y el respeto de los derechos internos de cada estado son sustanciales en la aplicación de los tratados. También lo es, en el caso particular del que estudiamos, su carácter universalista y semi abierto que invita a los Estados a ratificarlo en aras del Interés Superior del Menor. Sin embargo, sería aconsejable que la misma Conferencia, como requisito de adhesión al Pacto, exigiera

estándares mínimos a los estados miembros en cuanto a los recursos humanos y materiales de que deben disponer aquellas instituciones para poder cumplir sus delicadas funciones, o bien modelos organizacionales tipo. Así lo han recogido sucesivas Guías de Buenas Prácticas, las que incluso detallan recomendaciones básicas respecto de mobiliario y acceso a tecnología.

Sin pretender ser exhaustivos, el avance de las comunicaciones globales nos permite entender que hoy en día resultan indispensables, el acceso a internet y a comunicaciones telefónicas con todo el mundo. En particular, en Chile, creemos que la Autoridad Central Oficina Internacional CAJ, debería contar con los medios para tener un sitio web propio e independiente de la Corporación de Asistencia Judicial, debido a la recarga de trabajo y limitados medios para ejercerlo de ésta última; contacto directo, expedito y recursos monetarios para solventar con rapidez los servicios de peritos traductores de aquellos nombrados por cada Corte de Apelaciones (en razón a ser esta una limitante probatoria, de acuerdo a los fallos de la Corte Suprema); y desde luego, suficiente personal especializado que impida que los casos deban ser tramitados por postulantes al título de

abogado con ninguna experiencia en la materia, aun cuando sean supervisados por los abogados del servicio.

La segunda idea, dice relación con las autoridades judiciales.

Observamos, del estudio de las sentencias analizadas, que muchas veces son los Tribunales los obstáculos a la aplicación del convenio. Aquel “nacionalismo judicial”, como lo denominara cierta doctrina, hace que las restituciones ordenadas, aun probándose con claridad el traslado ilícito, sean mínimas.

La Conferencia de La Haya, respondiendo a esta problemática, ha amparado el funcionamiento de los “jueces de enlace”.

El juez de enlace, que ejerce una magistratura en el Estado parte de competencias de familia o aquellas que tengan a su cargo la decisión de las solicitudes de restitución, entre otras funciones, ha de asesorar a sus colegas de jurisdicción en lo relativo a principios y funcionamiento del Convenio, participar de reuniones internacionales, y también, responder requerimientos de sus pares de los Estados parte sobre el Derecho interno

de su propio país; medidas todas que, pensamos, puede evitar que el desconocimiento del Pacto diluya sus objetivos de mayor relevancia.

Como comentario de estos memoristas, y en las sentencias chilenas analizadas, observamos que los razonamientos de algunos de los jueces de familia de primera instancia, superaban en contenido y fundamentación de la sentencia, a aquellos fallos dictados por la Corte Suprema para desestimar restituciones concedidas, la que replica, particularmente en caso de niños pequeños, cierto argumento que propende a la vinculación biológica materna como único motivo para denegar las restituciones.

VI

Las excepciones a la obligación de restitución se han constituido en una fuente de discusión doctrinaria, y además, en uno de los aspectos más controvertidos en las solicitudes, y se tornan decisivas en el pronunciamiento definitivo de aquellas.

Dichas excepciones son únicamente el transcurso de un lapso mayor a un año e integración al nuevo medio (artículo 12); la falta de ejercicio efectivo del derecho de custodia en el momento del traslado o retención o consentimiento posterior, o existencia de grave riesgo de exponer al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable, teniendo en cuenta sus opiniones si tiene suficiente edad (artículo 13); y, cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 20).

El objetivo convencional de evitar las retenciones ilícitas, sólo puede cumplirse con una aplicación restrictiva de las excepciones. Aquello, a nuestro juicio, ha de entenderse tratando a las mismas, y particularmente la noción del interés del menor, de una forma algo más determinada, por la evidente inseguridad jurídica que genera la aplicación por los tribunales de las excepciones, con laxitud exacerbada para cada caso.

Tan amplio es el margen de discrecionalidad de la excepción de interés del menor, en cuanto grave riesgo, que aun acreditados los demás

supuestos de traslado o retención ilícita, los Tribunales son reacios a conceder la restitución.

De este modo, tenemos un choque entre los principios de la Conferencia de la Haya, que evita definir conceptos jurídicos que pudiesen tener su propia configuración o naturaleza jurídica en el derecho interno, y la necesaria delimitación jurídica de las situaciones de excepción, ya que, como hemos apreciado, su interpretación expansiva permite, en gran número de casos, negar la restitución.

Para paliar dicha situación, la Conferencia de La Haya ha implementado sucesivas guías de buenas prácticas, a fin de ilustrar a las Autoridades Centrales, jueces y al público en general; impulsa la participación de jueces de todos los Estados parte a través de la Red Internacional de Jueces, publicando el Boletín de los jueces sobre la Protección Internacional del Niño, redactado por y para los jueces a fin de intercambiar la información necesaria para una cooperación judicial eficaz en la materia; y, mantiene el sitio web www.incadat.com que contiene una

muy completa descripción del Convenio, bibliografía, análisis de sentencias en varios idiomas, e incluso, una sección fuera del ámbito de La Haya.

Como propuesta, pensamos que, como algunas jurisdicciones han resuelto, y no es ajeno en nuestro ordenamiento jurídico tratándose de juicios sobre Derecho tributario, sólo pudieran ser competentes para conocer y resolver de solicitudes de restitución jueces estrictamente capacitados en la normativa convencional, en cada una de las instancias de que se trate.

VII

Otra de las cuestiones claves de la aplicación del Convenio la encontramos en los tiempos de restitución.

Si bien el Convenio exige que las solicitudes se interpongan dentro del plazo de un año, y que sean tramitadas en un lapso no mayor a las seis semanas, aquella premura puede verse afectada por la demora en la denuncia de traslado o retención ilícita (particularmente si el progenitor no

sustractor inició las demandas respectivas en el Estado de residencia habitual); y, más gravemente por las innecesarias demoras burocráticas y procesales.

VIII

En el ámbito nacional, el auto acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre Procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los Efectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, fue publicado en el Diario Oficial el 3 de noviembre de 1998 y modificado el 17 de mayo de 2002, y da ciertas directrices procesales que el Pleno del máximo tribunal estimó en la época como relevantes para la tramitación de las solicitudes.

Entre las más relevantes y que guardan relación con el espíritu del Convenio, encontramos la desformalización, la premura en los plazos de citación a comparendo a las partes y de dictación de sentencia. Además, y muy ligado a ese principio de celeridad, la limitación de la facultad de recurrir de casación de forma y fondo.

Con todo, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968 que creó los Tribunales de Familia, la Corte Suprema ha fallado de manera reiterada que el procedimiento para tramitar las solicitudes de restitución internacional de menor, es aquel que contempla la Ley y no el Auto Acordado.

Si bien, desde luego la Ley tiene un nivel jerárquico mayor al Auto Acordado, no deja de llamar la atención que aquel se dictó como una forma de unificar, para Chile, el procedimiento contenido en un tratado internacional, a solicitud de los entonces jueces de menores que encontraron dificultades en su aplicación.

De este modo, la flexibilización de la prueba, los plazos perentorios de decisión, y la limitación de recursos jurisdiccionales, aparecen como ajustados a la normativa del Convenio, y sin perjuicio de ello, los Tribunales chilenos admiten a tramitación incluso los recursos de Casación en el Fondo, acción a la que suelen llegar las solicitudes internacionales, perdiéndose, por cierto, la aplicación de ciertos principios procesales que a

nuestro juicio informan el procedimiento: concentración, inmediación y celeridad.

De esta manera, pensamos que, ante el aumento progresivo de las solicitudes de restitución, la que sólo puede esperarse crezca con la mayor presencia de inmigrantes en el país, se hace urgente una modificación legal que ajuste el procedimiento chileno a los términos del Convenio:

a) En cuanto a la competencia, jueces con competencia en materia de familia, debidamente capacitados en materia de tratados internacionales de Derecho internacional privado en general y respecto de la Convención en particular.

b) Atribuciones y mayor dotación de recursos a la Autoridad Central chilena.

c) Posibilidad cierta, recogida en la legislación de nombrar un Defensor de Menores, cuando las circunstancias lo ameriten (padres que sostienen pretensiones incompatibles a las del menor sustraído)

d) Única audiencia, evitando, en lo posible la multiplicación de ellas, implementando una fuerte mediación profesional, previa y obligatorias.

e) Plazo para dictar sentencia limitado, respetando el plazo convencional de seis semanas.

f) Limitación de recursos, o bien, agregación extraordinaria en tabla de los mismos, como en las causas de Reforma Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍAⁱ

1. AGREEMENT between the Government of Australia and the Government of the Arab Republic of Egypt regarding cooperation on protecting the Welfare of Children. El Cairo, 22 de octubre de 2000. [En línea] <<http://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/Families/InternationalFamilyLaw/Documents/AustraliaEgyptAgreement-applicationform.pdf>> [Consulta: 11 julio 2013].
2. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, 2005. Derechos de Visita y Convenio de La Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: La práctica española. [En línea] <http://dspace.usc.es/bitstream/10347/7842/1/pg_257-278_dereito14-2.pdf> [Consulta: 26 octubre 2013]. ISSN 1132-9947.
3. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Sustracción Internacional de Menores: Una visión general [en línea], <<http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>>, [consulta: 11 julio 2013].
4. CANALES PÉREZ, ADRIANA. 2005. Restitución de Menores. Ponencia. En: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

[En Línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-176s.pdf>> [Consulta 22 septiembre 2013].

5. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES. Organización de los Estados Americanos. Hecha en la ciudad de Montevideo, Republica Oriental del Uruguay, el día 15 de julio de 1989.

6. CONVENIO EUROPEO RELATIVO AL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION DE DECISIONES EN MATERIA DE CUSTODIA DE MENORES, ASI COMO AL RESTABLECIMIENTO DE LA CUSTODIA. Hecho en Luxemburgo el 20 de Mayo de 1980. [En línea]
<<http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/convenioLuxemburgo.pdf>> [Consulta: 11 julio 2013].

7. CONVENTION entre le Gouvernement de la Republique Française et le Gouvernement de la République Tunisienne relative à l'entraide judiciaire en matiere de Droit de garde des enfants, de Droit de visite et d'obligations alimentaires, París, 18 de marzo de 1982. [En línea]
<http://www.hcch.net/upload/2fr-tu_f.pdf> [Consulta: 11 julio 2013].

8. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1994. Decreto 386. Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños. 17 de junio de 1994 [En línea]
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12931>>

9. DIARIO OFICIAL de la República de Chile, versión online, [En línea]
<<http://www.anfitrion.cl/actualidad/relacion/alegisla/tratados/b00053.htm>>, [Consulta: 11 julio 2013].

10. ESCOBAR GÓMEZ, ANA. 2013. La Aplicación Judicial del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores de 1980. La práctica en Michoacán. [En línea]
<<http://hdl.handle.net/123456789/8195>> [Consulta: 4 julio 2014]

11. GARCÍA CANO, SANDRA. 2002. La cooperación internacional entre autoridades en el marco de la protección del menor en derecho internacional privado español. Tesis Doctoral. [En línea]
<<http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/405/13208299.pdf?sequence=1>>. Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho Departamento de Ciencias Jurídicas Internacionales e Históricas y Filosofía del Derecho, Área de Derecho internacional privado. [Consulta 28 agosto 2013].

12. GÓMEZ BENGOCHEA, BLANCA. 2002. Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980. Madrid. Dyckinson. 149p.

13. INCADAT. Base de datos sobre la sustracción internacional de niños de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. [En línea] <<http://www.incadat.com>> [Primera Consulta: 25 septiembre 2013]ⁱⁱ.

14. INFORME N° 71/00. Caso 11.676. “X” y “Z”. Argentina. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Argentina11.676.htm>> [Consulta 29 julio 2014].

15. MAPA EXPLICATIVO de la situación mundial de ratificación del convenio [en línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_sobre_los_Aspectos_Civiles_de_la_Sustracci%C3%B3n_Internacional_de_Menores> [Consulta: 27 agosto 2013].

16. MENÉNDEZ PÉREZ, GLORIA. 2012-2013. El Secuestro internacional de menores en el marco de la Unión Europea. Estudio del Reglamento 2201/2003. [En línea] <http://dspace.sheol.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/19264/4/TFM_Menendez%20Perez,%20Gloria.pdf> [Consulta 15 mayo 2014].

17. MIRALLES SANGRO, PEDRO PABLO. 2002. Algunos inconvenientes jurídico-políticos a superar para lograr la eficacia de los convenios internacionales contra el “secuestro” internacional de menores. En: REUNIÓN DE Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores por parte de uno de sus Padres.

Montevideo, Uruguay. Instituto Interamericano del Niño y Organización de Estados Americanos. 21 p.

18. MONTÓN GARCÍA, MAR, 2003. La sustracción de menores por sus propios padres. Valencia. Tirant Lo Blanch, 80p.
19. PÉREZ-VERA, ELISA. Informe explicativo sobre el Convenio. 1981. Madrid. 44p.
20. PÉREZ VERA, ELISA. 2002. Algunas consideraciones sobre la Aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980. En: REUNIÓN DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES sobre Sustracción Internacional de Menores por parte de uno de sus Padres; Madrid para Montevideo, Uruguay. Instituto Interamericano del Niño y Organización de Estados Americanos. 186 pp.
21. PRINCIPIOS GENERALES y guía de buenas prácticas. 2010. Contacto transfronterizo relativo a los niños. [En línea] <http://www.hcch.net/upload/guidecontact_s.pdf> [Consulta 26 octubre 2013].
22. SCOTTI, LUCIANA B. [s.a.] Bases legislativas para el trámite urgente de los pedidos de restitución internacional de menores [en línea],

<<http://www.uba.ar/download/investigacion/resumenscotti.pdf>>,
[consulta: 16 julio 2013].

23. SCOTTI LUCIANA B. [s.a.] Las Garantías Fundamentales en el Procedimiento de Restitución Internacional de Niños. [En línea] <<http://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/las-garantc3adas-fundamentales-en-el-proceso-de-restitucic3b3n-internacional-de-nic3b1os-scotti.pdf>>. [Consulta 1 julio 2014]. (Publicado además en: Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 62 (Dir. Cecilia P. Grosman, Aida Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras y Marisa Herrera. ISSN 1851-1201. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2013).

24. SEOANE DE CHIODI, MARÍA. [s.a.] La Sustracción Internacional de Menores por uno de los padres. En: Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres, Propuesta de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores al Consejo Directivo del IIN, 185p.

25. SENTENCIA Katsigiannis v. Kottick-Katsigiannis. [En línea] <<http://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2001/2001canlii24075/2001canlii24075.html>> [Consulta: 6 julio 2014]

26. SENTENCIA H.C.A. c. M.A.J.A. [En línea] <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=697234>> [Consulta 02 noviembre 2013]

27. SENTENCIA. Acción de tutela instaurada por Boro Montroy Ferre contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía y otros. [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1021-10.htm>> [Consulta: 22 enero 2014]
28. SENTENCIA. Recurso de Queja Rol N° 4533-2005, contra el Quinto Juzgado de Menores de Santiago. [En línea] <<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>> [Consulta: 19 agosto 2014]
29. SEXTA REUNIÓN de la Comisión especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. 2011. Conclusiones y Recomendaciones. [En línea] <http://www.hcch.net/upload/concl28sc6_s.pdf> [Consulta: 1 septiembre 2013].
30. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL de Niños, Niñas y Adolescentes. Análisis, Normativa y Jurisprudencia, 2011, Por Arturo Klenner G. et. al., Santiago. Thomson Reuters Puntolex. 391p.

31. TENORIO GODÍNEZ, LÁZARO. 2012. Las comunicaciones judiciales en la restitución internacional de la niñez. *Revista de Derecho Privado. Edición Especial.* [En línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr13.pdf>> [Consulta: 6 julio 2014]
32. VALLADARES VALLADARES, JORGE. 2002, Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. En: REUNIÓN DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES, Instituto Interamericano del Niño y Organización de Estados Americanos, 22 p.

ⁱ Nota explicativa: Las sentencias de la Corte Suprema que no se mencionan en detalle fueron estudiadas directamente del Centro documental del Poder Judicial (o Biblioteca de la Corte Suprema) en atención a la reserva de las materias de que se trata y de encontrarse involucrados menores que son nombrados en las mismas.

ⁱⁱ El uso de la Base de Datos comprende los apartados de Guías de Buenas Prácticas, Instrumentos jurídicos, Sección Interamericana, Boletín de los Jueces, Búsqueda de Decisiones y Análisis de Jurisprudencia.