

APROXIMACIÓN AL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES*

por
*Carmen González Pedrouzo***

Sumario

I. Consideraciones preliminares; II. Introducción al estudio del Convenio; III. Ámbito de aplicación; IV. Conceptos fundamentales; V. Objetivos del Convenio; VI. La conexión "residencia habitual"; VII. El rol de las Autoridades Centrales; VIII. El procedimiento de restitución; IX. El derecho de visita; X. Disposiciones generales; XI. Cláusulas finales; XII. Comentarios finales.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. El Parlamento uruguayo aprobó el "Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores" de La Haya (1980) por ley 17.109 del 21 de mayo de 1999. El 16 de noviembre de 1999 se depositó el instrumento de adhesión a dicho instrumento. El mismo entró en vigor para nuestro país el 1° de febrero del año 2000. Con la aceptación de dicha adhesión por los tres primeros Estados (Argentina, Israel y Luxemburgo), el Convenio comenzó a regir entre Uruguay y cada uno de ellos el 1° de abril del año 2000. Este importante acontecimiento, nos motiva a efectuar una primera aproximación a su texto.

2. El fenómeno migratorio que caracteriza a nuestros tiempos tiene innegables consecuencias en el ámbito de la familia: la celebración de matrimonios mixtos (tanto por la nacionalidad de los contrayentes como por la pertenencia de los mismos a culturas bien diferentes), la disolución de uniones matrimoniales y la situación compleja a la que se ven sometidos los menores, hijos de estos matrimonios separados o disueltos. Es clara la relevancia internacional de estas situaciones.

La proyección de esta problemática en la minoridad ha sido objeto de particular atención en los principales foros de elaboración del Derecho Internacional Privado, sobre todo en las dos últimas décadas del siglo XX. Ello se ha traducido en una importante cantidad de

* El presente trabajo recoge las exposiciones realizadas por la suscrita en dos sesiones del Instituto del Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho en los meses de abril y mayo de 2000.

** Grado 2, Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de la República

textos referentes a diversos aspectos de la protección de los menores en el ámbito internacional, emanados tanto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado¹ como de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), esta última en el ámbito de la OEA².

II. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL CONVENIO

3. El “Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores” (al que en adelante, a efectos prácticos, nos referiremos como CHSM), fue aprobado el 25 de octubre de 1980, por la unanimidad de los Estados presentes en la Decimocuarta sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado³.

4. De todos los textos sobre menores aprobados en el ámbito de la Conferencia de La Haya, éste es el que cuenta con mayor número de ratificaciones y adhesiones. Uno de los aspectos que ha contribuido a su éxito, radica en su carácter pionero⁴ en la regulación de uno de los temas más preocupantes de la vida familiar de nuestros tiempos, como es el de los traslados y/o retenciones de menores por parte de miembros de su familia más próxima.

Otro aspecto que ha contribuido al creciente número de adhesiones, radica precisamente en el amplio espectro geográfico que el Convenio abarca. En efecto, su cobertura geográfica se extiende al continente europeo⁵ y a varios Estados de América, Oceanía, Asia y África. De los 60 Estados Contratantes⁶, 17 son miembros de la OEA: Argentina, Bahamas,

1 En un apretado resumen, podemos mencionar los siguientes Convenios: sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores (1956), sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores (1958), sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (1961), sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción (1965), sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias (ambas de 1973), sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980), sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional (1993), y sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (1996). Uruguay es parte sólo del Convenio en estudio, habiendo suscrito además el Convenio sobre adopción internacional de 1993.

2 En el ámbito de las CIDIP, los esfuerzos en la materia se han concretado en las siguientes Convenciones: conflictos de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III, La Paz, 1984), restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias (ambas aprobadas en la CIDIP IV, Montevideo, 1989); y tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994). De estas Convenciones, Uruguay sólo ha ratificado esta última.

3 Los países presentes fueron Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Checoslovaquia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Venezuela y Yugoslavia. La suscribieron el mismo día Canadá, Francia, Grecia y Suiza.

4 El CHSM constituyó un importante antecedente de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en la CIDIP IV, el 15 de julio de 1989. Actualmente, el Convenio de La Haya cuenta con más ratificaciones en el continente americano que la propia Convención Interamericana.

5 En Europa, no son Parte del Convenio ni lo han suscrito: Albania, Andorra, Bulgaria, Estonia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Rusia, San Marino, Ucrania, Santa Sede y Yugoslavia.

6 Además de los Estados americanos que se mencionan en el cuerpo del texto, han ratificado o adherido al Convenio: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, China (sólo las regiones administrativas especiales de Hong Kong y Macao), Chipre, Croacia, República Checa, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia,

Belice, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Honduras, México, Panamá, Paraguay, St. Kitts and Nevis, Uruguay y Venezuela

5. El Convenio está organizado en cinco partes: la *primera* donde se detalla su ámbito de aplicación así como los conceptos fundamentales y objetivos del texto; la *segunda parte*, donde se destaca el rol de las Autoridades Centrales en el procedimiento de restitución; la *tercera*, que se refiere al procedimiento de retorno del menor y las posibles excepciones al mismo; la *cuarta parte* alude al derecho de visita; y para culminar, las *cláusulas finales y disposiciones generales*, que contienen normas de gran importancia sobre la entrada en vigor del Convenio.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

6. Ámbito material

El título del Convenio se refiere a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. La versión castellana ha adoptado un sustantivo más neutro que el que correspondería a la traducción literal de los términos utilizados en las versiones oficiales inglesa y francesa "*abduction*" y "*enlèvement*". En efecto, estos términos corresponden al término castellano "secuestro" que en su acepción normal tiene connotaciones penales⁷ que podrían dar lugar a equívocos, teniendo en cuenta que el Convenio se refiere a situaciones que se producen en el ámbito familiar⁸. Lo anteriormente expresado, sumado a la inclusión de la expresión "aspectos civiles" reafirma el enfoque civilista del Convenio.

7. Ámbito espacial

De los artículos 1º a) y 4 se desprende que, desde el punto de vista geográfico, el Convenio será aplicable cuando se produzca un traslado ilícito desde el Estado contratante

Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Luxemburgo, Ex-República Yugoslava de Macedonia, Malta, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (incluyendo los territorios de la Isla de Man, Islas Caimán, Islas Falkland), Suécia y Suiza, además de los siguientes Estados no miembros de la Conferencia: Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Burkina Faso, Fiji, Georgia, Islandia, Mauricio, Moldova, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Turkmenistán, Uzbekistán y Zimbabwe. La han suscrito además Eslovaquia y Turquía. Información al 29 de febrero del 2000 (última actualización proporcionada por la Conferencia de La Haya).

7 Según el Diccionario de la Real Academia, el verbo secuestrar significa "*Retener indebidamente a una persona para exigir dinero por su rescate, o para otros fines*", Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, T. II, 21a. edición, Madrid 1992, p. 1854.

8 Por más que en varios países (p.ej.: Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Reino Unido) el traslado del menor por uno de sus padres sin el consentimiento del guardador, puede tener connotaciones penales. Entre nosotros, el art. 283 del Código Penal establece "*El que sustrajere una persona menor de dieciocho años, del poder de sus padres, tutores o curadores, o de quienes ejerzan su guarda aunque fuera momentáneamente, o la retuviere contra la voluntad de éstos, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión. Y el art. 284 prevé: "Constituyen circunstancias atenuantes especiales, que el delito se haya cometido: 1o. Por el padre o la madre, que no tuviere la guarda; 2o. Con consentimiento del menor, que tuviere más de quince años; 3o. Que el menor haya sido devuelto al guardador antes de que el Fiscal haya solicitado el arresto del autor del hecho"* (el subrayado es nuestro).

donde el menor tenga la residencia habitual hacia otro Estado contratante, o cuando tenga lugar una retención ilícita en cualquier Estado contratante distinto al de la residencia habitual del menor.

Este es el requisito espacial de aplicabilidad y al mismo tiempo determina la internacionalidad de la situación. Con ello, quedan fuera de la aplicación del Convenio los casos de desplazamiento o retención ilícitos que se producen dentro de la frontera del Estado de residencia habitual del menor ya que, obviamente, en este caso, estaríamos ante una hipótesis típicamente interna. Tampoco es obligatorio aplicar el Convenio cuando el menor tiene residencia habitual o bien es trasladado o retenido en un Estado que no es Parte del Convenio.

8. **Ámbito personal**

Desde el punto de vista subjetivo, la cuestión del traslado y retención ilícitos de menores, se manifiesta como un triángulo, que tiene como vértice la figura del menor. En los extremos de su base se ubican, por un lado, el titular del derecho de custodia y por otra parte, la figura de quien traslada o retiene al menor.

9. **A. El menor**

Es el eje en torno al cual gira el texto del Convenio y a diferencia de otros textos internacionales éste adopta una definición autárquica según la cual se considera menor a quien no haya alcanzado los 16 años.⁹

Sobre este punto, la Prof. Elisa PEREZ VERA, redactora del Informe adjunto al Anteproyecto de Convenio adoptado por la Comisión Especial en mayo de 1980 (en adelante “Informe Comisión 1979”) y del Informe Explicativo del Convenio (en adelante “Informe Explicativo”), afirma que la adopción de este criterio se justifica en que una persona de más de 16 años tiene una voluntad propia que no puede desconocerse por sus padres o las autoridades, aún cuando según su ley personal no hubiera alcanzado la mayoría de edad.¹⁰

Este criterio es estricto, al punto de que si se hubiere iniciado el procedimiento de restitución antes de que el menor alcance los 16 años (en cuyo caso es aplicable la Conven-

9 La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores siguió un criterio similar en su art. 2. En los Convenios bilaterales vigentes entre Uruguay y Argentina, Chile y Perú la calidad de menor se determina por la ley de su residencia habitual (art.4). El concepto de menor del Convenio difiere del adoptado posteriormente por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En efecto, esta última establece en su art. 1o. “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

10 V. *Conclusions des discussions de la Commission spéciale de mars 1979 sur le kidnapping légal. Rapport de la Commission spéciale*, Document préliminaire N°5 de juin 1979, en Actes et Documents de la Quatorzième session (1980), T.III Enlèvement d’enfants, Conférence de La Haye de droit international privé, párr.67, pág.193-194; *Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants* Convention et Recommandation adoptées para la Quatorzième Session et Rapport explicatif, separata, Tirage à part des Actes et Documents de la Quatorzième session (1980), T.III Enlèvement d’enfants, Conférence de La Haye de droit international privé (también en la página Web: www.hcch.net/f/conventions/exp128f.html).

ción), si éste llegara a dicha edad sin que se hubiera adoptado una decisión al respecto, la cláusula final del art. 4 impediría que esta fuera dictada.

10. B. El titular de la custodia y de la visita

Es necesario destacar la figura del titular del derecho de custodia, pues de no existir violación de su ejercicio efectivo, no se configura el traslado o retención ilícito.

i. titular del derecho de custodia.- De la lectura del Convenio se desprende que éste es quien tiene el derecho de cuidar de la persona del menor y, en particular, de decidir sobre su lugar de residencia (art. 5.a).

En cuanto al origen del derecho de custodia, la atribución de la titularidad del mismo puede surgir de la propia ley (de pleno derecho), de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo de voluntades (art. 3 inciso final). Lo que resulta claro es que dicha atribución debe ajustarse a lo establecido por la ley de la residencia habitual del menor al momento de producirse el traslado o la retención.

En lo que tiene que ver con la persona que puede ser titular del derecho de custodia, como surge del art. 3 a), éste puede ser ejercido tanto por una persona física como por una institución u otro organismo. Según la Prof. Pérez Vera esta distinción entre institución y organismo, pretende amparar tanto los casos de instituciones estatales que cuidan de los menores como los de las instituciones que actúan fuera de la órbita del Estado y se hacen cargo de dicha tarea¹¹.

ii. titular del derecho de visita. El Convenio prevé no sólo la protección del derecho de custodia sino también del derecho de visita. El titular de este derecho es quien puede llevar al menor por un tiempo limitado a un lugar distinto al de su residencia habitual (art. 5.b). Del concepto de visita se deduce que el titular del derecho sólo puede ser una persona física y en general se tratará del padre o de la madre, aunque de conformidad con la posición sustentada por la amplia mayoría de la Comisión Especial de 1979, el derecho no se limitaría a los padres.¹²

11. C. La persona que retiene

El Convenio no se refiere directamente a la persona que retiene. Sin embargo, pueden identificarse algunas disposiciones que aluden a ella:

- según el art. 8 (lit. a y d), la solicitud de restitución debe incluir información sobre la identidad de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor y a la información sobre la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;
- el art. 13 sobre las excepciones a la restitución del menor, en el cual se establece que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar

11 E. PEREZ VERA, Informe Explicativo, separata, párr. 80, pág. 39.

12 Informe Comisión Especial 1979, pár. 70, pág. 195.

la restitución “si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución”. Si tenemos en cuenta que normalmente quien se opone a la restitución es quien ha trasladado o retenido al menor, se puede deducir que quien traslada o retiene al menor puede ser una persona física o una institución, si bien este último caso parece más factible para el caso de la retención que para el caso del traslado;

- el art. 26 inc. 3º referente a los gastos, dispone que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio de visita pague los gastos en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre.

12. **Ámbito temporal**

Según el art. 35 inc. primero, el CHSM resulta aplicable cuando el hecho que da origen a la acción de restitución, es decir la retención o el traslado ilícito del menor, ocurre con posterioridad a su entrada en vigor entre los Estados contratantes, es decir, entre el Estado de residencia habitual del menor y el Estado al que el menor fue trasladado o en el que fue retenido. A efectos de determinar el momento de la entrada en vigor, nos remitimos al análisis que se efectúa en el párrafo 61.¹³

IV. **CONCEPTOS FUNDAMENTALES**

Además del concepto de menor al que ya se hiciera referencia en el párrafo 9, el Convenio incluye otros conceptos que son fundamentales para su aplicación. El hecho de establecer nociones uniformes sobre aspectos básicos contribuye a una aplicación más eficaz del texto, pues evita interpretaciones disímiles de los mismos por parte de los tribunales de los Estados Partes.

13. **Derecho de guarda o custodia**

A los efectos del Convenio este comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia (art. 5a).¹⁴ En el análisis del Convenio utilizaremos ambos términos indistintamente.

13 Pese a esta disposición, en los Informes de la Primera y de la Tercera Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de 1980, que tuvieron lugar en 1989 y 1997 respectivamente (en adelante “Informe Primera Reunión” e “Informe Tercera Reunión”), surge que algunos Estados requeridos han aplicado el Convenio incluso a traslados o retenciones ilícitos ocurridos antes de que el Convenio entrara en vigor en ese Estado. V. *Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (17-21 mars 1997)*, Bureau Permanent, Conférence de la Haye de Droit International Privé, août 1997, p. 98, p. 51. Este Informe así como el de la Primera y la Segunda reunión pueden consultarse en la página Web de la Conferencia de La Haya: www.hcch.net.

14 La “Convención europea sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de guarda de menores y restablecimiento de la guarda de menores” suscrita en Luxemburgo el 20.05.80, en el ámbito del Consejo de Europa, es un antecedente de esta norma. De su art. 1 c) se desprende que la guarda o custodia se refiere “al cuidado de la persona del menor, comprendiendo el derecho de fijar su residencia, así como el derecho de visita” (V. texto francés e inglés en la página Web del Consejo de Europa: www.coe.fr).

En general, la jurisprudencia comparada ha interpretado el derecho de custodia en un sentido comprensivo de los cuidados y educación del menor, la atención de sus necesidades físicas y educativas y se ha considerado además que el hecho de que el padre o la madre trabaje fuera de la casa no implica que éste no tiene la guarda del menor.¹⁵

Según el inciso final del art. 3 del Convenio de La Haya “*el derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado*”. La referencia a la atribución “de pleno derecho” se refiere a aquellos casos en que la conducta infractora se produce antes de que haya habido una decisión de la autoridad judicial o administrativa acerca de la custodia y también incluiría el caso de los acuerdos concluidos entre los padres sin homologación o decisión judicial¹⁶.

El derecho de custodia debe haber sido atribuido de conformidad con el derecho del Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

En este punto, es oportuno recordar que el Prof. Quintín ALFONSÍN, casi veinte años antes de aprobarse el CHSM, afirmaba que si en un Estado A donde el incapaz tiene su domicilio, se le confiere la guarda a un protector, mientras el incapaz se encuentra transitoriamente en el Estado B, el protector tiene derecho de promover la entrega internacional del incapaz. Y si éste hubiera sido sustraído de la guarda que sobre él se ejercía acogiéndose al territorio del Estado B, o si el incapaz hubiera sido sustraído por cualquier persona que lo hubiera trasladado a este Estado, el protector tiene derecho de promover la restitución internacional del incapaz. Y el fundamento se encuentra en la eficacia extraterritorial de la guarda que la ley del domicilio del incapaz le confiere al protector y en el deber de cooperación judicial que existe entre los Estados.¹⁷

Ello no implica que este derecho de custodia deba necesariamente tener origen en el derecho del Estado de residencia habitual del menor, o en una decisión de las autoridades judiciales o administrativas de ese Estado. Este podría haberse atribuido por las autoridades de un tercer Estado y luego haber sido reconocido por las autoridades del Estado de residencia habitual, de acuerdo con su derecho.

Pero además de esto, se hace necesaria una precisión con respecto al alcance de la expresión “*derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual...*”. Este texto deja abierta la puerta al reenvío, lo que implica la posibilidad de aplicar tanto las normas de derecho interno como las de Derecho Internacional Privado del Estado. Según señala la Prof. Pérez Vera en su Informe Explicativo, durante los trabajos de la Decimocuarta sesión se descartó una referencia expresa a las normas de conflicto del Estado de residencia habitual del menor. La Conferencia entendió que dicha posibilidad se encontraba implícita,

15 M. SUMAMPOUW, *Les nouvelles Conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, Tome V (1996), T.M.C. Asser Instituut, jurisprudencia alemana (pág. 148 a 150), israelí (caso Barbee c. Barbee, pág. 151) y holandesa (pág. 151-152).

16 Informe Tercera Reunión, pár. 17, pág. 21. V. también el Informe Explicativo, separata, pár. 68, pág. 34.

17 Q. ALFONSIN, *Sistema de Derecho Civil Internacional*, pág. 262-63.

desde el momento que el texto no la excluye directa ni indirectamente. De esta manera, a los efectos de determinar si existe un derecho de custodia, y podría consultarse tanto las normas internas del Estado de la residencia habitual como las del Estado designado por sus normas de conflicto. La elección entre estas opciones debería tener en cuenta la solución que legitime la custodia efectivamente ejercida, en cada caso concreto.¹⁸

Otro aspecto que es necesario precisar en este momento es que ese derecho de custodia puede ser ejercido en forma separada o conjuntamente por personas, instituciones u organismos, tal como se mencionara en el párrafo 10.

14. Derecho de visita

Para el Convenio, el derecho de visita comprende “*el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual*” (art. 5.b).

La cuestión del derecho de visita se plantea fundamentalmente como una consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial de los cónyuges. En general, el derecho de visita aparece como la contracara del derecho de guarda o custodia, ya que normalmente quien no detenta la guarda del menor es quien reclama aquel derecho. El Convenio adoptó una definición del mismo, que tiene en cuenta el carácter internacional de la situación regulada y que se limita al derecho de “llevar al menor, por un período de tiempo limitado” a un Estado diferente al de su residencia habitual.

15. Traslado o retención ilícitos

Una vez aclarados los conceptos de guarda o custodia y de visita corresponde hacer referencia a los conceptos de traslado o retención ilícito.

16. A. Traslado y retención, conceptos complementarios

En la práctica jurisprudencial, se ha planteado la interrogante acerca de si traslado y retención son nociones distintas (es decir, si en un caso determinado un menor puede ser desplazado o retenido pero no ambas cosas) o si el desplazamiento puede estar seguido de una retención continua. En el Reino Unido, por ejemplo, la Cámara de los Lores sostuvo que se trata de nociones totalmente diferentes, no siendo posible que una siga a la otra o que ambas coincidan. Esta posición se basa fundamentalmente en el texto del Convenio, que al referirse a ambos conceptos los vincula por la conjunción “o”, lo que hace que se trate de conceptos alternativos más que de conceptos complementarios. Además, se entendió que a los efectos del Convenio, el traslado ilícito se produce si el menor es llevado fuera del Estado donde tiene su residencia habitual, mientras que la retención se da cuando el menor que se

¹⁸ Informe Explicativo, separata, pág. 33 a 35, pár. 66, 68 y 70. En el mismo sentido, v. comentario de D. OPERTTI, *Restitución internacional de menores. Aspectos civiles*, Instituto Interamericano del Niño, pág. 23.

encuentra por un tiempo determinado fuera del Estado de su residencia habitual, no es devuelto a éste al final de dicho período¹⁹.

17. B. El carácter ilícito

El traslado y retención revisten un carácter ilícito en el ámbito del Convenio cuando concurren estas dos circunstancias:

i. Infracción de un derecho de custodia.- En primer lugar, el art. 3º requiere que el traslado o la retención se haya producido en infracción de un derecho de custodia. No se tiene en cuenta a estos efectos, el derecho de visita.

ii. ejercicio efectivo del derecho de custodia.- El segundo requisito previsto en el art. 3º es que el derecho de custodia se ejerza de forma efectiva al momento del traslado o de la retención, o bien que el mismo se hubiera ejercido en forma efectiva de no haber mediado la conducta ilícita.

El informe de la tercera Reunión afirma que el carácter efectivo del derecho de custodia establecido en el art. 3.b, supone que el padre haya mantenido un cierto contacto con el menor.²⁰ Sobre este aspecto, la jurisprudencia alemana, por ejemplo, se ha manifestado en el sentido de que el padre que hace abandono del hogar conyugal, aunque mantenga contactos frecuentes con el niño, no ejerce efectivamente la guarda.²¹

Es muy importante la incorporación de la expresión “...o lo hubiere ejercido si no se hubiera producido el traslado o la retención”, ya que contempla el caso en que puede haber sido imposible el ejercicio efectivo de la guarda, precisamente por la acción de quien retuvo o trasladó al menor.

V. OBJETO DEL CONVENIO

18. Según el artículo 1º, el Convenio tiene un doble objeto: “a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante” y “b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”.

19 V. Decisiones de la Cámara de los Loes del 13.06.91, SUMAMPOUW, *op. cit.*, pág. 83-85.

20 V. par. 19, pág. 23.

21 P. ej., en sentencia del Oberlandesgericht de Düsseldorf (Alemania) del 14 de julio de 1993 se estableció que la presunción del ejercicio efectivo del derecho de custodia (conjunta) existe sólo en tanto los dos padres son el centro de vida del menor, lo que sucede en general, si los padres viven juntos en una sola casa y velan conjuntamente en las dichas y desdichas de los menores. Al contrario, en caso de separación de los padres, en general hay que partir del principio que sólo el padre con el que viven los menores, se ocupa efectivamente de sus cuidados. Y el tribunal agregó que el sentido y el objetivo del Convenio de La Haya es no sólo proteger la situación jurídica formal (el derecho de custodia) de un padre, sino sobre todo proteger el derecho de los menores a una vida armónica, fundamentalmente velar por la satisfacción de sus necesidades emocionales, sociales y otras necesidades vitales, a menos que la estabilidad de una nueva situación sea garantía de ello sobre bases legales. V. Caso "OLG Düsseldorf" 14.07.93, en SUMAMPOUW, *op.cit.*, pág. 149-150.

Este doble objeto, responde a una solución de compromiso entre dos concepciones: la necesidad de dar solución a situaciones de hecho por una parte, y por otro lado, el deseo de garantizar el respeto de las relaciones jurídicas que se encuentran en la base de esas situaciones fácticas. En realidad, como dice la Prof. PÉREZ VERA, podría afirmarse que se trata de un mismo objeto considerado en dos momentos diferentes, el primero, una vez que ya se ha producido la conducta ilícita y el segundo, previamente, desde un ángulo preventivo²². Veamos cada uno de ellos por separado:

19. A. Garantizar la restitución inmediata

Normalmente, estas conductas que el Convenio califica como ilícitas, constituyen el mecanismo utilizado por uno de los familiares del menor, para ampararse en una jurisdicción que eventualmente le resultará más benévola, a efectos de obtener una decisión favorable con respecto a la custodia. Se trata de una conducta próxima a la del fraude a la ley, en cuanto el padre que traslada o retiene al menor, lo hace con el objeto de ampararse en una jurisdicción y una ley que le resulte más beneficiosa que la de la residencia habitual que el menor poseía al momento de dicho traslado o retención. A través de esa conducta, se manipulan los criterios de jurisdicción en beneficio propio. En esta hipótesis, el Convenio tiene como objetivo restablecer el *status quo* y evitar, al decir del Dr. Didier OPERTTI, la ruptura del principio de igualdad de las partes en el proceso²³.

20. B. Velar por el respeto del derecho de custodia y de visita

El Convenio cumple además una finalidad preventiva a través de la protección del ejercicio de los derechos de custodia y de visita, mediante el respeto de las decisiones o acuerdos sobre guarda establecidos según la ley de la residencia habitual del menor, en los demás Estados Partes.

Al estar tan íntimamente relacionados el derecho de custodia y el de visita, el respeto de uno de ellos tiene como consecuencia el ejercicio del otro dentro de los límites previstos por la ley.

VI. LA RESIDENCIA HABITUAL

21. La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado adoptó esta conexión por primera vez en el "Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores" de 24 de octubre de 1956. En la misma época, la jurisprudencia internacional reconoció la importancia del rol de esta conexión, en la decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso BOLL (entre los Países Bajos y Suecia)²⁴ de 28 de noviembre de 1958, relativa a la aplicación del Convenio de La Haya de 1902 sobre tutela de menores.

22 Informe Explicativo, separata, pág. 18.

23 D.OPERTTI, *op. cit.*, pár. 12, pág. 5.

24 V.resumen de la decisión en la página web de la Corte Internacional de Justicia: www.icj.org

Es precisamente con el Convenio de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores que se consolida la residencia habitual como la conexión principal de los textos de La Haya referentes a menores²⁵. Esta se adoptará también en los Convenios sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción transnacional (1993) y sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños (1996)²⁶.

22. Ventajas de la conexión

Entre los motivos para que la residencia habitual se haya constituido en la conexión fundamental en materia de menores se encuentra, en primer lugar, el hecho de que se trata de una conexión que viene a quebrar la tradicional disyuntiva entre nacionalidad (adoptada principalmente por los países europeos) y domicilio (elegida en general por los Estados americanos).

Por otra parte, en el ámbito de los menores o incapaces, la residencia habitual se revela como el lugar en el que aquél se encuentra efectivamente, reflejando la realidad de su situación, que puede tener muy poco que ver con el Estado del que es nacional o aquél en el que tiene su domicilio legal (que es el de sus representantes legales).

Otro de los motivos de la opción por la residencia habitual, radica en su carácter fáctico. La residencia habitual no necesita ser definida como sucede con el domicilio o incluso con la nacionalidad. Así, el Convenio de La Haya no interpreta este punto de conexión por entender que se trata de una noción “puramente de hecho”, fundamentalmente distinta de la de domicilio²⁷.

23. Un rasgo que define al punto de conexión residencia habitual, y que lo aproxima al domicilio, es su carácter móvil. La residencia habitual de una persona puede variar en el tiempo. Ante este tipo de puntos de conexión, para evitar el problema que plantearían los conflictos móviles en determinadas categorías, el legislador internacional ha establecido criterios para su fijación temporal. En el Convenio de La Haya, esta fijación se ha dado a través de la expresión “inmediatamente antes de su traslado o retención”. Es el derecho de la residencia habitual que tenía el menor en ese preciso momento y no otro, ni anterior ni posterior, el que determinará la existencia del derecho de guarda infringido por el traslado o retención.

24. Otro aspecto a tener en cuenta en este punto consiste en la precisión que formula el propio Convenio en su artículo 31, al prever la situación que podría plantearse en el caso de aplicación del Convenio en los Estados plurilegislativos. En este caso, la referencia a la residencia habitual en dicho Estado se entenderá hecha a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado. En consecuencia, toda referencia a la ley del Estado de residencia

25 Después de 1956, la conexión fue seguida, aunque no en forma exclusiva -ni siquiera principal en algunos casos-, en otros Convenios de La Haya como el de protección de menores (1961), de adopción (1965), y los dos Convenios sobre obligaciones alimenticias (1973).

26 La conexión residencia habitual se adopta también en el Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos, abierto a la firma el 02.10.99.

27 Informe Explicativo, separata, pág. 66, pág. 33.

habitual se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente el menor.

VII. EL ROL DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

25. En el CHSM, la figura de la Autoridad Central cobra importancia fundamental. Así como el menor es el eje subjetivo en torno al cual gira el Convenio, la Autoridad Central es el eje institucional. Esta institución es la base del procedimiento de la restitución y su carácter cooperativo. Se trata de un instituto que se encuentra ya arraigado en los Convenios de La Haya y también en las Convenciones Interamericanas, pero aquí cumple un rol mucho más amplio que el que se le ha adjudicado tradicionalmente en estas últimas.

En primer lugar, el artículo 6 prevé la obligación de las partes de designar una Autoridad Central²⁸. Se prevé además la posibilidad de designar más de una, en el caso de Estados federales, o en los que esté vigente más de un sistema de Derecho o bien en aquellos que cuenten con organizaciones territoriales autónomas.²⁹

26. Funciones que la Autoridad Central debe cumplir por sí misma.- Con la finalidad de garantizar la restitución inmediata del menor y alcanzar el resto de los objetivos establecidos en el art. 1, las Autoridades Centrales deberán, “*colaborar entre sí*”; y “*promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados*” (art. 7 inc. primero). Estas obligaciones tienen que ver con la naturaleza cooperativa del procedimiento de restitución e involucran a la Autoridad Central no sólo con sus similares sino con las autoridades judiciales o administrativas que entienden en el procedimiento. Son funciones que la Autoridad Central debe cumplir directamente, en su calidad de “catalizador” para la pronta restitución del menor.

27. Funciones que la Autoridad Central puede delegar.- La Convención prevé asimismo una serie de medidas que, a nuestro juicio no revisten carácter taxativo pues en el art. 7 inciso 2º se establece: “*Deberán adoptar, en particular...*”. A diferencia de las previstas en el inciso primero, estas medidas pueden adoptarse “*directamente o a través de un intermedio*” Las mismas son:

- a) “*localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita*”. En este sentido, a nivel de la tercera Comisión Especial se ha puesto de manifiesto el importante rol desempeñado por Interpol.³¹
- b) “*prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales*”. Esta obligación consiste en tomar medidas de protección del menor (desde el punto de vista físico y/o psíquico) o evitar perjuicios para las partes interesadas (por ejemplo, un nuevo traslado del menor).

28 Más de la mitad de los Estados Parte del Convenio han designado como Autoridades Centrales a organismos vinculados al ámbito judicial (Ministerios o Departamentos de Justicia, etc.).

29 Hasta el momento han hecho uso de esta facultad Australia, Canadá, México y Reino Unido.

30 Informe Tercera Reunión, pár. 92, pág. 25.

- c) *“garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable”*. La idea de este literal fue desarrollada en el artículo 10 del Convenio. Como señala la Prof. PEREZ VERA³¹, en primer lugar se pretende alcanzar una solución extrajudicial a la cuestión. Y será la Autoridad Central quien valorará cuando pueden considerarse fracasados los intentos de obtener la restitución voluntaria, y corresponde acudir a la vía judicial.
- d) *“intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente”*.
- e) *“facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio”*. Tanto el lit. d) como el e) se refieren a la función informativa de la Autoridad Central. Mientras en el primer caso el deber de informar se refiere a la persona del menor (y está acotado por razones de conveniencia en cada caso), la segunda situación tiene que ver con una cuestión objetiva como es la legislación y apunta a la determinación del derecho de guarda en el Estado de residencia habitual. Al no especificar el destinatario, puede entenderse que la información puede brindarse tanto a autoridades judiciales o administrativas como a otra Autoridad Central.
- f) *“incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita”*. Esto estará obviamente supeditado a que lo permita la legislación del Estado al que pertenece la Autoridad Central.
- g) *“conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado”*. Según PEREZ VERA³², esto se daría cuando la Autoridad Central no puede acceder directamente a las autoridades competentes. En ese caso, deberá acordar o facilitar al actor la asistencia jurídica necesaria según el art. 25, previendo el caso de la carencia de recursos del actor.
- h) *“garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado”*. Se ha asociado esta norma al art. 13.1.b referente a la posibilidad de rechazar el retorno inmediato del menor sobre la base de un grave riesgo de exposición a un peligro físico o psíquico.

Al respecto, es oportuno hacer referencia a las conclusiones alcanzadas por la tercera reunión de la Comisión especial.³³ En primer lugar, se convino en la necesidad de reconocer, dentro de los límites impuestos por la legislación de cada país, que las Autoridades Centrales tienen, según el art. 7h, la obligación de asegurarse que los órganos de protección de la infancia estén prevenidos y puedan actuar para proteger el bienestar del menor al momento de su regreso, hasta que, según el caso, actúe el tribunal competente. En segundo lugar, se entendió que las Autoridades Centrales deberían cooperar para proporcionar información sobre asistencia social y financiera y sobre otros posibles mecanismos de protección, para

31 Informe Explicativo, separata, pág. 42.

32 Informe Explicativo, separata, pág. 96, pág. 43.

33 Informe Tercera Reunión, pág. 54-61.

permitir que ambos padres participen en el procedimiento de guarda del menor, teniendo en cuenta su interés superior.

- i) *“mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación”.*

28. Límites a la actuación de la Autoridad Central en Uruguay

Por el artículo 4º del decreto 407/985 del 31 de julio de 1985 en la redacción dada por el decreto 95/96 del 12 de marzo de 1996,) se creó, dependiente de la Dirección de Cooperación Jurídica Internacional y de Justicia (que depende directamente de la Dirección General de Secretaría del Ministerio de Educación y Cultura), la Asesoría Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional a la que, entre otras cosas, compete *“responder por sí o cometiéndolo la respuesta, las consultas provenientes de órganos competentes del exterior, acerca del Derecho interno e internacional privado de la República, así como aquellas provenientes de órganos públicos nacionales referidas al contenido y vigencia del Derecho Internacional Privado del País o de un Derecho extranjero”* y *“actuar como órgano de recepción y expedición de rogatorias judiciales recibidas desde y hacia el exterior”.*

De aquí se desprende, a nuestro juicio, que, en nuestro país, salvo las obligaciones establecidas en los literales e) e i) del art. 7, las demás deberían llevarse a cabo a través de intermediarios.

VIII. EL PROCEDIMIENTO DE LA RESTITUCIÓN

29. El capítulo III del Convenio regula el procedimiento de restitución. Este tiene carácter autónomo y cooperativo, siendo su fin la inmediata restitución de un menor trasladado o retenido ilícitamente.

30. ¿Quién puede solicitarla?

Puede solicitar la restitución del menor *“toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia”* (art. 8).

Si nos atenemos al tenor literal de este primer inciso del artículo, cualquier persona física o jurídica que sostuviera que ha ocurrido un traslado o retención ilícito en infracción, podría acudir a las autoridades competentes (*“toda persona...”*). Sin embargo, de la lectura completa del artículo (incluyendo los requisitos de la solicitud de restitución del menor) puede entenderse que el alcance no es tan amplio. En efecto, como veremos más adelante, la solicitud debe incluir información acerca de la identidad del solicitante, del menor y de quien se alega que ha sustraído o retenido al menor. Además, es necesario que el solicitante manifieste los motivos en que se basa para reclamar su restitución. Obviamente, quien tiene motivos para iniciar el procedimiento es, básicamente, quien ejerce el derecho de custodia del menor. No obstante lo expresado, puede afirmarse que no existe una interpretación unívoca

al respecto, ya que mientras algunos expertos se han inclinado por la posición de que no es necesario exigir que quien inicia la acción sea el titular o quien pretende ser el titular del derecho de custodia, otros se oponen a esta interpretación.³⁴

31. ¿Ante quién puede solicitarse?

Ante “*la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante*” (art. 8).

A. *La institución*

En principio, se establece como organismo competente para recibir las solicitudes de restitución a la Autoridad Central.

Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de acudir directamente a las autoridades judiciales o administrativas para iniciar el procedimiento de restitución, ya que el art. 29 otorga al solicitante la opción de acudir directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante y además, le permite optar entre seguir el procedimiento previsto en el Convenio o no.

Para el solicitante, acudir directamente a las autoridades judiciales o administrativas podría tener la desventaja de no acceder a los beneficios establecidos en el art. 26 en materia de gastos (que analizaremos más adelante) y que tienen que ver exclusivamente con los procedimientos que se tramitan a través de las Autoridades Centrales.

B. *Estado cuya jurisdicción resulta competente*

En cuanto al Estado cuya jurisdicción es competente, el art. 8 del CHSM estableció en primer lugar a la “*Autoridad Central de la residencia habitual del menor*”, pero inmediatamente agregó “*o a la de cualquier otro Estado contratante*”, con lo cual la jurisdicción se convierte prácticamente en universal, con el único límite de que se trate de un Estado contratante. Estas otras jurisdicciones no funcionan como competencia de urgencia, sino que tienen un carácter completamente regular. En consecuencia, la solicitud podría presentarse, por ejemplo, ante la Autoridad Central del Estado en el que se encuentra el menor, sin necesidad de acreditar razones de urgencia.

32. ¿Cómo debe solicitarse?

Según el art. 8 la solicitud debe incluir:

“*a. información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor*”. Esta resulta necesaria para determinar la relación familiar del menor con quien solicita la restitución y con quien lo ha trasladado o

34 Informe Tercera Reunión, pár. 34, pág. 28-29.

retenido ilícitamente. Mediante el aporte de esta información se acredita el cumplimiento los extremos subjetivos para la aplicación del Convenio.

“b. la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla”. Este dato es fundamental para verificar que efectivamente se trata de un menor de 16 años, tal como establece la Convención y que, en consecuencia, ésta resulta aplicable.

“c. los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor”. Estos motivos encuentran su base en la existencia de un traslado o retención ilícito. Ello implica probar la existencia de un elemento jurídico: un derecho de custodia atribuido con arreglo al derecho de la residencia habitual) y un elemento fáctico: el ejercicio efectivo del derecho o el no haberlo ejercido en virtud del traslado o retención ilícito.

“d. toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor”

Hasta aquí, se ha hecho referencia a los elementos que debe contener la demanda. En adelante, la norma se refiere a la prueba documental que correspondería agregar para acreditar los extremos alegados en la solicitud. Para ello, ésta podrá acompañarse o complementarse con:

“e. una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes”. Este literal se refiere, por ejemplo, a la copia auténtica de una decisión o de un acuerdo, por los que atribuye la guarda del menor a quien solicita la restitución, a fin de probar el elemento jurídico al que aludíamos en c).

“f. una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado”. Esta documentación resulta básica para determinar que la atribución del derecho de custodia se ajusta a lo establecido por el derecho de la residencia habitual del menor. Este documento debe ser oficial (Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado de la residencia habitual del menor) o debe ser extendido por una persona cualificada (como podría ser un experto en la materia). No se establece sin embargo una prioridad por lo que cualquiera de estas posibilidades sería válida.

“g. cualquier otro documento pertinente”. Puede agregarse además todo tipo de prueba documental. Por ejemplo, documentos que permitan comprobar la fecha del traslado o retención ilícitos, a efectos de determinar que el mismo se produjo con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio y para probar que la solicitud de restitución se ha introducido dentro del plazo previsto por el art. 12.

Además, la Autoridad Central puede exigir que la solicitud sea acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre (art. 28). Esta norma puede ser muy importante a los efectos de agilizar el procedimiento, en aquellos casos en que el derecho interno del Estado le impida actuar “de oficio” a la Autoridad Central en nombre del solicitante.

33. Rechazo de la solicitud

En caso de no cumplirse las condiciones establecidas en el Convenio o si la solicitud carece de fundamento, la Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud: En ese caso, la Autoridad Central deberá informar inmediatamente sus motivos al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso (art. 27).³⁵

A los efectos de facilitar la presentación de la solicitud, algunas Autoridades Centrales utilizan formularios tipo que contienen todas las informaciones necesarias.³⁶

Ahora bien, según el art. 30, cualquiera sea la autoridad ante la que se presente, siempre que la solicitud se lleve a cabo de conformidad con las disposiciones del Convenio (como vimos, el solicitante tiene la opción para hacerlo fuera del ámbito de la misma), si reúne los requisitos establecidos en éste y adjunta los documentos por él requeridos, deberá ser admitido por las autoridades judiciales o administrativas intervinientes. Según afirma la Prof. PEREZ VERA, esta norma simplemente tiende a solucionar problemas existentes en algunos Estados contratantes con respecto a la aceptación de los documentos.³⁷

34. ¿Cuándo debe solicitarse?

De conformidad con el inciso primero del art. 12 cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

El plazo de un año se cuenta a partir del momento en que se produce el traslado o retención ilícito. El cumplimiento de dicho plazo se considera en el momento en que se inicia la acción ante la autoridad judicial o administrativa del Estado en que se halle el menor y no el momento de la decisión. En este aspecto, la Prof. PEREZ VERA entiende que el art. 12 inc. 1º retiene "*el momento de la introducción de la demanda*"³⁸, lo que podría dar lugar a entender que el momento es el de la presentación ante la Autoridad Central correspondiente. Sin embargo, a nuestro juicio la redacción del artículo es clara en el sentido de que el plazo debe computarse al momento de iniciarse la acción ante las autoridades judiciales o

35 En las consultas efectuadas en oportunidad de la Primera y de la Tercera reunión de la Comisión especial, se puso de manifiesto que las Autoridades centrales muy raramente rechazan solicitudes. V. Informe Primera Reunión, pregunta V, párrafo 48 e Informe Tercera Reunión, pár. 91, pág. 49. En nuestra opinión, también podría rechazarse la solicitud, por ejemplo, cuando no incluya los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución (según el artículo 8 literal c). La Autoridad Central que puede rechazar la demanda puede ser tanto la del Estado requirente como la del Estado requerido.

36 Este formulario tipo fue elaborado en 1980 y se adjuntó al Informe de la Profesora PEREZ VERA. Informe Tercera Reunión, pár. 36, pág. 28-29.

37 Informe Explicativo, separata, pár. 140, pág. 57.

38 Id., Pár. 108, pág.47.

administrativas del Estado requerido, sea directamente por el interesado o sea por intermedio de la Autoridad Central.

No obstante lo expresado anteriormente, como veremos más adelante, el vencimiento del plazo de un año no impide la interposición de la solicitud de restitución y aún la disposición de la inmediata restitución del menor por las autoridades correspondientes. Por este motivo, entendemos que el plazo de un año no constituye un plazo de caducidad.³⁹

35. Procedimiento

La tramitación se realiza entre Autoridades Centrales. Así el art. 9 prevé que si una Autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el Artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado Contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado Contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante. Esta disposición tiene en cuenta la necesidad de dar un pronto diligenciamiento a la solicitud.

Esta norma, en una primera lectura parece referirse sólo a la situación en que el menor se encuentra en un tercer Estado, distinto de aquél al que le fue remitida la solicitud por la Autoridad requirente. En este caso, el segundo Estado deberá informar a la Autoridad Central requirente o al solicitante de dicha transmisión. Sin embargo, tal como lo afirma la Prof. PEREZ VERA, la obligación de transmitir la solicitud de restitución, la tiene toda Autoridad Central, sea la que toma conocimiento de la solicitud en primera instancia, o sea la que recibe la solicitud de aquélla y considera que el menor se encuentra en otro Estado⁴⁰.

Esta disposición no debe confundirse con el art. 12 inciso tercero. Este último prevé el caso de que *"la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor"*. En ese caso, dicha autoridad podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud. Ello no debe confundirse con el art. 9 del Convenio. Mientras el art. 12 en su inciso final se refiere a la actuación y facultades de las autoridades judiciales o administrativas, el art. 9 alude a la obligación de la Autoridad Central de ese Estado de transmitir la solicitud *"directamente y sin demora"* a la Autoridad Central del tercer Estado e informar a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante.

36. Restitución voluntaria del menor

Según el art. 10, la Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor deberá adoptar o hacer que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

39 Según el Vocabulario Jurídico de E. J. COUTURE, la definición de caducidad es: *"Extinción, consunción o pérdida un derecho o facultad por vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto en la ley"* (Vocabulario Jurídico, 6a. reimpresión, Ed. Dcpalma, Buenos Aires, 1997, pág 129).

40 Informe Explicativo, separata, pág.102, pág. 45.

El anteproyecto del Convenio preveía esta obligación como un paso previo a la apertura de cualquier procedimiento en vía judicial o administrativa. Sin embargo, finalmente se adoptó el texto actual, teniendo en cuenta las dificultades de algunos sistemas jurídicos para aceptar este tipo de actuación de la Autoridad Central. Según la Prof. PEREZ VERA, se trata de una obligación que no es rígida ya que las medidas para obtener la entrega voluntaria del menor pueden continuar -en caso de haberse ya iniciado- una vez iniciada la acción ante las autoridades judiciales o administrativas correspondientes. Por otra parte, es la Autoridad Central la que decide en qué momento puede considerarse que las gestiones en este sentido han fracasado.⁴¹

En la práctica, las Autoridades Centrales de los distintos países han adoptado diversas medidas para obtener la devolución voluntaria del menor. Mientras que en algunos la difusión del caso a través de los medios locales se ha revelado como un mecanismo útil, en otros países, se han inclinado por poner en marcha el procedimiento judicial una vez recibida la solicitud, tomando medidas en favor de la entrega voluntaria del menor y en otros casos se ha preferido.⁴²

37. La restitución del menor es la regla

Según el inciso primero del art. 12, interpuesta la acción dentro del plazo de un año, la autoridad competente (judicial o administrativa) deberá ordenar la restitución inmediata del menor, salvo que opere alguna de las excepciones que analizaremos en el párrafo 39.

Lo que importa destacar en todo caso, es el concepto de que la restitución del menor es la regla. El hecho de solicitar la acción de restitución pasado el año no sería causal para desestimar dicha solicitud, pues el inciso segundo del art. 12 prevé que la autoridad judicial o administrativa, aún cuando se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo a que se hace referencia en el inciso anterior, deberá ordenar la restitución del menor, con la única salvedad de que quede demostrado que el menor se ha integrado a su nuevo ambiente.

Esta disposición refuerza la idea de que la restitución es el criterio que orienta al Convenio, entendiéndolo que la misma representa el interés superior del menor. Los únicos casos en que este principio caerá, serán aquellos en que se pruebe que el menor se ha adaptado al nuevo medio o cuando se produzca alguna de las excepciones que analizaremos a continuación.

Incluso el art. 18 estableció que las disposiciones del capítulo III no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento. Ello implica que, más allá de todas las disposiciones que regulan el procedimiento de restitución del menor, la autoridad competente no tendrá ningún tipo de limitación para restituirlo inmediatamente, invocando otras disposiciones -aún fuera del Convenio- que puedan ser más favorables.

41 *Ibidem*.

42 V. Informe Tercera Reunión, pág. 43, pág. 31.

La Prof. PEREZ VERA ha analizado este artículo conjuntamente con el art. 12, por considerar que si bien tienen una naturaleza diferente, presentan un carácter complementario. En su opinión, el art. 18 podría resultar aplicable en la hipótesis del inciso segundo del art. 12 en que habiéndose iniciado la acción de restitución después de un año del traslado o retención ilícito, se considera que el menor ya se ha incorporado al nuevo entorno.⁴³

38. ¿A qué Estado debe ser restituido el menor?

Del Informe de la Tercera Comisión Especial surge que la redacción del art. 12 del Convenio, permitiría el regreso del menor hacia un país distinto al de su residencia habitual. Sin embargo, algunos Estados han adoptado en la práctica una interpretación restrictiva de la norma.⁴⁴

La acepción de la palabra "restituir" relativa a las personas ("*volver uno al lugar de donde había salido*")⁴⁵, parece inducir a que la interpretación restrictiva es la más adecuada. En consecuencia, en nuestra opinión, el menor debería ser restituido a su residencia habitual al tiempo de producirse el traslado o retención ilícitos. El caso en que el regreso del menor a este Estado le ocasionara un grave daño físico o psíquico, se encuentra contemplado, como una excepción a la restitución, admitiéndose así su permanencia en el Estado en que se encuentra. Por otra parte, trasladar al menor a un nuevo Estado implicaría a nuestro parecer, someterlo a una nueva experiencia de adaptación al medio, que en general no redundaría en beneficio del normal desarrollo de su personalidad. Sin embargo, pese a lo expresado, es necesario tener en cuenta el caso en que el familiar que solicita la restitución haya cambiado de residencia, en cuyo caso, el menor debería ser enviado al Estado en que éste se encuentra.

39. Excepciones a la restitución del menor por oposición de parte

Hasta ahora hemos visto que la regla es la restitución. Pero como adelantáramos, existen excepciones. Algunas de ellas funcionan a instancia de parte y otras resultan directamente de la norma.

40. A. El menor se ha integrado en su nuevo ambiente

Como acabamos de ver, el art. 12 inciso segundo prevé que aún cuando la solicitud se haya presentado pasado el año desde el traslado o retención ilícitos, igualmente la autoridad ordenará la restitución del menor, "*salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente*". En este caso, pese a que el artículo no lo dice expresamen-

43 PÉREZ VERA, *Informe Explicativo*, separata, pár. 112, pág. 48.

44 V. Informe Tercera Reunión, pár. 48, pág. 33.

45 Incluso las otras acepciones de la palabra, relativas a cosas, contienen la misma noción de regreso al estado previo a un hecho determinado: "1. *Volver una cosa a quien la tenía antes*" y "2. *Restablecer o poner una cosa en el estado que antes tenía.*" V. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21a edición, Madrid, 1992, T. II, pág. 1785.

te, parece ser que quien debe demostrar que el menor se ha adaptado a su nuevo entorno es quien lo ha trasladado o retenido ilícitamente y por lo tanto, se opone a la restitución. Es decir que, aún después de transcurrido un año de la conducta ilícita, el Convenio parte de la presunción de que el menor no se ha integrado al nuevo medio y por lo tanto, la carga de la prueba de que ello si ha ocurrido la tiene quien ha trasladado al menor. Es él quien deberá hacer caer esta presunción y probar que efectivamente, el menor se ha incorporado al nuevo medio en que se encuentra.

41. B. La custodia no se ha ejercido efectivamente o hubo consentimiento

Otra situación excepcional está consagrada en el artículo 13. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, -es decir, sin perjuicio de que la restitución del menor es la regla-, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar dicha restitución “*si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: ...*”

Como puede observarse, la norma le da al juez la posibilidad, pero no le impone la obligación de rechazar la restitución. Por otra parte, para que pueda operar esta excepción, la carga de la prueba la tiene quien se opone a la restitución; él es quien debe probar las circunstancias que a continuación se detallan:

i. No ejercicio efectivo del derecho de custodia (art. 13 lit. a).- En este caso, según se ha expresado en el Informe de la Tercera Comisión⁴⁶, la carga de la prueba de que la custodia no se ejercía en forma efectiva es más pesada que la del art. 3. Mientras en esta disposición, quien solicita la restitución sólo debe establecer que se ha violado el derecho de guarda, en el art. 13.1.a no es suficiente probar que quien solicita la restitución no ejercía el derecho de custodia, sino que además debe convencer al juez de que sus alegatos deben ser tenidos en cuenta. Como señala la Prof. PEREZ VERA, el Convenio está construido sobre la presunción de que la persona que cuida del menor ejerce efectivamente su guarda. Esa presunción deberá ser destruida por quien se opone a la restitución, y ello se produce mediante la inversión de la carga de la prueba.⁴⁷

ii. Consentimiento o aceptación posterior del traslado o retención (art. 13 lit. a).- También en este caso, la carga de la prueba recae en quien se opone a la restitución, que deberá probar que quien solicita la restitución consintió o aceptó el traslado o retención.

El hecho de probar cualquiera de las dos circunstancias establecidas en el art. 13 lit. a, estaría determinando que en realidad no hubo traslado o retención ilícito en los términos del art. 3.

46 Informe Tercera Reunión, par. 54, pág. 35.

47 Informe Explicativo, separata, pár. 73, pág. 36/37.

42. C. Grave riesgo físico o psíquico para el menor

La otra hipótesis excepcional prevista en el art. 13 es la existencia de un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (lit. b)

Mientras la excepción del art. 13.a) tiene que ver con quien ejerce la guarda del menor y tiende a destruir la presunción de retención o traslado ilícito que sustenta al Convenio (y por ende, la legitimación activa del solicitante) la del art. 13.b) se refiere a la persona del menor. Es decir, en este caso no se cuestiona la ilicitud del traslado, sino que el eventual cuestionamiento al retorno del menor a su residencia habitual se analiza desde el punto de vista de la protección de su persona.

No basta que exista un simple temor de que el menor pueda sufrir un peligro físico o psíquico o que se vea expuesto a una situación intolerable. También en este caso, es quien se opone a la restitución quien tiene la carga de probar la existencia de un riesgo grave (importante, de mucha entidad) de que el menor sea expuesto a dicha situación.

En cuanto al peligro físico o psíquico, este podría consistir en la exposición del mismo a una epidemia existente en el Estado en el que poseía su residencia habitual al momento del traslado o retención, a la imposibilidad de proseguir un tratamiento que se está llevando a cabo en el nuevo Estado o incluso algún perjuicio de orden emocional o psicológico derivado de la separación de uno de sus progenitores.

Resulta difícil de determinar la “*situación intolerable*” que podría encuadrarse fuera de las hipótesis incluidas en el peligro físico o psíquico. No obstante, en todas estas situaciones habría que estar al caso concreto.

Los expertos presentes en la reunión de la Tercera Comisión Especial han considerado a esta norma una disposición sumamente sensible y que debería aplicarse en forma restrictiva⁴⁸ y excepcional, ya que mal utilizada podría arruinar la eficacia del Convenio.

43. Excepciones a la restitución del menor que pueden operar de oficio. Además de las excepciones analizadas anteriormente, existen casos en los que el Juez podrá denegar la restitución de oficio.

44. A. Principios fundamentales en materia de derechos humanos

El art. 20 consagra una causal para la denegación de la restitución que no se basa en aspectos subjetivos relativos a la conducta de los guardadores o a la protección del menor. Se trata de una excepción de carácter objetivo que permite denegar la restitución cuando “*no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*”.

Constituye ésta una reserva similar a la de orden público internacional, aunque más acotada, ya que no será cualquier principio del derecho del Estado requerido el que pueda

48 En este sentido, v. decisión del “Oberlandesgericht” (tribunal de Düsseldorf, Alemania) del 27.07.93, en SUMAMPOUW, *op.cit.*, p. 93.

llegar a detener la restitución, sino que sólo lo serán aquellos relativos a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta delimitación apunta a crear una reserva con un ámbito verdaderamente reducido, de manera que no se frustren los objetivos perseguidos por el Convenio.

Según la Prof. PÉREZ VERA⁴⁹, para poder rehusar una restitución sobre la base de esta norma, no basta con que la restitución sea incompatible con dichos principios sino que sería necesario que los principios fundamentales en la materia adoptados por el Estado requerido no lo admitieran en ningún sentido.

45. B. La opinión del menor

También el juez puede negarse a la restitución sin mediar solicitud de parte, cuando de la propia manifestación de voluntad del menor surge o se puede comprobar que éste se opone a la restitución. Según el art. 13 inciso segundo, en este caso, el límite está dado por la edad y la madurez del menor.

No existen criterios preestablecidos en cuanto al momento en que el menor alcanza la edad y la madurez que amerita tener en cuenta su opinión. Será el Juez quien determine en cada caso concreto si el menor cuya restitución está en juego, reúne los requisitos necesarios para ello.⁵⁰

Como apunte final en este sentido, puede agregarse que, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 recogió la posibilidad de tomar en consideración la voluntad del menor, en función de su edad y madurez.⁵¹

46 Información proporcionada por las autoridades del Estado requerido. Con carácter general, al examinar las situaciones excepcionales (sea mediando oposición de parte o cuando el juez actúa de oficio) el art. 13 inciso final dispone que el juez o autoridad administrati-

49 Informe Explicativo, separata, pág. 118, pág. 50.

50 Un ejemplo de esta posición puede observarse en un caso planteado en Alemania en el año 1994, en el que dos menores de siete y nueve años, retenidos ilícitamente en ese país por el padre, hicieron saber a los tribunales que no deseaban retornar con su madre a Londres. Mientras el tribunal de primera instancia entendió que la edad de los menores no permitía considerar que se trataba de una voluntad pertinente, el tribunal de apelaciones entendió que no hay límites precisos de edad a partir de la cual se pueda tener en cuenta la voluntad del menor no sólo porque el Convenio no ha establecido -parece que deliberadamente- dichos límites, sino también porque el requisito de la edad ha sido relativizado por la norma a través de la exigencia complementaria de una madurez suficiente. Según el tribunal de apelaciones, la madurez no podía determinarse abstractamente y en el caso concreto entendió que esos menores de siete y nueve años habían alcanzado una edad y madurez suficientes para hacerse una opinión acerca de la situación V. SUMAMPOUW, *op.cit.*, pág. 239-240. Otros ejemplos en este sentido, caso P.P. contra H.P. (EEUU), *ibidem*, pág. 95-96; y caso "R.M.C. contra D.A.B." (Nueva Zelanda), *ibidem*, pág. 245-246.

51 Art. 12: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional."

va correspondiente deberá tener en cuenta la información brindada por la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado de residencia habitual del menor, acerca de su situación social (art. 7 d)

Como señala la Prof. PÉREZ VERA, esta norma tiende, por un lado, a equilibrar la carga de la prueba impuesta a quien se opone a la restitución, y por otro lado, a reforzar la utilidad de las informaciones proporcionadas por las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor.⁵²

46. Plazo para oponerse a la restitución

El artículo 13 no contiene referencia alguna sobre el plazo dentro del cual deben interponerse las excepciones previstas en los literales a y b.

Teniendo en cuenta que los aspectos vinculados con los plazos procesales forman parte de lo que se conoce como “elementos ordenatorios” (es decir aspectos atinentes a las formalidades del proceso), dichos elementos deberían regirse por la ley del Estado requerido, por ser éste el Estado donde se desarrolla el procedimiento de la restitución⁵³. Sin embargo, dichos plazos deberían ser breves, teniendo en cuenta el mandato del art. 11 del Convenio en cuanto a la urgencia de los procedimientos⁵⁴.

Además, es necesario tener en cuenta que el Convenio prevé que si la Autoridad requerida no ha llegado a una decisión en un plazo de seis semanas desde el momento de la iniciación de los procedimientos, tanto el solicitante como la Autoridad Central del Estado requerido, actuando por iniciativa propia o por la Autoridad Central del Estado requirente, podrá pedir una declaración en la que se establezcan las razones de la demora (art. 11 inc. segundo).

Esta intervención del interesado o de la Autoridad Central del Estado requerido funciona como un mecanismo de contralor con respecto a las autoridades judiciales o administrativas que deben tomar la decisión sobre el retorno del menor, si bien no se establecen consecuencias para el caso de que las mismas no den respuesta a dicho planteamiento.

Si se prevé el caso de que la Autoridad Central del Estado requerido reciba dicha respuesta de parte de las autoridades. En este caso, deberá transmitir la respuesta a quien haya solicitado la declaración, sea el particular interesado o la Autoridad Central del Estado requirente.

52 Informe Explicativo, separata, pág. 117, pág. 49.

53 La distinción entre elementos ordenatorios y decisorios del proceso se remonta al glosador Jacobo Balduino (siglo XIII) y ha sido consagrada en los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 (art. 1) y en nuestro Código General del Proceso (art. 525.1).

54 En los procedimientos que pudieran estar involucrados Uruguay y Chile o Uruguay y Argentina (entre los cuales rige el CHSM), en nuestra opinión podrían aplicarse las normas de procedimiento establecidas en los Convenios bilaterales respectivos (art. 7 a 9 en el primer caso y art. 9 a 11 el segundo), en virtud de la cláusula de compatibilidad del art. 34 inciso final del CHSM (v. pág. 62 de este trabajo). Con el resto de los Estados, cuando Uruguay sea el Estado requerido, deberían tenerse en cuenta las disposiciones de nuestro CGP (art. 349, según el cual las pretensiones relativas a restitución de menores se tramitarán por el proceso extraordinario).

48. Restricciones a la aplicación de excepciones

De conformidad con el art. 36, nada de lo dispuesto en el CHSM impedirá que dos o más Estados Contratantes acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del mismo que pudieran originar restricciones a la restitución del menor, con el fin de limitar dichas restricciones.

Por lo tanto, las excepciones establecidas en los art. 13 y 20 podrían dejar de aplicarse mediante un acuerdo de partes en ese sentido. No obstante, entendemos que en la práctica, difícilmente podría derogarse el art. 20, ya que se trata de una norma en la que se protegen principios en materia de derechos humanos y libertades fundamentales de los Estados Parte.

49. Autonomía del procedimiento de restitución

El Convenio enfoca la cuestión de la autonomía del procedimiento de restitución con respecto al de custodia desde tres puntos de vista:

50. A. La decisión sobre la restitución del menor no afecta la cuestión de fondo del derecho de custodia

El subtítulo recoge la disposición del art. 19 del Convenio. El hecho de que las autoridades del Estado requerido dispongan el retorno del menor, no implica en modo alguno, expedirse acerca del derecho de custodia. Lo que se pretende a través de esta decisión, es restablecer el *status quo ante*, modificado por la intervención de la voluntad de quien no detentaba la guarda del menor en ese momento y que, mediante una conducta ilícita ha pretendido obtener una decisión favorable, "manipulando" la competencia internacional de los tribunales.

El art. 19 deslinda el problema de la restitución de la cuestión de la custodia y deja en claro que esta última no es materia de este Convenio. Es que la naturaleza de ambos procedimientos es diferente. Mientras la restitución tiene una finalidad que puede considerarse instrumental, el procedimiento en que se decide el derecho de custodia, se expide acerca de una cuestión de fondo.

51. B. Las autoridades del estado adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente no decidirán sobre los derechos de custodia después de tomar conocimiento de un traslado o retención ilícitos de un menor

Aquí se observa la otra cara del problema expuesto en el párrafo precedente: la decisión sobre la custodia no puede interferir en el procedimiento de la restitución.

El art. 16 se refiere a la situación en que la decisión sobre el derecho de custodia se encuentra pendiente y se pretende evitar que el Estado al que ha sido trasladado o donde ha sido retenido el menor (que no es el de su residencia habitual) decida sobre el aspecto de fondo de la custodia. Por ese motivo se le impide al juez o autoridad administrativa de dicho Estado, adoptar cualquier decisión al respecto. Para que opere el impedimento, basta el hecho de haber sido informado de la conducta ilícita (según lo define el art. 3). Sólo quedará habilitado para adoptar tal decisión:

- (1) *cuando se haya establecido que no se reúnen las condiciones establecidas por el Convenio para el retorno.* - Esto se puede dar por el funcionamiento de los art. 13 y/o 20 y además, la Prof. PÉREZ VERA agrega la posibilidad de que las partes lleguen a una solución amistosa⁵⁵;
- (2) *cuando haya transcurrido un tiempo razonable sin que se haya solicitado la restitución.* - En este caso cabría preguntarse cuál es el tiempo considerado como razonable para poder tomar una decisión sobre la custodia, sobre todo si se tiene en cuenta que, aún pasado el año de producido el hecho ilícito (traslado o restitución), podría llegar a disponerse la restitución de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 12. Incluso se podría dar el caso de que se adoptara una decisión sobre la custodia y al mismo tiempo, se introdujera una solicitud de restitución que impondría (al menos en principio) la obligación de devolver al menor. En ese caso, se produciría la hipótesis contemplada en el art. 17, que se analiza a continuación.

52. C. El hecho de haber dictado una decisión sobre la custodia del menor o que una decisión pueda ser reconocida en el estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor

El art. 17 refuerza la idea del art. 16 y se refiere a la situación en que ya se haya dictado una decisión sobre el derecho de custodia en el Estado requerido o exista una decisión que pueda ser reconocida en este último.

Esta norma responde a una solución de compromiso, por lo cual no se obstaculizará el retorno de un menor, con el único motivo de que exista una resolución previa sobre la custodia en el Estado requerido, aunque podrán tenerse en cuenta los motivos de dicha decisión para resolver sobre la restitución. En los trabajos previos (Comisión Especial de 1979) se había adoptado una norma que establecía la prioridad absoluta del Convenio (es decir, de la restitución) y simultáneamente se preveía una cláusula de reserva que permitía no restituir cuando existiera una incompatibilidad con la decisión previa adoptada en el Estado requerido⁵⁶.

La solución finalmente adoptada pretende que la decisión sobre la custodia, que se origina en una operación ilícita (traslado o retención ilícita del menor), no impida el restablecimiento de la normalidad por medio de la devolución del menor a su centro de vida. Sin embargo, no se trata de una solución de carácter absoluto, sino que en cada caso, las autoridades judiciales o administrativas, podrán tener en cuenta las circunstancias en que se ha dictado la decisión sobre el fondo de la cuestión, siempre teniendo en cuenta el "interés superior del menor".

55 Informe Explicativo, separata, pág. 121, pág. 51.

56 Informe Explicativo, separata, pág. 122, pág. 52. V. también A.E. ANTON, "The Hague Convention on International Child Abduction", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, Parte 3, Jul. 1981, pág. 537-556, esp. 553-55.

53. Otros aspectos a tener en cuenta

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

A nuestro juicio, esta es una norma de vital importancia desde el punto de vista práctico, ya que establece, por una parte, la vigencia del derecho extranjero como un derecho, sin necesidad de probarlo; y por otro lado, la eficacia de la sentencia extranjera, sin pasar por ninguno de los requisitos establecidos por la ley interna del Estado requerido para el reconocimiento de sentencias extranjeras. Esta norma establece una potestad del Estado requerido de actuar en este sentido, que tiende a evitar el enlentecimiento del procedimiento que se originaría en caso de que se exigiera previamente un reconocimiento de la decisión extranjera (por ejemplo, sobre el derecho de custodia del menor).

Señala con respecto a esta norma la Prof. PEREZ VERA⁵⁷, que en este caso se trata de analizar el derecho de la residencia habitual, se analiza no como un derecho aplicable, sino como un instrumento para apreciar la conducta de las partes. Algo similar sucedería con respecto a las decisiones extranjeras, que en esta hipótesis tendrían un efecto indirecto que no puede condicionarse a la obtención de su reconocimiento.

Asimismo, el art. 15 prevé la posibilidad de que las autoridades del Estado requerido soliciten al de la residencia habitual “una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el art. 3”. Dicha posibilidad, que por otra parte no establece una exigencia sino una solicitud, está destinada a salvar las posibles dificultades que se le podrían presentar a las autoridades requeridas para decidir sobre la entrega del menor. La información solicitada tendría que ver con el ejercicio efectivo del derecho de custodia, si se considera que el carácter ilícito del traslado o de la retención se da cuando se produce en violación del ejercicio efectivo de ese derecho. Teniendo en cuenta las posibles dificultades en la obtención de dichos documentos, las Autoridades Centrales jugarán un rol preponderante. Esta norma está íntimamente ligada al art. 14, ya que cuanto más información sobre la legislación vigente en el Estado requirente se agregue a la solicitud, será menos necesario acudir al art. 15.⁵⁸

54. Localización de menores

El CHSM no contiene normas específicas sobre el procedimiento de localización de menores. Sin embargo, entre los cometidos de las Autoridades Centrales, se prevé la adopción (directa o indirectamente) de medidas apropiadas que permitan “localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita”.

57 Informe Explicativo, separata, pág. 118, pág. 50.

58 En este sentido, se expidieron los expertos que participaron en la Primera Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento de la Convención, v. Conclusiones, pregunta P, párr. 33.

Según el art. 7 inciso primero, la localización debería producirse por medio de un mecanismo de cooperación no sólo entre las Autoridades Centrales, sino también entre las demás autoridades competentes (judiciales o administrativas).

El Convenio no prevé el plazo de quien posee la legitimación activa para iniciar la acción de restitución, una vez localizado el menor. Aparentemente, no existiría un plazo especial en este caso, y la acción debería promoverse, en todo caso, dentro del año contado "*desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos*" (art. 12 inc. 1°).

IX. EL DERECHO DE VISITA

55. El CHSM no regula el derecho de guarda, que constituye una cuestión de fondo. Sin embargo, sí aborda otra importante cuestión de fondo, como lo es el derecho de visita. En efecto, según su art. 1, uno de los objetivos del Convenio es el respeto del citado derecho, que de conformidad con el art. 5° b) este último comprende "*el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual*".

La inclusión de esta cuestión de fondo dentro de un Convenio de carácter instrumental, tiene que ver con la estrecha relación que existe entre el derecho de visita y el de guarda. Ello determina que la protección del primero, puede ser una manera indirecta de desestimular o impedir los traslados o retenciones ilícitos, esto es la violación del ejercicio efectivo del derecho de guarda.⁵⁹

La protección del derecho de visita está consagrada únicamente en el art. 21, a través de una remisión a las disposiciones sobre la solicitud de restitución. Precisamente, según el inciso primero de dicha disposición la solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados Contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor, lo cual remite a lo establecido por el art. 8.

Los incisos segundo y tercero del art. 21 refuerzan la disposición del artículo 7 f), en cuanto al deber de las Autoridades Centrales de permitir -directa o indirectamente- la regulación o el ejercicio efectivo del derecho de visita. Asimismo, se consagra una vez más la necesidad de cooperación entre las Autoridades Centrales para el logro de este objetivo.

Pueden existir casos en que sea necesario proteger el ejercicio del derecho de visita, aún sin existir un desplazamiento o traslado ilícito. El juez del Estado requerido que rehuse el retorno del menor, por ejemplo, puede tomar una decisión sobre el derecho de visita, en la medida que este Estado constituye la nueva residencia habitual del menor.

Según afirma DYER⁶⁰, la "suavidad" de esta disposición fue el precio que se pagó por el rigor de las previsiones sobre restitución de niños trasladados o retenidos. Los Estados que

59 "Rapport...", p. 80, p. 45.

60 A. DYER, "The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction - towards global cooperation. Its successes and failures", *International Journal of Children's Rights*, No. 1, 1993, p. 273-292.

se oponían a normas rígidas sobre el retorno de los menores, favoreciendo una cláusula de reserva sobre la base del orden público o los principios generales del derecho de familia, fueron los mismos que opusieron normas rigurosas sobre el funcionamiento de la visita. La contrapartida para eliminar la excepción de orden público fue el art. 21 tal como lo conocemos. Por otra parte, según afirma ANTON (miembro de la Comisión Jurídica Escocesa y Presidente de la Comisión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que proyectó el Convenio) durante los trabajos se tuvo la sensación de que en general el ejercicio efectivo del derecho de visita depende más de la buena voluntad de las personas involucradas, que de la existencia de normas jurídicas formales.⁶¹

X. DISPOSICIONES GENERALES

56. Fianzas o depósitos

Según el art. 22 no puede exigirse fianza o depósito alguno para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

Esta solución recoge la igualdad de trato procesal para el litigante foráneo, principio ya incorporado a nuestro Derecho Positivo, desde que fue recogido en diversos Convenios bilaterales suscritos por la República⁶² y en el Código General del Proceso (al eliminar la norma del Código de Procedimiento Civil que requería la constitución de la fianza de arraigo para el litigante extranjero)⁶³.

En la misma línea del art. 22, el art. 25 del CHSM estableció que los nacionales de los Estados Contratantes y las personas que residen en esos Estados *"tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado Contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado."*

57. Legalización

Se prevé la exoneración de este requisito de autenticidad en el art. 23. Desde el momento que la tramitación de las solicitudes de restitución se realiza a través de las Autoridades Centrales, se encuentra garantizada la autenticidad de la documentación transmitida. Se reconoce con carácter general que la transmisión de las solicitudes de cooperación por una

61 A.E. ANTON, *op.cit.*, esp. 555.

62 V. art. 1 de los Convenios sobre Igualdad de Trato Procesal con Argentina (decreto-ley 15.110 del 17.03.81; vigente desde el 12.05.81), Chile (decreto-ley 15.251 de 26.03.82; vigente desde el 14.04.82) y Perú (decreto ley 15.721 de 07.02.1985; vigente desde el 22.02.89); "Convenio de Cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay" (ley 16.864 de 10.09.97; en vigor desde el 30.04.98) y "Convención de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial entre la República Oriental del Uruguay y la República Francesa" (ley 17.110 de 21.05.99).

63 Este requisito se incluía en el art. 120 del Código de Procedimiento Civil *"Cuando el actor no esté domiciliado en la República, será obligado, si el reo lo pide, a dar fianza de pagar las costas y daños en que pueda ser condenado"*.

vía oficial (sea la Autoridad Central como en este caso, o sea la vía consular o diplomática) hace innecesario el requisito de la legalización. Es la propia vía de transmisión la que “oficializa” a la solicitud y a los documentos que la acompañan. Esto ha sido consagrado expresamente en diversos textos⁶⁴ vigentes en nuestro país y en particular, en el art. 5° del Decreto-ley 15.441 de 1° de agosto de 1983: “*Cuando los exhortos o cartas rogatorias se tramiten por la vía diplomática o consular o por intermedio de autoridades centrales será innecesario el requisito de la legalización, debiendo estar acompañada por las respectivas traducciones cuando así correspondiere*”.

58. Traducción

El art. 24 del Convenio establece la necesidad de que toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remita en el idioma de origen, acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, traducción al francés o al inglés.

En caso de ser Uruguay el Estado requirente, habría que estar a los requisitos establecidos en materia de traducción por el Estado requerido (p. ej.: en cuanto a quién debe efectuar la traducción). De todos modos, la solución de la Convención es ventajosa en caso de que ésta deba ser realizada por traductores uruguayos y el Estado requerido tenga un idioma oficial al que la traducción resulte dificultosa. En ese caso bastará con que se traduzcan los documentos al idioma inglés o al francés.

En la hipótesis en que Uruguay fuera el Estado requerido, la traducción deberá ajustarse a los requisitos establecidos por el Decreto-ley 15.441 que prevé que la misma deberá hacerse por traductor público nacional, considerándose también válidas las realizadas por el agente consular de la República acreditado en el Estado de donde procede el documento (art. 6 y 7).

El art. 24 es -junto al artículo 26- una de las dos disposiciones del Convenio que pueden ser objeto de reserva según el art. 42. En el caso de este artículo, la reserva consiste en la posibilidad de oponerse a la utilización del francés o del inglés (aunque no de ambos idiomas), en toda solicitud, comunicación u otros documentos que se envíen a su Autoridad Central. Hasta el momento han hecho uso de esta facultad Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Noruega, Nueva Zelandia y Sudáfrica.

59. Gastos

Según el inciso primero del art. 26, cada Autoridad Central sufragará sus propios

64 P.ej.: Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (art. 6), Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (art. 13) y art. 9.4 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

gastos en la aplicación del Convenio.

Por lo tanto, ninguna Autoridad Central podrá reclamarle a otra el reintegro de los gastos en que hubiere incurrido. Según afirma ANTON⁶⁵, la intención de este artículo es que cada Autoridad Central soporte sus propios costos de aplicación de la Convención, extendiendo esto a los gastos generados por el procedimiento judicial, incluyendo los derivados de la participación de abogados o asesores.

Con respecto al inciso segundo, la redacción de la primera parte dio lugar a una intensa discusión durante la Décimocuarta sesión de la Conferencia de La Haya. En dicha discusión se enfrentaron, por un lado, la posición de quienes sostenían la gratuidad absoluta en el ámbito del Convenio y por otro lado, la de quienes apoyaban la solución contraria. A efectos de preservar la aprobación del Convenio por la mayor cantidad posible de Estados, se alcanzó esta solución de compromiso, que recoge la primera posición mencionada. Por su parte, el art. 26 inciso tercero agrega la posibilidad de interponer una reserva a lo dispuesto en el inciso segundo. De hecho, una cantidad importante de Estados (más que en el caso del artículo 24) ha hecho uso de esta facultad⁶⁶.

Finalmente, el inciso cuarto consagró una norma de carácter facultativo para las autoridades, la que, al decir de PEREZ VERA, tiene un alcance más bien simbólico, que puede constituir un mecanismo de disuasión para quien pretenda trasladar o retener ilícitamente a un menor. En efecto, las autoridades pueden disponer que el autor de la conducta ilícita, se haga cargo de los gastos en que haya incurrido el solicitante.⁶⁷

Situación del CHSM con respecto a otros Tratados.

60. A. Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1961

En este caso, el art. 34 dispuso expresamente la prioridad del CHSM. Al no ser parte del Convenio de 1961, esta disposición carece de aplicación práctica para Uruguay. Por otra parte, resulta improbable que Uruguay adhiera a este Convenio en el futuro, considerando que dicho texto ha sido objeto de una revisión que ha tenido como resultado la aprobación del Convenio sobre responsabilidad parental de 1996. En cambio, la norma tiene particular importancia en el ámbito europeo⁶⁸.

61. B. Convenio de la Haya sobre responsabilidad parental de 1996

El "Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecu-

65 A.E.ANTON, *op. cit.*, pág. 554.

66 Los Estados que han reservado esta norma son: Alemania, Belize, Bielorrusia, Canadá, República Checa, China (la región administrativa de Hong Kong y Macao), Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Honduras, Islandia, Israel, Luxemburgo, Mauricio, Moldova, Mónaco, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Polonia, Reino Unido, St. Kitts and Nevis, Sudáfrica, Suecia, Turquía (que es sólo signatario), Venezuela y Zimbabwe.

67 Informe Explicativo, separata, pár. 136, pág. 56.

68 Son partes del Convenio de 1961 Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía. Sólo este último no es parte del Convenio de 1980.

ción y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños” fue suscrito el 19 de octubre de 1996, no habiendo entrado aún en vigor, por contar con una sola ratificación (Mónaco)⁶⁹.

El art. 50 de este Convenio establece que el mismo “*no afecta al Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en las relaciones entre las Partes en ambos Convenios. Nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del presente Convenio para obtener el retorno de un niño que haya sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita*”.⁷⁰

En primer lugar se consagra la primacía del CHSM. Pero, tal como señala el Prof. LAGARDE en su Informe Explicativo, la segunda frase del artículo 50 del Convenio de 1996 prevé que los Estados parte en los dos Convenios pueden decidir hacer que las normas de este último se apliquen con preferencia a las de la CHSM, en el caso de que aquellas sean más favorables para el retorno del menor.⁷¹ Como se mencionara, esta situación podría darse en el caso de la retención o traslado ilícito de un mayor de 16 años (con respecto a quien no se podría aplicar el CHSM) pero menor de 18 años (comprendido dentro del ámbito del Convenio de 1996 de conformidad con el artículo 2).⁷²

62. C. Otros instrumentos ya vigentes o a adoptar en el futuro

De conformidad con el inciso final del art. 34, el CHSM no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para regular el derecho de visita.

Esta disposición reviste particular importancia para Uruguay, teniendo en cuenta que, en la actualidad nuestro país está vinculado por tres Convenios bilaterales en materia de restitución de menores, y que además, se encuentra a estudio del Parlamento la aprobación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Veamos cada una de estas situaciones:

i. Convenios bilaterales

Uruguay se encuentra vinculado con Argentina, Chile y Perú, por Convenios bilatera-

69 El Convenio de 1996 fue suscrito por Eslovaquia, Marruecos, Países Bajos, República Checa y Mónaco. Este último lo ratificó el 14 de mayo de 1997. Según el artículo 61.I para que el Convenio entre en vigor se requieren tres ratificaciones, aceptaciones o aprobaciones.

70 Versión en español realizada por los Prof. Alegría Borrás y Julio D. González Campos.

71 P. LAGARDE, *Rapport explicatif, Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, Actes et documents de la Dix-huitième session (1996), T. II - Protection des enfants, p. 600 ó Brochure, p. 88.

72 Según el art. 2 del Convenio de 1996, éste se aplica a los menores desde su nacimiento hasta los 18 años. En este caso no podría aplicarse el CHSM porque sólo alcanza a quienes no hayan cumplido 16 años, pero sí el Convenio de 1996, ya que éste permite que los Estados que sean Partes de ambos textos, puedan valerse de este último para obtener la restitución del menor.

les que regulan la restitución internacional de menores.

La real importancia de la disposición radica en que tanto Argentina como Chile ya ha aceptado la adhesión de Uruguay al CHSM. En virtud de ello, este Convenio rige las cuestiones que puedan suscitarse con Argentina a partir del 1° de abril del año 2000 y con Chile desde el 1° de mayo de 2000.

La relevancia del inciso final del art. 34 puede observarse en el hecho de que no restringe la posibilidad de aplicar el Convenio bilateral a efectos de obtener la restitución del menor. En nuestra opinión, de esta forma se abre la posibilidad de aplicar las detalladas normas bilaterales en materia de procedimiento de restitución⁷³.

ii. la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

Esta Convención fue aprobada en el marco de la CIDIP IV y contiene dos disposiciones relativas a la compatibilidad con otros instrumentos. Una de ellas (art. 34) contempla expresamente la situación de Estados que sean simultáneamente parte de ella y del Convenio de La Haya: "*Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención.*"

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980."

La regla es la aplicación prioritaria de la Convención Interamericana. No obstante, por obra del art. 34 inciso segundo de esta última, la aplicación del CHSM sería perfectamente posible en el caso de Estados que sean parte de ambos instrumentos (actualmente Belice, Brasil, México, Paraguay y Venezuela), siempre que medie un convenio bilateral en ese sentido. Como puede apreciarse, la solución del art. 34 de la Convención Interamericana es totalmente compatible con la del inciso final del art. 34 del CHSM.

iii. Convención sobre los Derechos del Niño

La "Declaración de los Derechos del Niño de 1959" había consagrado el concepto del "interés superior del niño" en sus Principios 2 y 7⁷⁴. El mismo fue recogido en el preámbulo del Convenio de La Haya al expresar que los Estados signatarios del Convenio están "*profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia*". Y aunque en el texto del Conve-

73 V. nota 54

74 Principio 2: "*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.*" Y el segundo párrafo del Principio 7: "*El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.*"

nio no se vuelve a mencionar dicho concepto, el mismo inspira todas las disposiciones

Posteriormente, la “Convención sobre los Derechos del Niño de 1989” (en adelante CDN) consagró definitivamente este concepto -que ya ha adquirido el rango de principio del Derecho de la minoridad-. En particular, es oportuno tener presente las siguientes normas:

- el art. 3.1 *“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*; y

- el art. 9.1: *“Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.*

Tal determinación puede ser necesaria en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

Por último, corresponde destacar que la CDN dedicó una norma de carácter programático, al tema de los traslados y retenciones ilícitos (art. 11):

“1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”

Esta disposición reviste gran importancia, pues constituye un verdadero compromiso de los Estados ratificantes de la Convención, -en la actualidad, los únicos Estados que no forman parte de ella son Somalia y Estados Unidos-, de adoptar medidas tendientes a evitar traslados o retenciones ilícitos de carácter internacional, fundamentalmente a través de nuevas normas jurídicas o de la adhesión a las ya existentes (como el CHSM y la Convención Interamericana de 1984).⁷⁵

63. Estados con sistemas plurilegislativos

También tienen gran importancia práctica los artículos 31 a 33, que prevén la situación de Estados con sistemas plurilegislativos. El artículo 31 ya fue analizado en oportunidad de referirnos a la conexión residencia habitual (párrafo 24).

El artículo 32 establece que cuando se trate de un Estado que en materia de custodia

⁷⁵ En la práctica se planteó la cuestión de un posible “concurso” entre el Convenio de La Haya y la CDN en una acción de restitución interpuesta ante la “Family Court (Full Court)” de Melbourne (Australia). Ante esta posibilidad, el tribunal sostuvo que no habría contradicción entre ambos textos y en el caso de que la hubiera, prevalecería el Convenio de La Haya porque “éste ha sido específicamente incorporado en el derecho común. Fundamentalmente el art. 11 de la Convención de los Derechos del Niño estimula a la ratificación del Convenio de La Haya”. Caso “McCall c. McCall y The State Central Authority”, decisión de la “Family Court (Full Court) de Melbourne (Australia) del 03.11.94, citada en M.SUMAMPOUW, *op.cit.*, pág. 87-88.

de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado.

Por su parte, el artículo 33 prevé que “un *Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de Derecho.*” Según esta norma, tratándose de un Estado plurilegislativo, el Convenio no se aplicará, en los mismas situaciones en que no se aplicará en un Estado con un sistema de unidad legislativa. Según afirma la Prof. PEREZ VERA, el artículo se limitaría a declarar que el Convenio sólo se aplica a las relaciones internacionales y califica como internas, aquellas que tienen lugar dentro del Estado, sea plurilegislativo o no⁷⁶.

XI. CLÁUSULAS FINALES

64. Entrada en vigor

En primer lugar, el art. 37 establece que el CHSM estará abierto a la firma de los Estados que eran Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en su decimocuarta sesión. Además, será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Si Uruguay hubiera sido miembro en ese momento, habría bastado con el depósito del instrumento correspondiente para que el Convenio entrara en vigor automáticamente con los demás Estados miembros que ya eran partes del mismo, el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito⁷⁷, tal como surge del art. 43 inciso segundo num. 1. Pero Uruguay, que hoy sí es miembro de la Conferencia de La Haya⁷⁸, adquirió esa calidad recién casi tres años después de la decimocuarta sesión en la que se aprobó el Convenio en estudio. Por lo tanto, su situación encaja en la hipótesis prevista en el art. 38. Esta norma prevé que el Convenio entra en vigor para el Estado adherente el primer día del tercer mes del calendario siguiente al del depósito. En el caso de Uruguay, al haber depositado el instrumento de adhesión el 16 de noviembre de 1999, el Convenio entró en vigor el 1° de febrero de 2000.

Pero no basta exclusivamente con el depósito del instrumento de adhesión y el transcurso de tres meses para que el Convenio rija las relaciones del Estado adherente con los demás Estados contratantes. Esto distingue la situación de los Estados miembros de la de los no miembros al momento de celebrarse la decimocuarta sesión. En efecto, en el caso de los Estados no miembros, el inciso cuarto del art. 38 prevé que la adhesión tendrá efecto sólo

76 Informe Explicativo, separata, pár. 142, pág. 58.

77 Esto puede extraerse a su vez, *contrario sensu*, de la decisión del OG Zürich (Suiza) del 1992, en un caso que vinculaba a Argentina y Suiza, ambos miembros de la Conferencia, citado en SUMAMPOUW, *op.cit.*, pág. 87.

78 Uruguay aprobó el Estatuto de La Haya por Decreto-Ley 15.216 del 18.11.81 y fue aceptado como miembro de la Conferencia, de conformidad con el art. 2° párrafo 2° del Estatuto, el 27.07.83.

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 también por cualquier Estado Miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión.

De esta manera, según el inciso tercero, el Convenio entró en vigor para Uruguay al primer día del tercer mes siguiente al depósito de la adhesión. No obstante, la misma surtirá efecto sólo para las relaciones entre nuestro país y los Estados que la hayan aceptado. Además, cada nuevo Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de la adhesión de Uruguay, deberá depositar su declaración de aceptación de dicha adhesión, para que el Convenio rija entre el mismo y nuestro país⁷⁹.

Y aún más, según el inciso quinto del art. 38 recién el primer día del tercer mes del calendario siguiente al del depósito de la declaración de aceptación, el Convenio entrará en vigor entre ambos Estados:

Por lo tanto, a los efectos de determinar aquellos casos que involucren a Uruguay, a los que sea aplicable este texto, no sólo hay que tener en cuenta la fecha del 1° de febrero de 2000, sino también la del depósito de la declaración de aceptación de los demás Estados contratantes. Así, por ejemplo, Argentina, Luxemburgo e Israel aceptaron la adhesión de nuestro país en el mes de enero. En virtud de ello, el CHSM rige entre Uruguay y cada uno de estos Estados desde el 1° de abril del año 2000. Y con respecto a Chile y Polonia, que aceptaron la adhesión en el correr del mes de febrero, entró en vigor el 1° de mayo de 2000.

Pero además, será necesaria una actitud atenta frente a toda nueva adhesión posterior a la de la República, ya que como viéramos en el inciso cuarto, el Convenio requiere la declaración de aceptación de “*los Estados Contratantes*” independientemente de su calidad de miembros de la Conferencia al momento de celebrarse la Decimocuarta sesión. En consecuencia, de ello también dependerá, en definitiva, la aplicabilidad del Convenio en las situaciones en las que Uruguay se vea involucrado en el futuro⁸⁰.

65. Las reservas.- Según el art. 2 d) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (en adelante Convención de Viena), aprobada por Decreto-ley 15.195 del 13 de octubre de 1981, la reserva es “*una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado*”. Es decir que se trata de un acto

79 Los únicos Estados que eran miembros de la Conferencia al tiempo de aprobarse el Convenio y que aún no son parte del mismo son: Egipto, Japón, Suriname y Turquía, aunque este último al menos la ha suscrito.

80 Una situación similar a la actual de Uruguay, fue en su momento la de México (que depositó su instrumento de adhesión el 20.06.91, entrando en vigor el 01.09.91. Irlanda fue el primer Estado que depositó la declaración de aceptación de dicha adhesión, el 16.07.91, por lo que el CHSM comenzó a regir entre ambos Estados el 01.10.91) y de Chile (que depositó el instrumento de adhesión el 23.02.1994, entrando en vigor el Convenio para este país el 01.05.94. En este caso, Estados Unidos fue el primer Estado que depositó la declaración de aceptación de la adhesión, el 08.04.94, por lo que el Convenio entró en vigor entre ambos Estados el 01.07.94).

81 Para autores como DE LA GUARDIA Y DELPECH (*El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*, La Ley, Buenos Aires, 1970, pág. 248) se trata de un acto unilateral aparente pues la reserva no puede analizarse en forma separada de su aceptación o rechazo por los demás Estados contratantes. Se trataría de un acto unilateral en su formulación, que sólo se perfeccionaría y tendría efectos jurídicos una vez aceptada. Esta intervención de otros Estados convertiría a la reserva en un acto jurídico bilateral.

unilateral⁸¹, que debe efectuarse en un momento determinado del proceso de celebración del Tratado, que depende de la voluntad del Estado que la efectúa, pero también del propio acuerdo y de los demás Estados contratantes. Esta facultad de los Estados tiene límites establecidos en el art. 19 de la Convención de Viena del cual, importa fundamentalmente el literal b, que contempla el caso en que “*el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate*”.⁸²

Esta es precisamente la situación planteada en el art. 42 inciso primero del CHSM, que sólo permite formular las reservas previstas en el art. 24 y en el art. 26 inciso tercero. A mayor abundamiento, la Convención establece “*Ninguna otra reserva será admitida*”.

El art. 42 inciso segundo del Convenio contempla la posibilidad de retirar la reserva en cualquier momento. Esta dejará de surtir efecto el primer día del tercer mes del calendario siguiente a la notificación de la reserva al Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos.

66. Las declaraciones interpretativas

El CHSM se refiere a dos tipos de declaraciones. Las primeras corresponden a la aceptación de la adhesión de un nuevo Estado al Convenio, referidas en el párrafo 65.

El segundo tipo de declaración corresponde a las de carácter interpretativo. Se trata de actos unilaterales que, a diferencia de las reservas, no tienen por objeto excluir o modificar los efectos de alguna disposición en su aplicación a ese Estado, sino determinar el alcance que una determinada disposición tiene para ese Estado.

Estas declaraciones interpretativas se refieren al alcance espacial del Convenio (art. 39 y 40).

64. Posibilidad de denunciar el Convenio

El art. 44 del CHSM consagra su vigencia durante cinco años a partir del momento de su entrada en vigor. Y agrega “*Si no hubiera denuncia se renovará tácitamente cada cinco años.*”

Al igual que las declaraciones, reservas y sus respectivas modificaciones, la denuncia debe ser notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos y podrá limitarse a determinados territorios a los que se aplique el Convenio. El plazo para notificar la denuncia del Convenio vence seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años.

Con respecto a los efectos de la denuncia, el art. 44 inciso final prevé que la misma “*tendrá efecto sólo respecto al Estado que la hubiera notificado*” permaneciendo en vigor para el resto de los Estados Contratantes.

82 Esta norma prevé además que un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: “a) “*Que la reserva esté prohibida por el tratado*”; (...); o c) “*Que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.*”

65. El artículo 41

El art. 41 constituye una novedad del CHSM y establece que cuando un Estado Contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las autoridades centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio, o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el art. 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

La idea que se pretende reafirmar en esta norma es que la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del Convenio, no traerá aparejada ninguna modificación en las atribuciones de cada uno de los poderes del Estado, establecidas por el derecho interno de los Estados partes.

XII. COMENTARIOS FINALES

La aprobación del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores constituye, sin duda alguna, un importante paso en la protección de los menores que son objeto de traslados o retenciones ilícitas. Por otra parte, agrega al Derecho Positivo vigente en la República un nuevo instrumento –con la ventaja de poseer un amplio espectro geográfico–, que intenta desalentar a quienes pretenden lograr decisiones de fondo amparados en la protección de una jurisdicción presuntamente más benévola.

El año de entrada en vigor del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores para Uruguay coincide con la preparación de la cuarta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio. Seguramente esta Comisión deberá analizar una serie de cuestiones entre las que se encuentran aspectos de carácter procesal y sustancial, tales como la forma de lograr una mayor celeridad y eficiencia de los procedimientos, las cuestiones vinculadas a la opinión del menor, excepciones, interpretación de conceptos básicos y problemas vinculados con el retorno y reubicación del menor. Todas estas cuestiones forman parte de los desafíos cotidianos que enfrenta el funcionamiento del Convenio.

Pero existen otros desafíos que se vinculan a la dinámica realidad contemporánea. Uno de ellos es el cambio en el caso típico de sustracción de menores que se produce en la actualidad. Tradicionalmente, la situación más común era la del padre que no era titular del derecho de custodia, que sustraía al menor para lograr una decisión favorable a su interés de ser titular de aquel derecho. En la actualidad, cada vez con mayor frecuencia ocurre el caso de la sustracción por parte de la madre (que tiene la custodia conjuntamente con el padre), que desea instalarse en un Estado con el que tiene algún vínculo (generalmente de nacionalidad). Otro reto, es el que plantea la compleja problemática del traslado o retención ilícito de menores hacia o en Estados cuya religión oficial es el Islam. Hasta el momento, pocos Estados musulmanes han ratificado o adherido al Convenio (y esto también se ha considerado como una de sus debilidades), pero en la medida que éstos comiencen a formar parte del mismo (por ejemplo, es inminente la ratificación de Marruecos), es probable que se planteen dificultades en su aplicación práctica.

Por todo lo expresado, este texto que se agrega hoy a nuestro Derecho Internacional Privado de la Minoridad debería ser acompañado de adecuados mecanismos de información sobre su funcionamiento (una importante ayuda será, sin duda, la recientemente inaugurada base de datos INCADAT, que incorpora jurisprudencia comparada sobre el CHSM), de manera que las autoridades llamadas a entender en procedimientos de restitución de menores, se encuentren en óptimas condiciones para responder al reclamo del Convenio, que no es otro que el de la protección del interés del menor.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSÍN, Quintín, *Sistema de Derecho Civil Internacional*, T. 1, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Montevideo, 1961

ANTÓN, A. E., "The Hague Convention on International Child Abduction", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, Parte 3, Jul. 1981, pág. 537-556 (también reproducido en http://www.hiltonhouse.com/articles/Anton_art.txt)

BRUCH, Carol S., "Das Haager Kindersentführungsübereinkommen: Erreichte Fortschritte, künftige Herausforderungen", *Deutsches und Europäisches FamilienRecht* (1999) No. 1, pág. 40-45 (versión original en inglés: "The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, Future Challenges" en Detrick/Vlaardingerbroek (eds.), *The Globalization of Child Law* (1999) y en *European Journal of Law Reform*, 1998, No.1

BUREAU PERMANENT, CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989*, Página Web: www.hcch.net/f/conventions/reports28f.html

-----, *Rapport de la deuxième réunion de la Commission spéciale (18-21 janvier 1993)*, Página Web: www.hcch.net/f/conventions/reports28f.html

-----, *Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (17-21 mars 1997)*, Enlèvement d'enfants, août 1997

-----, *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Préparatifs en vue d'une quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention et description des travaux entrepris par le Bureau Permanent en support à la Convention*, Doc. préel. N° 6, avril 2000

-----, Base de datos sobre la sustracción internacional de menores (INCADAT) (en inglés y francés), Página Web: <http://212.206.44.26/>. También en: www.incadat.com

DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo, "El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena", La Ley, Buenos Aires, 1970

DYER, Adair, "La Conférence de La Haye de Droit International Privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau Permanent: Bilan et Perspectives", *Recueil des Cours*, 1980-III, T. 168, pág. 123-268

-----, "The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction -towards global cooperation. Its successes and failures", *The International Journal of Children's Rights*, 1, 1993, pág.273-292.

LAGARDE, Paul, *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, Actes et documents de la Dix-huitième session (1996), T. II - Protection des enfants ó Tirage à part des Actes et documents de la Dix-huitième session (1996), Conférence de La Haye de droit international privé

OPERTTI, Didier, *Restitución internacional de menores. Aspectos civiles*, Instituto Interamericano del Niño, Unidad de Asuntos Jurídicos, Montevideo, Uruguay, 54 pág.

PEREZ VERA, Elisa, *Conclusions des discussions de la Commission spéciale de mars 1979 sur le kidnapping légal. Rapport de la Commission spéciale*, Document préliminaire N°5 de juin 1979, en Actes et Documents de la Quatorzième session (1980), T.III Enlèvement d'enfants, Conférence de La Haye de droit international privé, párr.67, pág.162-212

-----, *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* Convention et Recommandation adoptées para la Quatorzième Session et Rapport explicatif, séparata, Tirage à part des Actes et Documents de la Quatorzième session (1980), T.III Enlèvement d'enfants, Conférence de La Haye de droit international privé (también en la página Web: www.hcch.net/f/conventions/expl28f.html)

SUMAMPOUW, Mathilde, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, V (1996), T.M.C: Asser Institut, Martinus Nijhoff Publishers, 399 pág.

CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES¹

Los Estados signatarios del presente Convenio,

Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia,

Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarse un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita,

Han acordado concluir un Convenio a estos efectos, y convienen en las siguientes disposiciones:

CAPITULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1

La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

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

Artículo 2

Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplen en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

Artículo 3

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

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

1. Aprobado por ley 17.109 del 21 de mayo de 1999, publicado en el Diario Oficial N° 25.281 del 31 de mayo de 1999.

- b) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

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

Artículo 4

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

Artículo 5

A los efectos del presente Convenio:

- a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;
- b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

CAPITULO II

AUTORIDADES CENTRALES

Artículo 6

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

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

Artículo 7

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

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

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación de presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

CAPITULO III

RESTITUCIÓN DEL MENOR

Artículo 8

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

La solicitud incluirá:

- a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
- c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

- e) una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por

- una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado;
- g) cualquier otro documento pertinente.

Artículo 9

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

Artículo 10

La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

Artículo 11

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

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

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

Artículo 12

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

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

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

Artículo 13

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

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

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

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

Artículo 14

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

Artículo 15

Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el Artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados Contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtengan una decisión o certificación de esa clase.

Artículo 16

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el Artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado

Contratantes adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de ese Convenio.

Artículo 17

El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

Artículo 18

Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

Artículo 19

Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

Artículo 20

La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

CAPITULO IV

DERECHO DE VISITA

Artículo 21

Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados Contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el Artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de regular o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

CAPITULO V DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 22

No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

Artículo 23

No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, ninguna legalización ni otras formalidades análogas.

Artículo 24

Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, traducción al francés o al inglés.

No obstante, un Estado Contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el Artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda solicitud, comunicación u otros documentos que se envíen a su Autoridad Central.

Artículo 25

Los nacionales de los Estados Contratantes y las personas que residen en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado Contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

Artículo 26

Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados Contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante ningún pago por las costas y gastos

del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado Contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el Artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir ningún gasto de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por su sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor.

Artículo 27

Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la solicitud carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente sus motivos al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso.

Artículo 28

Una Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

Artículo 29

El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o del derecho de visita en el sentido previsto en los Artículos 3 ó 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 30

Toda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados Contratantes.

Artículo 31

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables en unidades territoriales diferentes:

- a) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;
- b) toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente el menor.

Artículo 32

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado.

Artículo 33

Un Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores, no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de derecho.

Artículo 34

El presente Convenio tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el "Convenio del 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores", entre los Estados Partes en ambos Convenios.

Por lo demás, el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para regular el derecho de visita.

Artículo 35

El presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados Contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

Si se hubiera formulado una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 ó 40, la referencia a un Estado Contratante que figura en el párrafo precedente se entenderá que se refiere a la unidad o unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

Artículo 36

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados Contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones.

CAPITULO VI

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 37

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

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

Artículo 38

Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio.

El instrumento de adhesión será depositado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que se adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito de su instrumento de adhesión.

La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados Contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado Miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia certificada a cada uno de los Estados Contratantes.

El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito de la declaración de aceptación.

Artículo 39

Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Convenio se extenderá al conjunto de los territorios de cuyas relaciones exteriores esté encargado, o sólo a uno o varios territorios. Esta declaración tendrá efecto en el momento en que el Convenio entre en vigor para dicho Estado.

Esta declaración, así como toda extensión posterior, será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

Artículo 40

Si un Estado Contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas de derecho distintos en relación con las materias de que trata el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el presente Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración.

Estas declaraciones se notificarán al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos y se indicará en ellas expresamente, las unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

Artículo 41

Cuando un Estado Contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las autoridades centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio, o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el Artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

Artículo 42

Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el Artículo 24 y en el tercer párrafo del Artículo 26, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los Artículos 39 ó 40. No se permitirá ninguna otra reserva.

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

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

Artículo 43

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

Después, el Convenio entrará en vigor:

- 1) para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o adhiera con posterioridad, el primer día del tercer del calendario siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

- 2) para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido el Convenio de conformidad con el Artículo 39 ó 40, el primer día del tercer mes del calendario siguiente a la notificación a que se hace referencia en esos artículos.

Artículo 44

El Convenio permanecerá en vigor durante cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 43. Incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido. Si no hubiera denuncia se renovará tácitamente cada cinco años.

Toda denuncia será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, por lo menos, seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años. La denuncia podrá limitarse a determinados territorios o unidades territoriales a los que se aplica el Convenio.

La denuncia tendrá efecto sólo respecto al Estado que la hubiera notificado. El Convenio permanecerá en vigor para los demás Estados Contratantes.

Artículo 45

El Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos notificará a los Estados Miembros de la Conferencia y a los Estados que hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 38 lo siguiente:

- 1) las firmas y ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que hace referencia el Artículo 37;
- 2) las adhesiones a que hace referencia el Artículo 38;
- 3) la fecha en que el Convenio entre en vigor conforme a lo dispuesto en el Artículo 43;
- 4) las extensiones a que hace referencia el Artículo 39;
- 5) las declaraciones mencionadas en los Artículos 38 y 40;
- 6) las reservas previstas en el Artículo 24 y en el tercer párrafo del Artículo 26, y los retiros previstos en el Artículo 42;
- 7) las denuncias previstas en el Artículo 44.

EN FE DE LO CUAL, los infrascritos debidamente autorizados para ello, han firmado el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente fehacientes, en un solo ejemplar que se depositará en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se enviará copia certificada por vía diplomática, a cada uno de los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la fecha de su decimocuarta sesión.