

Breves apuntes sobre la restitución internacional de menores en el Derecho Internacional Privado de carácter convencional multilateral: Un vistazo al caso peruano

César Lincoln Candela Sánchez

Profesor del Seminario de Integración en Derecho Internacional y del Curso de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

INTRODUCCION

Empecemos con un caso como punto de partida.

En el contexto de la relación matrimonial - entre el señor A de nacionalidad argentina y la señora L, de nacionalidad peruana, ambos con domicilio conyugal en Arequipa y progenitores de un menor de siete años - el Padre aprovecha un viaje por razones de trabajo a Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) durante el período navideño para decidir posteriormente, no retornar al menor con quien permanece en Bolivia excediendo la fecha pactada de retorno.

El señor A se limitaría a partir de ese momento, a efectuar una última comunicación dirigida a la señora L, en la que le transmite su voluntad de no regresar con su hijo al Perú, participándole a la vez su intención de viajar a mediados del año siguiente donde sus familiares en Buenos Aires, lugar donde fijaría finalmente su nueva residencia.

La señora L podría preguntarse, antes de consultar a su Abogado, ¿Qué pueden hacer los padres o tutores cuando retienen a un menor en el extranjero?

Por su parte, el Operador del Derecho que le corresponda brindarle asistencia a la señora L, podría preguntarse: ¿Será necesario que la cónyuge formalice una denuncia por sustracción o retención ilícita del menor, que le permita luego solicitar en Sede judicial la tenencia provisional y la orden judicial de restitución del menor al país de residencia habitual? ¿Deberá luego de haber ubicado al menor -en algún punto del planeta- solicitar el reconocimiento de la sentencia de restitución en el extranjero?

Sirva este ejemplo para despejar las interrogantes antes consignadas en primer lugar, pasando revista a los primeros pasos adoptados en el sistema judicial



peruano, en relación a la Convención sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores, suscrita en La Haya el 25 de octubre de 1980, cuya implementación eficaz y célere coadyuvará como vehículo para la tutela del interés superior del niño y del justiciable privado del derecho de custodia o de visita, debido a situaciones injustas e intolerables cuyo caldo de cultivo es el resquebrajamiento del núcleo de las instituciones familiares - cimentadas frágilmente en torno al domicilio internacional - apreciado en el plano de más de un ordenamiento jurídico, por ejemplo en el plano de las llamadas "mixed-status families" ¹ originadas por el crecimiento exponencial de las relaciones privadas internacionales y de las migraciones internacionales.

Asimismo daremos algunos comentarios muy puntuales sobre las implicancias jurídicas de la inminente aprobación por el Congreso de la República, al amparo del artículo 56° de la Constitución, de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores suscrita en Montevideo, el 15 de julio de 1989, instrumento gestado en el seno de la Cuarta Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP IV), que recibió la impronta de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores, en cuyo análisis concentraremos el núcleo del presente artículo.

A modo de guía, incorporamos respectivamente como Anexos I y II, los textos de ambas Convenciones.

1. ¿Que pasos se vienen dando en el sistema judicial peruano para la resolución de controversias derivadas de la relación privada internacional, generada por la sustracción internacional de menores, al amparo de la Convención de La Haya?

A fin de responder a la interrogante, debemos tener en cuenta como antecedente que la Convención sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores fue suscrita en La Haya,

el 25 de octubre de 1980, la misma que resulta vinculante para el Perú al haber sido aprobada y ratificada, respectivamente, mediante Resolución Legislativa N° 27302 del 26 de junio del 2000 y Decreto Supremo N° 023-2000-RE del 01 de agosto de 2000.

No obstante, se han venido presentando dificultades para su implementación en el país debido a una variedad de causas, entre otras debido a la obstrucción en los vasos comunicantes entre la Autoridad Central y el Operador Jurisdiccional, poco familiarizados con las Instituciones, Métodos de resolución de casos y Fuentes del Derecho Internacional Privado, bajo cuya égida se gesta este Tratado Multilateral ² doble; así también por la carencia de una vía procedimental que permita una mejor y más eficiente aplicación en el ámbito jurisdiccional de la Convención.³

Por ello, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en uso de sus atribuciones dispuso entre otros puntos, mediante Resolución Administrativa N° 032-2003-CE-PJ publicada el 09.04.03, que los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia designen los Juzgados de Familia, Civil o Mixto que tendrán a su cargo las acciones que se presenten al amparo de la Convención sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores.

En atención a la Resolución del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, la Corte Superior de Justicia del Callao, mediante Resolución Administrativa N° 071-2003-P-CSJCL/PJ publicada el 30.04.03, dispuso entre otros puntos, que el Primer y Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior del Callao conozcan las acciones formuladas al amparo de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores (Convención XXVIII).

Así también la Corte Superior de Justicia de Lima dispuso mediante Resolución Administrativa N° 182-2003-P-CSJLI/PJ publicada el 08.05.03, que el Décimo Sexto Juzgado de Lima, como órgano jurisdiccional competente a nivel de todo el Distrito

1 Expresión con la que se alude por ejemplo, a las familias en las que uno o ambos padres son extranjeros y uno o mas hijos son nacionales. Véase FIX, Michael y Wendy ZIMMERMANN. "All Under One Roof: Mixed-Status Families in an Era of Reform". En: International Migration Review, Volume 36, Number 2 (Summer 2001), p. 397

2 En efecto, el Convenio sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores (Convención XXVIII) es fruto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, organización intergubernamental que trabaja en la unificación progresiva de las reglas del Derecho Internacional Privado y cuyo Estatuto fue ratificado por el Perú, mediante Decreto Supremo N° 004-2001-RE del 18 de enero de 2001.

3 Así lo habría hecho saber el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Oficio N° 048-2003-MIMDES-DM.

Judicial de Lima, asuma las acciones formuladas al amparo de la Convención.

De igual forma, la Corte Superior de Justicia del Cono Norte dispuso en el Artículo Primero de la Resolución Administrativa N° 099-2003-P-CSJCN/PJ, publicada el 10.05.03, que los Juzgados de Familia de la Sede Central, el Juzgado Mixto de Canta, los Juzgados Mixtos de los Módulos Básicos de Justicia de Carabayllo y Los Olivos y el Juzgado Civil del Módulo Básico de Justicia de Condevilla, conozcan las acciones que se presenten en virtud de la Convención.

Ciertamente resultan pasos importantes, la designación en las Cortes Superiores de Justicia de los Juzgados distribuidos en los distritos judiciales en todo el territorio nacional que tendrán la responsabilidad de resolver los casos que se presenten al amparo de la Convención de la Haya, (**Convención XXVIII**), en la medida que servirán para concentrar y agilizar los procesos, favoreciendo un mejor conocimiento y aplicación del instrumento jurídico internacional.

Así también resulta positivo que se propicie la conformación de una Comisión multi-institucional integrada por Representantes del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (Autoridad Central Peruana, para los fines de la Convención), Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de proponer medidas legislativas para la aplicación de la Convención.

Creemos que a la par de los necesarios esfuerzos de coordinación administrativa multi-institucional,

se podrían ponderar medidas cautelares para evitar el ocultamiento del menor con posterioridad a la ejecución de una resolución de retorno; o propiciar el retorno condicionado del menor, práctica de los países del Common Law, por la cual, el Juez del Estado requerido que ordena el retorno puede establecer medidas provisionales que serían respetadas en el país al cual el menor retorna, o pedir que se le informe de la existencia de una decisión judicial en dicho país que protege al menor (medidas de protección vinculadas al retorno del menor).⁴

En la misma línea, se podría ponderar la adopción de una posición en torno a la criminalización de la sustracción de menores⁵, ya que tendría consecuencias negativas en el objetivo de lograr un retorno voluntario con el menor al país de su residencia. No obstante, para algunos se podría sostener también que, la tipificación como delito de la sustracción internacional⁶ de menor podría facilitar la localización del menor.

Para Tellechea Bergman⁷, los Tribunales deben contar con una regulación para atender este tipo de casos de difícil tipificación como delito por su carencia de antijuricidad, y porque no constituye en principio un peligro para el niño el traslado llevado a cabo por parientes, debido a la falta de lucro en dichos supuestos. Aun cuando dichas conductas punibles sean llevadas por familiares cercanos al menor, las sanciones son mínimas por lo cual no se posibilita una extradición.⁸

Por otro lado, debe evaluarse la elaboración y mantenimiento de estadísticas y de una base de

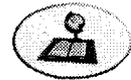
4 PÉREZ VERA, Elisa. "Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Cuarta Reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de menores (22 a 28 de marzo de 2001). En: Revista Española de Derecho Internacional (R.E.D.I.), Vol LIII (2001), 1 y 2, p. 721

5 Op. cit., p. 721.

6 El delito de atentado contra la patria potestad en la modalidad de sustracción de menor, se encuentra tipificado en el artículo 147° del Código Penal Peruano, previéndose una pena privativa de la libertad no mayor de dos años. Así pues por Ejecutoria Suprema de 4.12.1998. Academia de la Magistratura Serie de Jurisprudencia N° 4, p. 142, citada por Lamas Puccio Luis, Código Penal. Editorial LEJ, Lima, 2002, se señala que "Comete delito de atentado contra la patria potestad el inculgado que desconociendo la sentencia que asigna la patria potestad de su hijo a su ex cónyuge, sustrae al menor y lo lleva donde reside".

7 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores vigente para Uruguay desde el 30/09/2001" En: Revista Uruguaya de Derecho de Familia, N° 13, Año 1998, p.131

8 Ciertamente debe diferenciarse la sustracción de menor del tráfico internacional de menores. En principio ambas representan un desarraigo abrupto e ilegítimo del centro de vida donde el menor se está desarrollando. Ambos fenómenos pueden generarle al menor perjuicios físicos, psíquicos, y emocionales de no verificarse la restitución. Una diferencia es que para efectos de la sustracción se considera menor a quien no ha cumplido los 16 años de edad, mientras que para el caso del tráfico internacional se considera menor a la persona cuya edad sea inferior a los 18 años de edad. Otra diferencia es que la sustracción la perpetran o bien los progenitores o bien los familiares; mientras que en el tráfico internacional de menores lo cometen terceros, con fin de lucro, registrando traslados delictivos. Este último fenómeno se encuentra regulado en otro tipo de instrumento jurídico internacional, que es la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, Mexico-1994).



datos compatible con INCADAT (Internacional Child Abduction Database),⁹ la cual busca hacer accesibles por Internet las decisiones dictadas por tribunales internos que resuelvan en torno a la Convención XXVIII de 1980, y que puedan ser de utilidad para los Operadores del Derecho.

Finalmente creemos que en la resolución de casos de restitución internacional de menores, el Operador del Derecho Peruano deberá tener una visión en conjunto de dos instrumentos internacionales multilaterales de Derecho Internacional Privado: La Convención sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores, de La Haya de 1980 (Convención XXVIII) y La Convención sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la CIDIP IV de Montevideo de 1989,¹⁰ (B-53), tomando en cuenta que constituyen herramientas que aunque poseen textos con similar espíritu, pueden complementarse al desplegar su eficacia jurídica en contextos geográficos distintos, tomando en cuenta los ordenamientos jurídicos concernidos en la relación privada internacional y el estado de las ratificaciones de ambos instrumentos jurídicos internacionales.

2. ¿Cuándo debe aplicar el Operador del Derecho, la Convención sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores de La Haya de 1980, (Convención XXVIII), y cuando se debe aplicar la Convención sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la CIDIP IV de Montevideo de 1989, (B-53)?

El Operador del Derecho deberá tener en cuenta que la Convención sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores, de La Haya de 1980 (Convención XXVIII) posee un radio de acción casi universal y rige con respecto a países que la han ratificado y que no forman parte de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la CIDIP IV de Montevideo de 1989.

Sin embargo a tenor del artículo 34° de ésta última Convención, entre los Estados miembros de la OEA partes de ambos instrumentos jurídicos internacionales, regirá la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la CIDIP IV de Montevideo de 1989.

No obstante, el propio artículo 34° permite también que los Estados partes en ambos instrumentos puedan convenir entre ellos de forma bilateral, la aplicación prioritaria de la Convención sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores, de La Haya de 1980 (Convención XXVIII).

Respecto a las ratificaciones de los dos instrumentos jurídicos internacionales, el Operador del Derecho deberá tener en cuenta también, que a marzo de 2001, se registraban 65 Estados Parte¹¹ en la Convención sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores, de La Haya de 1980 (Convención XXVIII), contándose a Agosto

9 BORRAS, Alegría y Elisa PÉREZ VERA. "La Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (8-12 mayo 2000)" En : Revista Española de Derecho Internacional Privado (R.E.D.I.), vol. LII (2000), I, p.271.

Para muestra un botón, según data estadística del año 2000 España tenía abiertos 22 casos de años precedentes y 31 que se plantearon en el mismo año 2000, distinguiéndose tres casos en los que el menor no fue localizado; seis casos en los que el niño se encontraba en un Estado no parte del Convenio; ocho casos en que se restituyó voluntariamente al menor; seis casos en los que el juez ordenó el retorno del menor a España. En cuanto a los expedientes en los que España actuó como autoridad requerida, en relación con el retorno, 19 casos estaban todavía abiertos en 2000; en relación a 55 nuevas sustracciones se solicitó la intervención de la Autoridad Central; 4 menores no fueron localizados; 17 restituciones se formalizaron voluntariamente. En cuanto a las resoluciones judiciales se registra que 11 determinaban el retorno del menor; 7 decidían la permanencia del niño en España. Respecto al derecho de visita, durante el año 2000, estaban abiertos 9 casos de años precedentes, y se abrieron 12 más teniendo a España como Autoridad requirente. La Autoridad Central española, como Autoridad requerida tenía 6 casos de años precedentes y 11 que se abrieron en el año 2000. Véase En: Revista Española de Derecho Internacional Privado (R.E.D.I.), vol. LIII (2001), 1 y 2.

A los fines del relevamiento de alguna data en el caso Peruano, se podría apreciar eventualmente la website de Peruanos Desaparecidos, <http://www.peruanosdesaparecidos.com> y los reportes preparados para la Internet por INTERPOL, <http://www.interpol.com/>

10 Actualmente la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores suscrita en Montevideo el 15.07.1989, dentro de la Cuarta Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP IV) no es vinculante para el Perú - véase el estado de ratificaciones en la website de la Organización de Estados Americanos (OEA) <http://www.oas.org> Sin embargo, ese panorama cambiará muy pronto ya que mediante Resolución Suprema N° 108-2003-RE, publicada el 07/05/03, el Ejecutivo remitió al Congreso de la República la documentación referente a esta Convención Interamericana para su aprobación, al amparo del artículo 56° de la Constitución. Es probable que pudieran requerirse medidas legislativas para su ejecución o incluso la modificación o derogación de alguna ley.

11 PÉREZ VERA, Op. cit. , p. 717.

del 2002 con los siguientes países del continente americano: Argentina, Bahamas, Belice, Bermudas, Brasil, Caymán, Chile, Canadá, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Saint Kitts and Nevis, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.¹²

Especial atención deberá merecer el tema de la adhesión a la Convención, ya que el artículo 38º dispone que la adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esa adhesión. (De ahí que se sostenga que la Convención es semi-cerrada, al posibilitar la existencia de países adherentes entre los cuales no esté en vigor la Convención por falta de aceptación).

En relación a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la CIDIP IV de Montevideo de 1989 se debe indicar que ha sido ratificada por : Argentina, BÉlice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela, contándose entre los Estados signatarios con: Colombia, Guatemala, Haití y Perú ¹³ (aunque en este último caso, deberá tenerse en cuenta la segunda parte de la nota a pie de página N° 8).

3. ¿Que características presenta en el Derecho Internacional Privado de carácter convencional multilateral la sustracción y la restitución internacional de menores?

A efectos de formular respuestas a la interrogante, debemos situar el contexto de las relaciones de familia sometidas a distintos ordenamientos jurídicos debido a la presencia de elementos extranjeros relevantes, como puede ser por la nacionalidad de los integrantes de la relación, y especialmente para el caso, por el factor de conexión domiciliario, determinado por ambos progenitores (a partir de una relación matrimonial o de una unión de hecho) para el ejercicio conjunto de la patria potestad o por el progenitor que tiene la posesión de estado respecto al hijo que la ejercita individualmente en su domicilio, (o por el tutor

que cuenta con un domicilio para cuidar de la persona y bienes del menor, en casos que no está bajo la patria potestad).

Otro aspecto que debe subrayarse en el contexto de la relación de familia, es el protagonismo del hijo, plasmado en un derecho constitucional a su protección integral, que se impone frente a cualquier otro derecho constitucional, que intentara oponérsele.

Así pues, la familia hoy en día, no surge como una consecuencia del matrimonio, sino que emerge de la filiación. La relación paterno filial determina una relación de familia cuya piedra angular es el hijo.¹⁴

Respecto a los hijos, los padres con independencia del tipo de unión, deben ejercitar relaciones familiares horizontalmente expandidas e iguales, lo que se traduce en una plena equiparación de las partes para contribuir a la potenciación de la personalidad del menor. (sujeto de derecho en desarrollo).

Pero empezando a responder la interrogante, tenemos que el ejercicio de la patria potestad (de manera individual o conjunta por ambos progenitores), del derecho de custodia y la función tutelar son menoscabados por la sustracción internacional del menor, fenómeno que surge cuando el progenitor (padre o madre) desplaza al hijo a otro país, estableciendo un nuevo domicilio donde lo retiene, sin tener en cuenta la guarda, crianza o autorización del otro progenitor, (o del tutor) quien queda así relegado por la distancia física y otras barreras de efectivizar personalmente su derecho y deber en el domicilio del cual fue sustraído el menor.

Frente a ello, la respuesta que proporciona el Derecho Internacional Privado tomando en cuenta el interés superior del niño, es la restitución internacional del menor, mecanismo de protección contra los efectos perjudiciales del traslado o retención ilícita en un país distinto al de su domicilio habitual por el que se dispone el retorno inmediato

12 Delgado Barreto César, Delgado Menéndez, María Antonieta y César Lincoln Candela Sánchez. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I. Conflicto de Leyes-Parte General. Fondo Editorial PUCP, Lima: 2002, Véanse en Anexos normativos los Cuadros correspondientes a las páginas 563-564.

13 Ibidem, p. 546.

14 ESPINAR VICENTE, José María. El matrimonio y las familias en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado. Editorial Civitas S.A., Madrid: 1996, p. 24..



del niño a ese domicilio, asegurando, por otro lado, el derecho de visita.¹⁵ (que 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).

Tanto la Convención XXVIII de La Haya como la Convención Interamericana, delimitan con normas materiales o directas similares, el tema del traslado o retención ilícitos, interpretándose así en dos estadios:

- Cuando se vulneran los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, no sólo los padres, tutores o guardadores, sino cualquier institución u organismo, antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de residencia habitual del menor.¹⁶
- Cuando el derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjunta, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

3.1 ¿Cuál es el papel de las Autoridades Centrales para el cumplimiento de las obligaciones en el marco de la Convención de La Haya (Convención XXVIII)?

El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) es la Autoridad Central del Estado Peruano, encargada de la comunicación y cooperación entre Autoridades Centrales, progenitores y demás autoridades al interior del país.

Ello no obsta, sin embargo a que pueda existir más de una Autoridad Central, en los supuestos previstos por el propio Convenio, en el artículo 6º, y que cuenten con personal que domine el inglés y el francés (idiomas oficiales del Convenio).

La Autoridad Central a la cual debió acudir en primer lugar la señora L, del caso ilustrativo en el introito de éste artículo, tiene entre sus principales obligaciones la localización del menor trasladado o retenido de manera ilícita, para lo cual puede recibir el apoyo de la INTERPOL.

Así también debe destacarse el papel de facilitador de una solución amigable, lo que sitúa a la Autoridad Central en una suerte de mediador en vía administrativa para conseguir retornos voluntarios sobre la base de acuerdos amistosos.¹⁷

Pero también la Autoridad Central puede incoar la apertura de un proceso judicial o administrativo, para asegurar la restitución internacional del menor, o en su caso para permitir el ejercicio del derecho de visita.

Respecto a la Asistencia jurídica y los gastos a cargo de la Autoridad Central y otros servicios públicos, a tenor del literal f) del artículo 7º concordado con el artículo 26º de la Convención de La Haya (Convención XXVIII)¹⁸, se advierte una aplicación práctica disímil; así pues, en España se garantiza la asistencia tanto en el caso de que se busque el retorno como en los supuestos del derecho de visita; en el Reino Unido, sólo se reconoce frente a las solicitudes de retorno; mientras que en Estados Unidos, el solicitante debe demostrar la falta de recursos económicos.¹⁹

3.2 ¿Quiénes pueden solicitar la aplicación de la Convención de La Haya (Convención XXVIII)?

Como sostiene Arcagni²⁰, la Convención brinda una amplísima legitimación en las personas que cuentan con el *ius standi*, para activar su funcionamiento, solicitando a la Autoridad Central

15 Existen diferencias en las interpretaciones y aplicaciones prácticas por los Estados Parte, en torno a si es que el derecho de visita goza de una protección similar a la prevista para la solicitud de retorno; así pues, para algunos Estados la protección es menor, de ahí que las Autoridades Centrales sólo se limitarían a tareas de información y de consecución de soluciones voluntariamente adoptadas por las partes, más no a un procedimiento judicial y asistencia jurídica gratuita. Véase PEREZ VERA, op. cit., p.722

16 El cual puede interpretarse como el domicilio de los representantes legales, a tenor del artículo 3º de la CIDIP II sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado.

17 PEREZ VERA, Elisa, Op. cit., p. 719. Véase el comentario sobre el establecimiento de un cauce de comunicación fluido con los Servicios Sociales, para alcanzar acuerdos de restitución voluntaria previos a la vía judicial, así como para coadyuvar al contacto entre el menor y el progenitor no sustractor mientras el Juez resuelve el retorno o establece un régimen de visitas.

18 Lo cual se asemeja en cierta medida a la institución procesal del auxilio judicial regulada en el artículo 179º y siguientes del Código Procesal Civil Peruano (CPC) o al beneficio de pobreza, reconocido en el artículo 5º de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (CIDIP II). Sin embargo, creemos que por encima de los sanos propósitos de derecho tuitivo, este punto es interpretado en el Perú actual, con las frías cifras consignadas en el presupuesto público de los sectores concernidos, y por recortes motivados en la austeridad.

19 PEREZ VERA, Elisa, Op. cit., p. 720.

20 ARCAGNI, Juan Carlos. "La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Derecho internacional privado tuitivo" En: Revista Argentina La Ley. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1995-D, p. 1027

que le asista a fin de garantizar la restitución del menor.

Así pues, como lo hemos indicado antes, pueden accionar toda persona (como la señora L), institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia. (derecho-deber que comprende el cuidado del menor y la decisión sobre su lugar de residencia).

La solicitud deberá consignar, entre otros puntos, información relativa a la edad del solicitante, del menor y de la persona que se alega ha sustraído o retenido al menor; la fecha de nacimiento del menor, de ser posible obtenerla; los motivos para reclamar la restitución del menor; toda información disponible para la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone está el menor; etc.

Entre los requisitos de fondo, cuyo incumplimiento impide la aplicación del Convenio se deben ponderar los siguientes:²¹

- a) Derecho de custodia conferido de acuerdo al derecho de residencia habitual del menor.
- b) Derecho de custodia ejercido en forma actual efectiva en el momento del traslado o de la residencia del menor
- c) Residencia habitual del menor en el país requirente
- d) Menor que no haya cumplido los 16 años de edad.
- e) Traslado o retención ilícitos.

Con respecto a la edad del menor, la Convención optó por una regulación directa al definir el sujeto destinatario de la protección esto es una persona que no haya cumplido los 16 años de edad. Sin embargo, pueden presentarse algunas dificultades a la hora de interpretar este requisito, cuando se han impulsado los mecanismos de la Convención dentro del límite de edad para ser considerado menor, pero transcurre un plazo dilatado sin llegar a una Resolución.²²

Por ello, se puede sostener que la edad del menor deberá ser contemplada al empezar los trámites ante

la Autoridad Central requirente, congelándose ese status jurídico, para no perjudicar ni la restitución, ni los derechos de visita.

Un caso interesante no contemplado en la Convención es sobre el que reflexiona ARCAGNI²³ y es el referido a la sustracción conjunta de hermanos menores de edades inferiores y superiores a los 16 años de edad, a partir de lo cual se debería acceder a la restitución de los que no han alcanzado los 16 años, debiendo negarse la solicitud respecto a los que se encuentra encima del tope de edad fijado por la Convención.

Coincidimos con el jurista argentino, en el sentido que "se trataría de una medida flagrantemente irrazonable que fragmentaría la unidad familiar"²⁴.

Entre tanto se pueda llevar a cabo la revisión de este punto de la Convención, en las periódicas reuniones de monitoreo sobre las dificultades para su implementación, la interpretación favor minoris debe imperar sobre cualquier otro principio que pudiera oponersele.

Pero no sólo es necesario la conjunción de requisitos para dar luz verde a la restitución - formalizada dentro de un año calendario a partir de la fecha en que el menor fue desplazado o retenido ilegalmente, (plazo computado desde que se conoce el paradero del menor)- sino que no concurren excepciones a la restitución.

3.4 ¿Qué excepciones obstan la restitución internacional de menores, de conformidad con la Convención de La Haya (Convención XXVIII)?

La Convención consigna como excepciones que obstan su aplicación las siguientes:

- a) La falta de ejercicio de los derechos de custodia o consentimiento en el traslado o retención
- b) El grave riesgo que la restitución exponga al menor a peligro físico o psíquico o una situación intolerable
- c) La opinión del menor²⁵ (en este punto se evidencia que la Convención opta por visión que va más allá del clásico "menor objeto de protección y control apostándose más bien por

21 Ibidem, p. 1027.

22 Ibidem, p. 1027.

23 Ibidem, p. 1027.

24 Ibidem, p. 1029.

25 Para ponderar las connotaciones de los requisitos b), c), y d) resulta muy ilustrativo el Caso N° 00-11424, referido al *Affaire Elián González* un menor cubano de 6 años que arribó a los Estados Unidos como sobreviviente de un naufragio en el que



la visión , enmarcada por su grado de madurez, de menor sujeto de derechos y portador de un interés superior).

- d) Razones de derechos humanos y libertades fundamentales²⁶
- e) Aquerenciamiento ²⁷

perció incluso su madre, generándose una disputa legal de grandes repercusiones entre los familiares del menor, residentes en Estados Unidos, quienes se apoyaban en la opinión del menor y en el grave riesgo que le generaría a su integridad física y psíquica el retorno a Cuba, residencia habitual del menor, y el padre de éste, Juan Miguel González, residente en Cuba, quien formalizó una solicitud al Immigration and Naturalization Service (INS), para alcanzar su restitución. Véase en : www.abcnews.com

En el caso se consignaron los siguientes hechos: En diciembre de 1993, se verificó en Cuba el nacimiento de Elián, hijo de Juan Miguel y Elizabeth González. Cuando el menor contaba con 3 años de edad, Juan Miguel y Elizabeth decidieron separarse, conservando la madre la custodia del niño. No obstante, el padre siguió manteniendo contacto regular con su hijo. Tan es así que el niño asistía a un colegio ubicado en el distrito donde residía el padre, y muchas veces se quedaba en el domicilio de Juan Miguel.

En Noviembre de 1999, Elizabeth decidió abandonar Cuba para llevar a su hijo a los Estados Unidos. El 22 de noviembre, el menor y su madre se embarcaron junto a doce cubanos en una pequeña nave. Al día siguiente, la embarcación zozobró debido a los fuertes vientos y al oleaje en las afueras de la Costa de la Florida. Once pasajeros incluyendo Elizabeth, la madre del menor, perecieron en el naufragio.

El menor sobrevivió sujetado a la cámara de un neumático.

Dos días después, el menor fue rescatado por pescadores de La Florida, siendo conducido a un hospital para brindarle tratamiento médico.

Mientras recibía el tratamiento médico, el Immigration and Naturalization Service (INS), contactó al tío abuelo, Lázaro González, residente en Miami, a quien le confirieron la custodia y el cuidado del menor.

Posteriormente, Lázaro González solicitó el Asilo del menor ante el INS. A dicha solicitud seguiría otra rubricada por el propio menor, y luego una tercera solicitud de asilo presentada por el tío abuelo, a partir del momento en que la Corte le confirió la custodia temporal.

Las tres solicitudes eran sustancialmente idénticas en contenido y se fundamentaban en el temor de retornar al menor a Cuba, debido a que muchos miembros de su familia habían sido perseguidos en Cuba por el gobierno de Castro debido a razones políticas.

Adicionalmente se alegaba que si el menor retornaba a Cuba sería usado como una herramienta de propaganda por el gobierno de Castro, siendo objeto de adoctrinamiento.

Por su parte, Juan Miguel González, el padre del menor no estaba de acuerdo con que éste permanezca en Estados Unidos; de ahí que, poco tiempo después del rescate del menor en el mar, solicitó a las Autoridades Cubanas que pidieran el retorno inmediato del menor a Cuba.

El gobierno cubano corrió traslado de la solicitud al INS, en la cual el padre rechazaba que Lázaro González tuviera una autorización para solicitar el Asilo para el menor. Asimismo, indicaba que su deseo para el retorno del menor a Cuba, era genuino y no lo hacía bajo coerción del gobierno cubano.

El INS consideró que un menor de 6 años carecía de capacidad para solicitar Asilo en contra de los deseos de su padre, por lo cual se rechazó el pedido de asilo.

Ante ello, el menor a través de su tío abuelo Lázaro González, solicitó a la Corte Federal Distrital, al amparo de la 8 U.S.C. s . 1158 de la Quinta Enmienda sobre el debido proceso, que compela al INS a reconsiderar las razones de su solicitud de asilo. La Corte rechazó la solicitud y los fundamentos ante lo cual el demandante apeló a la instancia superior señalando que cualquier extranjero (... y el menor lo era), podía solicitar el Asilo.

En la correspondiente estación, el INS respondería que en vista que la Sección 1158 guarda silencio sobre la validez de una solicitud de asilo formalizada por un menor de 6 años de edad, elaborada por sí mismo y por un familiar en contra de los deseos del padre, se podía exigir que la solicitud de Asilo por el menor sea rubricada por su padre; con lo cual, se reafirmaron en que la solicitud del menor carecía de efectos legales.

Pero, el INS no solo consideró que el único adulto que podía representar a un menor de 6 años era su padre, sino que también indicó que el solo hecho de que el padre tuviera su domicilio en un Estado totalitario no constituía una circunstancia especial para atender la solicitud del tío Abuelo. (En este punto se criticó que el INS no tomara en cuenta que en Cuba se violan los derechos humanos, libertades fundamentales y el estado de derecho; de ahí que, resultara explicable que un menor en los Estados Unidos pudiera tener un conflicto de intereses con su padre, aun cuando esto no fuere coaccionado por el gobierno, debido a la solicitud de retorno a un país con poco respeto por los derechos humanos y por las libertades fundamentales de las que podía disfrutar en los Estados Unidos de Norteamérica.)

Por otro lado, el INS dejó en claro que no rechazaba completamente los intereses independiente y separados que podía tener un menor respecto a sus padres en la solicitud de asilo. Así pues, cuando el INS advierte una inadecuada representación del menor, permite que otra persona hable por el menor en asuntos de migraciones.

El INS se reafirmaría que luego de la visita y entrevista de sus funcionarios en Cuba, con el padre del menor Juan Miguel González, quedó evidenciado el genuino deseo de retorno que un padre puede albergar respecto a su hijo.

La Corte confirmó lo resuelto por el inferior jerárquico, concluyó, entre otros puntos, que el INS no hizo un ejercicio abusivo de sus facultades discrecionales, sino por el contrario actuó dentro del marco de sus competencias, sin afectar la 8 U.S.C. S. 1158.

26 Para lo cual resulta relevante tener en cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y el Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño

27 Denominación de Arcagni, con la que califica los procesos de restitución promovidos luego de la expiración de un año después del acto de sustracción o retención, sancionándose con la no restitución si se acredita que el menor ha quedado integrado a su nuevo entorno. Véase Arcagni, op. cit., p. 1032.

Finalmente, cabe resaltar como méritos de la Convención de La Haya (Convención XXVIII), Tratado Múltiple con duración definida pero renovable, el que adopta como vértice el interés superior del menor (favor filorum), admitiendo una Fase voluntaria, a cargo de las Autoridades Centrales para alcanzar una solución amigable que restituya al menor a su residencia habitual, luego de un procedimiento sumario que evite que el menor quede integrado a un nuevo centro de vida del cual sea desenraizado, con perjuicios diversos a su persona.

Exime a las partes de promover el reconocimiento de la sentencias, habilitando un sistema de demandas entre Autoridades Centrales, para asegurar la efectividad de la jurisdicción internacional del juez de la residencia habitual del menor, en asuntos derivados del derecho de custodia.²⁸

ANEXO No. 2

CONFERENCIA ESPECIALIZADA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP IV) CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Ambito de Aplicación

ART. 1.- La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados partes y hayan sido trasladados ilegalmente de un Estado parte a otro Estado parte, o que habiendo sido trasladados legalmente, hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

ART. 2.- Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.

ART. 3.- Para los efectos de esta Convención:

- a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;

- b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

ART. 4.- Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

ART. 5.- Podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas designadas en el art.4.

ART. 6.- Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención, así como las del Estado en el que se encuentra o se supone se encontrare al momento de entablarse la demanda, a donde se hubiese producido el hecho que dio motivo a la reclamación.

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado parte en cuyo territorio se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo.

Autoridad Central

ART. 7.- Para los efectos de esta Convención cada Estado parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

²⁸ Arcagni, op. cit. p. 1035.



En especial, colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención.

Las autoridades centrales de los Estados partes cooperarán entre sí, e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y de los otros objetivos de esta Convención.

Procedimiento para la Restitución

ART. 8.- Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercerlo ante las autoridades competentes conforme a lo dispuesto en el art. 6, así:

- a. A través de exhorto o carta rogatoria;
- b. Mediante solicitud a la Autoridad central;
- c. Directamente, o ante las autoridades competentes del Estado donde el menor fuere localizado, o por la vía diplomática o consular.

ART. 9.- La solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá contener:

- a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el desplazamiento o la retención;
- b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el desplazamiento al extranjero o del vencimiento del plazo autorizado; y
- c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

A la demanda se deberá acompañar:

- a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o el acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;
- b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;

c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo; y

e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

Los exhortos, solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

ART. 10.- El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor.

En caso de que la devolución no se obtuviera en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 9 y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del menor.

Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, adoptaron las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

ART. 11.- La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

- a. Que los padres, tutores o guardadores, o instituciones encargadas del cuidado del menor, no ejercían efectivamente su derecho en el momento del desplazamiento o de la retención, o hubieren

consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal desplazamiento o retención.

b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerlo a un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si consta que éste se opone a regresar y a su juicio la edad y madurez mental de aquél justificase tomar en cuenta su opinión.

ART. 12.- La oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y la hiciera saber a quien lo retiene.

Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados partes.

Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.

ART. 13.- Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se ordenaren las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

Los gastos del traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

ART. 14.- Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido desplazado o retenido ilegalmente.

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

ART. 15.- La restitución del menor no implica prejuicio sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

ART. 16.- Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

ART. 17.- Después de haber sido informadas del desplazamiento ilícito de un menor o de su retención en el marco del artículo 4, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde el menor ha sido desplazado o donde está retenido no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación del convenio.

Localización de Menores

ART. 18.- La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el art. 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél.

ART. 19.- La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo



anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

ART. 20.- Si la restitución no fuera solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del art. 19 podrán quedar sin efecto.

El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención.

Derecho de Visita

ART. 21.- La solicitud que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares podrá ser dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado parte, conforme a lo dispuesto en el art. 6 de la presente Convención. El procedimiento respectivo será el previsto en esta Convención para la restitución del menor.

Disposiciones Generales

ART. 22.- Los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso.

ART. 23.- La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación.

Si los interesados en la tramitación del exhorto o solicitud hubieren designado apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgue estarán a su cargo.

Sin embargo, al ordenar la restitución de un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución.

ART. 24.- Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicadas directamente por la autoridad exhortada, y no requieren intervención de parte interesada. Lo anterior no obsta para que las partes intervengan por sí o por intermedio de apoderado.

ART. 25.- La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido y consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

ART. 26.- La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.

ART. 27.- El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos la tarea de cooperación con otros organismos internacionales competentes en la materia, y las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados partes de esta Convención derivada de la aplicación de la misma, así como la de coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención.

Disposiciones Finales

ART. 28.- La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ART. 29.- La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ART. 30.- La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los

instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ART. 31.- Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas, y que no sean incompatibles con el objeto y fines de esta Convención.

ART. 32.- Los Estados partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

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

ART. 33.- Respecto a un Estado que tenga en materia de guarda de menores, dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes:

- a. cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;
- b. cualquier referencia a la ley del Estado de la residencia habitual contempla la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.

ART. 34.- Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren partes de esta Convención y del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores que regirá la presente Convención.

Sin embargo, los Estados partes podrán convenir entre ellos de forma bilateral para reconocer la aplicación prioritaria del precitado convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980.

ART. 35.- La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas, o que se suscribieran en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia.

ART. 36.- La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

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

ART. 37.- La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contando a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados partes.

ART. 38.- El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el art. 102 de su carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en los artículos pertinentes de la presente Convención.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

Hecha en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, el día 15 de julio de 1989.



RESERVA DE LA DELEGACION PANAMEÑA AL ARTICULO 2 DE LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION DE MENORES

La Delegación de Panamá hace expresa reserva del Artículo 2 tal y como fue aprobado, porque el problema de la fijación de la edad para considerar a una persona menor o mayor no está relacionada exclusivamente con el tema de la restitución del menor, sino que se refiere directamente a la capacidad de ejercicio interna e internacional, razón por la cual entendemos que no es correcto como se ha hecho crear una separación entre la edad del menor en materia de restitución y la edad para obtener la capacidad del ejercicio. Como el Derecho de Familia en el sistema panameño de Derecho Internacional Privado es parte del estatuto personal hubiera sido mejor crear una norma de conflicto, para permitir una flexibilidad para considerar los criterios que cada legislación consagre en sus sistemas jurídicos.

Por otro lado, la idea primaria de las leyes de protección, educación y tutela de los menores, por su naturaleza esencialmente tuitiva, es de extender su aplicación lo más posible en términos de edad, razón por la cual establecer un límite rígido en la edad para considerar a una persona menor o mayor va en contra de las normas constitucionales y legales del derecho panameño en materia de menores, disposiciones estas que serían, por las consideraciones apuntadas, de aplicación inmediata al caso.

Por las razones expuestas, la inteligencia del artículo 2 es contraria a los principios fundamentales del orden público internacional panameño.

RESERVA DE LA DELEGACION PANAMEÑA AL ARTICULO 26 DE LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION DE MENORES

La Delegación de Panamá hace expresa reserva del artículo 26 tal y como fue aprobado, dado que la redacción contradice el espíritu de la Convención, cual es la regulación de los aspectos civiles de la restitución.

Igualmente, al dejar en manos de la autoridad requerida la calificación de si la sustracción de menores es un delito o no rompe el principio clásico y generalmente admitido en el Derecho Penal Internacional de que la calificación de infracción

debe sujetarse a la ley del lugar donde se cometió (*lex loci delicti commissi*).

Este artículo también se opone radicalmente a la garantía del debido proceso ya que no se permite la comprobación, luego de los procedimientos correspondientes, de la responsabilidad penal del infractor. La inteligencia de la norma está presuponiendo la culpabilidad del retentor del menor sin haberse ésta demostrado en proceso con todas las garantías y el derecho de defensa.

ANEXO No. 1

XXVIII. CONVENIO ²⁸ SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES ²⁸

(hecho el 25 de octubre de 1980)

Los Estados signatarios del presente Convenio,

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

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

Han resuelto concluir un Convenio a tal efecto, y han acordado las disposiciones siguientes:

CAPITULO I - AMBITO 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 cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

Artículo 3

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

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

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

Artículo 4

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

Artículo 5

A los efectos del presente Convenio:

- 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 periodo 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.

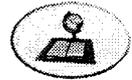
Los Estados federales, los Estados en que estén vigentes más de un sistema de derecho o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades. 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 del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

CAPITULO III - RESTITUCION DEL MENOR

Artículo 8

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

La solicitud incluirá:

- 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;
- e) Una copia auténtica 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 cualificada 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 tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

Artículo 11

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

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

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

Artículo 12

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

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los

procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

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

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 grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

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

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

Artículo 14

Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales

o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

Artículo 15

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

Artículo 16

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido

ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

Artículo 17

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

Artículo 18

Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o



administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

Artículo 19

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

Artículo 20

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

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 organizar 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 fianza ni depósito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

Artículo 23

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

Artículo 24

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

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

Artículo 25

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

Artículo 26

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

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no

estará obligado a asumir gasto alguno de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

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

Artículo 27

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

Artículo 28

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

Artículo 29

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

Artículo 30

Toda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales

o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes.

Artículo 31

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

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

Artículo 32

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

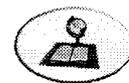
Artículo 33

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

Artículo 34

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

Por lo demás, el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido



ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

Artículo 35

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

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

Artículo 36

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

CAPITULO VI - CLAUSULAS FINALES

Artículo 37

El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que eran Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión.

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

Artículo 38

Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio.

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

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

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

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

Artículo 39

Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Convenio se extenderá al conjunto de los territorios a los que representa en el plano internacional, o a uno o varios de ellos. Esta declaración surtirá efecto en el momento en que el Convenio entre en vigor para dicho Estado.

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

Artículo 40

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

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

Artículo 41

Cuando un Estado contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las autoridades

centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio, o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

Artículo 42

Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el artículo 24 y en el tercer párrafo del artículo 26, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 o 40. Ninguna otra reserva será admitida.

Cualquier Estado podrá retirar en cualquier momento una reserva que hubiera formulado. La retirada²⁸ será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

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

Artículo 43

El Convenio entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito del tercer instrumento de 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 se adhiera con posterioridad, el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
2. Para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido el Convenio de conformidad con el artículo 39 o 40, el día uno del tercer mes siguiente a la notificación a que se hace referencia en esos artículos.

Artículo 44

El Convenio tendrá una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 43, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado,

aprobado o adherido.

Salvo denuncia, el Convenio se renovará tácitamente cada cinco años.

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

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

Artículo 45

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

1. Las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que hace referencia el artículo 37;
2. Las adhesiones a que hace referencia el artículo 38;
3. La fecha en que el Convenio entre en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 43;
4. Las extensiones a que hace referencia el artículo 39;
5. Las declaraciones mencionadas en los artículos 38 y 40;
6. Las reservas previstas en el artículo 24 y en el párrafo tercero del artículo 26 y las retiradas previstas en el artículo 42;
7. Las denuncias previstas en el artículo 44.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, firman el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que se depositará en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se remitirá por vía diplomática copia auténtica a cada uno de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión. 