



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

**APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN, JURISPRUDENCIA Y PROBLEMAS QUE
PLANTEA LA CONVENCION DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA
SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

VERÓNICA ZUBÍA PINTO

DIRECTOR: MARIO ARNELLO ROMO

Santiago, Chile

2010

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
CONTEXTO HISTÓRICO E INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LA CONVENCIÓN.....	6
CAPÍTULO II	
ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	14
1. Ámbito de aplicación material.....	14
1.1. Artículo 1: Objetivos convencionales.....	14
1.2. Artículo 2: Obligación general.....	18
1.3. Artículo 3: Requisitos para configurar el “traslado ilícito”.18	
1.3.1. Legitimación Activa.....	19
1.3.2. Fuentes del derecho de tuición.....	20
1.3.3. Residencia habitual.....	21
2. Ámbito de aplicación personal.....	25
3. Ámbito de aplicación en el tiempo.....	27
CAPÍTULO III	
EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE RETORNO.....	29

1.	Excepciones establecidas en el artículo 12.....	30
2.	Excepciones establecidas en el artículo 13.....	31
2.1	Las excepciones establecidas en el Apartado a).....	31
2.1.1.	Demandante no ejercía el derecho de tuición al momento del traslado.....	31
2.1.2.	Demandante accede posteriormente al traslado o retención.....	31
2.2	Excepción establecida en el apartado b).....	32
2.2.1.	Grave riesgo.....	32
2.2.2.	Opinión del niño.....	39
3.	Excepción establecida en artículo 20.....	41

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO EN CHILE.....	46
-----------------------------	----

CAPÍTULO V

PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE PRESENTA LA APLICACIÓN DEL CONVENIO.....	49
--	----

1. Traslado o retención ilícita como consecuencia de escape de violencia doméstica.....	49
2. Problemas de interpretación.....	59
3. Efectividad del procedimiento sumario versus garantía del principio “interés superior del niño”.....	62

CONCLUSIÓN.....	65
-----------------	----

INTRODUCCION

Los quiebres familiares han constituido siempre un drama para los hijos, quienes quedan en situación desfavorable, pues están situados en el centro de los problemas que enfrentan a sus padres. Este daño puede ser aún más severo cuando los padres son de diferentes países o, por cualquier razón, uno de ellos decide trasladarse a otro estado luego de la ruptura

Debido a la globalización y la facilidad en las comunicaciones, cada día es más frecuente encontrar parejas binacionales que no escapan a los altos índices de separaciones y divorcios que actualmente existen en el mundo. Es frecuente que, ante el quiebre, la persona que dejó su patria para vivir en la de la pareja, vuelva a su país de origen a buscar apoyo en sus familiares y cercanos, situación que crea el problema no menor de qué hacer con los hijos, quienes quedan en el centro de una pareja separada no sólo de hecho, sino, además, en diferentes países. “Ante el conflicto matrimonial el padre o madre desean retornar al país de su nacimiento o donde tenía su anterior domicilio, llevándose consigo a los menores bajo su tenencia. El desconocimiento de ese traslado por parte del otro cónyuge o su oposición configuran el fenómeno de la sustracción”¹. Es así como, en casos de secuestro o sustracción de menores, podemos diferenciar dos ámbitos: “uno de ellos es el que se da a nivel local o nacional y es el que se resuelve a través de procedimientos de guarda y tenencia, utilizando los mecanismos propios de la legislación interna. Ahora bien, las mayores dificultades se plantean a nivel internacional, toda vez que estos casos involucran aspectos tales como las diferentes nacionalidades

¹ Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño. Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de menores por uno de sus padres.

de las personas que integran las parejas, y cuyos países aplican sus propias legislaciones, asignando facultades y deberes diferentes a sus relaciones con los hijos menores. Ello también se plantea cuando los cónyuges tienen diversidad de domicilios o residencias”². Los más afectados con esta situación son, pues, los niños, que no sólo sufren la ruptura matrimonial de sus padres, sino, además, son desarraigados de su entorno, llamado en palabras del convenio “residencia habitual”, lo que les puede causar serios perjuicios emocionales y psicológicos.

En este escenario, recuperar a un menor que ha sido secuestrado por uno de sus padres, puede devenir en una tarea de gran dificultad. “Dado que cada país tiene su propio sistema judicial, las órdenes de custodia emitidas en un país no son necesariamente reconocidas en otro. La cooperación judicial entre los estados puede ser sumamente contenciosa”³. Es por esta razón que un problema de esta magnitud, sólo puede ser solucionado a través del Derecho Internacional Privado. Es este el que proporciona una vía al padre víctima del secuestro para recuperar al hijo sustraído de su residencia habitual. En palabras de la profesora argentina María Seoane de Chiodi, “En este nuevo contexto de una familia internacional, con sus características, se ha podido

² SEOANE DE CHIODI, María. *La Sustracción Internacional de Menores por uno de sus padres*. Montevideo, 12 de agosto de 2002. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

³ LOWE, Nigel. Informe del Profesor Nigel Lowe Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional de la Familia Universidad de Cardiff, Gales, Reino Unido. En: Foro internacional sobre secuestro internacional de menores: Programa de acción de la Convención de La Haya 15 y 16 de septiembre de 1998. Publicado por National Center for Missing & Exploited Children en abril de 1999, traducción publicada en febrero de 2001.

determinar que ante los conflictos planteados que involucran a los menores, se ha hecho necesaria la intervención de distintos países para dar soluciones efectivas, en razón que la víctima de dichos conflictos resulta ser siempre el menor”⁴. Se parte de la base, pues, de que los niños son parte de una minoría desprotegida en la que hay que concentrar esfuerzos por darles esa protección, ya que ellos por sí mismos no pueden alzar su voz ni defender sus derechos.

El creciente desarrollo en materia de transportes y comunicaciones, sumado a la facilidad para desplazarse entre los estados que se ha producido en las últimas décadas, ha incrementado la problemática del secuestro de menores.

En respuesta a esta problemática, y siempre siguiendo el principio rector plasmado en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño “interés superior del niño”, se han creado numerosos instrumentos internacionales que buscan proteger a los menores de estas sustracciones. Como veremos más adelante, este principio vector es muy amplio, dando espacio para discusiones y matices en torno a un tema que, en un principio, se presenta rígido y sin muchas opciones de movimiento. En otras palabras, es un concepto lo suficientemente genérico como para darle libertad a los jueces a la hora de discutir un caso particular de secuestro internacional de menores.

Respecto al esfuerzo internacional por solucionar el tema, o crear vías de colaboración entre estados, actualmente existen: la Convención de La Haya sobre los

⁴ SEOANE DE CHIODI, María. *La Sustracción Internacional de Menores por uno de sus padres*. Montevideo, 12 de agosto de 2002. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, base de este trabajo; su homólogo americano, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994.

A este respecto, vemos que el sistema interamericano distingue claramente en dos convenciones diferentes sobre los aspectos civiles y penales del secuestro de menores: una sobre la restitución y otra sobre el tráfico internacional de menores. La primera distingue de la segunda los propósitos o medios "ilícitos". Como define la misma Convención sobre Tráfico de Menores en su artículo 2: "Tráfico internacional de menores" significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos. La sustracción de menores, en cambio, se da generalmente entre padres o parientes que se disputan el cuidado de los niños.

Por tanto, la Convención que estudiaremos no trata de un secuestro con fines ilícitos, sino que, por el contrario, de aquel cuyos móviles la mayoría de las veces, son el cariño al menor y la preocupación por su bienestar que, en una situación crítica, ha llevado a uno de sus padres o a familiares a tomar la determinación de trasladarlo de país. Sin embargo, también hay ocasiones en que dicho traslado puede suceder por motivos antojadizos. La Convención no aborda casos que se den con el fin de involucrar al niño en situaciones ilícitas.

La Convención de La Haya cae en un problema terminológico respecto al título que su homóloga interamericana corrige. Esto, pues el título califica el problema como "sustracción", mientras que la Convención Interamericana habla de "restitución". En este sentido, la profesora Feldstein de Cárdenas califica el término como inapropiado "por apuntar al acto reprochable", no así a la utilizada por la Convención Interamericana que se refiere a restitución, pues "este texto normativo pone el acento más en la actividad que

debe realizar el Estado Parte frente a los traslados o retenciones ilícitas de menores en los actos ejecutados por los progenitores”⁵. Se debe recordar que estas convenciones no realizan un juicio de valor respecto a los padres que realizan el traslado ilícito ni establece consecuencias penales ni civiles a su respecto. Lo único a que apuntan estos textos es al retorno inmediato de los menores.

La Convención de La Haya está compuesta por 44 artículos precedidos de un prólogo. Su principal objetivo es la inmediata restitución de un menor que fue trasladado o retenido ilícitamente en un estado diferente al de su residencia habitual, vulnerando así los derechos de custodia y visitas. Esto siempre bajo el prisma de que es el menor la verdadera víctima del traslado y se debe buscar siempre el interés superior de este.

Según lo visto, intenta abordar un tema sumamente importante y cada día más frecuente como es la sustracción internacional de un menor a manos de uno de sus progenitores o familiares, lo cual será la base y tema principal de esta investigación.

⁵ FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. Derecho Internacional Privado Parte Especial. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 2000.

CAPÍTULO I

CONTEXTO HISTÓRICO E INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LA CONVENCION

La Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es el producto de un largo proceso tanto social como jurídico.

En primer lugar, es preciso señalar que el tratado en cuestión surgió a raíz de un problema derivado de la mejoría en las comunicaciones y la facilidad de paso transfronterizo, ambas situaciones producto de la globalización que empezaba a extenderse a finales de los años ´70. Esta mayor conectividad ha ido creciendo a lo largo de los años y sigue desarrollándose en la actualidad. Cada día es más fácil moverse entre países, pues los pasajes aéreos son más económicos y los controles fronterizos, cada vez menos exigentes. La cooperación entre agrupaciones de países empieza por los acuerdos económicos (como el caso del Mercosur en América Latina o la Unión Europea, por ejemplo), pero luego se extiende a una mayor libertad de movimiento de las personas entre los estados. Progresivamente, esta apertura y cooperación también se empezó a dar en el ámbito judicial, como es el caso de esta Convención. La apertura facilitó el traslado de menores por parte de sus padres de un país a otro, buscando la legitimación de esta situación de hecho en el nuevo estado. A finales de los años ´70, el aumento progresivo de viajes internacionales llevó aparejada un alza en la formación de parejas internacionales. Al mismo tiempo, se produjo un incremento de separaciones

familiares y divorcios, lo que derivó en un aumento en las controversias internacionales sobre custodia de menores⁶.

Es de esta forma como surgió con más fuerza el problema de la sustracción de menores, problema que requería de soluciones rápidas y concretas por lo que, en una reunión de la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya celebrada en 1976, se propuso que la Conferencia de La Haya se ocupara de la preparación de un tratado internacional que se refiriera al problema de la sustracción de menores por uno de sus padres⁷.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización internacional que tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional Privado, a través de la homologación de estas a nivel mundial, elaborando instrumentos jurídicos multilaterales⁸. Celebró su primera reunión en 1893 y actualmente cuenta con 69 Estados Miembros (68 estados y la Unión Europea)^{9/10}. Chile es miembro desde 1986 y ha adherido actualmente a dos convenios:

⁶ BRUNCH, Carol S., *The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, Future Challenges*. En: Globalization of child law. The role of The Hague Conventions. DETRICK, Sharon y Vlaardingerbroek, Paul. Kluwe Law International, 1999. (traducción de la autora)

⁷ CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Protección Internacional del Niño, Boletín de Jueces, Tomo V, Primavera de 2003. Claire L'Heureux-Dubé, "Queriendo a nuestros niños: El papel de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores".

⁸ Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Estatuto adoptado el 31 de octubre de 1951 en la Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, entró en vigor el 15 de julio de 1955.

⁹ Albania, Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Chipre, Corea, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Egipto,

el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

En razón del decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, se adoptó por unanimidad de los estados presentes la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores¹¹. Cuatro estados firmaron el Convenio en aquel momento (Canadá, Francia, Grecia y Suiza), por tanto, el Convenio lleva la fecha del 25 de octubre de 1980¹². Chile, adhirió en febrero de 1994 y publicó su adhesión en el Diario Oficial el 17 de junio de 1994.

Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Jordania, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malasia, Malta, Marruecos, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Rusia, Serbia, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Surinam, Turquía, Ucrania, Uruguay, Unión Europea y Venezuela.

¹⁰ Fuente: http://www.hcch.net/index_es.php?act=states.listing. Sitio oficial de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

¹¹ VALLADARES V, Jorge. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las Américas. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

¹² PEREZ-VERA, Elisa. Informe explicativo al Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores. Madrid, abril de 1981.

Sin embargo, la Convención de la Haya de 1980 no fue el primer instrumento en tratar o referirse a este problema.

Ya en el año 1972, el Consejo de Europa comenzó los trabajos para lo que sería el **Convenio Europeo Relativo al Reconocimiento y la Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores, así como al Restablecimiento de la Custodia**, firmado en Luxemburgo en 1980 que, si bien lleva el mismo año que el de La Haya, se encontraba prácticamente concluido al tiempo en que se realizó el anteproyecto de este. Aunque ambos se refieren al mismo tema, la diferencia sustantiva entre ellos se encuentra en el hecho de que el Convenio del Consejo de Europa requiere un pronunciamiento judicial previo relativo a la custodia del menor para que su desplazamiento sea considerado como ilícito¹³. Así lo establece el artículo 1. d) al definir *traslado ilícito* como “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 ejecutoriada en dicho estado, se considerará asimismo como traslado ilícito”¹⁴. Es respecto a este punto que la Convención de La Haya toma un rumbo diferente y se aparta del modelo clásico, ampliando el espectro de posibilidades ante una sustracción

¹³ PEREZ-VERA, Elisa. Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del convenio de la conferencia de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de octubre de 1980. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

¹⁴ 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). Luxemburgo, 20 de mayo de 1980.

internacional. Esta, define *traslado ilícito* en el artículo 3 en relación con la violación del derecho de tuición asignado a una persona, institución u organismo, para luego aclarar en la parte final del mismo artículo que el derecho de tuición “podrá derivar en particular de una atribución de pleno derecho, de una resolución judicial o administrativa, o de un acuerdo en vigencia en virtud de la ley de ese Estado”¹⁵. Es decir, mientras en el Convenio de Luxemburgo se requiere de una decisión judicial formal y previa, en el de La Haya se intenta proteger la tuición del menor, más allá de que esta haya sido declarada por el Estado parte, pudiendo ser sólo producto de una situación de hecho.

Otro instrumento relacionado con este tema es la **Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores**. Este es el homólogo americano del Convenio de La Haya, claramente inspirado en este último. Ambos instrumentos multilaterales tienen el mismo fin, que es garantizar el derecho de visita y custodia a través del inmediato retorno del menor al lugar de su residencia habitual. Sin embargo, presentan diferencias en su procedimiento.

En primer lugar, con respecto a la legitimación activa, el Convenio de La Haya es más amplio que el americano, pues, en su artículo 8, faculta a cualquier persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, a dirigirse a la autoridad central para solicitar su restitución; mientras que el segundo sólo otorga este derecho a los padres, tutores, guardadores o alguna institución.

Otra diferencia la encontramos en una inclinación hacia el formalismo de la Convención Interamericana, procedimiento más garantista, regido por requisitos más precisos y plazos ciertos fijados en el mismo instrumento. Por su parte, la Convención de

¹⁵ Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores. La Haya, 25 de octubre de 1980.

La Haya tiende a favorecer la inmediatez en la toma de decisiones, evitando formalismos para lograrlo ¹⁶.

Por último, es necesario señalar que el artículo 34 de la Convención Interamericana prevé el caso de que ambas convenciones sean aplicables, estableciendo que, en caso de pertenecer un país a ambas, regirá la Convención Interamericana por sobre la Convención de La Haya. Esto, sin perjuicio de que los estados podrán convenir siempre de forma bilateral la aplicación de la Convención europea.

Otro instrumento íntimamente ligado con el Convenio sobre sustracción de menores es la **Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989**. En esta Convención, se aseguran dos grandes principios relacionados con lo que aborda este estudio.

En primer lugar, se establece el interés superior del niño como un principio rector y pilar fundamental al que deberá atender cualquier organismo o institución al decidir sobre cualquier medida relativa a un menor. Así se establece en el artículo 3 número 1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”¹⁷ A este respecto, el Convenio de La Haya plasma este principio al ratificar el

¹⁶ VALLADARES V, Jorge. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las Américas. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

¹⁷ Convención derechos del Niño de 1989.

supuesto de que los niños no son propiedad de ninguno de los progenitores. Pero, por otro lado y como veremos más adelante, este importante principio superior es utilizado con frecuencia por los jueces para matizar la obligación perentoria de retornar al menor en la que se encuentra un estado una vez que se cumplen los requisitos para calificar un traslado o una retención como ilícitos, pues el objetivo de retorno del menor debe estar siempre supeditado a su interés superior.

Por otro lado, en el artículo 8, se le garantizan a todo niño las relaciones familiares, derecho que incluye el no ser separado de sus padres (artículo 9); la reunificación familiar (artículo 10); derecho de visita, aun en el caso que uno de los padres resida en otro estado distinto al de su domicilio (artículo 10 número 2); derecho a no ser trasladado en forma ilícita al extranjero (artículo 11); y el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes respecto a la crianza y desarrollo del niño (artículo 18)¹⁸. De estos derechos, comprendidos entre los que corresponden a las relaciones familiares, aquel establecido en el artículo 11 está íntimamente ligado a la Convención en estudio, pues esta viene a hacer cumplir el mandato del instrumento de las Naciones Unidas al concretar una regulación internacional en la materia¹⁹ y a establecer los

¹⁸ VALLADARES V, Jorge. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las Américas. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

¹⁹ TELLECHEA B, Eduardo. La convención interamericana de Montevideo de 1989 sobre restitución internacional de menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento. 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. Publicado por

mecanismos necesarios para que aquellos menores trasladados de forma ilícita sean retornados a su residencia habitual.

Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

CAPÍTULO II

ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de este Convenio se encuentra establecido en los artículos 1, 2 y 3 respecto del ámbito de aplicación material que se refieren a los objetivos convencionales, la obligación general de los estados contratantes y los requisitos para calificar un traslado de ilícito, respectivamente. El artículo 4 se refiere al ámbito de aplicación personal y el artículo 35, por su parte, establece el ámbito de aplicación en el tiempo.

Antes de hablar sobre el ámbito de aplicación, es necesario delimitar el problema que el Convenio plantea, el cual se centra en el conflicto que se produce cuando un menor es trasladado fuera de su hogar habitual, esto es, el lugar donde ha residido la mayor parte de su vida, y en el cual se encontraba bajo la custodia de una persona física o jurídica (vulneración del derecho de custodia). También se produce cuando el menor es trasladado con la autorización de la persona que ejercía esa custodia, pero no es devuelto a su hogar, reteniéndolo así en el extranjero (vulneración del derecho de visita). De esta forma, el sustractor intenta establecer un vínculo artificial de competencia judicial al trasladar al menor a otro estado y, una vez en este, validar esta situación de hecho.

1. Ámbito de aplicación material

1.1. Artículo 1: Objetivos convencionales

El artículo 1, al establecer los objetivos convencionales, fija en el apartado a), como clara prioridad, “el inmediato regreso de los niños trasladados a, o retenidos

ilícitamente en cualquier Estado contratante". De esta forma, se busca el restablecimiento del statu quo y que cualquier decisión de fondo en torno al menor sea tomada por el juez de la residencia habitual del menor (juez natural), no aquel del lugar donde fue trasladado ilegalmente. Por tanto, el regreso inmediato del menor, una vez que se cumplan los requisitos establecidos en el Convenio, pasa a ser la piedra angular de este y su objetivo principal.

Esta obligación de retorno inmediato tiene dos ventajas principales:

1. El niño será devuelto al lugar de su residencia habitual, por lo que los méritos del caso serán generalmente oídos y decididos por cortes con el máximo acceso a la información relevante.

2. Tendrán un factor disuasivo, porque los padres se verán privados de los beneficios estratégicos que podrían buscar a través de su actuación unilateral²⁰ (conseguir resoluciones favorables que aprueben su decisión unilateral).

De este principio, se desprende un objetivo no implícito en el convenio y es que "el debate respecto al fondo del asunto, esto es, el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, tanto si éste ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la custodia, como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo una resolución existente"²¹. Sobre esto último, como se explicó

²⁰ BRUNCH, Carol S., *The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, Future Challenges*. En: Globalization of child law. The role of The Hague Conventions. DETRICK, Sharon y Vlaardingerbroek, Paul. Kluwe Law International, 1999. (traducción de la autora)

²¹ PEREZ-VERA, Elisa. Informe explicativo al Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores. Madrid, abril de 1981

anteriormente, el Convenio de La Haya no requiere que necesariamente exista una resolución judicial que haya otorgado la custodia a uno de los padres para que se configure la causal invocada. Por tanto, es de suma importancia recalcar que un juez que conoce de un caso de sustracción internacional, no debe nunca pronunciarse sobre ninguna materia de fondo, sino sólo limitarse a determinar si se cumplen los requisitos convencionales para que el menor sea devuelto a su Estado de residencia habitual y, en caso que así sea, ordenar su retorno para que el juez competente del lugar de residencia habitual del menor, se pronuncie sobre la custodia y temas atinentes. Así lo reafirma la Convención en los artículos 16 y 19 al establecer que las autoridades de un Estado Contratante no podrán resolver sobre los méritos del derecho de tuición hasta que no se haya determinado que no se reúnen las condiciones para el regreso del niño y también que ninguna resolución sobre el regreso del niño en el marco de la Convención, afectará los méritos del derecho de tuición. De esta forma, se excluye del debate en torno a la restitución, todo lo pertinente al derecho de tuición. Como explica el profesor Jorge Valladares, “el Convenio de la Haya no se refiere al conflicto de leyes aplicables en el tiempo o el espacio, ni a la validez de las resoluciones judiciales o administrativas de un Estado en el territorio de otro. Tampoco al derecho, conferido o no, de custodia de uno u otro progenitor. El Convenio tiene como fin específico garantizar el retorno inmediato del niño o niña retenido mediante uso de fuerza o intimidación y que dejó indefenso a uno de los progenitores para gozar del derecho sea de visita o de custodia”²². Es más, si el

²² VALLADARES V, Jorge. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las Américas. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

retorno del menor es rechazado por alguna razón, el padre sustractor no tendrá por ese hecho el derecho de custodia: este deberá ser debatido en nuevo juicio (pero será competente el juez del estado requerido).

El artículo 5 del texto contiene una definición autónoma de lo que se entiende por derecho de custodia en términos amplios y genéricos al establecer que “comprenderá el derecho relativo a los cuidados de la persona del niño y, en particular, el derecho a determinar su lugar de residencia”. De la misma forma, establece que “el derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al niño por un período limitado a un lugar que no sea su lugar de residencia habitual”. Se infringe el derecho de custodia al trasladar al menor a otro estado sin el consentimiento de la persona o institución que detentaba el derecho de custodia sobre este, o bien, lo compartía con el padre infractor. Se infringe el derecho de visita en la medida que se niega el retorno de un menor trasladado a otro estado con el consentimiento del padre que tiene o comparte su custodia, abusando así del derecho de visita ejercido por el padre infractor. Ahora bien, si el niño es trasladado a otro estado por el padre que tiene la custodia, también se puede considerar que infringe el derecho de visita del padre que se queda; pero, en este caso, no habría un traslado ilegal y, por tanto, no se podría aplicar el tratado para restituir al menor. Como explica la profesora Elisa Pérez Vera, en el Decimocuarto período de sesiones, se plantearon los problemas que pueden derivarse de un derecho de visita, sobre todo cuando el titular de la custodia traslada al menor al extranjero. En este caso, la opinión mayoritaria fue que no se puede asimilar dicha situación a los traslados ilícitos que se intenta prevenir.

El apartado b) del mismo artículo 1, establece el otro objetivo convencional, que no es más que una extensión del principio enunciado en el apartado a). Ya que, “Hacer respetar efectivamente en los demás Estados Contratantes los derechos de tuición y visita existente en un Estado Contratante”, es el mismo objetivo establecido en el apartado primero, pero de forma preventiva, ya que la infracción al derecho de custodia o visita es justamente la causa que configura una sustracción infantil.

1.2. Artículo 2: Obligación general

El artículo 2 establece una obligación general a los estados contratantes en orden a adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar la realización de los objetivos convencionales. Este precepto establece una obligación de medio, reforzando así el carácter de convenio de cooperación entre estados que este detenta. Asimismo, subraya la importancia de que el procedimiento sea rápido. Nuevamente no especifica ni exige actitudes concretas ni límites de tiempo, salvo el aplicar los procedimientos de urgencia establecidos en cada estado. No impone aprobar nuevas normativas, sino que da amplia libertad a los estados para que estos determinen de qué forma harán el procedimiento lo más expedito posible.

1.3. Artículo 3: Requisitos para configurar el “traslado ilícito”

El artículo 3 termina por delimitar claramente el ámbito de aplicación material del convenio al determinar qué requisitos deben concurrir para que un traslado o retención tengan el carácter de ilícitos, siendo de esta forma y junto con el artículo 1, la piedra angular del mentado cuerpo internacional.

El citado artículo gira principalmente en torno al derecho de custodia para determinar cuándo un traslado o retención se considerará ilícito y lo fija en los siguientes términos:

a) Cuando tiene lugar en violación a un derecho de tuición asignado a una persona, una institución o cualquier otro organismo, en forma separada o conjunta, en virtud de la ley del Estado en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) Cuando dicho derecho ha sido efectivamente ejercido en forma separada o conjunta en el momento del traslado o retención, o lo hubiera sido si no hubieren ocurrido tales hechos. El derecho de tuición mencionado en la cláusula a) anterior, podrá derivar en particular de una atribución de pleno derecho, de una resolución judicial o administrativa, o de un acuerdo en vigencia en virtud de la ley de ese Estado.

De este artículo se desprende claramente el espíritu de la Convención, que pretende proteger el derecho de custodia por sobre, incluso, del derecho de visita. Para configurar el traslado ilícito, entonces, es necesaria la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor y el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado²³. Es necesario precisar, pues, un par de puntos para entender en qué casos se aplicaría este Convenio y la subsiguiente obligación de retorno que de él emana.

1.3.1. Legitimación activa

En primer lugar, se puede distinguir una amplia legitimación activa para ejercer el derecho que este instrumento confiere, pues habla de *una persona, una institución o cualquier otro organismo*, términos bastante amplios, sobre todo el último. La legitimación se determina según la ley de la residencia habitual del menor²⁴.

²³ PEREZ-VERA, Elisa. Informe explicativo al Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores. Madrid, abril de 1981.

²⁴ FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. Derecho Internacional Privado Parte Especial. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2000.

1.3.2. Fuentes del derecho de tuición

Tampoco es exhaustivo al establecer las fuentes del derecho de tuición violado, ya que menciona específicamente, en el inciso final, que este “podrá derivar”, para luego dar ejemplos como una resolución, un acuerdo o una atribución de pleno derecho. Todas estas fuentes se consideran en sentido amplio. La resolución puede emanar de un tribunal nacional del Estado, o de otro Estado y, en este caso, ni siquiera es necesario que se encuentre formalmente reconocida. El acuerdo, por su parte, se puede tratar de una simple transacción entre privados que se regulará según la ley del Estado donde se realice. Respecto a la atribución de pleno derecho, esta se refiere simplemente a la ley de cada estado (ley interna o bien, las normas de conflicto del Estado de residencia habitual), que puede otorgar derechos a las partes, aun sin que estas recurran a la justicia²⁵. Un ejemplo de esto se podría dar en el caso español, cuyas leyes internas, desde el año 2005, otorgan el cuidado personal en conjunto a ambos padres en caso de que estos se separen; por tanto, si un padre se llevara a un menor sin el consentimiento del otro, se configuraría el ilícito, aunque no exista resolución judicial previa. Esta precisión es importante, pues hace que esta Convención no sea sólo un instrumento que permite cumplir resoluciones extranjeras, sino, además, da un mecanismo al padre desposeído, que de otra forma no tendría nada que hacer ante un traslado inesperado de un niño sobre el cual no ha recaído decisión alguna sobre la tuición. Va más allá del exequátur, mecanismo clásico de cumplimiento en derecho internacional privado.

1.3.3. Residencia habitual

Por otra parte, para determinar en virtud de qué ley se atribuyó el derecho de tuición violado, se debe atender a un importante factor: la residencia habitual del menor.

²⁵ PEREZ-VERA, Elisa. Informe explicativo al Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores. Madrid, abril de 1981.

En este sentido, es importante recalcar que el Convenio pone el centro de atención en el menor y no en los padres, ya que es su residencia y entorno, tanto físico como afectivo, lo que se intenta proteger. Aunque si bien la residencia habitual se centra en el menor, es el padre que detenta su custodia el que la determina. “La residencia habitual es un concepto de hecho, que se debe entender de acuerdo con el significado ordinario y natural de las dos palabras que lo forman. La residencia habitual se puede perder en un día si existe la intención firme de no regresar. Para convertirse en habitual un período de residencia, debe haber durado por un plazo considerable y el individuo debe haber tenido la intención firme de residir allí. En el caso de que un menor tenga sólo una persona a cargo de su custodia, la residencia habitual de ese menor será necesariamente la misma que la de esa persona”²⁶.

En vista de que el texto no define lo que se entiende por “*residencia habitual*”, y debido a su importancia para estos efectos, se ha intentado delimitar en doctrina como “el lugar donde el menor tiene su centro de vida”²⁷ o “el lugar donde se encuentra integrado afectivamente”²⁸. El profesor Miralles la define como “una cuestión meramente fáctica, una situación efectivamente existente, creada después de un período de cierta duración (...) una condición de la existencia de la residencia habitual estriba en una cierta

²⁶ HC/E/UKe 2 [26/07/1990;House of Lords (Inglaterra);Tribunal Superior de Apelaciones. [1990]

²⁷ Así lo define el artículo 3° del Convenio sobre restitución internacional de menores con la República Oriental de Uruguay.

²⁸ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. Derecho Internacional Privado Parte Especial. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2000.

integración al medio (...) debe haber durado cierto tiempo o haberse proyectado para un período de cierta duración²⁹.

Pero el concepto no está exento de problemas, pues “aunque ‘residencia habitual’ se ha convertido en el factor vinculante común internacional, es un concepto difícil de precisar y no está definido en la Convención de La Haya. Aunque en esencia se refiere al lugar donde el niño o la niña tiene su “hogar”, en ocasiones puede ser extremadamente difícil decir en qué punto un menor comienza o cesa de tener su hogar en un estado en particular. No hay acuerdo común entre los estados Parte acerca de cuán largo debe ser un período de residencia para que se pueda decir que es ‘habitual’³⁰. Este problema se agrava por tratarse de menores, ya que si consideramos la corta edad de los individuos a los que se aplica generalmente este convenio y la facilidad de adaptación a un ambiente diferente que presentan estos por la misma razón, hay

²⁹ MIRALLES S, Pedro Pablo. 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, 12 y 13 de agosto de 2002. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

³⁰ LOWE, Nigel. Informe del Profesor Nigel Lowe Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional de la Familia Universidad de Cardiff, Gales, Reino Unido. En: Foro internacional sobre secuestro internacional de menores: Programa de acción de la Convención de La Haya 15 y 16 de septiembre de 1998. Publicado por National Center for Missing & Exploited Children en abril de 1999, traducción publicada en febrero de 2001.

muchos casos en el que este concepto se vuelve aún más ambiguo. Este hecho se acentúa debido a la extensión de este tipo de juicios, que en la mayoría de los casos suelen ser bastante dilatados, alejándose del espíritu de la Convención en orden a su urgencia. Así lo expresa el profesor Lowe, quien afirma que “si el niño o niña ha dejado de ser residente habitual en su Estado Contratante original en el momento del traslado o de la retención (más probablemente en este último caso), la solicitud conforme a la Convención de La Haya fracasará”³¹. Por tanto, lo interesante de este concepto es que su propia ambigüedad puede convertirlo en una excepción en sí mismo para la restitución del menor, pues el traslado ilícito puede convertir al nuevo estado en la residencia habitual del menor. Legalmente, la residencia habitual seguirá siendo el lugar del que fue trasladado, pero la adaptación del menor al nuevo entorno es una cuestión de hecho innegable. De hecho, el artículo 12 establece como excepción al retorno del menor “que se haya demostrado que éste se ha integrado a su nuevo medio”, refiriéndose a los casos en que ha transcurrido más de un año desde el traslado.

Esta situación genera una serie de interrogantes, como ¿puede negarse la restitución de un niño trasladado ilícitamente debido a que por alguna razón (tardanza en presentar la demanda, demora en las comunicaciones entre órganos o el mismo proceso) el niño ha permanecido tanto tiempo en el nuevo estado, como para convertirlo en su residencia habitual?; ¿podría, de esta forma, convertirse el juez del nuevo estado en el juez natural que debe decidir sobre la tuición del menor?; ¿cuánto tiempo debería pasar para que esto ocurriera?; ¿se podría dar esta situación aun cuando la demanda se presentara antes del plazo de un año?. En mi opinión, esto podría pasar, pues es un concepto ambiguo; sin embargo es una cuestión de hecho (no como el domicilio que es un concepto de derecho), por lo tanto, es factible que suceda, aún más fácilmente con niños pequeños. A modo de ejemplo: se realiza el traslado ilegal de un menor de un año cuya demanda se presenta luego de varios meses; el proceso en su totalidad dura otros

³¹ Op. Cit. Ibid.

tantos meses y, a la época de la sentencia, el niño ya lleva viviendo un año o más en el nuevo estado. En este caso, la situación de hecho “hogar habitual” es de por sí ambigua, y si el fin último es el interés superior del menor, ¿no sería mejor para él quedarse en el estado que le resulta más familiar y no tener que ser restituido por una cuestión formal? ¿Qué pasaría si transcurre un tiempo considerable, pero menos de la mitad de la vida del menor? ¿Podría suceder que esta situación afectara, entonces, de forma distinta a niños de distintas edades? Pues en esta hipótesis, si el niño es muy pequeño, sería considerablemente más fácil aplicar el “hogar habitual” como excepción a la restitución en comparación a un niño mayor.

A falta de definición, la doctrina ha considerado la residencia habitual como el lugar en que el menor tiene su “centro de vida”, pues se centra la atención en el niño, no en los padres. Sin embargo, han existido casos en que esa definición no ha sido suficiente para determinar el lugar de residencia habitual. Es así como la jurisprudencia ha incorporado nuevos parámetros en orden a definir o delimitar el tema. En el caso *Mozes v. Mozes*³², una corte de Estados Unidos analizó la “intención de los padres” como base para determinar cuál era el lugar de residencia habitual de tres menores. En este caso, ambos padres eran de Israel y vivían ahí con sus hijos. La madre se fue a vivir a Estados Unidos con ellos por 15 meses, con el permiso del padre. Antes de cumplirse la fecha pactada, la madre solicitó el divorcio en Estados Unidos y pidió la custodia de los menores, alegando que, con el consentimiento del padre, esa era la residencia habitual de los menores. El padre, por su parte, solicitó la restitución de estos a Israel. En este caso, se determinó que la intención del padre al dejarlos ir a Estados Unidos por un tiempo, no era suficiente para argumentar que habían cambiado de residencia habitual, ya que el padre no tenía la intención de que cambiaran de residencia habitual. En este caso, más que el grado de aclimatación de los menores en el nuevo país, se atendió al parámetro de la intención compartida de los padres en cambiar o no la residencia habitual de los menores.

³² *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir, 2001)

2. **Ámbito de aplicación personal**

El artículo 4 de la Convención delimita el ámbito de aplicación personal al establecer que “La Convención se aplicará a cualquier niño que haya sido residente habitual de un Estado Contratante inmediatamente antes de la contravención de los derechos de tuición o de visita. La aplicación de la Convención cesará cuando el niño cumpla la edad de 16 años”. Al realizar el Convenio, se consideró una edad menor que la que comúnmente se utiliza para hablar de menores o niños, que suele ser aquel inferior a 18 años. Así lo establece por ejemplo el artículo 1 de la Convención de Derechos del Niño o el artículo 12 del Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores de 1961. De esta misma forma, para nuestra legislación nacional, es menor de edad todo aquel que no ha cumplido los 18 años, según lo establece el Código Civil en su artículo 4°. Por esta razón, y para no provocar una pugna entre la legislación chilena y el Convenio, en el Decreto 386 de 1994 en que se promulgó la mentada Convención, se hace la salvedad de que "Chile entiende el artículo 3 de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños en el sentido de 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"³³. Es decir, para Chile el Convenio rige hasta que los niños tengan 18 años.

La decisión de establecer la edad límite en 16 años, se basó en que un niño de esa edad ya podía decidir solo su lugar de residencia. En palabras de la profesora Elisa

³³ Decreto 386 que promulga la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, de fecha 30 de marzo de 1994 y publicado en el Diario Oficial el 17 de junio del mismo año.

Pérez Vera “El motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial”³⁴.

Por tanto, a un menor que ya ha cumplido los 16 años no se le puede aplicar en ningún caso el Convenio. Sin embargo, si bien a un menor de 16 siempre se le aplica, la madurez de un niño es relativa y es posible que un menor de incluso 12 años pueda manifestar su deseo de no ser restituido. En este caso, se deberá llevar a cabo el proceso, pero es poco probable que una autoridad ordene su retorno en contra de su voluntad. En este sentido, la Convención recalca el derecho del niño a ser oído al hablar de las excepciones para la restitución del menor establecidas en el artículo 13. La autoridad puede negar la restitución si el niño se opone y ha llegado a una edad y madurez en las que su opinión merece tenerse en cuenta. Este se considera un derecho fundamental del niño y está establecido en la Convención de Derechos del Niño (artículo 12).

3. Ámbito de aplicación en el tiempo

El ámbito de aplicación en el tiempo de este Convenio se establece en el artículo 35, con relación a los artículos 4 y 12. Se habla del tiempo en relación a tres factores: la irretroactividad del Convenio, la edad hasta la cual se puede solicitar el retorno de un menor y el tiempo en el que se debe ejercer la acción.

³⁴ PÉREZ-VERA, Elisa. Informe explicativo al Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores. Madrid, abril de 1981.

El Artículo 35 establece específicamente la irretroactividad del Convenio por lo que sólo se puede aplicar a casos que se produzcan después de su entrada en vigor. Este límite y el establecido en el artículo 4 en relación a la edad máxima que debe tener el menor para poder solicitar la restitución, de 16 años como vimos anteriormente, son los únicos límites que se establecen en el instrumento en cuanto al tiempo. Estas son las dos consideraciones con respecto al tiempo que producirían un rechazo de la petición.

El artículo 12 no establece un límite en sí, sino sólo un matiz en cuanto al tiempo transcurrido desde el traslado y hasta que se presente la acción, que podría derivar en un rechazo de la solicitud de restitución. El Artículo en cuestión establece el plazo de un año. Si la demanda es interpuesta en ese plazo y se cumplen los demás requisitos, el niño debe ser devuelto al Estado de su residencia habitual. Si ha pasado más de un año “también deberá ordenar el regreso, a menos que se haya demostrado que éste se ha integrado a su nuevo medio”. Es decir, el que haya pasado un año no significa una excepción en sí al retorno, pero aminora la obligación de devolver al niño. Esto, supeditado siempre a que se haya integrado al nuevo ambiente, cuestión que deberá probar la parte demandada.

CAPÍTULO III

EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE RETORNO

La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. Sin embargo, la regla cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestre que, ante una situación extrema, se impone, en aras del interés superior del niño, el sacrificio personal del guardador desasido.³⁵ Es por resguardar esta supremacía del interés del menor, que la Convención desarrolla ciertas excepciones a la obligación inmediata de retorno. “Las excepciones al retorno son manifestaciones en casos determinados del mencionado interés, criterio vector en la materia, que ha de ser tenido en cuenta tanto para interpretar la excepción que se dice aplicable, como para valorar los hechos que fundamentan dicha excepción”³⁶. Ahora bien, estas excepciones deben ser utilizadas siempre de forma restrictiva, pues, si cada vez que se cumplieran los requisitos para ordenar el retorno de un menor se esgrimirán excepciones, el Convenio se convertiría en letra muerta.

³⁵ SANTOS DE SADONIO, Valeria. Interacción del derecho de familia con otras áreas del derecho: hipótesis de excepción a la aplicación de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Jurisprudencia nacional y comparada. Revista Jurídica de la Universidad Jurídica Interamericana de Puerto Rico. 41º(1&2). septiembre-diciembre 2006

³⁶ HERRANZ B., Mónica. El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Editorial Lex Nova S.A, Valladolid, España. 2004.

Las principales excepciones al retorno inmediato del menor están establecidas en el artículo 13 del Convenio. En este sentido, veremos que el más utilizado se encuentra en el 13 b), generándose un problema por el abuso en su invocación. Como comentamos antes, también existen límites en el tiempo que se pueden oponer como excepción (irretroactividad del convenio y edad máxima de 16 años del niño) y dos elementos que copulativamente podrían impedir el retorno del menor, cuando ha pasado más de un año y se prueba que el niño se encuentra adaptado a su nuevo ambiente (artículo 12). Por último, se presenta una posible excepción al retorno en el artículo 20, en el caso de que en el país de residencia habitual no se respeten los derechos humanos y libertades fundamentales.

1. Excepción establecida en el artículo 12

Para que esta excepción pueda ser aplicada, se deben cumplir dos requisitos copulativos:

- a) Que haya transcurrido un período superior a un año desde el traslado o retención ilegal.
- b) Que se demuestre que el niño se ha integrado a su nuevo medio.

Como vimos anteriormente, este artículo, más que una excepción, establece un matiz a la obligación de restitución inmediata. En los términos en que está redactado, no se señala precisamente que, cumpliéndose ambos requisitos, se debe retornar al menor; sino que, aunque haya transcurrido un año desde el traslado o retención, el menor deberá retornar. Pero en este punto establece la real excepción al aclarar: “a menos que haya demostrado que éste se ha integrado a su nuevo medio”. Como precisó la Corte de Ohio, “Más que abortar una petición del Convenio, el artículo 12 solo da a la Corte la

discreción después de un año de determinar si el niño está asentado en el nuevo ambiente³⁷.

2. Excepciones establecidas en artículo 13

2.1. Las excepciones establecidas en el apartado a)

Estas excepciones se producen cuando:

- i. Aquel que estaba encargado del cuidado del niño no ejercía realmente el derecho de tuición en el momento del traslado o retención.
- ii. Aquel que solicita el retorno había consentido o accedido posteriormente a dicho traslado o retención.

2.1.1. Demandante no ejercía el derecho de tuición al momento del traslado

El primer presupuesto es del todo lógico, pues el Convenio intenta proteger el derecho de custodia y mal podría hacerlo si quien reclama no lo detentaba al momento del traslado. A mi parecer, esta no sería una excepción, sino simplemente el hecho de que no se cumple un presupuesto para aplicar el instrumento internacional, ya que como vimos al hablar de los requisitos para su aplicación, uno de ellos era la violación de un derecho de custodia (artículo 3).

2.1.2. Demandante accede posteriormente al traslado o retención

³⁷ Anderson v. Acree, 250 F. Supp. 2d 872 (Dist. Ct. SD Ohio 2002),

El segundo presupuesto, en cambio, sí podría esgrimirse como excepción. El problema es que es poco probable que alguien se allane y luego demande el retorno. Y en caso de que ello ocurra, ¿cómo podrá la parte demanda probar que el que alega la sustracción accedió al traslado de no existir documentos que lo acrediten?

2.2. Excepción establecida en el apartado b)

Esta excepción es la más esgrimida y se produce cuando:

- i. Existe un 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.
- ii. Si el niño se opone a su regreso y ha llegado a una edad y a un grado de madurez en las que su opinión merece tenerse en cuenta.

2.2.1. Grave riesgo

El primer punto señalado en el apartado b) es la excepción más esgrimida para evitar el regreso de un menor³⁸. Se trata del grave riesgo de que la restitución ponga al niño en un peligro físico o psíquico, o bien se lo coloque en una situación “intolerable”. Lamentablemente, no existe una interpretación inequívoca de este precepto, por lo que su verdadero alcance lo dará la autoridad encargada en cada caso. El retorno del niño está siempre supeditado a un principio rector de todas las materias en las que intervengan menores, es decir, el interés superior del niño. En virtud de este, se puede negar el retorno si se prueba de forma fehaciente que el niño podría sufrir un daño al retornar al lugar de residencia habitual.

³⁸ CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Protección Internacional del Niño, Boletín de Jueces, Tomo V, Primavera de 2003. Honorable Jacques Chamberland, Juez de la Corte de Apelaciones de Quebec, Canadá. “Artículo 13(1)(b) y violencia doméstica: La situación canadiense”

Este precepto, sin duda alguna, es el más invocado para intentar el rechazo de la petición de retorno, pues muchas veces no se diferencia entre el procedimiento enfocado al retorno del menor que el Convenio de 1980 establece, y los preceptos internos de atribución de la guarda y custodia de un menor³⁹. Existe una tendencia a resolver el fondo del asunto antes de decidir sobre la restitución, lo que es una contradicción con la idea central del Convenio que postula que el tribunal competente para resolver el mérito del asunto es aquel de la residencia habitual del menor, por lo que el niño se debe restituir cuanto antes, sin mediar mayores investigaciones ni dilaciones. Esto presenta la ventaja de que se intenta resolver teniendo siempre a la vista el interés superior del niño y la desventaja de que el juicio se alarga, perdiendo el carácter de sumario.

No hay un real consenso sobre el alcance de este precepto. Algunas razones utilizadas para invocar esta excepción son, por ejemplo, comportamiento violento del padre para con la madre o el menor, o casos en que el niño es muy pequeño y no se recomienda separarlo de la madre para su correcto desarrollo.

En Estados Unidos, se intentó realizar un marco, bastante acotado para el uso de esta excepción en el fallo *Friedrich v. Friedrich*:⁴⁰

³⁹ HERRANZ B., Mónica. El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Editorial Lex Nova S.A, Valladolid, España. 2004.

⁴⁰ *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996)

“A pesar de que no es necesario resolver la presente apelación, consideramos que un grave riesgo de peligro para los propósitos de la Convención puede existir en solamente dos situaciones:

Primero, hay un grave riesgo de peligro cuando el retorno del niño lo coloca ante un peligro inminente antes de la resolución de la disputa de custodia -por ejemplo, el retornar al menor a una zona de guerra, hambre o enfermedad.

Segundo, hay un grave riesgo de daño en casos de serio abuso o negligencia, o dependencia emocional extrema, cuando la corte en el país de residencia habitual, por cualquier razón, puede ser incapaz o no desee dar protección adecuada al menor. La prueba psicológica como la que la Sra. Friedrich presentó en los procedimientos que a continuación se señalan resulta relevante únicamente si esta ayuda a probar la existencia de una de estas situaciones”.

❖ Ejemplos de utilización de esta excepción en la legislación chilena

- Causa Rol N° 389-2005, tramitada ante el Segundo Juzgado de Menores de Santiago, caratulada "Correa con Seguel”:

“Que, en efecto, el mérito de la causa que se tiene a la vista, permite concluir que existe el grave riesgo que contempla la convención sobre la materia, pues con antecedentes claros de violencia doméstica entre los padres, separar al niño del lazo materno y de su actual entorno emocional, social y cultural, lo coloca o expone a un daño psicológico y afectivo, lo cual importa una situación intolerable para el.”

- Causa rol N° 1.770-2003, tramitada ante el Octavo Juzgado de Menores de Santiago, caratulada "Shrayef Paredes Kamal y otra”.

“Sexto: Que entre los antecedentes que obran en el expediente, que justifican la oposición materna, es del caso tener presente los siguientes: a) el informe social que rola a fojas 110, en que la profesional informante indica que en su opinión " los niños deben permanecer bajo el cuidado de la madre en Chile junto a la familia materna, donde

actualmente se encuentran protegidos, son el hogar que ofrece la madre, ambos son atendidos en todas sus necesidades, los niños se encuentran integrados al sistema preescolar y para el año próximo han inscrito al mayor en el colegio Nuestra Señora del Rosario, colegio de administración Municipal.."; b) que en la pericia de fojas 124, que emana del Servicio Nacional de Menores, la psicóloga informante infiere como resultado de los test que se les realizaron que los niños fueron víctimas de violencia intrafamiliar por parte de su padre, lo que viene de algún modo a corroborar las aseveraciones de la madre en el sentido de que huyó de su hogar en Estados Unidos porque su marido ejercía sobre ella y los menores violencia física o psicológica intrafamiliar.

Además, en dicho informe se sostiene que: "los niños se encuentran completamente adaptados a su medio chileno. Incluso hablan en forma comprensible el idioma español y manifiestan en forma explícita que Chile es bonito, frase que da cuenta que se sienten cómodos y aceptados en nuestro país; Se han integrado adecuadamente a su jardín infantil. La madre es una figura significativa en la vida y desarrollo emocional de cualquier niño, su relación de apego con ella es fundamental en el establecimiento de bases sanas para sus relaciones futuras."; recomiendan que los niños Kamal y Karima permanezcan al cuidado personal de su madre.

Séptimo: Que de estos antecedentes los sentenciadores infieren que existe el grave riesgo a que se refiere la Convención sobre la materia, puesto que, además de la violencia intrafamiliar que se ha determinado, separar a estos niños del lazo materno y de su actual entorno emocional, social y cultural los expone a un daño psicológico y afectivo grave".

En esta sentencia se esgrime la violencia ejercida por el padre de modo copulativo con otras causales, como que los niños se encuentran adaptados, en un ambiente protegido y tienen una relación de apego con la madre, por lo que sería desventajoso separarlos.

- Causa Rit 5208-2008, tramitada ante el 2° Juzgado de Familia de Santiago, caratulada “Martínez/Yáñez”.

“TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, de lo razonado en los motivos trigésimo quinto y trigésimo sexto se concluye que las condiciones existentes en Canadá a la época del traslado no importarían para el niño un grave riesgo o bien la exposición a una situación intolerable, en los términos que exige el literal b) del artículo 13 de la Convención, toda vez que el niño vivía junto a su madre quien tenía su cuidado personal y se encontraba regulado judicialmente un régimen de visitas restringido de una hora a la semana respecto de su padre. Sin embargo, de lo expuesto en motivo décimo cuarto se acredita que la restitución del niño a Canadá no garantizaría de modo alguno el restablecimiento del status quo anterior al traslado, toda vez que mediante resolución definitiva de 17 de abril de 2008 se le otorgó al padre la custodia exclusiva del niño, así como también las facultades y el auxilio necesario para ejercer tal derecho sin que siquiera se haya establecido un régimen al menos provisorio de visitas hacia la madre, teniendo presente además que el cuidado personal atribuido al padre como ocurre en la generalidad de las legislaciones anglosajonas constituye una especie de “sanción” por la no presentación del niño a las visitas, sin que en esa decisión se hayan tenido en consideración las habilidades parentales de los progenitores, ni el beneficio que reportaría al niño alterar su custodia.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que el niño de autos siempre ha vivido junto a su madre y abuelos maternos, tanto en Canadá como en Chile, a la fecha de audiencia tenía un año y tres meses de edad, etapa evolutiva en que más que el arraigo territorial importa el vínculo afectivo que ha desarrollado respecto de su referente protector que en este caso es su madre el cual influye directamente en su desarrollo neurofisiológico, de modo que interferir dicho proceso de vinculación para que sea el padre, a quien solo se le habían regulado visitas de una hora semanal, asuma absolutamente el cuidado del niño, sin haberse siquiera regulado visitas a favor de la madre, afectaría directamente el desarrollo del niño quien independiente del entorno físico y que sea su padre o un tercero quien

asuma sus cuidados –sea en Canadá o Chile- se vería privado de su referente protector, cuyas habilidades parentales no han sido cuestionadas.

CUADRAGÉSIMO: Que, consecuente con lo razonado, se estima que las nuevas condiciones relativas a la custodia de Jadon Alexander creadas con posterioridad a su traslado, atendida la alteración que provocarían en su desarrollo según se razonó, importa a juicio de esta sentenciadora, exponerlo a una situación en la que se alteraría el desarrollo afectivo y físico que ha tenido hasta ahora, lo que se estima como un riesgo que por la significación que puede tener la vida del niño, la circunstancia que no podrá revertirse sino con invertir la causal que lo originó lo que solo puede ser apreciado a posteriori cuando un nuevo cambio de las condiciones podría provocar en el niño más perjuicios que beneficios, necesariamente ha de estimarse como un riesgo grave, que no puede ser subsanado por este Tribunal toda vez que la misma Convención establece que no corresponde a este Tribunal emitir pronunciamiento respecto de los derechos de tuición.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, así las cosas, aun de estimarse contrario a lo razonado en estos autos, el traslado efectuado por la demandada fue ilícito, la restitución del niño en las actuales condiciones existentes en Canadá importaría exponerlo a un grave riesgo en los términos exigidos por el literal b) del artículo 13 de la Convención de la Haya y, en consecuencia, este Tribunal se encuentra legitimado para denegar su restitución teniéndose en estos términos por acreditada la concurrencia de la causal invocada”.

En esta sentencia, se niega el retorno básicamente porque las condiciones variaron y el menor no volvería a Canadá a la misma situación en la que vivía cuando fue trasladado, ya que en el intertanto la justicia canadiense le concedió al padre la custodia del menor.

- Causa Rit C- 2417-2008, tramitada ante el 2° Juzgado de Familia, caratulada “Barros/Cabañas”.

“1°) Que apreciando en conciencia las pruebas rendidas en autos, especialmente los informes técnicos mencionados en el fundamento undécimo, así como lo expresado por los padres del menor de autos, en relación a las graves desavenencias ocurridas durante su vida matrimonial, en su estadía en Suecia, traducidas en violencia intrafamiliar, con riesgo para la integridad psíquica y física de la demandada quien por desconocimiento del idioma, se ve impedida de proveer a la salvaguarda de sus derechos, se hace indispensable adoptar las medidas pertinentes, para no conculcar el interés superior del menor Martín Sebastián Barros Cabañas.

2°) Que por lo anteriormente expuesto y entendiendo que el retorno del menor a Suecia lo expone a graves riesgos en su integridad psicológica y de sano desarrollo, dándose en los hechos la situación prevista en la letra b) del artículo 13 de la Convención sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, se desestimaré la restitución inmediata del menor ya individualizado”.

Lo interesante de esta sentencia es que da por acreditada la violencia contra la madre, no así contra el menor, pero considera esa situación un peligro igualmente para este. A la misma conclusión se llegó en el caso Pollastro vs. Pollastro (1999), Ontario, Canadá⁴¹, pues la conducta del padre configuraría un potencial daño físico o psíquico al menor. Esta última sentencia sentó precedente en Canadá y se ha seguido el criterio de que la violencia ejercida por un padre hacia el otro, puede provocar el rechazo de un retorno⁴²

⁴¹ INCADAT: HC/E/CA/373

⁴² Decreto 386 que promulga la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, de fecha 30 de marzo de 1994 y publicado en el Diario Oficial el 17 de junio del mismo año.

2.2.2. Opinión del niño

El segundo punto señalado en el apartado b) se refiere a escuchar la opinión del niño, precepto que pone en práctica un derecho fundamental de los menores establecido en la Convención de Derechos del Niño. En este aspecto, el Convenio no se pronuncia sobre cuál debe ser la edad de un niño para tener en cuenta su opinión. No sería posible fijar un parámetro fijo, pues todos los niños presentan diversos niveles de desarrollo y madurez. “En este punto concreto, los esfuerzos hechos para ponerse de acuerdo respecto de una edad mínima a partir de la cual la opinión del niño podía ser tomada en consideración han fracasado, ya que todas las cifras tenían un cierto carácter artificial, por no decir arbitrario; en consecuencia, se ha entendido que era preferible dejar la aplicación de esta cláusula al mejor juicio de las autoridades competentes”⁴³. Es importante señalar que la opinión del niño no obliga a la autoridad competente a decidir conforme a ella.

❖ Como ejemplo de jurisprudencia nacional, expondré dos extractos de casos en que, aun cuando el tribunal reconoció que hubo un traslado y retención ilegal, rechazó la solicitud de retorno basándose únicamente en la opinión de menores de 10 años en ambos casos.

- Causa Rit C-293-2010, tramitada en el Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, caratulada “Elstub/Torres”

⁴³ PÉREZ-VERA, Elisa. Informe explicativo al Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores. Madrid, abril de 1981.

“Que el convenio, en su artículo 13, permite a los jueces no dar lugar al regreso o retorno del niño a su país de origen, cuando éste se oponga a dicho regreso, debiendo considerar su edad y madurez.

Que al oír a la niña en audiencia confidencial, esta juez llega a la conclusión que el deseo de ella es permanecer viviendo en Chile junto a su madre, confesando tener contacto telefónico con su padre y conformándose con verlo cuando ella llegue a una edad en que pueda viajar a verlo a su país de origen, impresionando en la audiencia que ese es su parecer y sentimiento, no mostrando en momento alguno señal de presión de terceros o falta o insuficiencia de convencimiento personal de lo que expresaba, sino que demostrando, en todo momento, claridad en la expresión de su deseo, sin demostrar tampoco ningún mal sentimiento respecto de su padre, afirmando afectividad por ambos padres, apareciendo siempre una manifestación de voluntad firme, con conocimiento, libre y espontánea de quedarse en Chile viviendo con su madre y familia materna.

De lo anterior esta juez concluye que, en el interés superior de la niña, es más beneficioso que permanezca en el territorio nacional junto a su madre y no regrese a su país de origen, por ser este su deseo”.

- Causa Rit 1668-2009, tramitada en el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, caratulada “Vallinot/González”.

“**13º)** Que habiéndose establecido que el niño se encuentra en Chile, se debe determinar si se configura alguna causal de excepción para negar lugar a la restitución, que del mérito de los antecedentes, de lo sugerido por el Sr. Consejero Técnico y en especial de la opinión de Guillermo quien impresiona por su relato ya que de manera muy clara y precisa señala que no quiere volver a España, que quiere seguir viviendo en Chile, indicando que se encuentra acostumbrado, que le gusta el colegio en que asiste, que tiene una serie de actividades entre ellas se encuentra en el equipo de básquetbol

del colegio, opinión que a juicio de esta sentenciadora se debe tener en cuenta de conformidad a lo que indica la Convención Sobre Los Derechos Del Niño en su artículo 13 y la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores que también en su artículo 13 rescata la misma situación, siendo un caso de excepción para la autoridad respectiva para negar lugar a la restitución si el niño se opone atendida su edad y grado de madurez, elementos que se dan en autos toda vez que Guillermo entiende cabalmente su situación y la explica en forma muy clara, no mostrándose influenciado, opinión que sumada al hecho que vive con su padre desde los 7 años y que éste último detenta su custodia, elementos que analizados en conciencia, permiten al Tribunal que se configura una causal para negarse a ordenar el regreso, motivo por el cual se desestimaré la demanda de autos”.

3. Excepción establecida en el artículo 20

La última excepción tratada no es de uso común y cuyo alcance es difícil determinar. Se refiere a los casos en que el regreso “no estuviere permitido por los principios fundamentales del Estado requerido sobre la protección de los derechos humanos”.

En esta disposición, se plasma un principio fundamental internacional protegido en muchos instrumentos, cual es el respeto a los derechos humanos. En este caso, es imperativo para el retorno del menor, por su propia seguridad e interés, que el país requirente respete este principio. Sin embargo, su interpretación no está exenta de problemas.

Un punto sí es claro y es que la violación a los derechos humanos que postula este artículo no debe basarse en el sistema jurídico imperante en ese Estado al tiempo

de la adhesión o ratificación⁴⁴. El Convenio de 1980 es “semicerrado”, esto significa que cada estado que quiere obligarse, deposita su adhesión, pero esta 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 (artículo 38). Esto quiere decir que si un estado acepta la adhesión de otro, está aceptando implícitamente sus normas sociales y de derecho interno y, posteriormente, no debería negar el retorno de un menor, porque la aplicación de ese derecho viola los derechos humanos según sus estándares, ya que tuvo amplia libertad para elegir si obligarse respecto de ese estado. Podría invocarse en el caso de que surja una guerra o revolución, que el estatus de un estado cambie completamente o se produzca un cambio radical en la ley que atente contra las convenciones de derechos humanos (como el régimen nazi, por ejemplo).

En un esfuerzo por darle un marco a esta excepción, la doctrina italiana ha apuntado que, para exencionar el retorno del menor con base en el artículo 20 se han de dar 3 requisitos:

4. Que el retorno sea contrario a los principios relativos a la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales.
5. Que estos principios estén vigentes en el ordenamiento del estado requerido-
6. Que sean calificados como derechos fundamentales⁴⁵.

⁴⁴ BEAUMONT, Paul R y McEleavy Peter E., *The Hague Convention on International Child Abduction*. Oxford Monographs in Private International Law. Oxford University Press, New York, 1999. (traducción de la autora)

⁴⁵ HERRANZ B., Mónica. *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Editorial Lex Nova S.A, Valladolid, España. 2004.

Actualmente, esta no es una excepción que se utilice con frecuencia. Es difícil que se presente, y más aún probar, que las circunstancias sociales, políticas o legales de un estado cambiaron en desmedro de los derechos humanos o libertades fundamentales, desde que se ratificó la adhesión, al momento del traslado. Es más fácil recurrir al grave riesgo expresado en el artículo 13 b).

Hoy, esta referencia puede no ser más que de un valor simbólico, pero le otorga a la Convención una suerte de autoridad moral. Puede ser de gran importancia si la Convención tiene éxito en próximas ratificaciones entre países cuyas leyes y tradiciones sean inaceptables para las modernas democracias de este⁴⁶.

❖ Ejemplo del uso de esta excepción en la jurisprudencia internacional:

- Causa HC/E/ES 244, 21/04/1997, Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1ª, España

“La menor era una bebé a la fecha de la supuesta sustracción ilícita. Había vivido en Israel toda su vida. Los padres estaban divorciados y tenían derechos de custodia compartidos. El veintidós de noviembre de 1994 la madre fue a España, su estado de origen, con la menor. El quince de junio de 1995 la Autoridad Central Israelí envió una solicitud a la Autoridad Central de España para lograr la restitución de la menor conforme al Convenio.

⁴⁶ BEAUMONT, Paul R y McEleavy Peter E., The Hague Convention on International Child Abduction. Oxford Monographs in Private International Law. Oxford University Press, New York, 1999. (traducción de la autora)

El veintisiete de junio de 1995, un Tribunal Rabínico de Israel le otorgó la custodia del menor al padre en virtud de las acciones de la madre. El padre había solicitado una declaración de que la madre había sido encontrada: 'Moredet', un estado conforme a la ley religiosa judía según el cual se la considera 'esposa rebelde'.

El Tribunal de Distrito sostuvo que la restitución de la menor sería contraria a los principios básicos de la ley española referidos a la protección de los derechos humanos y las libertades básicas, por lo tanto se aplicaba la excepción conforme al Artículo 20. Observó que el Convenio se propone restablecer el status quo ante, sin embargo, esto era imposible en este caso. El hecho de que el Tribunal Rabínico hubiera otorgado al padre la custodia exclusiva, aunque en forma provisoria, significaba que la menor sería sustraída a su madre para castigarla a ella por su 'rebelión'. No se tenía en cuenta qué era lo más beneficioso para la menor que había crecido solamente con la madre.

El Tribunal estableció que esto equivalía a una negación de la custodia natural de la menor en Israel y era en sí mismo contrario a los principios básicos de la ley española. La conclusión de que la madre era una Moredet empeoraría su situación y daría como resultado la absoluta negación de sus derechos, no sólo en relación con la menor, sino también dentro de la comunidad israelí".

CAPÍTULO IV PROCEDIMIENTO EN CHILE

En Chile, el procedimiento aplicable a esta materia está reglado en 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, de fecha 09 de octubre de 1998, modificado por el Acta 23.2002, de fecha 03 de mayo de 2002.

En este texto de 10 artículos, se regula escuetamente el procedimiento por el que deberá regirse el Convenio de La Haya y fue modificado el año 2002 por los problemas que presentaba en su aplicación.

El conocimiento del asunto se le entrega a los juzgados de menores según las reglas comunes de competencia.

El principio básico que se ve reflejado en este Auto Acordado es el de la celeridad. Esto se desprende, por ejemplo, de las siguientes disposiciones:

- El tribunal competente, una vez recibida la solicitud, deberá ordenar las diligencias necesarias para ubicar al menor dentro del territorio sin que se exija para esto solemnidad alguna, únicamente los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Convención (artículo 2°). Este artículo señalado se refiere al contenido que debe constar en la solicitud de restitución que se presenta a la Autoridad Central al momento de reclamar la sustracción de un menor.
- No se requiere ningún tipo de legalización ni otra formalidad para la documentación presentada. Únicamente, la traducción por parte de un perito de la nómina de la Corte en el caso de que sean en otro idioma (artículo 3).

- La solicitud deberá ser proveída en un plazo de 24 horas, luego de su interposición (artículo 5).
- Se debe fijar un comparendo para el quinto día contado desde la notificación entre la persona que ha trasladado o retenido ilícitamente al menor y el solicitante, ambos con sus abogados. El menor debe ser oído en la misma audiencia (artículo 5).
- El artículo 6 establece una forma especial, más expedita, de notificación: La resolución que cite a comparendo se notificará por Carabineros de Chile, Receptor Judicial o por Receptor ad hoc que el Juzgado designará en su caso y si el notificado no fuere habido, bastará que el Ministro de fe certifique que se trata de su morada para notificarlo conforme el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de establecer que éste se encuentra en el lugar del juicio. Si no pudiera realizarse la notificación en esa forma, la resolución se notificará al Defensor Público quien deberá asumir la representación del ausente.
- Se establece restrictivamente el objetivo que deberá tener esta audiencia, cual es únicamente 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 (artículo 7).
- Con respecto a la prueba, se debe rendir en la misma audiencia y debe evacuarse en un plazo máximo de 15 días, al cabo del cual se tendrá por no decretada (artículo 7). Antes de la modificación del año 2002, este plazo para evacuar la prueba era sólo de 5 días.
- La sentencia definitiva se deberá dictar en un plazo de 5 días desde el término del comparendo o del cumplimiento o caducidad de las medidas para mejor resolver (artículo 8).
- La sentencia definitiva sólo será impugnable por el recurso de apelación, el que se deberá presentar en un plazo de 5 días contados desde la notificación de la misma (artículo 9). Antes de la modificación del año 2002, se especificaba

especialmente que no procederían de modo alguno los recursos de casación en el fondo o en la forma.

- La apelación, en el caso de producirse, se deberá conocer en cuenta por el tribunal de alzada, dentro del plazo de 5 días desde que ingresen los autos en secretaría y sin esperar la comparecencia de las partes.
- No procede recurso alguno contra las demás resoluciones del proceso, únicamente la sentencia definitiva será susceptible de revisión por un tribunal superior (artículo 9).

Como se puede observar, el Auto Acordado tiende en todas sus disposiciones a la celeridad del proceso. Establece plazos especiales, audiencias concentradas y regula de forma especial las notificaciones, el trámite de la prueba y los recursos.

Este procedimiento sumario no sólo lo exige el espíritu del Convenio, que pretende el retorno inmediato del menor ilícitamente sustraído, sino además, lo establece en artículo 2 de forma expresa: “Los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar la realización de los objetivos de la Convención dentro de los límites de su territorio. Para este efecto, deberán recurrir a los procedimientos de urgencia”.

La Convención no impone un procedimiento específico, sino que otorga a cada estado la libertad de buscar esta celeridad. En Chile, se ha establecido el procedimiento concentrado que se regula en este Auto Acordado, pero en la realidad, no se ha logrado la rapidez que el Convenio reclama y el Auto Acordado intenta alcanzar. Esto, en parte, se produce porque no siempre es posible llevar un caso concreto en el que están involucrados niños con esa celeridad y también, porque hay disposiciones del Auto Acordado que no se cumplen, por lo que se ha dado una suerte de derogación tácita de este, como veremos más adelante.

CAPÍTULO V

PROBLEMAS QUE PRESENTA LA APLICACIÓN DEL CONVENIO

1. Traslado o retención ilícita como consecuencia de escape de violencia doméstica

La Convención de La Haya establece un mecanismo rápido de retorno para niños que han sido ilegalmente trasladados, como hemos visto anteriormente, pero en ningún momento toca el tema de los motivos por los que el padre secuestrador se llevó o retuvo a un hijo ilegalmente. Es más, un objetivo claro y expreso en el Convenio es que se comprueben los requisitos para el retorno, sin entrar en el fondo del asunto. Por lo tanto, en ninguna disposición del instrumento se toca el tema de la violencia y esta no se considera relevante, en tanto no afecte directamente al niño y lo ponga en un riesgo grave.

Según algunos autores⁴⁷, la Convención se hizo pensando en la respuesta a un modelo, un paradigma, según el cual los padres despojados o ante la inminencia de la pérdida de la custodia de sus hijos, eran quienes huían hacia otros países sin el consentimiento de la madre. Según la profesora de la universidad de Oregon, Weiner Merle, este estereotipo fue utilizado tanto por los políticos estadounidenses al tiempo de aceptación del Convenio, como por la prensa. Incluso, asegura, documentos de La Haya, como el

⁴⁷SILBERMAN, Linda. "The Hague Child Abduction Convention turns Twenty: Gender Politics, and Other Issues" International Law and Politics, vol. 33(22), Febrero, 2001; WEINER, Merle H. International child abduction and the escape from domestic violence. Fordham Law Review. Vol 69 (2) 2000; HERZ, Mariana, Violencia Familiar en las Convenciones sobre Restitución Internacional de Menores, Trabajo presentado en las VI Jornadas de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Mendoza, 4 y 5 de agosto de 2006.

informe de Elisa Pérez Vera o un reporte de Adair Dyer, dejarían entrever elementos de este modelo forjado en el subconsciente, en el que es el padre que teme perder la custodia o ya la perdió, quien escapa a otro país y la madre, despojada y vulnerable, no tiene cómo recuperar a sus hijos.

Al tiempo de la Convención, la mayoría de los casos que atrajeron la atención mediática, se trataban de padres que se llevaban a sus hijos a otros países, despojando así a las madres⁴⁸. Sin embargo, con el tiempo se ha desarrollado un cambio en esta estructura, pues cada día son más las madres que se llevan a sus hijos sin el consentimiento del padre.

Cerca del 70% de los casos de la Convención ahora involucra a madres sustractoras⁴⁹. En Chile, al año 2003, la cifra era de 82 por ciento, superando el nivel global⁵⁰. Esta elevada cifra deja entrever un problema que se ha suscitado (o bien ha salido recientemente a la luz) y es que muchas mujeres huyen del país en que se encontraban

⁴⁸ CLARKE, Stephen. Law library of congress Canada Hague Convention on International Child Abduction, November 2003. (traducción de la autora)

⁴⁹ CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Protección Internacional del Niño, Boletín de Jueces, Tomo V, Primavera de 2003. Queriendo a nuestros niños: El papel de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores. Claire L'Heureux-Dubé, Juez de la Suprema Corte de Canadá.

⁵⁰ LOWE, Nigel. A statistical analysis of applications made in 2003 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of international child abduction part II. National Report. Septiembre 2008. Oficina permanente, La Haya.

con sus hijos, debido a la violencia ejercida sobre ellas por el cónyuge que han dejado atrás. En un estudio realizado por Geoffrey L. Greif & Rebecca L. Hegar, en el que se estableció que la mayoría de los secuestradores eran madres, también se indica que en la mayoría de las relaciones existía violencia, llegando a estar presente en un 54% de ellas⁵¹. Otro estudio realizado el año 2005, indica que un tercio de los casos jurisprudenciales contiene una alegación de violencia doméstica, correspondiendo el 70% de los mismos a supuestos en que la violencia es entre adultos⁵².

Uno de los problemas de la Convención es que no trata el tema de la violencia en la familia, ni siquiera lo nombra. Si la violencia fue ejercida contra el menor, podría caber dentro de la excepción al retorno del 13 b); pero ¿qué ocurre si esta no fue ejercida directamente contra él, sino contra la madre? En estos casos, si la madre quiere huir de esta situación, se irá sin el consentimiento del padre, configurando las causales para que se haga aplicable el Convenio. Su única defensa para evitar el posterior retorno de los menores al ambiente hostil, será invocar el 13 b), pero el tema estará completamente subordinado a la interpretación que realice el juez, pues no se configura precisamente la causal. Si al decidir, el juez se apega al texto del Convenio, el niño deberá regresar, con o sin la madre, quien deberá elegir entre dejarlo ir solo a vivir con la persona que ejercía violencia contra ella (con la evidente aprehensión que esto causa), o bien volver con él y

⁵¹GREIF, Geoffrey L. & Hegar, Rebecca L. When Parents Kidnap: the families behind the headlines. Free Press. Nueva York. 1993, citado en: WEINER, Merle H. International child abduction and the escape from domestic violence. Fordham Law Review. Vol 69 (2) 2000. (traducción de la autora)

⁵² SHETTY, Sudha y EDLESON, Jeffrey L., Adult Domestic Violence in Cases of International Parental Child Abduction. Violence Against Women. Vol. 11 No. 1, January 2005, citado en HERZ, Mariana, Violencia Familiar en las Convenciones sobre Restitución Internacional de Menores, Trabajo presentado en las VI Jornadas de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Mendoza, 4 y 5 de agosto de 2006.

aceptar el hecho de que será nuevamente maltratada y el menor vivirá y presenciara un clima hostil.

Esta situación es cada día más frecuente. La violencia doméstica entre el padre secuestrador y el que se deja atrás no era generalmente parte del paradigma, probablemente porque la violencia doméstica no era una situación política tan visible a finales de los años '70 y principios de los '80 como es hoy⁵³. Como esta dificultad no estaba claramente a la vista al momento de hacer el Convenio, este no contiene un lenguaje específico referido al problema⁵⁴. Hoy en día, esta excepción es invocada con frecuencia y pone al juez en una encrucijada, ya que debe interpretar el Convenio de una forma textual o más abierta. El problema es aún mayor si se considera que el juez no debe fallar conforme al fondo del asunto, por lo que en estricto rigor, no se debería ni siquiera rendir prueba al respecto.

El planteamiento de la Convención es que, en estos casos, las madres retornen junto a los menores al país de residencia habitual de estos, por lo menos hasta que se resuelva la custodia de los niños. Sin embargo, esta situación carece de lógica, pues sería obligar a la madre a volver a vivir con el victimario (en muchos casos dependen económicamente de ellos) exponiéndola a una situación de riesgo inminente, que sin duda afectará al menor. Se ha comprobado que los niños que viven en hogares violentos sufren enfermedades físicas y psicológicas que minan su salud, su desarrollo social y emocional y sus relaciones interpersonales. Los niños expuestos a violencia doméstica son más

⁵³. WEINER, Merle H. International child abduction and the escape from domestic violence. Fordham Law Review. Vol 69 (2) 2000. (traducción de la autora)

⁵⁴BRUNCH, Carol S., *The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, Future Challenges*". En: Globalization of child law. The role of The Hague Conventions. DETRICK, Sharon y Vlaardingerbroek, Paul. Kluwe Law International, 1999. (traducción de la autora)

propensos a la ansiedad, depresión, problemas de aprendizaje y delincuencia. Un gran porcentaje de los hombres que golpean a sus esposas también golpean a los niños, pero la violencia doméstica es traumática para los niños, incluso si son simples testigos del abuso o viven en hogares con la tensión y miedo que la violencia genera⁵⁵.

En palabras del profesor Nigel Lowe, el artículo 13 b) se debe interpretar de forma restrictiva por lo que “en los casos en que se emita una orden de restitución a pesar de violencia familiar, maltrato y otras severas cuestiones legales familiares en el lugar habitual de residencia del niño o de la niña, las Autoridades Centrales deberían ayudar para asegurar que estas cuestiones sean debidamente pasadas a los organismos de bienestar infantil y a la corte”⁵⁶.

El problema de la situación de la madre-víctima y que ocurrirá con ella mientras se discute la violencia y/o la tuición en el país de residencia habitual, muchas veces se ve agravada por la legislación de algunos países que castigan como delito penal la sustracción parental de menores (por lo que si la madre regresa con el menor, sería encarcelada) o le otorgan la custodia inmediatamente al otro padre en caso de traslado

⁵⁵ Abbott v. Abbott, Brief of the domestic violence legal Empowerment & appeals project (dv leap), the battered women’s justice Project – domestic abuse intervention Programs, inc., the national coalition Against domestic violence, legal Momentum, and the national network To end domestic violence as *amici curiae* In support of respondent. American bar association. (traducción de la autora)

⁵⁶ LOWE, Nigel. Informe del Profesor Nigel Lowe Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional de la Familia Universidad de Cardiff, Gales, Reino Unido. En: Foro internacional sobre secuestro internacional de menores: Programa de acción de la Convención de La Haya 15 y 16 de septiembre de 1998. Publicado por National Center for Missing & Exploited Children en abril de 1999, traducción publicada en febrero de 2001.

ilegal del menor⁵⁷. Esto no se condice con el interés superior del menor, ya que no se están tomando medidas para su protección, sino centrando el tema en los padres, lo que muchas veces, lejos de buscar su bienestar, le generan un daño irreparable.

El hecho de que las madres sean generalmente las víctimas de este tipo de violencia y que las sustracciones sean cada vez más frecuentemente realizadas por ellas⁵⁸, ha tornado este argumento recurrente para aplicar la excepción del artículo 13 b). Respecto a este problema de interpretación, se ha presentado jurisprudencia en ambos sentidos, pero lentamente, ha penetrando la aceptación a este argumento como excepción al retorno.

En el caso *Murray vs. Director Family Services* (1993, Canadá), la Corte expuso:

“Sería en extremo presuntuoso y ofensivo que una corte en este país concluyera que la esposa y el niño no sean capaces de ser protegidos por las cortes de Nueva Zelanda o que las autoridades de ese país no ejercerían las órdenes de protección hechas por las cortes”⁵⁹.

⁵⁷ Como es el caso de Canadá. Este “castigo” impuesto a la madre se utilizó en Chile como excepción al retorno en el caso *Martínez/Yáñez*, revisado anteriormente en este trabajo.

⁵⁸ CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Protección Internacional del Niño, Boletín de Jueces, Tomo V, Primavera de 2003. *Artículo 13 b) y violencia doméstica: La situación canadiense*. Honorable Jacques Chamberland, Juez de la Corte de Apelaciones de Québec, Canadá.

⁵⁹ RICE, Anne-Marie. *Child Abduction*. En: *Australian master family law guide*. CCH Australia Limited. Australia. 2009. (traducción de la autora)

En este caso, la Corte australiana deja el asunto en las manos de las Cortes de Nueva Zelanda. Aplica el principio de la confianza establecido tácitamente en el Convenio, según el cual, de cumplirse los requisitos, el niño debe volver al estado donde se encontraba su residencia habitual, sean cuales sean las circunstancias que lo rodeen, donde será debidamente protegido y se discutirán todos los temas atinentes a él, como pueden ser la violencia, el cuidado personal, etc. Esto, siempre y cuando el retorno no le provoque un riesgo grave (directo).

Siguiendo este principio, en el caso *Danaipour v. McLarey*, en el que Suecia solicitaba a Estados Unidos el retorno de una menor, se llegó incluso al extremo de ordenar el retorno de la niña (en primera instancia), aunque se sospechaba que había sido abusada sexualmente por el padre⁶⁰. Esta determinación se tomó aplicando el mismo principio de confianza en el sistema del otro país contratante, que protegerá el menor a su regreso. De la misma forma, aun en casos en que se ha probado el abuso sexual ejercido sobre los menores, se ha ordenado el retorno, ya que estos serían “debidamente protegidos” por el gobierno holandés, en un caso, y por el gobierno sueco, en otro⁶¹.

En Chile, un caso emblemático en el que se tomó una determinación respecto al tema de la violencia contra la madre fue “Nachtman/Aguilar”. En él, Estados Unidos requería a Chile el retorno de una menor que había sido trasladada ilegalmente, sin el consentimiento del padre, a Chile. A lo largo del proceso, se presentó abundante prueba

⁶⁰ *Danaipour v. McLarey* 286 F.3d 1 (1st Cir. 2002). Estados Unidos.

⁶¹ INCADAT: HC/E/USs 273, INCADAT: HC/E/UKe 361, citados en CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Protección Internacional del Niño, Boletín de Jueces, Tomo V, Primavera de 2003. *De nuevo sobre el artículo 13 (1)(b)*. Sr. James Ding, Hong Kong.

respecto a la violencia y abusos cometidos por el padre de la menor en contra de la madre, no así de la niña. En primera instancia, se ordenó el retorno de la menor por cumplirse los requisitos para hacer aplicable el Convenio. Sin embargo, la Corte de Apelaciones, en fallo unánime, revocó esta sentencia, ordenando que la menor permaneciera en el país. Un extracto de esta sentencia de reemplazo en el que se explican las razones es el siguiente:

“20º.- que en este mismo orden de consideraciones el hecho de reconocer la existencia de un clima cierto de violencia entre los progenitores de la menor y de sus eventuales repeticiones no significa que prime el interés superior de la madre por sobre el interés superior de la menor. Ello ciertamente ocurriría si la madre hubiere decidido caprichosamente haber trasladado a la menor, sin embargo el cúmulo de antecedentes acompañados al expediente que, por más que lo desmienta la requirente, no dejan lugar a dudas sobre el hecho cierto que se vivió entre los progenitores de Danae un real clima de violencia intrafamiliar a la cual fue expuesta con las consecuencias síquicas consiguientes; de modo entonces que precisamente para cautelar el interés superior de la menor no se le puede volver a exponer a lo mismo.

23º.- que, en efecto, se da en la especie el grave riesgo que contempla la letra b) del art. 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, ya que al separar a la menor del lazo materno y de su actual medio social y de exponerla siquiera hipotéticamente a nuevos episodios de violencia doméstica, la coloca o afecta a un daño psicológico y afectivo, lo que ciertamente importa una situación intolerable para Danae Gene Nachtman Aguilar. En mérito de lo expuesto, art. 5º inciso segundo de la constitución política del estado, arts. 1º y ss. de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, autos acordados de fechas 3 de noviembre de 1998 y de 3 de mayo de 2002 sobre procedimientos aplicables a dicha Convención, se revoca la sentencia apelada de veinticinco de mayo de dos mil cinco, declarando que no

se hace lugar a la solicitud de fs. 96 en cuanto a entregar y restituir a la menor Danae Gene Nachtman Aguilar a su padre Ronald Gene Nachtman⁶².

En este caso particular, Chile se pronunció reticente a devolver a una niña cuando un padre ha ejercido violencia en contra de otro, interpretando la excepción contenida en el artículo 13 b), pues la violencia podría poner a la menor en una situación potencial de riesgo, aun cuando no fue ejercida contra ella.

Respecto a la posición internacional, Canadá se ha enfrentado desde los inicios a este problema, oscilando entre ordenar el retorno o no del menor, dependiendo del caso particular. Un caso emblemático y citado por posteriores resoluciones fue Pollastro v. Pollastro. En este caso, Estados Unidos solicitaba el retorno de un menor, cuya madre lo había trasladado a Canadá, país del que era ciudadana. Durante el proceso, la madre alegó la violencia que sufría y sufriría en caso de volver a Estados Unidos con el menor, amparándose en el 13 b). La solicitud fue aceptada en primera instancia y luego revocada en segunda. Las razones esgrimidas por la jueza a cargo fueron que la madre era la única con capacidad confiable de paternidad responsable, por lo que el interés del menor estaba indisolublemente ligado a la seguridad física y psíquica de ella, y que esta situación pondría al menor en una situación intolerable, pues se debía tomar en cuenta la seria posibilidad de daño físico y psíquico para el padre de quien el menor es totalmente dependiente. Por tanto, se denegó la restitución, aun cuando el padre no había ejercido violencia nunca contra el niño.⁶³

⁶² Nachtman Aguilar, N° 3992-2005, Corte de Apelaciones de Santiago.

⁶³ Pollastro v. Pollastro [1999] 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.), citado en HERZ, Mariana, Violencia Familiar en las Convenciones sobre Restitución Internacional de Menores, Trabajo presentado en las VI Jornadas de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho. Internacional, Mendoza, 4 y 5 de agosto de 2006. Y CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Protección Internacional del Niño, Boletín de Jueces,

En la aplicación del artículo 13, se debe reconocer el papel que juega la violencia doméstica en inducir a las madres, especialmente las de niños pequeños, que buscan protegerse a ellas y a sus niños escapando a otras jurisdicciones⁶⁴, pues, como concluyen los académicos Sudha Shetty y Jeffrey I. Edleson, “Las madres que secuestran a sus hijos y escapan para un puerto a salvo, no son autoras de secuestro, como se entiende implícitamente en la Convención, sino víctimas de la violencia de sus parejas. También son víctimas de un tratado internacional, escrito con buenas intenciones, pero que en la implementación tiene imprevistas consecuencias negativas para su seguridad y la de sus hijos⁶⁵.”

2. Problemas de interpretación

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la simplicidad de la Convención de La Haya y la falta de definiciones más precisas, lleva a los jueces a enfrentarse a diferentes hipótesis que deben resolver por medio de la interpretación. Muchos aspectos y conceptos en la Convención son interpretables y el resultado de ello puede cambiar la vida de un menor. La decisión que toma un juez es de mucho peso, pues si decide que el

Tomo V, Primavera de 2003. Artículo 13 b) y violencia doméstica: La situación canadiense.
Honorable Jacques Chamberland, Juez de la Corte de Apelaciones de Québec, Canadá.

⁶⁴ *Sonderup v. Tondelli*, Caso CCT 53/00 (diciembre 4 de 2000), Sud Africa.

⁶⁵ SHETTY, Sudha y EDLESON, Jeffrey L., Adult Domestic Violence in Cases of International Parental Child Abduction. Violence Against Women. Vol. 11 No. 1, January 2005. (traducción de la autora)

menor debe retornar, el caso escapa a su jurisdicción y debe confiar tanto en el sistema jurídico del otro país contratante, como en todo el sistema político y social que debería responder al gran problema familiar que hay siempre detrás de una sustracción infantil.

En primer lugar, están los evidentes problemas de interpretación de conceptos que no están definidos en el instrumento internacional.

Así tenemos conceptos como “grave riesgo”, también asociado a “situación intolerable”, que son la piedra fundamental de la excepción más utilizada en el Convenio, ya vistos anteriormente.

El concepto de “residencia habitual”, si bien ha sido unánimemente definido por la doctrina, presenta problemas en casos específicos que lo han llevado a ser esgrimido como argumento contra el retorno del menor. Es así como la jurisprudencia ha intentado enmarcar de alguna forma el alcance de la expresión. En un fallo del año 2005, la Corte de Apelaciones de Ontario se refirió a la forma de establecer la residencia habitual mediante algunos principios como:

- La residencia habitual es una cuestión de hecho que debe ser decidida en base a todas las circunstancias.
- La residencia habitual es el lugar donde una persona reside en un período de tiempo apreciable con “intenciones de establecerse”.
- Una “intención de establecerse” o “propósito”, es la decisión de permanecer en un lugar temporal o permanentemente por un propósito particular, como trabajo, familia, etc.
- La residencia habitual de un menor está atada a la persona que tiene la custodia de ese menor⁶⁶.

⁶⁶Korutowska-Woof v. Woof (2004), Ontario, Canadá. Citado en KRUIK, Emile R. Superior Court, Ontario, Canadá. “International child abduction and the Canadian Law”.

Es así como, a falta de definición explícita, la doctrina lo definió como decíamos antes como “el centro de vida del menor”, pero en la aplicación práctica de los casos esto no es suficiente y se realizan constantemente diferentes marcos para delimitar el concepto.

Otro ejemplo de un concepto difuso es el del “interés superior del niño”. Claramente, estamos hablando de un principio muy amplio que debe regir todos los asuntos en que se vean involucrados menores. En este caso, la Convención parte de la base, como afirma en su preámbulo, de que el interés superior del menor se verá satisfecho si este retorna inmediatamente al lugar de su residencia habitual. Esta regla admite excepciones, pero se entiende que deben ser restringidas, ya que si no se desvirtuaría el mismo Convenio. Sin embargo, al enfrentarse al caso particular, el juez deberá interpretar este interés superior, pues con la amplitud del concepto y la particularidad de cada caso, siempre podrá ser utilizado como argumento, ya sea para ordenar la restitución, como para oponerse a esta. Como vimos anteriormente, hay casos en los que se ha probado que el niño sufrió de abusos sexuales y aun así se ordenó su retorno, esto sobre la base de que su mejor interés siempre va a ser mejor protegido en el lugar de su residencia habitual. Hay otros casos en los que se rechaza el retorno sólo porque separarlo de la madre no le haría bien (cuando la madre podría retornar también). Esto nos demuestra que el interés superior del niño es un concepto amplio que puede servir de base para cualquier línea argumentativa.

El valor que se le otorga a la declaración o expresión de voluntad de un menor sustraído, tampoco es un tema definido y debe ser discernido en cada ocasión. Anteriormente nombramos casos en que la opinión del niño zanjó el asunto en uno u otro sentido. Pero no hay claridad de cuándo debe ser tomado en cuenta o la edad en la que se puede considerar su opinión.

En Alemania, entre 1990 y 1996, en cada caso en que se planteó como defensa las objeciones del menor, la restitución fue denegada, ya sea por esa sola causa o en combinación con alguna otra defensa conforme al Artículo 13. Se detectó, incluso, un

caso en que la negativa se basó en las objeciones de un menor de 4 años⁶⁷. Desde otra perspectiva, en el caso Ahumada/Cabrera, se ordenó el retorno de una niña de 10 años a Argentina, lugar de residencia habitual anterior al traslado a Estados Unidos, a pesar de que esta indicó en el testimonio que le gustaría quedarse en ese país⁶⁸.

En este sentido, el tribunal debe tener especial cuidado en detectar toda influencia paterna o materna indebida sobre el menor, ya sea a través del adoctrinamiento deliberado por parte del padre o madre secuestrador o simplemente por la inclinación natural de muchos niños de apoyar a un padre presente contra un padre ausente. También debe distinguir claramente si la objeción es en cuanto a ser restituido a su residencia habitual o al otro padre⁶⁹.

⁶⁷ LOWE, Nigel. Informe del Profesor Nigel Lowe Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional de la Familia Universidad de Cardiff, Gales, Reino Unido. En: Foro internacional sobre secuestro internacional de menores: Programa de acción de la Convención de La Haya 15 y 16 de septiembre de 1998. Publicado por National Center for Missing & Exploited Children en abril de 1999, traducción publicada en febrero de 2001.

⁶⁸ Ahumada Cabrera, 323 F. Supp.2d 1303 (2004). Florida, Estados Unidos.

⁶⁹ LOWE, Nigel. Informe del Profesor Nigel Lowe Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional de la Familia Universidad de Cardiff, Gales, Reino Unido. En: Foro internacional sobre secuestro internacional de menores: Programa de acción de la Convención de La Haya 15 y 16 de septiembre de 1998. Publicado por National Center for Missing & Exploited Children en abril de 1999, traducción publicada en febrero de 2001.

3. Efectividad del procedimiento sumario versus garantía del principio “interés superior del niño”

Como vimos anteriormente, uno de los objetivos del Convenio es que el procedimiento se realice lo más rápidamente posible. Para esto, el Artículo 1 habla de “restitución inmediata” y, tanto el 2 como el 11, consagran una obligación general a los estados contratantes de utilizar los “procedimientos de urgencia”. De hecho, el artículo 11 establece, como obligación implícita, que el asunto sea resuelto en un plazo de 6 semanas; pasado este, el solicitante o la autoridad central del estado requirente podrán pedir declaraciones sobre las razones de este retraso.

El objetivo de esta rapidez es que no se consagre la situación ilegalmente producida, es decir, que el niño no llegue a adaptarse a un lugar al que fue trasladado ilegalmente. Se intentan restituir ipso facto las relaciones jurídicas rotas tras el traslado abrupto e ilícito por parte de uno de los padres o familiares cercanos⁷⁰.

Sin embargo, la decisión que se debe tomar es de suma importancia, ya que determinará algo tan gravitante como el lugar donde vivirá el menor (por lo menos en principio) y, si se ordena la restitución, el asunto saldrá de su jurisdicción, ya no se podrá proteger al menor dentro de ese sistema jurídico. Por las consecuencias que la decisión causa

⁷⁰ VALLADARES V, Jorge. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las Américas. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

inevitablemente sobre la vida del niño, es de suma importancia tratar el asunto de forma integral y tomar la decisión considerando todos los aspectos posibles de la vida del menor.

Para ese análisis, es imperativo rendir una gran cantidad de pruebas, como son los testimonios, prueba documental, pruebas en cuanto a la violencia intrafamiliar, exámenes psicológicos e incluso físicos en caso de alegar abusos sexuales. Por lo tanto, aunque se establezca un procedimiento expedito (como el caso del Auto Acordado chileno), la resolución final se demorará varios meses o más de un año.

Estas indagaciones en el entorno, preferencias y búsqueda de su bienestar son simples consideraciones para alcanzar el fin último cual es, como ya hemos dicho, el interés superior del niño. ¿Se puede indagar sobre cuál es el interés superior de un niño si no se investiga su entorno, su vida y se hacen los esfuerzos posibles para determinar donde vivirá mejor? La Convención parte de la base de que su interés se resguardará siempre que sea retornado prontamente, pero también reconoce que hay casos en que, por su protección, no se deberá devolver y esto no sería un fracaso de la Convención.

Ahora bien, esa búsqueda del interés superior del niño requiere de tiempo para incorporar pruebas, lo que se contradice con la rapidez y urgencia ordenadas por el Convenio. ¿Cómo se minimizan más los daños, haciendo una investigación de escala completa o retornando al menor y que la Corte de residencia habitual la realice? Conforme lo planteado por la Convención, lo adecuado sería retornar al niño, pues la Corte de su residencia habitual tiene más antecedentes para juzgar el fondo del asunto discutido.

Como vimos anteriormente, esta es una de aquellas cosas en las que no existe unanimidad. Algunas optan por seguir el espíritu de la Convención retornando al menor para la que la investigación sea realizada en el lugar de su residencia habitual, mientras

otras realizan una investigación completa, llevando muchas veces al resultado de la oposición al retorno.

La mayoría de las veces, entre la contraposición de los dos principios, se opta por una investigación más profunda, aumentando el tiempo además por las apelaciones y sacrificando así la rapidez. El análisis del daño que se le puede producir al menor por el retorno, el hecho de haber violencia en la familia y de qué forma influye en el niño, el nivel de adaptación al que llegó el menor, el entorno y muchos factores más, son los que ayudan a los jueces a decidir este tipo de casos, y para ese análisis acabado, se requiere tiempo.

CONCLUSION

En este trabajo, analicé el funcionamiento, algo disperso de la Convención de la Haya sobre sustracción de menores en el plano internacional. Como vimos, este instrumento se creó como respuesta a un problema que surgió en la década de los '70 y se intensifica cada día más debido a la globalización y la movilidad de los individuos y las parejas a través de las fronteras. El Convenio da una solución efectiva y rápida de protección al padre despojado en el caso de que otro familiar, usualmente el otro progenitor, traslade a los niños a otro estado, aun en los casos en que el derecho del padre despojado no haya sido formalmente reconocido por un tribunal con anterioridad al traslado. Esto constituye un gran avance de esta Convención, pues va más allá que aquellos instrumentos que pretenden el cumplimiento de sentencias extranjeras.

Sin embargo, la protección no está destinada al padre despojado, aunque la acción la interpone este y es de su interés que la Convención se cumpla, sino al niño mismo. La Convención se proyecta desde el interés del menor y presupone que para este es siempre perjudicial el ser removido de su lugar de residencia habitual, por lo que, de cumplirse los requisitos establecidos por el instrumento de 1980, debe ser retornado inmediatamente. La misma Convención, sin embargo, establece excepciones que deben ser interpretadas restrictivamente, que permiten a los tribunales denegar el retorno del niño en algunos casos.

La Convención se presenta en términos sencillos, tiene objetivos claros y puntuales. Sin embargo, esa misma simpleza deja márgenes muy amplios de interpretación. Tal flexibilidad, dada por la falta de conceptos claros, desconocimiento y falta de un organismo supranacional que vigile su

funcionamiento, se traduce en resultados muy dispares entre los diferentes países. En este trabajo solo se dieron algunos ejemplos que de ninguna forma retratan el funcionamiento global, pero ilustra en cierto sentido la flexibilidad de interpretaciones que existen al respecto.

Algo que sí es claro, es que el hilo conductor de la Convención es y debe ser siempre el interés superior del menor. Esto es lo único que no se debe perder de vista y todo lo demás debe estar subordinado a este principio. Para buscar este fin, sin embargo, se debe investigar el caso particular. Es relevante el contexto: la situación familiar del niño, sus preferencias (exentas de influencias), su situación psicológica, los motivos del secuestrador, la prueba de la violencia, etc. En mi opinión, no se puede atender al interés del menor, retornándolo a un país y obviando todos los factores que se nombraron, mientras no se pueda asegurar su posterior bienestar. La decisión que se tome, probablemente, determinará su vida y no se debería seguir drásticamente el texto de la ley, sin comprender el contexto, ya que la obediencia textual a la ley no siempre equivale a justicia. No se debe olvidar el caso particular, su contexto y el fin último, el interés superior del niño.

Por lo tanto, si bien la flexibilidad del Convenio le da algo de oxígeno a las jurisdicciones para tratar estos casos, definitivamente hacen falta patrones más claros de actuación. Se debe dar un margen para interpretar el caso particular. Pero la falta de líneas básicas claras hace que la aplicación sea dispar y las interpretaciones, diferentes entre los estados. Esto es nocivo para la aplicación global del mismo, ya que es un Convenio de cooperación entre países y se basa en la confianza en las demás jurisdicciones. La falta de uniformidad en los criterios e interpretaciones va a minar el funcionamiento de este, ya que el principio de reciprocidad, tan difícil de aplicar en el caso analizado en este trabajo, terminará por afectar la confianza entre estados contratantes.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abbott v. Abbott, Brief of the domestic violence legal Empowerment & appeals project (dv leap), the battered women's justice Project – domestic abuse intervention Programs, inc., the national coalition Against domestic violence, legal Momentum, and the national network To end domestic violence as *amici curiae* In support of respondent. American Bar Association.
2. BEAUMONT, Paul R y McEleavy Peter E., The Hague Convention on International Child Abduction. Oxford Monographs in Private International Law. Oxford University Press, New York, 1999.
3. BRUNCH, Carol S., *The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, Future Challenges*". En: Globalization of child law. The role of The Hague Conventions. DETRICK, Sharon y Vlaardingerbroek, Paul. Kluwe Law International, 1999.
4. CLARKE, Stephen. Hague Convention on International Child Abduction. Law library of congress. Canada. November 2003
5. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Protección Internacional del Niño, Boletín de Jueces, Tomo V, Primavera de 2003.

6. Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Estatuto adoptado el 31 de octubre de 1951 en la Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, entró en vigor el 15 de julio de 1955.

7. FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. Derecho Internacional Privado Parte Especial. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2000.

8. GREIF, Geoffrey L. & Hegar, Rebecca L. When Parents Kidnap: the families behind the headlines. Free Press. Nueva York. 1993.

9. HERRANZ B., Mónica. El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Editorial Lex Nova S.A, Valladolid, España. 2004.

10. HERZ, Mariana, Violencia Familiar en las Convenciones sobre Restitución Internacional de Menores, Trabajo presentado en las VI Jornadas de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Mendoza, 4 y 5 de agosto de 2006.

11. KRUIK, Emile R. International child abduction and the Canadian Law. Superior Court, Ontario, Canadá.

12. LOWE, Nigel. A statistical analysis of applications made in 2003 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of international child abduction part II. National Report. Septiembre 2008. Oficina permanente, La Haya.

13. LOWE, Nigel. Informe del Profesor Nigel Lowe Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional de la Familia Universidad de Cardiff, Gales, Reino Unido. En: Foro internacional sobre secuestro internacional de menores: Programa de acción de la Convención de La Haya 15 y 16 de septiembre de 1998. Publicado por National Center for Missing & Exploited Children en abril de 1999, traducción publicada en febrero de 2001.

14. MIRALLES S, Pedro Pablo. 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, 12 y 13 de agosto de 2002. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

15. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de menores por uno de sus padres.

16. PEREZ-VERA, Elisa. Informe explicativo al Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores. Madrid. 1981.

17. PEREZ-VERA, Elisa. Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del convenio de la conferencia de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de octubre de 1980. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

18. RICE, Anne-Marie. Child Abduction. En: Australian master family law guide. CCH Australia Limited. Australia. 2009

19. RODRÍGUEZ, Sonia. La protección de los menores en el derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1ª Edición, 2006.

20. SANTOS DE SADONIO, Valeria. Interacción del derecho de familia con otras áreas del derecho: hipótesis de excepción a la aplicación de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Jurisprudencia nacional y comparada. Revista Jurídica de la Universidad Jurídica Interamericana de Puerto Rico. 41°(1&2). septiembre-diciembre 2006

21. SEOANE DE CHIODI, María. *La Sustracción Internacional de Menores por uno de sus padres*. Montevideo, 12 de agosto de 2002. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.
22. SHETTY, Sudha y EDLESON, Jeffrey L., Adult Domestic Violence in Cases of International Parental Child Abduction. Violence Against Women. Vol. 11 No. 1, January 2005.
23. SILBERMAN, Linda. "The Hague Child Abduction Convention turns Twenty: Gender Politics, and Other Issues" International Law and Politics, vol. 33(22), Febrero, 2001
24. TELLECHEA B, Eduardo. La convención interamericana de Montevideo de 1989 sobre restitución internacional de menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.

25. VALLADARES V, Jorge. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las Américas. 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. Publicado por Organización de Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2002.
26. WEINER, Merle H. International child abduction and the escape from domestic violence. Fordham Law Review. Vol 69 (2) 2000.

JURISPRUDENCIA

1. Ahumada Cabrera, 323 F. Supp.2d 1303 (2004). Florida, Estados Unidos.
2. Anderson v. Acree, 250 F. Supp. 2d 872 (Dist. Ct. SD Ohio 2002),
3. Causa Rol N° 389-2005, tramitada ante el Segundo Juzgado de Menores de Santiago, caratulada "Correa con Seguel"
4. Causa rol N° 1.770-2003, tramitada ante el Octavo Juzgado de Menores de Santiago, caratulada "Shrayef Paredes Kamal y otra"

5. Causa Rit 5208-2008, tramitada ante el 2° Juzgado de Familia de Santiago, caratulada “Martínez/Yáñez”.
6. Causa Rit C- 2417-2008, tramitada ante el 2° Juzgado de Familia, caratulada “Barrios/Cabañas”.
7. Causa Rit C-293-2010, tramitada en el Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, caratulada “Elstub/Torres”
8. Causa Rit 1668-2009, tramitada en el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, caratulada “Vallinot/González”.
9. Danaipour v. McLarey 286 F.3d 1 (1st Cir. 2002). Estados Unidos
10. Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996)
11. HC/E/UKe 2 [26/07/1990;House of Lords (Inglaterra);Tribunal Superior de Apelaciones. [1990]
12. HC/E/ES 244 [21/04/1997;Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1a España);Tribunal de Apelaciones. 1997.

13. Korutowska-Woof v. Woof (2004), Ontario, Canadá

14. Mozes v. Mozes, 239 F.3d 1067 (9th Cir, 2001)

15. "Nachtman/Aguilar", N° 3992-2005, Corte de Apelaciones de Santiago.

16. Pollastro v. Pollastro [1999] 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.)

17. *Sonderup v. Tondelli*, Caso CCT 53/00 (diciembre 4 de 2000), Sud Africa.

LEGISLACION

1. Auto acordado sobre procedimiento aplicable al convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores. 3 de noviembre de 1998. Modificado por el Acta 23.2002, de fecha 03 de mayo de 2002
2. Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores. 25 de octubre de 1980 (La Haya)
3. Convención sobre los derechos del niño de 1989.

4. Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989.
5. 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). Luxemburgo, 20 de mayo de 1980.
6. Decreto 386 que promulga la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, de fecha 30 de marzo de 1994 y publicado en el Diario Oficial el 17 de junio del mismo año.
7. Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Estatuto adoptado el 31 de octubre de 1951 en la Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, entró en vigor el 15 de julio de 1955.

INTERNET

1. http://www.hcch.net/index_es.php?act=states.listing. Sitio oficial de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

2. INCADAT: HC/E/USs 273

3. INCADAT: HC/E/UKe 361