

The Judges' Newsletter

Boletín de los Jueces

Volume X / Autumn 2005

Tomo X / Otoño 2005

A publication of the Hague Conference on Private International Law
Una publicación de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Enfoque especial:

*EL CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996
RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL
RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN
EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE
MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS*



COMITÉ INTERNACIONAL DE CONSEJEROS JURÍDICOS

- ◆ El Honorable *Lord Justice Mathew Thorpe*; *Head of International Family Law*, Inglaterra y Gales
- ◆ El Honorable Juez Joseph Kay; División de Apelaciones del Tribunal de Familia de Australia
- ◆ El Honorable Juez Patrick Mahony; ex Juez Principal del Tribunal de Familia de Nueva Zelanda
- ◆ El Honorable Juez James Garbolino; ex Presidente de la Corte Superior de California, Estados Unidos
- ◆ El Honorable Juez Jacques Chamberland; Corte de Apelación de Québec, Canadá
- ◆ La Honorable Jueza Catherine McGuinness; Corte Suprema de Irlanda
- ◆ Profesor Siegfried Willutzki; Colonia, Alemania
- ◆ La Honorable Jueza Elisa Pérez-Vera; Tribunal Constitucional de España
- ◆ S.E. Juez Antonio Boggiano; ex Presidente de la Corte Suprema de Argentina
- ◆ La Honorable Dra. Katalin Murányi; Presidenta del Colegio Civil, Budapest, Hungría

ÍNDICE DE MATERIAS

I	Enfoque especial: El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños	4
	Profesor William Duncan	
	Editorial	4
	Oficina Permanente	
	Síntesis del Convenio de 1996	6
	Profesor Paul Lagarde	
	El Convenio de 1996 - Disposiciones relativas a la Ley Aplicable	10
	El Honorable Juez Joseph Kay	
	Implementación en Australia del Convenio de 1996	12
	Sr. Ignacio Goicoechea	
	El Convenio de 1996 - Una Perspectiva Latinoamericana	15
	Profesora Linda Silberman	
	El Convenio de 1996 - Una Perspectiva Estadounidense	19
	Sra. Chantal Saclier	
	El Convenio de 1996 y el Servicio Social Internacional	22
	Sra. Monika Ekström	
	El Reglamento de Bruselas	25
	Sr. Philippe Lortie	
	El Convenio de 1996 y el Reglamento de Bruselas	28
	El Honorable Lord Justice Mathew Thorpe	
	Activismo Judicial en el Contexto del Reglamento de Bruselas	34
	Países Bajos	
	Proyecto de Ley sobre la Aplicación del Reglamento de Bruselas y el Convenio de 1996	37
II	El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	39
	Sr. Adair Dyer	
	El Convenio de 1980 - ¡Sus 25 años!	39
	El Honorable Juez Jacques Chamberland	
	Violencia Doméstica y la Sustracción Internacional de Menores	42
	La Honorable Jueza Graciela Tagle	
	Sustracción de Menores en la Región del MERCOSUR	47
	Sres. Anil & Ranjit Malhotra	
	El Convenio de 1980 e India	49
III	Seminarios y Conferencias sobre la Protección Internacional del Niño	51
	Informes sobre conferencias y seminarios recientes	51
	Eventos próximos	61
IV	Actualidades de la Conferencia de La Haya	62
V	Notas Personales	77

I. ENFOQUE ESPECIAL:

EL CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

EDITORIAL

Profesor William Duncan

**Secretario General Adjunto,
Conferencia de La Haya de Derecho
Internacional Privado**

El Convenio de la Haya de 1996 sobre la protección internacional de los niños, dado que aborda un gran ámbito de cuestiones para la protección internacional de los niños, tiene el potencial de convertirse en el instrumento con mayor número de ratificaciones y en el más usado de los modernos convenios de La Haya relativos a los niños. La descripción del Convenio que a continuación se presenta lo hace evidente. Las consultas y debates que han tenido lugar en diferentes partes del mundo y, en los cuales ha participado la Oficina Permanente, continúan poniendo de manifiesto situaciones de niños vulnerables que pueden ser aliviadas a través de la aplicación del Convenio de 1996. Los niños que se beneficiarían del mismo incluyen a:

- Aquellos niños sujetos a controversias parentales internacionales respecto de la guarda o derechos de visita,
- Aquellos niños sujetos a sustracción o retención ilícita (incluidos aquellos países

que no pueden unirse al Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores),

- Aquellos niños que se encuentran confiados a cuidados alternativos que no encuadran en la definición de adopción y por lo tanto se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Convenio de 1993 sobre adopción internacional,
- Aquellos niños víctimas de tráfico transfronterizo u otras formas de explotación, incluido el abuso sexual,
- Aquellos que son refugiados o que son simplemente niños no acompañados en situación vulnerable.

Una de las fortalezas del Convenio reside en que combina una estructura legal internacional con mecanismos de cooperación. Las disposiciones legales son necesarias para definir las autoridades de qué país son competentes para tomar las medidas de protección necesarias, garantizar que dichas medidas sean respetadas y ejecutadas en los países y definir la ley aplicable a las cuestiones relacionadas con la protección del niño (incluida la atribución de la responsabilidad parental). Los mecanismos de cooperación son necesarios para garantizar que tenga lugar todo intercambio de información necesario entre las autoridades encargadas de la protección de los niños en los diferentes países, para proporcionarse asistencia mutua que abarca la localización de los niños extraviados y, para proporcionar acceso a las medidas de protección de los niños en los diferentes países. Si la experiencia adquirida en el ámbito de los Convenios de La Haya sobre sustracción internacional de menores y adopción internacional es algo que debe seguirse, las Autoridades Centrales, que constituyen el punto central para la cooperación interestatal, están destinadas a convertirse en importante recurso y estructura para la protección internacional de los niños, compartiendo información y buenas prácticas y apoyándose las unas con las otras en diversas formas.

En muchas partes del mundo existe la necesidad apremiante de estructuras para la cooperación intergubernamental y legal transfronteriza que se concentren en los aspectos no penales de la protección de los niños. Así el vasto desplazamiento

transfronterizo de niños en África Central y del Sur, brinda un ejemplo sobre los problemas relacionados con la venta y tráfico de niños, la explotación de menores no acompañados, la condición de los niños refugiados y la colocación a veces irregular de los niños en el extranjero. Pueden hacerse observaciones similares en relación con la situación legal de los niños en los Balcanes, en algunos Estados de la Comunidad de Estados Independientes y en muchas partes de Asia. El Convenio ha despertado un interés considerable entre los Estados de América Central y del Sur, las razones del mismo serán explicadas por Ignacio Goicoechea en su artículo contenido en esta publicación. La ratificación temprana del Convenio por parte de Marruecos es un indicio de su potencial importancia para los Estados cuyas leyes están influenciadas por o basadas en la ley Islámica; de hecho, en la redacción del proyecto del Convenio se consideró este uso potencial tal como se deduce de la referencia explícita a la institución islámica de la *Kafala*. Para los Estados Unidos de América, país que ha participado activamente en la redacción del Convenio, y teniendo en cuenta las consideraciones expresadas por Linda Silberman en su artículo, el Convenio representa la mejor expectativa de una estructura legal internacional para la resolución de casos internacionales relativos a la guarda y derecho de visita.

Lamentablemente, la adopción del Convenio de 1996 en Europa ha sido imposibilitada por una controversia entre el Reino Unido y España relativa a su aplicación a Gibraltar. En realidad, habiéndose unido antes de convertirse en Estados miembros de la Unión Europea (con excepción de Eslovenia y Hungría), siete Estados europeos ya son Estados contractantes del Convenio (la República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Eslovaquia y Eslovenia). Todos los demás Estados de la Unión Europea han señalado su aprobación al Convenio. Tal como ilustra Monika Ekström en su artículo, la Comisión está a favor de la ratificación del Convenio. Fue adoptada la propuesta de la Comisión de autorizar a los países miembros de la UE a firmar el Convenio y, por tanto, catorce de los en aquel entonces quince Estados miembros de

la Unión Europea, siguiendo el ejemplo de los Países Bajos, firmaron el Convenio en una ceremonia que tuvo lugar en La Haya el 1 de abril de 2003. De hecho, el mismo Reglamento de la Unión Europea relativo a la responsabilidad parental que entró en vigor en marzo 2005 (aplicable a los niños cuya residencia habitual se encuentra dentro de la Unión Europea), está basado en gran medida en el Convenio de 1996. Numerosos países de la Unión Europea ya han preparado (e.g. Irlanda y los Países Bajos) o se encuentran preparando (e.g. Suecia y Finlandia) las disposiciones necesarias para la implementación del Convenio de 1996. Por otra parte, ha sido concedida la autorización a los Estados miembros para ratificar el Convenio en el interés de la Comunidad por el Parlamento Europeo y en principio por el Consejo.

Es más que lamentable la incapacidad de la Unión Europea para encontrar una solución al *impasse* que impide la ratificación del Convenio de 1996 – un Convenio que los Estados europeos solicitaron y en el que contribuyeron sobremedida –. Esta comporta una situación de discriminación entre los niños cuya residencia habitual se encuentre fuera o dentro de la Unión Europea, envía una señal negativa a los Estados de otras regiones que se encuentran considerando la ratificación, y frustra los esfuerzos realizados por tantas personas y organismos alrededor del mundo para hacer efectivo un Convenio que promete mucho en relación con la protección internacional de los niños. La introducción del Convenio ha sido sostenida por el Comité de los Derechos del Niño, por numerosas conferencias judiciales internacionales, por barras de abogados, académicos y por muchas organizaciones no gubernamentales, entre ellas el Servicio Social Internacional cuyo programa especial para la promoción y sostenimiento del Convenio ha sido descrito en el artículo de Chantal Saclier. Es casi inconcebible que los Estados miembros de la Unión Europea continúen permitiendo que una controversia, que no tiene nada que ver con el mérito de este instrumento crucial para la protección de los niños, impida su implementación en la Unión Europea.

SÍNTESIS DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS¹

Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Los Convenios de La Haya relativos a los niños

Durante los últimos veinticinco años han sido elaborados tres Convenios de La Haya relativos a los niños con el propósito fundamental de proporcionar a los Estados que comparten el interés común de proteger a los niños, los mecanismos prácticos que les permita cooperar entre ellos. El primero de estos modernos Convenios de La Haya relativos a los niños es el *Convenio de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante, el "Convenio de 1980"), conforme al cual más de 75 Estados cooperan conjuntamente para proteger a los niños de los efectos perjudiciales del traslado o retención ilícita en el extranjero. El *Convenio de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional* (en adelante, el "Convenio de 1993") elaborado para regular la adopción internacional y proteger los intereses de los niños involucrados, está actualmente en vigor en más de 65 países de recepción y de origen.

El Convenio de 1996

En 1993 la Conferencia de La Haya decidió revisar el *Convenio de La Haya de 1961 sobre*

Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores. Dicho Convenio tuvo un éxito limitado tanto en términos de ratificación, la cual estuvo confinada a Europa, como en términos de régimen jurisdiccional, el cual no pudo reconciliar las responsabilidades de las autoridades nacionales del niño con las de su residencia habitual. La experiencia en virtud del *Convenio de La Haya de 25 de noviembre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* también había reforzado en aquel momento el principio de que las autoridades de la residencia habitual del niño son las que se encuentran en mejor posición para tomar las medidas con respecto al niño.

Adicionalmente en 1993, las normas generales que deben aplicarse para la protección de los niños en situaciones transfronterizas fueron ampliamente conocidas y aceptadas internacionalmente; su desarrollo había culminado en la redacción de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* en 1989. Estas normas están constituidas por principios generales bien conocidos tales como el interés superior del niño, la no-discriminación y el derecho del niño a ser escuchado. Estas comportan también principios más específicos aplicables a situaciones transfronterizas, tales como el derecho del niño a mantener contacto continuo con ambos progenitores.

De esa manera la revisión del Convenio de 1961 condujo al tercero de los modernos Convenios de La Haya; el *Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (en adelante, el "Convenio"). Este tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que el de los dos primeros pues cubre una gama muy amplia de medidas de protección de los niños de carácter civil, que van desde órdenes relativas a la responsabilidad parental y al derecho de visita hasta medidas de carácter público de protección o cuidado y, desde cuestiones de representación hasta la protección de los bienes del niño. El Convenio contiene normas uniformes que determinan las autoridades de qué país son competentes para tomar las medidas necesarias de protección, cuáles son las leyes que estas

autoridades deberían aplicar, el reconocimiento y ejecución de medidas adoptadas en otros Estados contratantes; y cláusulas de cooperación que brindan la estructura de base para alcanzar el nivel de colaboración indispensable entre las autoridades de los diferentes Estados contratantes.

Competencia

El Convenio excluye la posibilidad de decisiones contradictorias y autoridades concurrentes otorgando principalmente competencia a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño (artículo 5(1)). Una excepción limitada se encuentra en el artículo 10 que establece que los Estados contratantes, en el ejercicio de su competencia para conocer de una demanda de divorcio, de anulación del matrimonio o de separación de cuerpos de los padres de un niño con residencia habitual en otro Estado contratante, pueden adoptar medidas de protección si la ley de su Estado lo permite.

En caso de cambio de residencia habitual del niño, la competencia se transfiere a las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual (artículo 5(2)), excepto en los casos de traslado o retención ilícitos. En tal caso, el artículo 7 refuerza el Convenio sobre sustracción de menores garantizando que las autoridades del Estado de residencia habitual del niño al momento del traslado o retención ilícita mantendrán la competencia. Esta competencia puede finalizar con el cumplimiento de ciertas condiciones estrictas (artículo 7(1)).

De no poder ser establecida la residencia habitual del niño, el artículo 6(2) otorga la competencia al Estado en cuyo territorio se encuentre el niño. Así también, la presencia es el factor determinante para establecer la competencia en relación con niños refugiados o niños internacionalmente desplazados como consecuencia de desórdenes en sus países de residencia habitual (artículo 6(1)). Además, en todos los casos de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o los bienes que le pertenezcan (artículo 11). Las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o sus bienes son competentes para tomar medidas de protección con carácter provisional y de

eficacia territorial restringida para la protección de la persona o los bienes del niño (artículo 12).

Las autoridades competentes conforme a los artículos 5 y 6 podrán elegir no ejercitar su competencia: si consideran que la autoridad de otro Estado contratante está en mejor situación para apreciar en un caso particular, el interés superior del niño (artículo 8), o si permiten que las autoridades de otro Estado contratante ejerzan competencia luego de una solicitud del Estado contratante que considera estar en mejor posición para evaluar el interés superior del niño (artículo 9).

El artículo 13 remueve cualquier posibilidad de competencia concurrente y, el artículo 14 garantiza que las medidas adoptadas continúen en vigor incluso cuando un cambio de las circunstancias ha hecho desaparecer la base sobre la que se fundaba la competencia.

Ley aplicable

En el ejercicio de su competencia en virtud del Convenio los Estados contratantes deben aplicar su propia ley (artículo 15(1)). Excepcionalmente, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, los Estados contratantes pueden tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho (artículo 15(2)). Cuando cambia la residencia habitual del niño, la ley de la nueva residencia habitual regirá la aplicación de las medidas adoptadas en el lugar de residencia habitual anterior (artículo 15(3)).

La atribución o la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental (artículo 16(1)) o en virtud de un acuerdo o de un acto unilateral se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del niño (artículo 16(2)), así como el ejercicio de la responsabilidad parental (artículo 17). La responsabilidad parental subsiste al cambio de residencia habitual (artículo 16(3)) aún cuando dicha responsabilidad no haya surgido en el Estado de la nueva residencia habitual. Adicionalmente, la atribución de pleno derecho de la responsabilidad parental a una persona que no estuviera ya investida de tal responsabilidad se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual (artículo 16(4)).

El artículo 20 establece claramente que las

disposiciones a que se ha hecho referencia anteriormente se aplican aún cuando la ley designada sea la ley de un Estado no contratante. Efectivamente, la aplicación de la ley designada por el Convenio puede excluirse solamente si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño (artículo 22).

Reconocimiento y ejecución

El Convenio establece el reconocimiento de pleno derecho de las medidas adoptadas en todos los Estados contratantes (artículo 23(1)), a menos que sea aplicable una de las excepciones previstas por el artículo 23(2). Sin perjuicio de esta disposición fundamental, toda persona interesada puede solicitar a las autoridades competentes del Estado contratante que decidan acerca del reconocimiento o no reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado contratante (artículo 24).

El Convenio requiere que una medida adoptada en un Estado contratante y ejecutoria en el mismo, será declarada ejecutable o registrada a los fines de ejecución, usando un procedimiento simple y rápido, en otro Estado contratante (artículo 26(1) y (2)). Tal declaración o registro sólo puede ser rechazada por los motivos señalados en el artículo 23(2). Los Estados contratantes no procederán a revisión en cuanto al fondo de la medida adoptada (artículo 27) y deben ejecutar tales medidas como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de su propio Estado (artículo 28).

Cooperación

Siguiendo el modelo de autoridades centrales implementado exitosamente en los Convenios de 1980 y 1993, el artículo 29 impone a los Estados contratantes designar una Autoridad Central. Las Autoridades Centrales deberán cooperar entre ellas y promover la colaboración entre las autoridades competentes dentro de sus Estados, así como proporcionar información sobre su legislación y los servicios disponibles en sus respectivos Estados en materia de protección del niño (artículo 30) y tomarán también las medidas necesarias para facilitar las comunicaciones, la mediación y ayudar a localizar al niño (artículo 31).

Las Autoridades Centrales del Estado con el

cual el niño tenga un vínculo estrecho pueden requerir un informe sobre la situación del niño y requerir que el Estado considere la oportunidad de adoptar medidas para la protección del niño (artículo 32).

Las autoridades de los Estados contratantes también pueden requerir a las autoridades de otros Estados contratantes información útil para la protección del niño (artículo 34), y asistencia para la puesta en práctica de las medidas de protección, en particular para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita transfronterizo (artículo 35). Finalmente, en caso de que el niño esté expuesto a un grave peligro, las disposiciones relativas a la cooperación previstas por el Convenio requieren a las autoridades del Estado contratante en el que se hayan adoptado medidas de protección, o estén en vías de adoptarse, informar a las autoridades del Estado al cual será transferido el niño acerca del peligro y de las medidas adoptadas (artículo 36).

Algunas áreas prácticas en las cuales el Convenio es particularmente útil

Disputas entre los padres relacionadas con el derecho de guarda y el derecho de visita

El Convenio proporciona un marco jurídico para la resolución de las cuestiones relacionadas con los derechos de guarda y de visita que pudieren surgir entre los padres cuando éstos se encuentren separados y vivan en diferentes países. El Convenio evita los problemas que pudieren surgir si los tribunales de más de un país tuvieran competencia para decidir sobre dichas cuestiones. Las disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución evitan la necesidad de volver a litigar sobre el derecho de guarda y de visita y garantizan la primacía de las decisiones tomadas por las autoridades del país donde el niño tiene su residencia habitual. Las disposiciones sobre cooperación permiten el intercambio de información que sea necesaria y ofrecen una estructura a través de la cual pueden alcanzarse soluciones de común acuerdo, por medio de la mediación u otros mecanismos.

Reforzamiento del Convenio de 1980 sobre sustracción de menores

El Convenio de 1996 refuerza el Convenio de 1980 porque subraya el papel primordial

de las autoridades del lugar de residencia habitual del niño al decidir cualquier medida que podría ser necesaria para proteger al niño en el largo plazo. Aumenta también la eficacia de cualquier medida de protección temporal decidida por el juez ordenando el retorno del niño al país del cual ha sido sustraído, haciendo dichas órdenes ejecutables en ese país hasta en tanto las autoridades del mismo se encuentren en situación de tomar las medidas de protección necesarias.

Niños no acompañados

Las medidas de cooperación contenidas en el Convenio pueden ser útiles dado el número creciente de circunstancias en las cuales niños no acompañados atraviesan fronteras encontrándose en situaciones vulnerables en las que podrían estar sujetos a explotación u otros riesgos. Si el niño no acompañado es un refugiado, solicitante de asilo, desplazado o simplemente un adolescente fugitivo, el Convenio asiste permitiendo la cooperación para localizarlo, determinando las autoridades de qué país son competentes para tomar las medidas de protección necesarias, y permitiendo la cooperación entre las autoridades nacionales del país de recepción y del país de origen para el intercambio de información necesaria y el inicio de las medidas de protección necesarias.

Colocación transfronteriza del niño

El Convenio permite la cooperación entre los Estados en relación con el número creciente de casos en los cuales los niños han sido colocados en otro país por medio soluciones alternativas, por ejemplo bajo crianza u otros acuerdos a largo plazo que no constituyen adopción. Esto incluye los acuerdos efectuados en virtud de la *Kafala*, institución del Derecho Islámico, equivalente funcional de la adopción pero que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Convenio sobre adopción internacional de 1993.

Otras características del Convenio

Un sistema integrado

El Convenio se funda en la idea de que las disposiciones para la protección del niño deben constituir un todo integrado. Por esto, el ámbito de aplicación del Convenio

es extenso y cubre ambos tipos de medidas de protección o cuidado, tanto públicas como privadas. El Convenio supera la incertidumbre que de otro modo surgiría si se aplicaran normas distintas a las diferentes categorías de medidas de protección cuando ambas estuvieren involucradas en el mismo caso.

Un sistema inclusivo

El Convenio toma en cuenta la amplia variedad de instituciones jurídicas y sistemas de protección que existen alrededor del mundo. Su objetivo no es crear una ley internacional uniforme para la protección de los niños; los elementos básicos de esta ley se encuentran ya en la *Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño*. La función del Convenio de La Haya de 1996 es evitar conflictos de naturaleza legal y administrativa y establecer un marco jurídico para la cooperación internacional efectiva entre los diferentes sistemas en materia de protección al niño. Al respecto, el Convenio proporciona una extraordinaria oportunidad para la construcción de puentes entre sistemas jurídicos con tradiciones culturales o religiosas diferentes. Es de gran significado que uno de los primeros Estados en ratificar el Convenio fue Marruecos, cuyo sistema legal está fundado en la tradición Islámica.

Monitoreo y revisión

La Conferencia de La Haya ha desarrollado un sistema único de "servicios post-Convenio" en relación con los Convenios sobre los niños. El objetivo es promover un incremento en la ratificación, asistir a los Estados contratantes en la implementación eficaz de los Convenios y promover la aplicación congruente y la adopción de buenas prácticas en el manejo diario de los Convenios. Los Estados contratantes son al mismo tiempo beneficiarios y socios en este proyecto continuo.

NOTAS

¹ Al 1 de noviembre 2005, el Convenio se encuentra en vigor en los siguientes Estados: Australia, República Checa, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Marruecos y Mónaco. También ha sido firmada por todos los Estados miembros de la Unión Europea (con excepción de Malta) y Suiza. Hungría ratificó el Convenio el 13 de enero de 2006.

LAS DISPOSICIONES RELATIVAS A LA LEY APLICABLE EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

Profesor Paul Lagarde

**Profesor Emérito, Universidad de Paris
I, Francia**

Tal como el Convenio del 5 de octubre de 1961, el Convenio del 19 de octubre de 1996 ha especificado la ley aplicable, por un lado, a las medidas para la protección del niño, y por el otro a la responsabilidad parental existente de pleno derecho aparte de cualquier medida de protección.

En relación con las medidas de protección, la solución más apropiada es aquella donde coinciden la competencia de las autoridades y la ley aplicable. El principio, tomado del Convenio de 1961, es que las autoridades competentes en virtud del Convenio para adoptar las medidas de protección aplican su propia ley (artículo 15(1)). No obstante, la autoridad a la que se ha acudido puede, excepcionalmente y en caso de que la protección del niño lo requiera, tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. Así pues podría, por ejemplo, aplicar la ley que rige la ubicación de un inmueble del niño cuando se trate de conceder el consentimiento a la venta de dicha propiedad (artículo 15(2)). En la práctica, como consecuencia de la coincidencia en principio entre las esferas de competencia jurisdiccional y legislativa, la ley que se aplicará será generalmente aquella de la residencia habitual actual del niño. Si dicha residencia habitual es cambiada hacia otro Estado, las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas precedentemente (tal como el consentimiento a procurarse para el cumplimiento de un determinado acto)

serán regidas por la ley de éste otro Estado. (artículo 15(3)).

En relación con la responsabilidad parental, la cuestión es más compleja. Acertadamente, los autores del Convenio consideraron que era necesario tener una regla uniforme de conflicto de leyes; puesto que tal responsabilidad es suficiente en la mayoría de los casos para garantizar la protección del niño, no dirimir la cuestión habría reducido excesivamente el ámbito de aplicación del Convenio. Pero, mientras el Convenio de 1961 vincula la relación *ex lege* de autoridad a la ley nacional del niño, sin darse cuenta en aquel momento de las dificultades que surgirían en caso de que el niño tuviera más de una nacionalidad, bajo el Convenio de 1996 la atribución o la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño (artículo 16(1)). Dicha ley se aplica también a la atribución y extinción de la responsabilidad parental cuando se encuentran basadas, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, en un acuerdo (*e.g.* un acuerdo entre ambos progenitores a propósito de los derechos de guarda y visita) o un acto unilateral (*e.g.* el testamento de un padre sobreviviente) (artículo 16(2)). Consecuentemente se establece una coincidencia entre la ley aplicable a la responsabilidad parental y la ley aplicable, de ser necesario, a una eventual medida de protección, lo cual es una válida simplificación.

En la elección de la conexión con la residencia habitual del niño, el Convenio no podía evadir la hipótesis frecuente de los cambios en la residencia habitual. En lugar de conceder sistemáticamente la preferencia a la ley de la residencia habitual precedente, en nombre de la protección interrumpida del niño, o a aquella de la nueva residencia habitual, en nombre de la adaptación de tal protección al cambio de circunstancias, el Convenio eligió combinar ambos enfoques. Uniendo, por así decirlo, las disposiciones de la atribución de la responsabilidad parental resultantes de las leyes de las residencias habituales sucesivas. De tal manera, la responsabilidad parental de pleno derecho en aplicación de la primera ley subsistirá aún cuando no haya responsabilidad parental de pleno derecho en aplicación de la segunda

ley (artículo 16(3)). Y si la primera ley atribuye la responsabilidad parental a una persona y la segunda una persona diferente, estas dos personas ejercerán la responsabilidad parental conjuntamente (artículo 16(4)). Será necesario un acuerdo entre ellos, pues la falta del mismo comportará la aplicación de una medida que será solicitada a las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual. Esas autoridades pueden también finalizar la responsabilidad parental atribuida de pleno derecho en aplicación de la ley de la anterior residencia habitual o modificar las condiciones de su ejercicio (artículo 18).

El alcance de la ley de la nueva residencia habitual se extiende también al ejercicio de la responsabilidad parental aún cuando la misma haya sido atribuida en aplicación de la ley de la residencia habitual anterior (artículo 17). Este sería el caso, por ejemplo, si la segunda ley exigiera del representante legal, para la realización de un determinado acto, una autorización que la primera ley no requería.

La combinación de las leyes de las residencias sucesivas en caso de cambio en la residencia habitual del niño podría confundir a terceras personas en cuanto a la identidad del representante legal. Consecuentemente, el artículo 19 establece que la validez de los actos celebrados entre un tercero y una persona que tendría la condición de representante legal según la ley del Estado en que se ha celebrado el acto no puede ser impugnada, ni declararse la responsabilidad del tercero, por el único motivo de que la otra persona no tuviera la condición de representante legal en virtud de la ley designada por el Convenio, siempre que el tercero ignorase legítimamente que la responsabilidad parental se regía por aquella ley.

Estas disposiciones sobre el conflicto de leyes son universales en el sentido de que se aplican aún cuando la ley que ellas designan es la de un Estado no contratante. (artículo 20). Sin embargo, la ley designada podrá ser excluida en dos hipótesis. La primera se refiere a la hipótesis, prevista por todos los convenios sobre el conflicto de leyes, en la cual su aplicación es manifiestamente contraria al orden público (artículo 22). La

otra hipótesis concierne, excepcionalmente, al reenvío. El principio es que si la ley designada no acepta su aplicación y reenvía la cuestión a otra ley, dicho reenvío no se aplicará. Pero existe una excepción a éste principio en un caso específico. Cuando la ley aplicable es la de un Estado no contratante y dicha ley reenvía a la ley de otro Estado no contratante que acepta la aplicación. El artículo 21 establece la aplicación de la ley de este otro Estado. En esta situación el rechazo del reenvío tendría un efecto perturbador. Destruiría la armonía de las soluciones emanantes de las disposiciones concordantes de las leyes de esos dos Estados no contratantes, que en principio son los más afectados por la situación y en consecuencia podría comportar una injustificada interrupción en la continuidad de la protección del niño.

Así, sin dejar de lado la complejidad de las situaciones, el Convenio ha alcanzado disposiciones coherentes relativas al conflicto de leyes, que garantizan tanto la continuidad en la protección al niño como su adaptación a cambios en las circunstancias. Tienen también la ventaja de una relativa simplicidad, así de conducir comúnmente a las autoridades a aplicar su propia ley, permitiéndoles entretanto, en relación con los casos más delicados, un necesario margen de discreción.

LA IMPLEMENTACIÓN EN AUSTRALIA DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

El Honorable Juez Joseph Kay
División de Apelaciones del Tribunal de Familia de Australia, en colaboración con el Sr. Matthew Osborne, Oficina del Procurador General, Canberra, Australia

La *Commonwealth* ha elegido utilizar el título "Convenio para la protección de los niños" como forma abreviada para referirse al Convenio de 1996. El Convenio para la protección de los niños entró en vigor en Australia el 1 de agosto de 2003. En octubre 2005 contaba con otros nueve Estados parte.

Antes de decidir la ratificación del Convenio de 1996, fueron identificados los siguientes beneficios:

En el área de protección del niño, la cual se rige en Australia por las leyes de los estados y territorios, la ratificación del Convenio tendría los siguientes beneficios:

- Cooperación con las autoridades extranjeras: Existe una necesidad creciente de procedimientos formales de cooperación entre las autoridades encargadas de la protección de los niños en los diferentes países. La facilidad de los

desplazamientos internacionales y el aumento de los matrimonios interculturales en Australia ha provocado un incremento en el número de cuestiones problemáticas para las autoridades australianas en esta área. El Convenio establece mecanismos de cooperación entre las autoridades de Australia y de los demás países cuya función es la protección de los niños, en materia de medidas de protección de un niño australiano en el extranjero o en caso de retorno a otro país de un niño sujeto a medidas de protección australianas.

- Certeza jurisdiccional: Las normas en materia de competencia previstas por el Convenio pondrán en claro las responsabilidades y evitarán el problema del concurso de competencia por parte de las autoridades de diferentes países. Es en el interés superior del niño que existan disposiciones internacionales que determinen cuáles son las autoridades encargadas de la protección de los niños que tienen competencia en relación con ese niño. La falta de disposiciones concordadas podrían provocar que las autoridades de un país no actúen en la suposición de que las autoridades de otro país tienen la responsabilidad de proteger al niño.
- Reconocimiento en el extranjero de las medidas de protección de un niño: El Convenio permitirá el reconocimiento en el extranjero de las órdenes de protección australianas y otras medidas de protección que sean oportunas.

En el área del derecho de familia, que en Australia se rige por leyes federales, la ratificación del Convenio ayudaría a resolver los problemas actuales relacionados con:

- Incertidumbre jurisdiccional: Los conflictos de competencia entre los tribunales australianos y extranjeros en las cuestiones relacionadas con los niños son un problema de tiempo atrás. En algunos casos los tribunales australianos y extranjeros han emitido órdenes contradictorias respecto de la autoridad parental con relación a los mismos niños. Las normas relativas a la competencia establecidas en el Convenio han sido

elaboradas para remover la incertidumbre para los litigantes y tribunales, en la determinación del foro adecuado para decidir las controversias relativas a la responsabilidad parental.

- **Carácter definitivo del contencioso:** A falta de reconocimiento recíproco de las disposiciones, uno de los padres podría ignorar deliberadamente las disposiciones emitidas por los tribunales australianos y presentar nuevamente la cuestión relativa a la residencia y derecho de visita en otro país, en perjuicio del niño y del otro progenitor en Australia. En cierta medida, estas dificultades han sido resueltas con los acuerdos bilaterales sobre el reconocimiento de las disposiciones sobre la autoridad parental.² Sin embargo, algunos países que representan una importante fuente de inmigrantes, como por el ejemplo el Reino Unido, aún no han negociado acuerdos bilaterales con Australia en esta área, sugiriendo que Australia debería ratificar los acuerdos multilaterales pertinentes. La ratificación del Convenio para la protección de los niños ampliará el número de países en los cuales las órdenes australianas relativas a la autoridad parental podrán ser directamente reconocidas y ejecutadas.
- **Reconocimiento de pleno derecho de la responsabilidad parental:** Muchos países no reconocen la responsabilidad parental de un padre que no está casado con la madre del niño. El Convenio establece el reconocimiento de pleno derecho en otros países de los derechos conferidos a los padres en Australia.³
- **Casos relativos al derecho de visita transfronterizo:** Los padres que tratan de obtener el derecho de visitar a sus hijos que viven en otros países se enfrentan a menudo con problemas importantes. El Convenio incluye ciertas disposiciones elaboradas para proporcionar asistencia en estos casos.

Es importante hacer notar que los tribunales de familia en Australia ya cuentan con procedimientos administrativos para el registro de las órdenes de custodia emitidas en el extranjero y se ocupan ya de las solicitudes relativas a la autoridad parental

en un contexto internacional. El Departamento del Procurador General de la *Commonwealth* sigue actuando como punto de contacto entre los tribunales extranjeros y los tribunales australianos en materia familiar para las solicitudes de registro de las medidas concernientes al derecho de familia.

En relación con los bienes del niño, el Convenio otorga ventajas reales a los padres que son los responsables de pleno derecho de los bienes de sus hijos.⁴ Las disposiciones del Convenio sobre los bienes garantizarán que su autoridad como tutores sea reconocida en otros países miembros del Convenio gracias a un simple proceso de registro. Además, en aplicación de la legislación nacional para la protección del niño, una persona que ha sido nominada como tutor del niño es consecuentemente tutor de sus bienes. El Convenio asegurará el reconocimiento en el extranjero de este aspecto de la legislación para la protección de los niños. Se concluyó que el Convenio tendrá un impacto relativamente limitado sobre los administradores públicos y autoridades similares en Australia. La mayoría de sus actividades en relación con la propiedad de los niños estaría fuera del ámbito de aplicación del Convenio pues son llevadas a cabo en el ámbito de los *trusts* o fideicomisos o leyes de sucesión (excluidos del ámbito de aplicación del Convenio – artículo 4(f)).

El Convenio es implementado a nivel federal en Australia a través de la *Family Law Amendment (Child Protection Convention) Act 2002* (que modifica la Ley sobre derecho de familia) y los *Family Law (Child Protection Convention) Regulations 2003* (Reglamentos de 2003 sobre derecho de familia). La promulgación pertinente se encuentra en la División 4 de la Parte XIIIAA del *Family Law Act 1975*. Veintiséis complejas secciones están consagradas a capturar el espíritu y objetivo del Convenio.

Los reglamentos se aplican a los estados y territorios hasta el momento en que los mismos implementen leyes con efectos idénticos o equiparables a los reglamentos federales.

El Departamento del Procurador General es la Autoridad Central designada de la *Commonwealth*. Disponiendo comunicación

directa entre las Autoridades Centrales de los Estados parte, el Convenio eliminará los retrasos y confusiones que a menudo tienen lugar actualmente con el recurso a las vías diplomáticas para identificar a las autoridades responsables del manejo de los casos relativos a la protección de los niños y transmitir las comunicaciones de y para los departamentos australianos encargados de la protección de los niños. Numerosos estados (Queensland, Australia occidental, Tasmania y el Territorio del Norte) han designado Autoridades Centrales.

La *Commonwealth* examina sus prácticas delineando los procedimientos administrativos internos para tratar las solicitudes en aplicación del Convenio. Los estados y territorios se encuentran en diferentes niveles en el desarrollo de la legislación de implementación y procedimientos aplicables en sus jurisdicciones.

Debido a la superposición significativa entre las Autoridades Centrales en virtud del

Convenio para la protección de los niños y las Autoridades Centrales existentes en virtud del Convenio de 1980 sobre la sustracción de menores, se encuentra previsto incluir esta cuestión en la conferencia bianual sobre sustracción que tendrá lugar durante la primera mitad del 2006.

Australia no ha recibido solicitudes en virtud del Convenio para la protección de los niños.

NOTAS

² *Family Law Act 1975 (Cth)* ss 70F to 70N; *Family Regulations* r 23, 24, *Sched. 1A*.

³ *Family Law Act 1975 (Cth)* s 61C(1); *Family Court Act 1997 (WA)* s 69(1)

⁴ *Family Law Act 1975 (Cth)* s 61C, que establece que cada uno de los progenitores de un niño tiene responsabilidad parental sobre el mismo, confirma la posición del *common law* conforme a la cual el progenitor del niño tiene el poder de administrar sus bienes.



La Oficial Legal Principal con la delegación de Australia en la Comisión Especial sobre el Convenio de adopción. De izquierda a derecha: Sr. Colin Keogh, Sra. Jennifer Degeling (Oficial Legal Principal), Sra. Helen Brain y Sr. Kym Duggan.

CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS - UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

Sr. Ignacio Goicoechea

Oficial Letrado de Enlace para América Latina, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

El *Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental, y de Medidas de Protección de los Niños* (en adelante, el "Convenio de 1996") es un instrumento internacional moderno, que refleja claramente los principios contenidos en la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* del año 1989. La doctrina de la protección integral del niño se transparenta en todo su articulado. Ello se comprueba especialmente por la forma en que se concibe a la "responsabilidad parental", la cual está definida con la máxima amplitud posible -comprendiendo dentro de la misma al concepto latino tradicional de "*patria potestad*"-, así como por el rol primordial que cumple el concepto de "interés superior del niño", el cual debe guiar a las autoridades cada vez que están llamadas a usar su discreción en el marco del Convenio de 1996.

El objeto del Convenio de 1996 se encuentra descrito en su artículo 1 que podemos sintetizar diciendo que este convenio se ocupa de cinco cuestiones principales: (i) determinar cuál es el Estado cuyas autoridades deben tomar las medidas de protección del niño, (ii) determinar la ley que deben aplicar tales autoridades, (iii) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental, (iv) asegurar el reconocimiento y la ejecución de dichas medidas de protección en todos los Estados contratantes, y (v) establecer mecanismos de cooperación internacional que permitan alcanzar los objetivos del Convenio.

Las medidas de protección se encuentran descritas en una forma amplia y flexible en el artículo tercero. Entre otras se incluye a la guarda (incluye los conceptos de custodia, tenencia y visitas), tutela, curatela, y otras instituciones análogas. El listado no es cerrado permitiendo que cualquier institución similar existente o por crearse en el futuro en cualquiera de los sistemas jurídicos de los Estados parte también se encuentre incluida en el ámbito de aplicación del Convenio de 1996.

El eje del Convenio de 1996 está centrado en el lugar de residencia habitual del niño, siendo las autoridades administrativas y/o judiciales de tal Estado las que tendrán competencia para adoptar las medidas para la protección de la persona del niño o de sus bienes.

En relación con la ley aplicable, el Convenio de 1996 dispone que las autoridades competentes apliquen su propia ley en el ejercicio de su competencia. Huelga describir las ventajas que representa para cualquier autoridad aplicar su propia ley en lugar de una ley extranjera, además de ser esta ley, en la mayoría de los casos, la cual presenta la relación más estrecha con las circunstancias que rodean al niño.

Relación con otros Convenios vigentes en la Región

El Convenio de 1996 ha sido pensado cuidadosamente para completar el sistema convencional de protección de niños existente. Por ello, podemos decir que este instrumento completa y facilita la aplicación de los distintos convenios multilaterales vigentes en la región en materia de protección internacional de

niños⁵, resultando naturalmente compatible con cada uno de ellos, y lográndose a través de su incorporación una mejor aplicación de los mismos.

Excede el objeto de este trabajo describir la forma en que el Convenio de 1996 completa y mejora la aplicación de los Convenios citados, pero considerando el grado de aplicación que reciben los Convenios de sustracción internacional de niños en la región, mencionaré tres de las importantes ventajas que el Convenio de 1996, aporta en esta materia:

1. **Competencia:** Delimita claramente la diferencia entre la competencia para decidir la restitución, respecto a la competencia para decidir la cuestión de fondo de guarda y/o visitas. Ello reviste particular interés, dado que la jurisprudencia indica que en un número considerable de casos, los jueces abordan el pedido de restitución como si este fuere un tema de guarda, y equivocadamente pretenden resolver cuál es el padre más apto para cuidar del niño, o cuál es el mejor lugar para que resida el niño, en lugar de limitarse a decidir sobre la cuestión de la restitución.
2. **Cooperación Internacional:** Hoy ya no cabe discusión respecto a que la mejor forma (sino la única) de proteger al niño ante un conflicto internacional es hacerlo a través de cooperación entre las autoridades de los dos países involucrados. Sin embargo, con frecuencia vemos autoridades agobiadas pensando en que si restituyen al niño se lo están quitando a la madre para dárselo al padre o viceversa, o que lo están enviando a un lugar donde puede correr peligro, por posibles alegaciones de violencia doméstica, etc. Sería muy distinto resolver la situación tomando en cuenta que en el otro Estado también existe un juez y / o una autoridad administrativa, que va a velar por la protección del niño, y que estará dispuesta a trabajar mancomunadamente para lograr la mejor protección del niño.

Lo anterior todavía no se percibe claramente en la región, probablemente porque la cooperación judicial internacional a la que estamos

acostumbrados todavía es excesivamente limitada, formalista, y poco práctica.

El Convenio de 1996, desarrolla y fomenta la cooperación entre autoridades en una forma innovadora y práctica - también prevé Autoridades Centrales, y adicionalmente comunicaciones judiciales directas entre los jueces-, facilitando soluciones rápidas y efectivas ante situaciones como las mencionadas en este punto.

3. **Visitas:** Existe consenso en cuanto a que el artículo 21 del Convenio de La Haya de 1980, no desarrolla en forma acabada la cuestión de las visitas. Ello ha generado algunas interpretaciones -a mi juicio erróneas-, que consideran (i) que solamente se acepta un pedido de visitas en el marco del Convenio de 1980, si previamente existió un caso de sustracción internacional, o (ii) que las autoridades de la residencia habitual no tienen competencia para modificar órdenes de visita dictadas en otra jurisdicción y que se encuentren vigentes.

Estas cuestiones quedan definitivamente zanjadas en virtud del artículo 35 del Convenio de 1996, a través del cual no sólo se garantiza de la forma más amplia la cooperación entre autoridades para el efectivo ejercicio del derecho de visitas, sino que se incluye además un sistema de obtención de pruebas en el extranjero, que significará en muchos casos asegurar un verdadero derecho de acceso a la justicia y de debido proceso en favor del peticionario del ejercicio de visitas.

Flexibilidad y multiculturalismo

Los convenios de unificación de derecho, necesariamente deben ser más flexibles y abiertos que nuestra propia legislación regional o doméstica, siendo esta la única forma de incorporar la mayor cantidad de sistemas jurídicos al mismo, cumpliendo así su verdadera vocación de unificación universal de derecho. A tal efecto el Convenio de 1996 realizó un gran esfuerzo para resultar compatible con los sistemas de *Common Law*, de Derecho Civil e inclusive de Derecho Islámico. Ello naturalmente exige de la flexibilidad y apertura de los diversos sistemas domésticos para poder aprovechar los

beneficios de un instrumento de esta naturaleza.

Asimismo, los Convenios de unificación de derecho, utilizan términos abiertos y flexibles, que dotan a las autoridades de la posibilidad de aplicar su discrecionalidad y creatividad, en aras de lograr soluciones justas y efectivas en casos internacionales.

Sin embargo, en nuestra región, tenemos ejemplos de términos flexibles como el de residencia habitual, el cual no obstante estar presente en casi todos los instrumentos regionales modernos de protección de niños, todavía encuentra alguna resistencia entre doctrinarios o legisladores que pretenden "definirlo" o "precisararlo" con patrones temporales fijos, lo cual a mi entender significaría quitarle a este término toda la riqueza que nos ofrece.

Podría nombrar otros términos como "autoridad en mejor situación", "vínculo estrecho con el caso", e inclusive el propio "interés superior del niño", para los cuales, a mi criterio, resultará en vano hacer esfuerzos por buscar definiciones rígidas por ser términos que fueron concebidos para ser flexibles y definidos por la discreción de las autoridades ante una situación determinada.

Pero, si consideramos que hace un par de décadas apenas se concebía el rol de las Autoridades Centrales, y no nos apartábamos del punto de conexión domicilio, mientras que hoy contamos con Autoridades Centrales en franco desarrollo y el punto de conexión residencia habitual va desplazando al de domicilio, podemos ser optimistas y confiar en que seguiremos aceptando paulatinamente nuevas figuras que nos ayuden a avanzar en la unificación del derecho, y en el desarrollo de sistemas de protección internacional que nos permitan proteger en forma oportuna y efectiva a nuestros niños.

Comentaba la Profesora Eliza Pérez-Vera respecto al Convenio de 1996 en su brillante presentación efectuada en Cartagena de Indias, Colombia en agosto de 2001:

"... Mecanismos de selección del tribunal competente y la cláusula abierta en cuanto a la ley aplicable (artículo 15.2) requieren de la colaboración entre Tribunales y Partes interesadas que

resulta, en principio, ajena a la cultura jurídica continental ... entiendo que el éxito del Convenio de 1996 estará en una mayoría de supuestos en manos de las Autoridades Centrales y en su capacidad de establecer una dinámica de colaboración, tanto con las partes, como con las autoridades judiciales y las otras autoridades administrativas, que supere inercias de sentido contrario ... El reto es grande, pero el objetivo a conseguir no es menor y merece la pena intentarlo."

Me gustaría agregar que en base a la experiencia recogida en el trabajo que viene realizando en la región la Conferencia de La Haya con las Autoridades Centrales del Convenio de 1980, no me caben dudas de que éstas podrán desarrollar dinámicas de colaboración como las que propone la Profesora Pérez-Vera, pero para ello resulta necesario que nuestros Estados adopten el Convenio de 1996 - venciendo en algunos casos los temores a un instrumento moderno y multicultural - y confíen en sus Autoridades Centrales que desde hace años se vienen perfeccionando en la función de proteger a los niños en la esfera internacional.

En virtud de las consideraciones vertidas, considero conveniente que desde nuestras áreas de incumbencia abogemos para que nuestros respectivos gobiernos realicen los pasos necesarios para incorporar a sus ordenamientos jurídicos al Convenio de 1996, el cual no solo mejorará el sistema internacional de protección de niños, facilitando la aplicación de los convenios internacionales de niñez existentes, sino que significara otro paso hacia la plena aplicación de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*.

NOTAS

⁵ *Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores; Convención Interamericana de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores; Convenio de La Haya de 1993 relativo a la Protección de Niños y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional; y la Convención Interamericana de 1994 sobre Tráfico de Menores.*



Algunos expertos de Latino América en la Comisión Especial sobre el Convenio de adopción. De izquierda a derecha: Sr. Ignacio Goicoechea (Oficial Letrado de Enlace), Sra. Patricia Lamego de Teixeira Soares (Brasil), Sra. Margarita Olaya Rodríguez (Colombia), Sr. Julio Héctor Marin (Brasil), Sra. Jueza Antonia Josefina Grullón Blandino (República Dominicana), Sra. Sonia Pereira (Embajada de Colombia en La Haya) y Sra. Daniela Gonzalez Duran (Chile).

UNA PERSPECTIVA ESTADOUNIDENSE SOBRE EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

Profesora Linda Silberman

Martin Lipton Professor of Law, Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, Estados Unidos de América

Podría haberse esperado que el Convenio de La Haya de 1996 sobre la protección de los niños (*Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*) atrajera un considerable interés y patrocinio por parte de los funcionarios y abogados estadounidenses que se ocupan de cuestiones transfronterizas que involucran niños; tal como sucedió con el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción (*Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*). No obstante, este no ha sido el caso y poco se ha movido en la dirección de la firma o ratificación del Convenio de 1996.

El Convenio de 1996 cubre un área especializada y en ese sentido no sorprende que en los Estados Unidos no haya surgido un sentimiento general de entusiasmo en relación con el mismo. Sin embargo, aún entre aquellos interesados y con experiencia en el sector, persiste la duda de si los Estados Unidos debiesen convertirse en Parte de este Convenio.

Muchas de las características del Convenio no deberían presentar problemas o ser desconocidas para los funcionarios de gobierno y abogados en los Estados Unidos. Un cierto número de disposiciones del Convenio son directas y eficaces. Por ejemplo, en aplicación del artículo 23 del Convenio de

1996, una medida, como la designación de un representante que actúe en nombre del niño en una situación educacional o médica, adoptada en un país será reconocida en otro sin que sea necesario un acto suplementario. Hay otras disposiciones que incentivan la cooperación de diferentes maneras y que no deberían suscitar controversias, tales como la ayuda en localizar al niño extraviado (artículo 31(c)), la consulta en previsión de la colocación transfronteriza (artículo 33), la notificación entre Estados en caso de que el niño esté expuesto a grave peligro (artículo 36). A pesar de que estas disposiciones deberían resultar atractivas a aquellos involucrados en el proceso para la firma y ratificación en los Estados Unidos, ellos representan solamente una pequeña muestra de un acuerdo que visualiza una solución integral de una multiplicidad de problemas transfronterizos en materia de protección de los niños. Los objetivos y la complejidad del Convenio (así como la inercia habitual) explican parcialmente la dificultad en obtener soporte para la firma y eventual ratificación en los Estados Unidos.

Las disposiciones relativas a la ley aplicable - artículos 15 a 22 - incluyen varios conceptos poco familiares para la audiencia estadounidense y algunas de las disposiciones son difíciles de entender dada su complejidad. En relación con la ejecución y el reconocimiento - conceptos bien conocidos por los abogados americanos debido a su experiencia con las *uniform child custody and jurisdiction acts* (leyes uniformes relativas a la competencia en materia de guarda de niños) - existe tensión entre las soluciones internacionales previstas por el Convenio y la ley existente en los Estados Unidos. Por ejemplo, la facilidad con la que un segundo Estado puede obtener competencia para modificar una orden inicial de guarda es inconsistente con los esfuerzos recientes de reforma en los Estados Unidos. En 1997, los *Uniform Law Commissioners* promulgaron una ley uniforme revisada (denominada *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, en adelante "UCCJEA", ley uniforme relativa a la competencia y la ejecución en materia de guarda de niños) que establece que el tribunal de un estado que emite una orden de custodia inicial mantiene la competencia exclusiva sobre la cuestión, a menos que deje de existir el vínculo con las partes o que elija remitir la cuestión al tribunal de otro estado.

Así pues, aunque tanto el Convenio como la UCCJEA atribuyen la competencia en materia de guarda al Estado de "residencia habitual" (artículo 5 del Convenio de 1996) o "*home state*" (el estado de origen del niño, § 201 de la UCCJEA), la UCCJEA concede al "*home state*" competencia continua y exclusiva aún cuando la residencia del niño haya sido transferida a otro estado (§ 202), consecuentemente no le es permitido al tribunal del segundo estado modificar la orden precedente (§ 203). Además, la UCCJEA cubre expresamente los casos internacionales (§ 105).

El Convenio de 1996 adopta una regla diferente y atribuye la competencia a los tribunales del país de la nueva residencia habitual del niño (artículo 5(2)) que entonces tiene el poder de determinar si modifica o no una disposición anterior. Es posible que otras disposiciones del Convenio de 1996, como el artículo 23 que impone el reconocimiento y ejecución de las medidas, y el artículo 13, que establece una norma de *lis pendens*, pudieran impedir que un segundo tribunal modifique las medidas anteriormente tomadas por otro tribunal. Sin embargo, dada la falta de experiencia en relación con el Convenio de 1996 y la falta de jurisprudencia en la cual basarse, existe la preocupación de que el Convenio mine las propias reformas que la UCCJEA ha llevado a cabo en los Estados Unidos para las cuestiones nacionales e internacionales. Así, las disposiciones de la ley uniforme y el enfoque del Convenio de 1996 parecen estar en conflicto con respecto a cuándo un tribunal en los Estados Unidos puede ejercitar su competencia para modificar una orden de un tribunal extranjero. Y las disposiciones del Convenio exigirían que los Estados Unidos cedieran su competencia (y reconocieran las órdenes extranjeras subsiguientes) en situaciones en las cuales la UCCJEA estipula que solamente un tribunal de Estados Unidos puede ejercitar la competencia.

Otra preocupación relativa al Convenio de 1996 es su relación con el Convenio de La Haya sobre sustracción de 1980 (*Convenio sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores*). El Convenio de 1996 se propone mantener separados ambos Convenios (artículo 50) y sin embargo de hecho operan de manera conjunta en numerosas formas. Por ejemplo, el traslado o retención ilícita en violación de una orden de guarda de un Estado

podría dar lugar a una solicitud de restitución en aplicación del artículo 12 del Convenio sobre sustracción o una solicitud para la ejecución de la orden en virtud del artículo 23 del Convenio sobre protección de 1996. Sin embargo, en casos donde se propugna una excepción a una solicitud de restitución en virtud del Convenio sobre sustracción – tal como "riesgo grave" o "la oposición del niño a la restitución" – el Estado en el cual se encuentra el niño puede transformarse en el nuevo Estado de residencia habitual en aplicación de las disposiciones relativas a la competencia contenidas en el Convenio de 1996. El artículo 7 del Convenio de 1996 procura poner restricciones a la instauración de una nueva residencia habitual en los casos en que haya habido un traslado o retención ilícita del niño y, el artículo 13 obliga a un segundo Estado a abstenerse de ejercitar su competencia en un proceso en examen. No obstante, restan algunos escenarios en los cuales el Estado al cual el niño fue trasladado se convertirá de hecho en el Estado de la nueva residencia habitual, lo cual permite que una competencia válida surja de una estrategia de arrebatarse y correr. En los Estados Unidos, la norma de la competencia exclusiva continua contenida en la sección § 202 de la UCCJEA impide tal resultado cuando existe una orden de guarda inicial; a falta de una orden anterior, la definición de competencia del "*home state*" consagrada en la UCCJEA (§ 105 (7)) significa que la competencia en ese estado se extiende durante seis meses aún después de que el niño ha sido ilícitamente desplazado o retenido en un segundo estado. Finalmente, la UCCJEA prohíbe al tribunal del estado que ejercite su jurisdicción si la persona que está tratando de invocar su competencia ha tenido una conducta "injustificable" (§ 208) garantizando así que los padres sustractores no obtendrán ninguna ventaja de su conducta ilícita.

En el reciente Reglamento Bruselas IIbis ha sido expresada una preocupación similar en cuanto al impacto de las reglas de competencia contenidas en el Convenio de 1996 aplicables al traslado y retención ilícita. De conformidad con el artículo 11(6), el tribunal de un Estado miembro que rechace la restitución de un niño en virtud del artículo 13(b) del Convenio sobre sustracción debe transmitir una copia de esa decisión al tribunal competente de la residencia habitual anterior. El expediente

permanecerá abierto en el tribunal de la residencia habitual anterior durante tres meses para permitir que le sean llevados ulteriores procedimientos; y en caso de que el padre víctima logre obtener del tribunal de la anterior residencia habitual una orden de guarda y restitución del menor, ésta decisión prevalece sobre la anterior de no restitución según el Convenio sobre sustracción (artículo 11(8)). La incertidumbre sobre si la aplicación de los artículos 7 y 13 del Convenio de 1996 logrará un resultado similar y mantendrá la competencia en el tribunal de la residencia habitual original en casos de sustracción, crea dudas en los Estados Unidos acerca de la oportunidad de unirse al Convenio de 1996.

Las disposiciones del Convenio relativas al reconocimiento y la ejecución también presentan dificultades potenciales. La excepción "manifiestamente contrario al orden público" (artículo 23(2)(d)) es una excepción que puede ser prevista en un convenio internacional, pero la expresión "teniendo en cuenta el interés superior del niño" plantea la posibilidad de una excepción demasiado amplia. Así también, el reconocimiento puede ser rechazado cuando una medida de protección ha sido tomada "si el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido" (artículo 23(2)(b)); una disposición de este tipo podría ser vista como imposición de una práctica procesal inaceptable en los tribunales en los Estados Unidos.

Desde el punto de vista de los Estados Unidos, la manera en que el Convenio de 1996 se ocupa del derecho de visita es uno de sus más importantes aspectos. El Convenio sobre sustracción contiene una disposición que impone a los Estados organizar el derecho de visita más no instaura un procedimiento específico y ha sido decepcionante como medio para garantizar y /o ejecutar derechos de visita u órdenes relativas a estos. El Convenio de 1996 se ocupa de los derechos de visita en diferentes maneras. El artículo 3 del Convenio identifica concretamente el derecho de visita como una de las medidas incluidas en su campo de aplicación. De tal manera, si el Estado de residencia habitual emite una orden que concede el derecho de visita, dicha orden

tiene derecho a ser reconocida y ejecutada en virtud de los artículos 23 y 26; con reserva, evidentemente, de una eventual modificación por parte del nuevo Estado de residencia habitual. Además, el artículo 35 establece procedimientos por los cuales un tribunal de un Estado contratante diferente del Estado de residencia habitual (probablemente del Estado donde reside la parte que ha solicitado el derecho de visita) puede recabar pruebas y emitir conclusiones acerca de la aptitud para ejercitar el derecho de visita. El tribunal en el Estado de residencia habitual debe admitir y tomar en consideración tal información para decidir sobre el derecho de visita. En los Estados Unidos, las disposiciones de la UCCJA (*Uniform Child Custody Jurisdiction Act*) y la UCCJEA ya establecen mecanismos para la ejecución de las órdenes de visita emitidas en el extranjero en los tribunales en los Estados Unidos. Sin embargo otros países son menos cooperativos y las órdenes relativas al derecho de visita emitidas por tribunales de los Estados Unidos son a menudo difíciles de ejecutar en el extranjero. La combinación de las disposiciones del Convenio de 1996 sobre el establecimiento y ejecución de los derechos de visita podría beneficiar inmensamente a los padres en los Estados Unidos que solicitan derechos de visita en el extranjero.

Tan pronto como los tribunales de otros países obtengan experiencia con el Convenio de 1996, los Estados Unidos podrían darse cuenta de los beneficios que el Convenio traería consigo; como por ejemplo, las disposiciones relativas al derecho de visita, con mayor valor que las preocupaciones anteriormente expresadas. Sería posible implementar el Convenio de 1996 en los Estados Unidos a través de la promulgación de una ley federal que impondría las obligaciones internacionales del Convenio a los tribunales de los estados, minimizando las preocupaciones relativas al federalismo. El Convenio de 1996 representa un importante esfuerzo internacional de cooperación entre los países del mundo para proteger de mejor manera los intereses de los niños. Cuando ese esfuerzo alcance mayor ímpetu, es probable que los grupos interesados en los Estados Unidos presten mayor atención a la posibilidad y oportunidad de su firma y ratificación.

EL SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL Y EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996

Sra. Chantal Saclier

Coordinadora de Desarrollo, Servicio Social Internacional

Los órganos de gobierno del Servicio Social Internacional (SSI) – una organización no gubernamental sin fines de lucro ni filiación política o religiosa, creada en 1924 y con sede en Ginebra – acordaron recientemente la participación de la organización en un programa de promoción y apoyo para la aplicación del Convenio de La Haya de 1996.

El SSI cuenta con una amplia experiencia en el área de protección de los niños desplazados internacionalmente y de las familias separadas de un lado a otro de las fronteras. Cuenta con una red mundial de servicios sociales profesionales (presente en más de 150 países), unidades nacionales (sucursales y oficinas afiliadas) y corresponsales (organizaciones gubernamentales y no gubernamentales) que facilitan la comunicación entre los servicios sociales de los diferentes países para ayudar a resolver los problemas de individuos y familias que tienen su causa en la migración internacional.

El SSI es el único ente profesional organizado a nivel internacional para tratar los aspectos sociales de casos transnacionales de protección de los niños. Sobre la base de esta experiencia es que el SSI fue invitado a desempeñar un rol activo en el desarrollo del Convenio de La Haya de 1996 (y del Convenio de 1961 que fue su punto de partida) y de los Convenios de La Haya de 1980 y 1973.

Los Convenios de La Haya de 1996 y 1980 están estructurados entorno a autoridades centrales (gubernamentales) y autoridades competentes (que comprenden a los tribunales) responsables de la aplicación del

Convenio en sus países. Sin embargo, teniendo en consideración la diversidad y complejidad de los casos, el conocimiento necesario de las diferencias culturales y jurídicas, la indispensable neutralidad en beneficio del niño y la importancia del elemento psico-social en el manejo de la gran mayoría de los casos, las autoridades necesitarán apoyarse en los servicios profesionales que cuentan con estas aptitudes. El recurso a “otros organismos “ está previsto tanto en el Convenio de la Haya de 1996 (artículos 31 y 32) como en el Convenio de La Haya de 1980 (artículos 7 y 21).

El SSI posee estas aptitudes debido a que su práctica profesional internacional data de mucho tiempo y debido también a una tradición de cooperación con las autoridades competentes de los diferentes países, una estructura institucionalizada como una red internacional y equipos multidisciplinarios. Esta es la razón por la cual propone convertirse en un partícipe clave y socio en la promoción y aplicación del Convenio de La Haya de 1996.

Crear una red mundial de conciliadores en los conflictos familiares transnacionales

La problemática

Con el aumento del flujo migratorio y los intercambios relacionado con la globalización, se observa un gran aumento de las uniones binacionales. Paralelamente, se ha incrementado de manera sustancial el número de divorcios en los países industrializados. En consecuencia, los problemas familiares de carácter transnacional están aumentando rápidamente y es presumible que seguirán incrementándose en el futuro. Las primeras víctimas de esta situación son los niños. En las familias separadas el niño se convierte en un problema: no se respetan los derechos de visita y se presentan casos de sustracción. Si esto se combina con diferencias culturales, idiomáticas, religiosas y legales, la distancia y las fronteras, el riesgo empeora dramáticamente. Las diferencias surgen no solamente entre los miembros de la familia sino también entre los diferentes profesionales implicados en la búsqueda de una solución o en la toma de decisiones: autoridades de gobierno, jueces,

trabajadores sociales, etc. El SSI ha constatado frecuentemente una tendencia natural entre los profesionales de tomar en cuenta sólo a los miembros de la familia que son de su misma nacionalidad o con los cuales se encuentran en contacto directo, confiar solamente en la legislación y las instituciones de sus propios países, considerar la cuestión solamente desde el punto de vista de su especialización (administrativa, legal o social) o estar poco dispuestos a colaborar en la práctica con otras partes, aún cuando estas podrían aportar la complementariedad deseable. Por consiguiente, el niño más que sujeto real de atención se convierte en rehén, a menudo inconsciente, de estos intereses diferentes.

Es vital, que en el interés superior de los niños, (mas también y como consecuencia, en el interés de sus familias) se promueva y otorgue un papel preponderante a la mediación, la conciliación y a la búsqueda de soluciones no contenciosas no solamente luego que la resolución de divorcio haya sido emitida sino también y especialmente antes. Una evaluación social de la situación, la cultura y la opinión de cada una de las partes involucradas, aunada al intento previo de alcanzar soluciones amigables podría ayudar al tribunal a tomar una decisión respecto de los derechos y deberes que corresponden a cada progenitor (responsabilidad parental, guarda, derecho de visita) que será más fácil de entender y respetar, evitando así las tragedias familiares. El SSI de hecho ha observado en los últimos años un cambio en los casos que se le presentan: la solicitud de informes sociales por parte de los jueces en los casos de separación y divorcio va en aumento.

La mediación es una forma de resolución de los conflictos con la ayuda de un tercero imparcial y adecuadamente capacitado. Su objetivo es crear acuerdos duraderos en un espíritu de responsabilidad conjunta y respeto mutuo. Consecuentemente ofrece a las familias respaldo para la responsabilidad parental. Considerando la separación geográfica de los miembros de la familia, la búsqueda de soluciones amigables implica la participación de profesionales sociales en los países involucrados. Estos profesionales deberán conducir el proceso de mediación cada uno desde su propio país, coordinando

entre ellos: a esto se le conoce como co-mediación a distancia.

La mediación y conciliación transnacional requieren conocimiento y respeto de la cultura y legislación del otro país; exigen desprendimiento y neutralidad en el manejo del caso; considerando los problemas relacionados con la distancia geográfica y la diversidad de idiomas, necesitan apoyarse en una metodología unificada y un lenguaje común de comunicación. Solamente una red internacional institucionalizada con muchos años de experiencia en el manejo de los casos, como lo es SSI, puede ofrecer coherencia profesional entre los diferentes países y estabilidad en la cooperación para el manejo de los casos individuales y familiares. Esta red, a través de sus elecciones éticas y su experiencia profesional, coloca al niño en el centro de su actuación en los conflictos familiares.

Considerando la globalización de los flujos migratorios, la ratificación de los Convenios de La Haya de 1996 y 1980 por parte de todos los Estados debe ser un objetivo prioritario a fin de alcanzar una mejor protección de los niños y sus familias.

Objetivos del programa

- Promover el incremento de la ratificación de los Convenios de La Haya de 1996 y 1980.
- Crear, en el interior de la red SSI, una red de conciliadores-mediadores especializados en divorcios transnacionales, que pongan al centro de su intervención el interés superior del niño, confíen en los convenios internacionales y actúen con un enfoque y metodología comunes para garantizar la co-mediación a distancia.
- Desarrollar la cooperación y relaciones de trabajo complementarias con la finalidad de crear un entorno favorable para la aplicación del Convenio de La Haya de 1996:
 - con los otros participantes (autoridades, tribunales, trabajadores sociales, ONG, universidades) para hacer conocer el Convenio; generar conciencia sobre la conciliación-mediación en los divorcios interculturales y transnacionales

antes y después de la decisión judicial; colaborar en el manejo de los casos para garantizar la observancia de la ética del Convenio: la búsqueda del interés superior del niño;

- con redes de mediadores especializados⁶ para referirles los casos que requieran de ayuda exhaustiva, especializada y de larga duración.

Actividades

- Diez seminarios regionales de capacitación con participantes provenientes de 80 a 100 países en los cuales SSI está presente. Cada seminario contará con 50 a 60 profesionales de la red SSI, Autoridades Centrales o sus equivalentes y ONGs comprometidas con los derechos de los niños. La capacitación se basará en casos prácticos que han sido llevados por el SSI o los participantes.
- Publicación de material de capacitación que recopile la experiencia de los seminarios.
- Invitación para desarrollar investigaciones para conocer mejor la problemática y elaborar conclusiones útiles en la práctica.
- Fomentar el aumento de la capacitación: los participantes y la red SSI serán invitados, apoyándose en aquellos materiales, a organizar en sus propios países actividades de promoción y toma de conciencia en relación con los Convenios de La Haya y la conciliación-mediación en los conflictos familiares. Serán también invitados a identificar, en sus respectivos países, a los organismos y profesionales que se beneficiarían del boletín periódico de enlace del SSI.
- Publicación de un boletín de enlace profesional que garantice asistencia continua a los beneficiarios de la capacitación y a sus colegas nacionales e internacionales.
- Recopilación de la información necesaria para la aplicación de los Convenios de La Haya en cada Estado de origen de los beneficiarios del programa de capacitación: legislación, estructuras y mecanismos de aplicación.
- Puesta a disposición en Internet de material útil para los profesionales del sector.

El programa del SSI para los próximos años

Con la finalidad de poder proporcionar calidad a las autoridades, el SSI ha decidido proporcionar capacitación profesional a toda su red e involucrar a algunos de sus socios actuales y potenciales, respecto de dos áreas importantes del Convenio de La Haya de 1996:

- En 2006 y 2007 – en el interés superior del niño, conciliación-mediación en los conflictos familiares transnacionales (divorcios y separaciones que involucran familias cuyos miembros residen en diferentes países).
- En 2008 y 2009 – menores no acompañados: búsqueda del interés del niño, en cooperación con las autoridades competentes. Algunas filiales del SSI ya han tomado acciones en esta área o serán implementadas a principios del 2006.

NOTAS

⁶ La profesión de mediador en casos de familia es relativamente reciente y en algunos países se adquiere después de varios años de estudios universitarios y de práctica. En un gran número de países aún no se le conoce.

PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA – REGLAMENTO DEL CONSEJO (CE) NO. 2201/2003 RELATIVO A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Sra. Monika Ekström

Administradora, Unidad de Justicia Civil, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, Comisión Europea*

Introducción

A partir del 1 de marzo de 2005, las resoluciones sobre responsabilidad parental son reconocidas en toda la Unión Europea en virtud del *Reglamento (CE) No. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) No. 1347/2000*⁷ (en adelante, “el Reglamento”).⁸ El reglamento representa un ulterior avance en la política europea de protección y tutela de los derechos de los niños. En particular, tiene como objetivo reforzar el derecho fundamental del niño de mantener contacto periódico con ambos padres y prevenir la sustracción parental de los niños.

Ámbito de aplicación

El Reglamento se aplica en todos los Estados miembros excepto en Dinamarca. Las disposiciones sobre materias matrimoniales han sido tomadas del Reglamento Bruselas II sin modificaciones, sin embargo, han sido introducidos cambios importantes en materia de responsabilidad parental. Contrariamente al Reglamento Bruselas II,⁹ el Reglamento se aplica a todas las decisiones emitidas por un tribunal de un Estado

miembro en materia de responsabilidad parental. El ámbito material del Reglamento es muy parecido al del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (en adelante, “el Convenio de 1996”). Se aplica a todas las cuestiones civiles relacionadas con la atribución, el ejercicio, la delegación y la privación parcial o total de la responsabilidad parental. El término “responsabilidad parental” abarca no solamente el derecho de custodia y el derecho de visita, sino también cuestiones como la tutela o el acogimiento del niño en una familia o en un establecimiento.¹⁰

Normas de competencia

Las normas relativas a la competencia enumeradas en los artículos 8 al 14 del Reglamento tienen como finalidad evitar los conflictos de competencia proporcionando al mismo tiempo cierta flexibilidad de manera tal que sirva al interés superior del niño. Otro propósito importante es estimular a los titulares de la responsabilidad parental a alcanzar un acuerdo sobre la competencia. Varias de las disposiciones están inspiradas en el Convenio de 1996, incluido el principio fundamental que la competencia en materia de responsabilidad parental incumbe a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el niño reside habitualmente (artículo 8). El fundamento de este principio es que generalmente son estos tribunales los mejor ubicados para recolectar la información necesaria sobre la situación del niño y para escuchar al niño. El Reglamento introduce algunas excepciones a esta regla para permitir cierta flexibilidad e incentivar a los titulares de la responsabilidad parental a alcanzar un acuerdo sobre la competencia. Finalmente, el artículo 15 introduce la posibilidad de remitir el caso a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro cuando ello responda al interés superior del niño.¹¹

Normas específicas sobre la sustracción de los niños

El *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante, “el

Convenio de 1980") continúa aplicándose entre los Estados miembros (considerando 17 del preámbulo) pero se encuentra complementado por algunas disposiciones del Reglamento que son aplicables en los casos de sustracción de niños entre los Estados miembros. Primero, el artículo 10 garantiza que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el niño residía antes de la sustracción ("Estado miembro de origen") mantengan la competencia para decidir sobre el fondo del asunto después de la sustracción. La competencia puede ser transferida solamente bajo condiciones muy estrictas que garanticen que el padre no-sustractor mantenga siempre la posibilidad de acudir al tribunal de origen antes de que la competencia sea transferida.

Además, el artículo 11 establece normas que tienen por finalidad reforzar la obligación de garantizar la rápida restitución del niño e introducir nuevas disposiciones procedimentales. Por consiguiente, la restitución de un niño no puede ser rechazada si se ha establecido que en el Estado miembro de origen han sido tomadas las medidas adecuadas para proteger al niño después de su retorno. Además, un órgano jurisdiccional al que se le ha presentado una solicitud de restitución en virtud del Convenio de 1980 debe emitir una decisión a más tardar en seis semanas. Finalmente, el Reglamento garantiza el derecho de la parte que ha solicitado la restitución así como del niño de tener la oportunidad de ser oídos en el curso del procedimiento (artículo 11(5)).

Tiene lugar un procedimiento especial cuando es emitida una resolución de no restitución (artículo 11(6)-(7) y artículo 42). Un órgano jurisdiccional que ha dictado una resolución de no restitución, debe transmitir, en el plazo de un mes, una copia de su decisión junto con los documentos relevantes al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen. El órgano jurisdiccional de origen notificará la información a las partes invitándolas a presentar sus observaciones en un plazo de tres meses. Éste deberá examinar el fondo de la cuestión si al menos una de las partes presenta observaciones en este sentido, tomando en consideración los motivos y los elementos de prueba sobre la base de los cuales se dictó la resolución de

no restitución. Esto requiere de la cooperación de los jueces, tanto directamente como a través de las Autoridades Centrales. Si el órgano jurisdiccional de origen dicta una resolución diferente a la primera y emite una decisión que comporta la restitución del niño; esta resolución será directamente reconocida y ejecutada en el Estado miembro donde el niño ha sido retenido (véase abajo).

Supresión de exequátur para el derecho de visita y la restitución del niño

Una innovación del Reglamento es que suprime el procedimiento de exequátur para las resoluciones relativas al derecho de visita y las resoluciones que conceden la restitución de un niño tras su sustracción emitidas por el órgano jurisdiccional de origen conforme al artículo 11(8). Estas decisiones ya no se encuentran sujetas al procedimiento de exequátur,¹² son reconocidas de manera automática y ejecutables en otros Estados miembros siempre que sean acompañadas de un certificado emitido por el juez de origen. (artículos 41 y 42). El certificado atesta que han sido respetados los requisitos procedimentales necesarios, y en particular, que el niño y las partes han tenido la oportunidad de ser oídos.

Cooperación entre las Autoridades Centrales

Tal como los Convenios de 1980 y 1996, el Reglamento establece un sistema de cooperación entre las Autoridades Centrales que es vital para el adecuado funcionamiento del mismo. Las Autoridades Centrales deberán informar y ayudar a los titulares de la responsabilidad parental, a recabar e intercambiar información sobre el niño, facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación u otros instrumentos; y, facilitar la comunicación entre órganos jurisdiccionales (artículo 55). Las Autoridades Centrales se reunirán regularmente dentro del ámbito de la Red Judicial Europea en materia civil y comercial¹³ y servirán como enlace entre los órganos jurisdiccionales nacionales y las Autoridades Centrales de los diferentes

Estados miembros.

La ratificación del Convenio de 1996 por parte de los Estados miembros de la Unión Europea

El Convenio de 1996 compete sólo parcialmente a la Comunidad y no permite la adhesión de la Comunidad sino solamente de Estados soberanos. Su ámbito de aplicación es muy semejante a la del Reglamento y lo complementaría útilmente en aquellas situaciones que van más allá de las fronteras de la Comunidad. Consiguientemente, en noviembre de 2001, la Comisión propuso autorizar a los Estados miembros a firmar el Convenio en interés de la Comunidad. La decisión sobre la firma fue adoptada en diciembre de 2002 y 14 de los Estados miembros firmaron el Convenio el 1 de abril de 2003. En junio de 2003, la Comisión propuso que se autorizara a los Estados miembros a proceder con la ratificación en interés de la Comunidad. El Parlamento Europeo emitió su posición favorable a la propuesta en octubre de 2003 y el Consejo llegó a un acuerdo general sobre la sustancia del texto en noviembre de 2003. Sin embargo, la decisión fue bloqueada en el Consejo debido al desacuerdo entre dos Estados miembros. La Comisión continúa exhortando a los Estados miembros en cuestión para que lleguen a un acuerdo que resuelva esta lamentable situación de bloqueo que impide a los Estados miembros ratificar el Convenio.¹⁴

Conclusión

El Reglamento ofrece una mayor protección a los niños dentro de la Unión Europea a partir del 1 de marzo 2005. Se trata de una obra legislativa compleja que requiere de un elevado nivel de cooperación y confianza mutua entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades de los diferentes Estados miembros. La Comisión ha elaborado una Guía Práctica en consulta con la Red Judicial Europea a efectos de proporcionar orientación y facilitar la aplicación del Reglamento.¹⁵

La actividad de la Comunidad en relación con la protección de los niños no se limita a la Unión Europea, sino trata también de garantizar su protección en terceros países. Las actividades realizadas en las organizaciones internacionales, en particular

por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, juegan un papel vital a este respecto.

NOTAS

- * El presente artículo no expresa la posición oficial de la Comisión Europea sino la opinión personal de su autor.
- ⁷ DO L 338 de 23.12.2003, p. 1.
- ⁸ El reglamento deroga y substituye al Reglamento del Consejo (CE) 1347/2000 ("el Reglamento Bruselas II") que entró en vigor el 1 de marzo de 2001.
- ⁹ El Reglamento Bruselas II se aplica a las cuestiones de responsabilidad parental en la medida en que las decisiones fueron emitidas en el contexto de un procedimiento de carácter matrimonial y conciernen niños comunes a ambos esposos.
- ¹⁰ La lista del artículo 1(2) sobre las materias que cubre el Reglamento no es exhaustiva, simplemente enumera algunos ejemplos. Así también, el artículo 1(3) enumera, de manera no exhaustiva, algunas materias que el Reglamento no cubre.
- ¹¹ El mecanismo de la remisión del artículo 15 es similar al de los artículos 8 y 9 del Convenio de 1996. El artículo 15 va un poco más allá permitiendo que la remisión tenga lugar no solamente por iniciativa propia del tribunal sino también a instancia de parte y a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.
- ¹² Otras resoluciones, por ejemplo la resolución sobre el derecho de custodia, siguen estando sujetas al procedimiento de exequátur.
- ¹³ < http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/ >
- ¹⁴ Al momento de redacción, seis Estados miembros han ratificado o adherido al Convenio de La Haya de 1996: República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Eslovaquia y Eslovenia. Los demás Estados miembros, con excepción de Malta, han firmado pero aún no han ratificado el Convenio.
- ¹⁵ La Guía Práctica se encuentra disponible en la siguiente página web:
< http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/parental_resp/parental_resp_ec_en.htm >

LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA – LOS CONVENIOS DE LA HAYA Y EL NUEVO REGLAMENTO BRUSELAS II

Sr. Philippe Lortie

Primer Secretario, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

La comunitarización del derecho de familia en la Unión Europea

En diciembre de 1998, poco después de la adopción del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (en adelante, “el Convenio de 1996”), el Consejo Europeo refrendó, en el Plan de Acción de Viena, la política de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en el seno de la Unión Europea. En mayo 1999, el Tratado de Ámsterdam transfirió el área de la cooperación judicial en cuestiones civiles del tercer pilar al primero.¹⁶ Las conclusiones de Tampere, adoptadas por el Consejo Europeo en octubre de 1999, avalaron el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como la “piedra angular de la cooperación judicial en material civil y penal en la Unión”¹⁷ y ahora la Comisión se encuentra abocada completamente en un programa de iniciativas en el campo del derecho internacional privado en áreas tales como el derecho de familia.

La iniciativa recientemente completada en esta área es el *Reglamento (CE) No. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental* (en adelante, “el Reglamento”).¹⁸ Este reglamento, así como su precedente,¹⁹ se aplica a los procedimientos civiles relacionados con

el divorcio, la separación y anulación matrimonial; se aplica consecuentemente a los hijos comunes de ambos cónyuges y a las medidas de protección relativas a esos niños que resulten de dichos procedimientos. Sin embargo, el Reglamento cubre también campos adicionales. Así, se aplica a los procedimientos civiles relacionados con la responsabilidad parental. A este efecto, responsabilidad parental concierne todos los derechos y obligaciones que tiene un progenitor en relación con un niño y las medidas de protección relativas a sus bienes, independientemente si los padres están casados o no, y sin tener en cuenta cualquier procedimiento de orden matrimonial. Será interesante seguir la implementación y funcionamiento del Reglamento, por un lado porque sus disposiciones en materia de responsabilidad parental se inspiran ampliamente en el Convenio de 1996 y, por otro, porque sus disposiciones sobre sustracción de niños complementan el *Convenio de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante, “el Convenio de 1980”).

Coordinación del desarrollo en el ámbito global y regional

Osarrollo a nivel bilateral o regional guarde armonía con los trabajos a nivel global. Por ejemplo, nos preocuparía que un órgano jurisdiccional aplicara reglas diferentes a un instrumento regional y a otro global a una situación bastante parecida, generando diferentes resultados. Además deben evitarse diferencias de tratamiento injustificadas si éstas generan complicaciones y confusión para las partes, sus representantes y jueces. Debe evitarse también la proliferación de instrumentos sobre cuestiones familiares tranfronterizas; contrariamente a cuanto se ha hecho en materia de obligaciones alimenticias.

El Convenio de La Haya de 1996 y el Reglamento

Las principales disposiciones del Convenio de 1996 han sido incluidas en el Reglamento. A este respecto, el Reglamento se aplicará entre los Estados miembros de la Unión Europea mientras que el Convenio de 1996, una vez en vigor para toda la Unión Europea, se ocupará de las cuestiones relacionadas con la protección extracomunitaria de los niños.

Sin embargo, el Reglamento establece que el Convenio seguirá surtiendo efectos en relación con las cuestiones que el Reglamento no regule (por ejemplo, las disposiciones sobre la ley aplicable) (artículo 62 del Reglamento). Dado que ambos regímenes son iguales bajo muchos aspectos, la aplicación paralela de ambos instrumentos no causa problemas. Esto puede ser incluso más importante dado que el Convenio de 1996 en su totalidad se aplicará entre Dinamarca y los otros 24 Estados miembros de la Unión Europea.

Ámbito de aplicación del Convenio de 1996 y el Reglamento

El ámbito de aplicación del Convenio de 1996 es muy amplio y se funda en la idea de que las disposiciones relativas a la protección del niño deben constituir un todo integrado. El Convenio incluye tanto medidas públicas como privadas de protección o cuidado (artículos 1 al 4) y supera la ambigüedad que de otra manera existiría si se aplicaran normas distintas a las diferentes categorías de medidas de protección cuando ambas pueden estar involucradas en el mismo caso. El ámbito de aplicación del Reglamento es muy similar (artículos 1 y 2). Sin embargo, para poder incluir medidas públicas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, el término “materias civiles” debe ser interpretado muy ampliamente, lo mismo que el término “órgano jurisdiccional” para incluir a las autoridades administrativas (de protección al niño).²⁰ Finalmente, debe notarse que mientras el Convenio de La Haya se aplica a los niños desde su nacimiento hasta la edad de 18 años, el Reglamento deja la cuestión del ámbito de aplicación en función de la edad al derecho nacional.

La función del Convenio de 1996 es evitar conflictos legales y administrativos y construir la estructura para una cooperación internacional eficaz entre los diferentes sistemas en materia de protección de los niños. A este respecto, el Convenio proporciona una notable oportunidad para construir puentes entre sistemas legales con diferentes contextos culturales o religiosos. Los cimientos de estos puentes están compuestos por normas sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación.

Normas sobre competencia en el Convenio de 1996 y el Reglamento

Tanto el Convenio como el Reglamento atribuyen la competencia a las autoridades del Estado donde el niño tiene su residencia habitual y evitan toda competencia concurrente de las autoridades (artículo 5 del Convenio y artículo 8 del Reglamento), excepto en lo que se refiere a la adaptación de la competencia del Estado de residencia habitual a una nueva situación (artículo 5(2), 7 y 14 del Convenio y artículos 8 y 10 del Reglamento), o por falta de una residencia habitual (artículo 6 del Convenio y artículo 13 del Reglamento) para el caso de niños internacionalmente desplazados o refugiados. La competencia de autoridades distintas a las autoridades del Estado de la residencia habitual debería, en principio, ser requerida o autorizada por las autoridades de aquel Estado, cuando parezca que estas otras autoridades estén en mejor situación para apreciar el interés superior del niño en un caso particular (artículos 8 y 9 del Convenio y artículo 15 del Reglamento).²¹ En ciertos casos de urgencia o cuando son necesarias medidas provisionales con eficacia local, la competencia local puede ser ejercitada autónomamente. Sin embargo, este ejercicio quedará limitado por las medidas tomadas o a tomar por la autoridad regularmente competente (artículos 11 y 12 del Convenio y artículo 20 del Reglamento). La única excepción al principio de evadir la competencia concurrente es la competencia del tribunal que conoce de una demanda de divorcio (artículo 10 del Convenio y artículos 3 y 12 del Reglamento). Este tribunal podría adoptar, bajo condiciones estrictas, medidas de protección para el niño.

Normas relativas a la ley aplicable en el Convenio de 1996

Dado que el Reglamento no contiene normas relativas a la ley aplicable, serán aplicables entre los Estados miembros de la Unión Europea, las normas establecidas en el Convenio de 1996. El principio contenido en el Convenio establece que en el ejercicio de su competencia en materia de medidas de protección, las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley (artículo 15). En relación con la atribución, ejercicio o extinción de la responsabilidad parental, el Convenio establece una norma de conflicto

de leyes que designa a la ley del Estado de residencia habitual del niño (artículos 16 y 17). Estas normas son complementadas por otras disposiciones que se ocupan de la protección de terceros (artículo 19), del carácter universal de las disposiciones relativas a la ley aplicable (artículo 20), del reenvío (artículo 21) y de los conflictos de sistemas para la elección de la ley, así como de la excepción de orden público (artículo 22).

Normas relativas al reconocimiento y ejecución de las decisiones en el Convenio de 1996 y el Reglamento

Las normas para el reconocimiento y ejecución previstas en el Convenio de 1996 y el Reglamento son similares, con la diferencia que éste último establece un procedimiento de exequátur o cualquier otro procedimiento para el reconocimiento y ejecución (artículos 40 al 45) de ciertas decisiones relativas a derechos de visita y ciertas decisiones que ordenan la restitución del niño conforme al artículo 11(8) del Reglamento (véase más abajo la parte titulada "La orden de no restitución está sujeta a la decisión sobre custodia del tribunal de la residencia habitual del niño").

Consecuentemente, si bien los motivos para la denegación del reconocimiento establecidos en el Convenio serían aplicables a toda decisión dentro del ámbito del mismo (artículo 23 del Convenio), tales motivos estarían limitados en el Reglamento a las decisiones relativas al divorcio, la separación de cuerpos o anulación de matrimonio (artículo 22 del Reglamento) y a las decisiones relativas a la responsabilidad parental (artículo 23 del Reglamento). En lo que se refiere a las decisiones relacionadas con la responsabilidad parental, ambos instrumentos incluyen motivos para la denegación fundados en el orden público (artículo 23(2) *d*) del Convenio y artículo 23 *a*) del Reglamento), la oportunidad del niño de ser oído (artículo 23(2) *b*) del Convenio y artículo 23*b*) del Reglamento), la oportunidad de la persona que sostenga que la decisión atenta contra su responsabilidad parental de ser oída (artículo 23(2) *c*) del Convenio y artículo 23 *d*) del Reglamento), medidas incompatibles (artículo del Convenio 23(2) *e*) y artículo 23 *e*) del Reglamento) y el incumplimiento del procedimiento de consulta previsto para la colocación del niño en otro Estado contratante (artículo 23(2) *f*) del

Convenio y artículo 23 *f*) del Reglamento). Ambos instrumentos incluyen disposiciones relativas a la acción preventiva para el reconocimiento o no reconocimiento (artículo 24 del Convenio y artículo 21(3) del Reglamento). Finalmente, ambos instrumentos disponen de un sistema para la declaración de ejecutoriedad o registro a los fines de ejecución (artículo 26 del Convenio y artículo 28 del Reglamento).

Es importante resaltar que el Reglamento se aplicará, en lo que respecta al reconocimiento y ejecución dentro de la Unión Europea de una decisión sobre una cuestión relacionada con el Convenio dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea, aún cuando el niño involucrado tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que sea Parte contratante del Convenio de 1996 (artículo 61 del Reglamento).

Cooperación bajo el Convenio de 1996 y el Reglamento

Ambos instrumentos establecen la institución en cada uno de los Estados contratantes de una Autoridad Central. Esta es el punto fijo de contacto que responde a las peticiones de las autoridades de los demás Estados contratantes. En principio, no existe obligación a cargo de las Autoridades Centrales de tomar la iniciativa, dar información o coordinar medidas anticipadamente sin que exista una petición (artículos 29-32 del Convenio y artículos 53-55 del Reglamento). Sin embargo, la cooperación establecida en el Convenio de 1996 va más allá del Reglamento tratándose del procedimiento de consulta para la colocación del niño en otro Estado contratante que involucre a autoridades competentes en virtud de los artículos 5 y 10 del Convenio (artículo 33 del Convenio y artículo 56 del Reglamento). Asimismo, permite comunicaciones y peticiones directas de información entre las autoridades de los diferentes Estados contratantes llamados a tomar medidas de protección, por ejemplo, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visita o para garantizar que el niño se encuentre fuera de peligro (artículos 34-37 del Convenio). Comunicaciones del mismo tipo probablemente podrían tener lugar dentro de la Unión Europea a través de la Red

Judicial Europea en materia civil y comercial pero no en virtud del Reglamento en sí. Finalmente, el Convenio de 1996 autoriza a las Autoridades Centrales a celebrar entre ellas acuerdos que faciliten la cooperación (artículo 39 del Convenio).

Reforzamiento del Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores

El Convenio de 1996 refuerza el Convenio de 1980 enfatizando el papel fundamental de las autoridades de la residencia habitual del niño para establecer las medidas que podrían ser necesarias para protegerlo en el largo plazo. También amplía la eficacia de las medidas de protección temporales ordenadas por el juez al momento de la restitución del niño al país del cual fue sustraído, haciendo dichas medidas ejecutables en aquel país hasta en tanto las autoridades puedan por sí mismas adoptar las medidas necesarias de protección. El Reglamento contiene el mismo principio.

El Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y el Reglamento

El Reglamento establece que el Convenio de 1980 seguirá en vigor entre todos los Estados miembros de la Unión Europea garantizando así la continuidad de la aplicación intra y extracomunitaria del Convenio. Además, el Reglamento complementa el Convenio con disposiciones adicionales con el propósito de lograr una cooperación más estrecha y una mayor integración. Estas nuevas disposiciones parecen estar conforme con el Convenio y, en algunos casos, en armonía con disposiciones o práctica existentes. Las nuevas disposiciones del Reglamento prevalecen sobre las disposiciones del Convenio en las relaciones entre los Estados miembros en las materias cubiertas por el Reglamento (artículo 60 del Reglamento).

La definición de “traslado o retención ilícitos” complementada

La definición de “traslado o retención ilícitos” del Reglamento (artículo 2 (11)) es muy parecida a la definición del Convenio de 1980 (artículo 3). Sin embargo, el Reglamento agrega que la custodia “se considera ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución

judicial o por ministerio de ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”. Consecuentemente, el traslado del niño de un Estado miembro a otro sin el consentimiento conjunto de los titulares de la responsabilidad parental será considerado como sustracción del niño en virtud del Reglamento. Esta nueva disposición está en línea con la jurisprudencia del Convenio²² y será de utilidad para los profesionales del derecho y jueces de la tradición de derecho civil, quienes se encuentran limitados a la aplicación de la ley tal como es enunciada en los textos de los tratados y leyes escritas o sus equivalentes.

La oportunidad de ser oído

El Reglamento establece que en la aplicación de los artículos 12 y 13 del Convenio de 1980, deberá garantizarse que el niño tenga la oportunidad de ser oído durante el proceso a menos que esto no sea apropiado habida cuenta de su edad o grado de madurez (artículo 11(2) del Reglamento). Esta disposición no tiene la intención de modificar los procedimientos nacionales aplicables o la práctica existente. Por lo tanto, el niño puede ser oído directamente por el juez o a través de un experto. Para muchos Estados, esta disposición proviene de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y su interpretación, en particular, de los artículos 6 y 8 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* y el artículo 12 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989*.²³ Mientras que 1980 no fue posible alcanzar un acuerdo, hoy es posible establecer una disposición al respecto.

La decisión debe ser dictada en un periodo máximo de seis semanas

En virtud del Reglamento, los órganos jurisdiccionales deberán utilizar los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional y dictar su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda (artículo 11 (3) del Reglamento). Esta estricta fecha límite que se impone a los órganos jurisdiccionales ha sido bien recibida pues establece una obligación más enérgica que la fecha límite flexible

contenida en el artículo 11 del Convenio de 1980. Esta se encuentra conforme con legislación de implementación de varios Estados²⁴ y demuestra que la integración regional permite algunas veces el establecimiento de normas más estrictas. Sin embargo, queda aún por ver si este periodo incluye la etapa de apelación.

La protección del niño después de su restitución debe ser dispuesta con anticipación

El Reglamento refuerza el principio que el órgano jurisdiccional debe ordenar la inmediata restitución del niño restringiendo las excepciones al máximo. El Reglamento restringe el artículo 13(1)(b) del Convenio de 1980 cuando la restitución del niño lo expondría a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo coloque en una situación intolerable. En virtud del Reglamento, en el futuro no será posible para un órgano jurisdiccional denegar la restitución del niño si se establece que han sido tomadas las medidas adecuadas para garantizar la protección del niño contra un riesgo grave después de su retorno. Para los jueces del *common law* no parece tratarse de un nuevo procedimiento;²⁵ sin embargo, para los jueces del derecho civil podría comportar cambios sustanciales en la práctica. Podría ser que en el futuro, los jueces del derecho civil establezcan condiciones o garantías a las órdenes de restitución, si así lo dispone su propia ley. Esta disposición puede impulsar las comunicaciones directas entre jueces a efectos de determinar y evaluar las medidas adecuadas que puedan ser o tengan que ser tomadas para garantizar la protección del niño después de su retorno.²⁶ Esto puede, a su vez, resultar en órdenes espejo en el Estado de residencia habitual. Finalmente, puede animar a las partes a alcanzar un acuerdo sobre las medidas a tomar luego de la restitución.

La orden de no restitución está sujeta a la decisión sobre custodia del tribunal de la residencia habitual del niño

Finalmente, la disposición más innovadora incluida en el Reglamento es la obligación, en el caso de una resolución de no restitución, de transmitir inmediatamente (antes que transcurra un mes) una copia de la resolución

judicial de no restitución al órgano jurisdiccional competente del Estado de origen (artículos 11(6)-(8) del Reglamento). La orden será transmitida directamente o a través de las Autoridades Centrales junto con todos los documentos pertinentes; en particular con una transcripción de las audiencias realizadas ante el tribunal. Esta documentación permitirá al órgano jurisdiccional competente del Estado en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, emprender el procedimiento sobre custodia. Una vez recibida la información del caso, salvo que alguna de las partes haya ya presentado una demanda, el órgano jurisdiccional o la Autoridad Central del Estado de origen deberá notificar a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional en un plazo de tres meses a partir de la notificación. El órgano jurisdiccional deberá archivar el caso si no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto y se establecerá una nueva residencia habitual a favor del niño en el Estado miembro al cual fue ilícitamente trasladado o en el que fue retenido. Por otro lado, si bajo las reclamaciones presentadas por las partes, el órgano jurisdiccional concede la custodia al padre afectado esta decisión prevalecerá sobre la resolución de no restitución. La decisión sobre la custodia será ejecutable en virtud del Reglamento con el fin de garantizar la restitución del niño.

Conclusiones

Posteriormente a la entrada en vigor del Reglamento y a la proliferación de normas regionales e internacionales en relación con la protección internacional de los niños, los retos permanecen sino es que se han incrementado. No existe un sólo órgano jurisdiccional que tenga la última palabra en relación con estas normas. Además, la exitosa aplicación y funcionamiento de estas normas depende de un sistema de cooperación altamente integrado que abarque a todos los actores involucrados tales como jueces, profesionales del derecho, miembros de las Autoridades Centrales, trabajadores sociales y oficiales de las fuerzas del orden.

Con la experiencia obtenida con el Convenio de 1980, hoy en día es aún más cierto que esta área del derecho requiere jueces especializados, concentración de competencia, nombramiento

de jueces de enlace y comunicaciones judiciales directas. A este respecto, dentro de Europa, los mismos jueces deben estar a cargo de la aplicación de los Convenios de 1980, 1996 y del Reglamento. Lo mismo debe recomendarse en relación con las Autoridades Centrales bajo los tres instrumentos. También es importante subrayar que las Autoridades Centrales deben disponer de fondos suficientes y de recursos humanos adecuadamente capacitados. Además, debe proporcionarse capacitación legal a los profesionales de esta área. Debe considerarse la elaboración de guías de buenas prácticas como las que ya han sido creadas. Los jueces de esta área deben ser asistidos mediante seminarios judiciales, boletines judiciales y redes judiciales. Finalmente, debe alentarse el uso de la mediación en tanto sea pertinente y debe darse énfasis al papel de las organizaciones no gubernamentales que asisten a padres y niños.

Sin embargo, el Convenio de 1996 debe entrar en vigor lo antes posible en todo el territorio europeo. A este respecto, la Conferencia de La Haya exhorta a los Estados miembros de la Unión Europea que aún no han ratificado el Convenio a hacerlo de manera colectiva tan pronto como sea posible para beneficio de muchos niños y padres dentro y fuera de la Unión Europea, quienes se encuentran esperando en las sombras. Confiamos en que España y el Reino Unido puedan superar la obstrucción con relación a Gibraltar que, indudablemente está afectando a muchos niños en Europa y alrededor del mundo.

NOTAS

- ¹⁶ Tratado de Ámsterdam que modifica el Tratado de la Unión Europea, tratados que instituyen las Comunidades Europeas y ciertos actos conexos, título VI, artículos 61 c) y 65.
- ¹⁷ Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, punto 33.
- ¹⁸ DO L 338 de 23.12.2003, p. 1 (Bruselas II bis) adoptado el 27 de Noviembre y en vigor desde el 1 de marzo de 2005.
- ¹⁹ *Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes* DO L160/19 (Bruselas II) adoptado el 29 de mayo, entrada en vigor el 1 de marzo de 2001.
- ²⁰ Véase Mário Tenreiro y Monika Ekström, "Recent Development in EC Judicial Co-operation in the Field of Family Law", (2004) *International Family Law*, 30-32. Para una opinión contraria, véase Ursula Rölke y Michael Busch, "Effect of Brussels II bis on Child Protection and Youth Welfare Services", (2004) *International Family Law*, 27-29.
- ²¹ Cabe resaltar que el nuevo Reglamento no contiene ninguna disposición equivalente al artículo 9 del Convenio.
- ²² *In the Marriage of Brandon v. Brandon* (1991) 14 Fam. LR 181 disponible en INCADAT bajo <http://www.incadat.com> HC/E/AU 256; *Spini v. Spini*, [1994] N.B.J. No. 567 (Q.L.) y en INCADAT: HC/E/CA 766; *In the Marriage of Regino and Regino v. The Director-General, Department of Families Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority* (1995) FLC 92-587, y en INCADAT: HC/E/AU 312; *Artso v. Artso* (1995) FLC 92-566 y en INCADAT: HC/E/AU 252; y, *M. v. K.*, 20/06/2000; Iceland Supreme Court y en INCADAT: HC/E/IS 363.
- ²³ *Judges' Newsletter "Special Focus: the child's voice"*, una publicación de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Butterworths – Lexis-Nexis*, Vol. VI / Otoño 2003, p. 18. Véase también Andrea Schulz, "The New Brussels II Regulation and the Hague Conventions of 1980 and 1996" (2004) *International Family Law*, 22-26.
- ²⁴ Véase, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Segunda Parte – Medidas de aplicación*, Jordan Publishing Ltd., nota a pie de página 145, p. 37.
- ²⁵ *Panazatou v. Pantazatos*, No FA 960713571S (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997) y en INCADAT: HC/E/USs 97 ; *Re M. and J. (Abduction)* (International Judicial Collaboration) [1999] 3 FCR 721, y en INCADAT: HC/E/UKe 266 ; and, *D. v G.* [2001] 1179 HKCU 1 y en INCADAT: HC/E/HK 595.
- ²⁶ Documento Preliminar No 6 de agosto de 2002 sobre Mecanismos Prácticos para Facilitar las Comunicaciones Judiciales Internacionales Directas en el contexto del *Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, elaborado por Philippe Lortie, Primer Secretario.

ACTIVISMO JUDICIAL – EL IMPULSO DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL*

El Honorable *Lord Justice Mathew Thorpe*

Head of International Family Law, Inglaterra y Gales

El escenario, historia inicial

El activismo judicial en el contexto del Convenio de 1980 sobre sustracción puede remontarse a la Conferencia de De Ruwenberg de 1998 organizada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. En la primera asamblea de la magistratura internacional especializada se sentaron las bases para la producción de un boletín judicial y para la creación de una red de jueces de enlace. El desarrollo del boletín judicial ha sido obviamente más rápido que el desarrollo de la red de jueces de enlace. Aún cuando la red continua ampliándose de manera estable no lo ha sido de manera importante.

El Reglamento Bruselas II revisado (Reglamento (CE) No. 2201/2003 del Consejo) sustituye y amplía dramáticamente a su predecesor (No 1347/2000). Contiene disposiciones específicas para combatir la sustracción de menores dentro de la Unión Europea. Disposiciones adicionales contemplan y requieren el traslado de casos entre los Estados miembros. Estas características acentúan la necesidad de mayor comunicación y colaboración directa entre los jueces en casos transfronterizos que involucran a más de un Estado miembro de la Unión Europea.

Sin embargo, la Unión Europea, por Decisión del Consejo No. 470/2001 del 28 de mayo de 2001 creó la Red Judicial Europea

(RJE) “para mejorar, simplificar y acelerar la cooperación judicial efectiva entre los Estados miembros en materia civil”. En el lenguaje de la Unión Europea “materia civil” incluye materias de familia. La RJE fue creada en una reunión que tuvo lugar en Bruselas del 3 al 5 de diciembre de 2002. Cada Estado miembro tiene la obligación de nombrar un punto de contacto. Debido a que en la fecha de creación de la RJE pocos casos de derecho de familia provenían del derecho comunitario, el punto de contacto nombrado por el Reino Unido en mi jurisdicción fue un funcionario del Departamento de Asuntos Constitucionales asistido por un juez con responsabilidad únicamente para materias civiles (incluyendo el registro y ejecución de decisiones extranjeras).

Lecco

La Comisión Europea junto con Italia (país que ejercía la Presidencia) convocó una conferencia en Lecco, en el norte de Italia, del 9 al 11 de octubre de 2003 denominada “Cooperación judicial en materia de derecho de familia transfronterizo”. En las actas subsecuentes preparadas por la Comisión Europea se encuentra este importante párrafo: “Los jueces deben recibir capacitación adecuada antes de la entrada en vigor del nuevo Reglamento, el cual contiene numerosas innovaciones en relación con el reglamento actual Bruselas II. La Red Europea de Formación Judicial debe ser empleada en este contexto. La Red Judicial Europea también juega un papel fundamental al respecto. Los jueces de enlace especializados en derecho de familia deberán estar efectivamente integrados a la Red y difundirán información acerca del nuevo Reglamento a nivel nacional.”

En actas también se encuentra la siguiente resolución: “dentro de la estructura de la Red Judicial Europea deberá redactarse un vademécum para su empleo por jueces y demás profesionales del derecho en la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II.”

Conferencia judicial anglo y germano parlante

Se trata de una conferencia permanente encargada de organizar cada dos años,

debates a nivel internacional entre jueces sobre temas pertinentes en el curso de tres días. La Conferencia del 2004 tuvo lugar en Cardiff, Gales del 8 al 11 de septiembre. En la conferencia estaban representados nueve Estados miembros. Olivier Tell, funcionario encargado de la RJE, presentó ante la conferencia un documento acerca del pasado, presente y futuro de la RJE. Refiriéndose a la actividad futura de la RJE en el campo del derecho de familia, Olivier escribió lo siguiente: "La Red no impide la comunicación directa entre los jueces y los tribunales. En principio, la Comisión no se opone a la designación de un juez especializado en cuestiones de familia como miembro del RJE. Pero puede ser que algunos Estados miembros consideren útil establecer jueces de enlace o jueces especializados en cuestiones de familia para colaborar con el funcionamiento del Reglamento Bruselas II. Este acuerdo, en el contexto del RJE podría conducir a una relación efectiva entre jueces y Autoridades Centrales, así como entre los mismos jueces, y por consiguiente, contribuir a una más rápida resolución de los casos de responsabilidad parental en aplicación del Reglamento."

La guía de la Comisión para la utilización del Reglamento de Bruselas

La decisión tomada en Lecco de producir un vademécum fue implementada a través de la creación de un grupo de expertos para la redacción del documento. El Reino Unido contribuyó enviando de su jurisdicción al Sr. Singer J. El borrador de la guía fue presentado en la reunión de personas designadas como puntos de contacto de la RJE que se realizó en junio de 2004. El capítulo X de la guía práctica, en su versión final y aprobada, se refiere a la colaboración judicial directa mencionada por Olivier Tell en su presentación. Los párrafos pertinentes merecen citarse en su integridad:

"Paralelamente a los requisitos para que las autoridades centrales cooperen, el Reglamento requiere que los órganos jurisdiccionales de diversos Estados miembros cooperen a diversos efectos. Ciertas disposiciones imponen obligaciones específicas a los jueces de diversos Estados miembros para que comuniquen e intercambien información en el contexto de la

remisión de un asunto (véase el capítulo III) y de la sustracción de menores (véase el capítulo VII).

Para favorecer y facilitar tal cooperación, deben fomentarse las deliberaciones entre jueces, tanto en el contexto de la Red Judicial Europea como a través de las iniciativas organizadas por los Estados miembros. La experiencia del "juez de enlace" organizado en el contexto del Convenio de La Haya de 1980 puede ser instructiva en este contexto.

Puede ser que algunos Estados miembros consideren digno de interés establecer jueces de enlace o especializados en derecho de familia para ayudar al funcionamiento del Reglamento. Tales acuerdos, en el contexto de la Red Judicial Europea, pueden conducir al contacto efectivo entre Autoridades Centrales y jueces así como entre estos últimos, y contribuir por lo tanto a resolver más rápidamente los asuntos en materia de responsabilidad parental conforme al Reglamento."

Aún sin hacer alusión expresa a la red de jueces de enlace creada para el mejor funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980, la oportunidad de un intercambio fructífero resultaría obvia. La expansión de la red de jueces de enlace de La Haya entre los Estados miembros ha demostrado ser problemática, en parte debido a que algunos Estados miembros no cuentan con un sistema unificado de justicia en materia de familia, también en parte dadas las diferentes tradiciones de los Estados del *common law* y de derecho civil, y en parte también a que en algunos Estados miembros el nombramiento del juez de enlace está sujeto a la aprobación del Ministro de Justicia. Actualmente, los Estados miembros que han nombrado jueces de enlace se reducen al Reino Unido (en todas sus diferentes jurisdicciones), Dinamarca, Malta, Suecia, Chipre y los Países Bajos. Sin embargo, debe existir el deseo real de que las obligaciones de los Estados miembros de disponer procedimientos para la participación judicial en la RJE conducirá al nombramiento de jueces de enlace en el contexto del nuevo Reglamento de Bruselas. Seguramente sería

difícil para cualquier Estado miembro que nombre un juez de enlace a los fines del Reglamento, explicar racionalmente la decisión de abstenerse de participar en la red de jueces de enlace del Convenio de La Haya de 1980. En mi calidad de juez de enlace para Inglaterra y Gales conforme al Convenio de La Haya de 1980, pretendo actuar como juez de enlace en mi jurisdicción a los fines del Reglamento. Es en este sentido que sugiero en el título de este artículo, que el Reglamento actuará como un impulso para el reforzamiento y la ampliación de la red global de jueces especialistas en derecho de familia a nivel internacional.

Existen señales alentadoras: Primero, Alemania ha designado recientemente tres jueces cada uno con la responsabilidad de actuar como juez de enlace en su propia región. Segundo, Francia está considerando seriamente nombrar jueces de enlace en las cortes de apelación regionales. Tercero, y de mayor significado es la formalidad y la permanencia de la decisión de los Países Bajos de crear un marco legislativo para la designación de jueces de enlace.²⁷ Finalmente, el Reino Unido se encuentra aprovechando la oportunidad de ejercicio de la Presidencia, para dirigirse por escrito a todos los Ministros de Justicia de todos los Estados miembros de la Unión Europea recomendándoles la designación de jueces de enlace para alcanzar una mayor colaboración en la aplicación del derecho de familia comunitario. El apoyo ministerial para una colaboración judicial reforzada es crucial dado que en la mayoría de los sistemas legales europeos, la designación oficial de un juez de enlace es vista como una decisión del gobierno y no como una que concierne a la judicatura y a ser tomada por el *Chief Justice* (Presidente de la Corte Suprema).

NOTAS

* Las traducciones de las citas del presente artículo han sido realizadas por la Oficina Permanente.

²⁷ Véase la nota siguiente.

EXTRACTO DEL PROYECTO DE LEY SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, ELABORADO EN LA HAYA EL 19 DE OCTUBRE DE 1996, Y EL REGLAMENTO DEL CONSEJO (CE) N. 2201/2003 DEL 27 DE NOVIEMBRE 2003 RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL POR EL QUE SE DEROGA EL REGLAMENTO (CE) N. 1347/2000 (DO L 338), Y REFORMA EL CÓDIGO CIVIL, EL CÓDIGO DE PROCESAL CIVIL Y LA LEY RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO COMUNITARIO SOBRE LA EJECUCIÓN (LEY DE IMPLEMENTACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL NIÑO)

[Nota del editor: A continuación se presenta un extracto del proyecto de ley de los Países Bajos relativo a la aplicación del Convenio de 1996 y al Reglamento Bruselas IIbis. Los lectores podrían estar interesados en estas disposiciones relativas a la cooperación internacional entre tribunales.]

**Capítulo 7 - Cooperación internacional entre tribunales
Sección 24**

1. El Consejo de la Magistratura designará uno o más jueces de niños, los cuales estarán encargados, en particular, de facilitar el contacto entre los tribunales de los Países Bajos ante los cuales se estén tramitando procedimientos en virtud del Convenio, el Reglamento o la presente Ley y los tribunales extranjeros competentes en estas materias, así como el contacto entre tribunales extranjeros ante los cuales se estén tramitando tales procedimientos y los tribunales de los Países Bajos competentes para conocer dichas materias.

2. Si un tribunal de los Países Bajos desea consultar a un tribunal extranjero sobre un procedimiento a que se refiere el apartado 1, podrá hacerlo con la intermediación del juez a que se refiere el apartado 1.

3. Si un tribunal extranjero desea consultar a un tribunal de los Países Bajos sobre un procedimiento a que se refiere el apartado 1 y que se esté tramitando ante él, podrá hacerlo con la intermediación del juez a que se refiere el apartado 2.

4. Si se requiere la traducción de documentos en relación con una consulta a que se refieren los apartados 2 o 3 o si es necesaria la asistencia de un intérprete para tal fin, el juez a que se refiere el apartado 1 dispondrá las medidas al respecto.

5. Antes que se absuelva la consulta a que se refiere el apartado 2, el tribunal ante el cual se esté tramitando el procedimiento

informará a las partes al respecto. Luego de absuelta la consulta, el tribunal informará a las partes sobre la misma.

6. La transmisión de las solicitudes previstas en los artículos 8 y 9 del

Convenio y artículo 15 del Reglamento deberá efectuarse con la intermediación del juez a que se refiere el apartado 1. El tribunal que ha transmitido la solicitud deberá informar al respecto a las partes. [Traducción de la Oficina Permanente]

II. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

REFLEXIONES POR EL XXV ANIVERSARIO DEL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Sr. Adair Dyer

Abogado, Austin, Texas, Estados Unidos de América y ex Secretario General Adjunto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

¿Qué significa para mí el advenimiento del vigésimo quinto aniversario?

Ante todo, sorpresa y maravilla frente a la difusión geográfica que ha alcanzado el Convenio. ¿Quién habría pensado que este tratado sería atractivo tanto para los Estados del Sur – Australia y Nueva Zelanda, Sudáfrica, Argentina y Chile – como para aquellos del Norte – Canadá, Noruega, Suecia, Finlandia? La cobertura en el continente eurasiático empieza con la salida del sol en China – las Regiones Administrativas Especiales de Hong Kong y Macao – y se acaba con la puesta del sol en el extremo fin del cabo sur occidental de Portugal. Desde luego, quedan amplias lagunas en medio.

Decisivos para la difusión mundial del Convenio ha sido su texto sencillo y directo, sin discriminaciones de género, y el excelente Informe Explicativo elaborado por su

ponente, Elisa Pérez-Vera (entonces profesora y hoy jueza de la Corte Constitucional española). Su informe ha sido citado por tribunales alrededor del mundo – incluso en países donde existe recelo en cuanto a la utilización de la exposición de motivos de una ley como instrumento interpretativo.

En segundo lugar, existe reconocimiento al apoyo que distintas organizaciones intergubernamentales han otorgado a los principios en que se funda el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores. El Consejo de Europa en Estrasburgo tuvo la amabilidad de invitar a los Estados miembros que han ratificado o adherido al Convenio de La Haya a enviar observadores a sus reuniones para examinar el ETS No. 105 (*Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia*). De igual modo, la Conferencia de La Haya ha invitado a los Estados miembros del Consejo de Europa que no son miembros de su organización pero que han adherido al ETS No. 105 a enviar observadores a las reuniones organizadas en el Palacio de la Paz.

El Instituto Interamericano del Niño de Montevideo, una agencia de la Organización de Estados Americanos, a través de la CIDIP-IV realizada en julio de 1989 elaboró la *Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores* y trabajó con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya para ampliar el entendimiento de aquellos principios en América Latina.

El Comité de los Derechos del Niño ha invitado en numerosas ocasiones a observadores de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya (entre ellos al autor) a asistir a sus reuniones en Ginebra para supervisar la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN) (adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989) y exponer sobre el progreso y los principios del Convenio de La Haya de 1980 – que se reflejan directamente en el artículo 11 de la CDN, e indirectamente en sus artículos 10 y 12. Sería difícil sobrestimar la influencia de la CDN y su comité de

supervisión en la promoción de la difusión geográfica del Convenio de La Haya.

Finalmente, es conocida la presión continua sobre los jueces llamados a interpretar y aplicar el Convenio de La Haya. En muchos países, un juez se encuentra con un caso relacionado con el Convenio de La Haya solamente una vez durante toda su carrera. Varios países han tomado la iniciativa de organizar seminarios o coloquios bilaterales o multilaterales para los jueces o impartir cursos especiales para jueces que a su vez podrían capacitar a otros jueces en sus jurisdicciones. La Oficina Permanente ha organizado conferencias multilaterales – notablemente para los jueces de América Latina – y ha instituido una forma de contacto continuo a través del Boletín de los Jueces.

¿Cuáles son las ventajas del Convenio de La Haya? Aparte de su función disuasiva, o de las ventajas prácticas de un caso de restitución resuelto exitosamente que restablece la relación entre el niño y el progenitor afectado, existe la ventaja de que el tratado encamine las actividades de ese padre o madre por vías legales, evitando los peligros y la alteración debidos al intento de hacerse justicia por sí mismo (con una nueva sustracción). Internacionalmente, existe la ventaja de que los litigios bajo el Convenio de La Haya crean una estructura visible de expertos legales que han tratado casos en relación con el Convenio de La Haya.

De este modo, un abogado en un Estado contratante puede guiar a su cliente hacia una asesoría racional y experta en otros Estados contratantes, lo cual puede disuadir a quien contemplaba la sustracción de un niño (o el financiamiento de la misma). Esto contribuye al efecto disuasivo y tiende a canalizar las peticiones de reubicación y las controversias sobre el derecho de visita, así como los procedimientos para la restitución hacia una actividad pacífica – y no violenta. Durante los primeros años del Convenio de La Haya, la *International Academy of Matrimonial Lawyers* proporcionó ayuda haciendo las veces de una red de abogados de referencia para los casos relacionados con el Convenio. La sección de la práctica general de la *International Bar Association (IBA)* y los presidentes de IBA – motivados por la

difunta Margaret Bennett, prestigiosa abogada londinense – ayudaron a fomentar la amplia difusión geográfica del Convenio. Las organizaciones no gubernamentales – tales como Reunite en Leicester, Inglaterra, NCMEC en Alejandría, Virginia, Estados Unidos y la IAF en Frankfurt, Alemania han desempeñado un papel fundamental en llevar el Convenio a la actualidad cotidiana internacional. Actualmente, ICMEC desempeña un papel cada vez más constructivo en el ámbito multinacional.

Las Autoridades Centrales realizan actividades decisivas en la lucha contra la sustracción internacional de niños. Los países han terminado con el tradicional sistema del anonimato burocrático para pasar a identificar con un nombre y número de teléfono a las “personas de contacto” que están allí para facilitar el manejo de las solicitudes de restitución y derecho de visita. El modelo fue llevado a cabo por el fallecido y aún profundamente añorado magistrado francés, Louis Chatin, quien fue una Autoridad Central proactiva en “dos sentidos” (para los Convenios de La Haya sobre notificación y obtención de pruebas). El modelo ha persistido y se ha desarrollado en todos los Convenios de La Haya para la protección de los niños (y adultos incapaces) elaborados desde 1980.

A través de las discusiones en los seminarios de jueces también ha sido explorada y ampliada, en los límites de la ética judicial, la cooperación y comunicación entre los jueces de los diferentes países. El amplio campo de aplicación del Convenio de 1996 sobre la protección de los niños, el cual contiene disposiciones explícitas para la consulta – e incluso deferencia – entre los tribunales de los diferentes países, puede ofrecer nuevas posibilidades de comunicación para promover la restitución sin peligro de los niños sustraídos. Se ha desarrollado ya la tendencia por parte de tribunales o autoridades de organizaciones no gubernamentales especializadas de facilitar la reunificación y la reintegración de los niños con los progenitores de los cuales han sido separados.

Se hace referencia a los Convenios de La Haya de 1980, 1993 y 1996 como a una “trilogía” de tratados que se ocupan de la protección a los niños. La historia legislativa

de estos Convenios, además de estar contenida en los volúmenes editados por la Oficina Permanente y publicados por la imprenta del gobierno de los Países Bajos, ha sido publicada por la Oficina Permanente en un CD-ROM titulado *"The Children's Conventions"*. La fácil accesibilidad de estos *"Proceedings"* – con sus cuadros de referencia que permiten seguir la historia legislativa de cada disposición textual – promete una larga y útil vida para estos tres acuerdos que trabajan para el beneficio del futuro de nuestra civilización: nuestros niños.

[*Nota del editor:* La edición de la Primavera de 2006 del Boletín de los Jueces tendrá como tema el 25 aniversario del *Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*]

VIOLENCIA DOMÉSTICA Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS: ALGUNAS PAUTAS DE REFLEXIÓN

El Honorable Juez Jacques

Chamberland

Juez de la Corte de Apelación de
Québec, Canadá *

El *Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* está basado en el total y unánime rechazo a la sustracción internacional de menores y en la total convicción de que la mejor manera para disuadir a los progenitores de recurrir a la misma es privando a la acción del sustractor de cualquier consecuencia práctica y jurídica; de ahí la obligación impuesta a las autoridades del Estado de refugio, salvo en pocas excepciones, de ordenar la inmediata restitución del niño al Estado de su residencia habitual.

Han pasado muchas cosas en los últimos veinticinco años. El mundo ha cambiado y ha cambiado también el perfil del sustractor. En un principio, el perfil del sustractor era generalmente el de un padre escapando al extranjero con su hijo o hija después de haber perdido su custodia o después de tener la certeza de que perdería dicha custodia. Hoy en día, las estadísticas muestran que las madres constituyen la inmensa mayoría de los sustractores.²⁸ Más de la mitad de estas mujeres²⁹ sostienen que recurrieron a la sustracción para escapar de la violencia doméstica de la cual eran víctimas.³⁰

Las soluciones posibles

En la literatura sobre sustracción internacional de niños es posible identificar cuatro soluciones que tienen como objetivo permitir a los jueces tratar mejor las

necesidades de las víctimas de violencia doméstica:

1. Acompañar la orden de restitución con algunas medidas que garanticen la seguridad de la persona que alega ser víctima de violencia doméstica (estas medidas a menudo reflejan las garantías del padre que solicita la restitución del menor);
2. Hacer que los Estados parte del Convenio de 1980 ratifiquen el *Convenio de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* el cual permite al juez, en situaciones de urgencia, tomar las medidas de protección necesarias que garanticen la seguridad del niño (y a la del sustractor) y hacer que dichas órdenes sean ejecutivas en todos los Estados miembros;
3. Añadir al Convenio una excepción que trate específicamente sobre la violencia doméstica; y finalmente,
4. Una solución híbrida por la cual la restitución del niño se difiera hasta que la cuestión de la custodia haya sido decidida por las autoridades de la residencia habitual.

Las medidas subordinadas a la orden de restitución

El progenitor que solicita la restitución del menor generalmente está listo para proporcionar las garantías requeridas destinadas a facilitar la emisión de la orden de restitución. Estas garantías persiguen la solución de los problemas asociados con la restitución del niño, incluyendo, según el caso, los problemas relacionados con las acusaciones de violencia doméstica lanzadas contra él o ella por el sustractor.

En la mayoría de los casos, el juez incorporará estas garantías como parte integrante de la orden de restitución.

Estas medidas tienen una limitación temporal; expiran cuando las autoridades judiciales del Estado de residencia habitual del

niño toman la responsabilidad del expediente. Se justifican en la medida en que aspiran a mejorar el bienestar del niño (y según el caso, del progenitor sustractor) y hasta que el tribunal de la residencia habitual decide acerca de la custodia. A menudo demuestran ser esenciales para convencer a la madre a regresar con el niño; en el caso de niños muy pequeños, con frecuencia el juez prevé el retorno de la madre con el niño como una condición *sine qua non* para su restitución.

Estas medidas constituyen una solución válida en la medida en que, claro está, el Estado de la residencia habitual del menor trate la cuestión de la violencia doméstica con seriedad y cuente con las herramientas necesarias para proteger a las víctimas. Finalmente, son ventajosas en tanto permitan una solución simple y pragmática de la cuestión sin que el tribunal tenga que examinar el fondo del asunto y pronunciarse sobre las acusaciones de violencia doméstica.

Pero esta solución tiene sus límites.

El Convenio no contiene disposición alguna que reconozca formalmente la validez de estas medidas ni un mecanismo que las haga ejecutivas en el Estado de residencia habitual del niño. Para superar esta dificultad, algunos jueces (particularmente en las jurisdicciones del *common law*) requieren una orden paralela de parte de las autoridades judiciales del Estado de residencia habitual del niño ("órdenes paralelas de protección" - *parallel safe harbour orders*- u "órdenes espejo") considerando las mismas como condición *sine qua non* para la emisión de la orden de restitución. Sin embargo, el procedimiento es inseguro en cuanto ciertas jurisdicciones (particularmente aquellas jurisdicciones de tradición de derecho civil) consideran que no tienen competencia para emitir tales órdenes; además, el procedimiento es considerablemente engorroso y costoso en cuanto las partes deben dirigirse no solamente a las autoridades judiciales del Estado de refugio sino también a las autoridades judiciales del Estado de residencia habitual del niño.

Otra dificultad reside en el desequilibrio de fuerzas entre el abusador y su víctima. El juez debe estar bien consciente de este desequilibrio en el momento de preguntar

a la víctima si está satisfecha con las garantías para su seguridad propuestas por el reclamante; el juez debe ser consciente de la potencial intimidación ejercida sobre estas víctimas, especialmente sobre aquellas que carecen de abogado.

Finalmente, aún cuando las garantías y las medidas judiciales que las reflejan constituyen una solución válida en muchos casos, existen casos en los cuales serían totalmente inapropiadas. Por ejemplo, cuando el presunto abusador tiene la (merecida) reputación de no respetar las órdenes del tribunal.

Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños

La otra solución posible sería emplear el Convenio de La Haya de 1996 para permitir al juez ante el cual ha sido presentada una petición para la restitución, pronunciar las órdenes requeridas (con o sin que las garantías hayan sido tomadas por el presunto abusador) para garantizar la seguridad de la víctima (y la del niño) y para hacer dicha orden ejecutiva dentro de las jurisdicciones extranjeras, especialmente en el Estado de residencia habitual del niño.

Sería suficiente para los Estados vinculados por el Convenio de 1980 adherirse al Convenio de 1996.³¹

El artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996 permite al juez, en todos los casos de urgencia, tomar toda medida de protección necesaria para garantizar la seguridad del niño. La gama de dichas medidas es extremadamente amplia e incluye las medidas de protección destinadas a garantizar la seguridad de la madre que acompaña al niño en su regreso al Estado de residencia habitual; no existe límite real a la elección de la medida mas que la imaginación de las partes y la del juez.

Sin embargo, muchos estiman que es una visión utópica el considerar al Convenio de La Haya de 1996 como la respuesta al problema de la violencia doméstica. En este

momento, muy pocos Estados se encuentran vinculados por el Convenio.

Debe también quedar claro que esta solución – así como la anterior – tiene valor solamente en la medida en que las autoridades de la residencia habitual estén habilitadas para asegurar el respeto de las órdenes judiciales sobre violencia doméstica, lo cual, desafortunadamente, no siempre sucede.

Así mismo, es esencial que el juez sea de la opinión de que la situación es “urgente” en el sentido del artículo 11 antes de considerar la posibilidad de tomar cualquier medida de protección. No obstante, no existe definición de “urgencia” en el Convenio de La Haya de 1996.

Finalmente, el Convenio de 1996 indica que las medidas tomadas por las autoridades de un Estado decaen en cuanto las autoridades del lugar de residencia habitual tomen las “medidas exigidas por la situación” (artículo 11(2)). Algunos consideran que estas autoridades podrían ordenar medidas menos severas para el abusador, sea por simpatía nacionalista o porque la víctima no se encuentra en ese lugar para hacer valer su punto de vista.

Una nueva excepción hecha a la medida

Algunos son de la opinión que el Convenio debe ser modificado para agregar una nueva excepción relativa a la violencia doméstica.

Aquellos a favor de esta nueva excepción hacen referencia a una disposición similar contenida en la sección 285 del Código Penal canadiense:

“Nadie puede ser declarado culpable de un delito en virtud de las secciones 280 a 283 si el tribunal está convencido de que la sustracción, seducción, ocultamiento, retención, encubrimiento o acogida de cualquier persona joven fue necesaria para protegerla del peligro de un daño inminente o si la persona acusada del delito escapaba de un peligro de daño inminente.” (subrayado adicional) [Traducción de la Oficina Permanente]

Es evidente que una nueva excepción como

la mencionada constituiría la solución definitiva al problema de violencia doméstica. Sin embargo esta solución, a pesar de su eficacia, no se encuentra libre de ciertas dificultades.

Uno podría preguntarse si esta excepción no cambia drásticamente el sencillo mecanismo establecido por el Convenio al obligar al juez a explorar la situación fáctica de las partes, con las dificultades y retrasos que ello implica. Inevitablemente nos desplazaríamos de un procedimiento sumario y expedito, cuyo único propósito es identificar el foro donde debe analizarse el fondo del asunto, hacia un procedimiento pesado y complejo sobre la relación entre los padres y sus respectivas aptitudes para cuidar de sus niños.

Así también, es de esperarse que esta nueva excepción sea invocada en casi todos los casos dado que el concepto de violencia doméstica, en su sentido más amplio, incluye no sólo situaciones de violencia física sino también situaciones de violencia psicológica.

La mayor dificultad, sin embargo, es que esta nueva defensa constituiría un importante cambio en la orientación conceptual del Convenio.

Por primera vez, el juez estaría llamado a tomar en cuenta las **razones** que impulsaron el actuar del progenitor sustractor. Este tipo de análisis, aunque común en el contexto del derecho penal no lo es en un contexto de derecho civil. Además, cuando se trata de examinar los motivos del progenitor sustractor, uno podría preguntarse ¿por qué un juez debe negarse a ordenar la restitución del niño cuando el demandado está escapando de la violencia doméstica pero no cuando él o ella está escapando de una situación de pobreza extrema? o cuando el demandado escapa de un país en el cual no se respeta su cultura aborigen o cuando el demandado, siendo muy religioso, escapa de un Estado en el cual no se le permite practicar su religión tan plenamente como él o ella querría o finalmente, cuando el demandado, siendo profundamente apegado a sus orígenes lingüísticos, escapa de un Estado que no le permite usar plenamente su idioma de origen.

Una solución híbrida

La profesora Merle H. Weiner propone³² que la restitución del niño sea **temporalmente pospuesta** hasta que sea resuelta la custodia por las autoridades de la residencia habitual y la víctima de la violencia doméstica participe en el debate a distancia. Adicionalmente, sería posible pedir a las autoridades judiciales del Estado de residencia habitual declinar su competencia a favor de las autoridades del Estado donde se hallen el progenitor sustractor y el niño.

Esta solución implica que el progenitor sustractor, como primer paso, logre probar que su decisión de huir al extranjero es atribuible a la violencia de la cual era víctima.

Según la profesora Weiner, esta solución permitiría que la cuestión de la custodia sea decidida por las autoridades de la residencia habitual del niño – tal como lo establece el Convenio – y al mismo tiempo garantizaría la seguridad de la persona que argumenta haber sido víctima de violencia. Si las autoridades conceden la custodia exclusiva del niño a la víctima, o declinan su competencia a favor de los tribunales del Estado donde se han refugiado, habrá sido evitado el retorno innecesario del niño.

Esta solución aunque atractiva no deja de presentar ciertas dificultades importantes.

De hecho, no combate la plaga de la sustracción internacional de niños; al contrario, constituye casi un incentivo en la medida en que el progenitor sustractor mantendrá la idea de que su decisión no tiene consecuencias prácticas e inmediatas puesto que el niño permanecerá en el Estado en que se han refugiado hasta que haya sido pronunciada la decisión relativa a la custodia. Incluso podría decirse que va contra la lógica del Convenio; mientras el método elegido para disuadir a los padres de la sustracción de sus niños es despojar todas sus acciones de cualquier consecuencia práctica y legal, la solución propuesta ampara las acciones de toda una categoría de sustractores contra cualquier medida real de corrección.

Así también, la audiencia respecto de la custodia se vuelve más complicada dado que la víctima será oída a distancia, con todas las

dificultades que esto comporta; especialmente cuando el juez, de frente a versiones contradictorias, debe evaluar la credibilidad de ambos padres.

¿Qué puede decirse de aquellos casos en los cuales la ley establece, en tales circunstancias, la obligación judicial de oír al niño?

Esta solución traería también la ineludible consecuencia de crear retrasos desde que corresponde a las autoridades de ambos Estados analizar las pruebas que sostienen la acusación de violencia doméstica; primero en el Estado de refugio, antes de posponer la ejecución de la orden de restitución, y luego en el Estado de residencia habitual del niño, antes de pronunciarse sobre la custodia.

Finalmente, en caso que eventualmente el tribunal concediera la custodia del niño al progenitor afectado, sería aún más difícil ordenar la restitución del niño dado el retraso – mas o menos extenso – para que sean atendidos los procesos judiciales.

Conclusión

La violencia doméstica es un problema real; sería irresponsable actuar como si ésta no existiera dentro del contexto de la sustracción internacional de niños. La situación actual no es satisfactoria. Los conceptos sobre los cuales se basa el Convenio difícilmente permiten tomar en consideración esta realidad. Es fundamental explorar otras alternativas. Aquí han sido mencionadas cuatro, cada una de las cuales cuenta con puntos a favor y en contra.

No existe una solución mágica ni perfecta a la difícil cuestión de la sustracción internacional de un niño en un contexto de violencia doméstica.

En mi opinión, debemos buscar una solución que permita continuar la batalla contra la sustracción internacional de niños y, al mismo tiempo, garantizar la seguridad de las víctimas de violencia doméstica.

En la medida de lo posible, la solución debe ser moldeada sobre la base de lo que ya existe, haciendo todo esfuerzo posible para

no destruir el espíritu del Convenio ni perder de vista sus objetivos.

Hoy en día la mayor parte de los jueces son sensibles a las dificultades que enfrentan las víctimas de violencia doméstica. Un vasto número de estos jueces acompañan la orden de restitución con las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los niños y, cuando la situación así lo exige, del progenitor con el cual han huido; a menudo, estas medidas son el reflejo de las garantías brindadas por el otro progenitor. No obstante, numerosos jueces aún vacilan en seguir este camino; a veces porque temen carecer la competencia para hacerlo o simplemente porque les preocupa que sus órdenes se conviertan en letra muerta en el extranjero.

Así pues, una solución sería, en último caso, reconocer formalmente a los jueces la competencia para dictar dichas medidas y para indicar que tales medidas son ejecutivas, sin requerir alguna otra formalidad, tanto en el Estado de residencia habitual del niño como en el Estado donde han sido dictadas. Si es imposible alcanzar este objetivo a través de la reforma del Convenio – y esta es una gran posibilidad dado que el Convenio no contiene un mecanismo de modificación – sería posible resolver la dificultad haciendo que en cada Estado vinculado por el Convenio se adopten, antes de una fecha determinada, las medidas legislativas encaminadas a conceder a las autoridades judiciales la competencia para incorporar en la orden de restitución las medidas de protección adecuadas y a facilitar el reconocimiento y la ejecución de tales órdenes emitidas por una autoridad extranjera. Finalmente, y sobretodo, los Estados contratantes deben imponerse como disciplina aceptar la adhesión sólo de aquellos Estados que reconocen el problema de la violencia doméstica y que han puesto en práctica – realmente y ¡no sólo en teoría! – medidas para proteger adecuadamente a las víctimas.

De todas maneras, sin importar cual sea la solución, la comunidad internacional debe mantener un debate abierto, franco y sin prejuicios sobre esta materia ... y resolverla. La situación actual no es saludable. El problema de la violencia doméstica surge todos los días ante los tribunales. Algunas veces la realidad de estas víctimas es muy

difícil. Los jueces no están muy seguros sobre como reaccionar dada la incertidumbre que rodea la materia. Ellos desean ser fieles al espíritu y a la letra del Convenio pero no desean cerrar los ojos a la realidad que afrontan las víctimas de violencia doméstica.

Corresponde a la comunidad internacional diseñar una solución original que garantice a la vez la seguridad de las víctimas y la perpetuidad del Convenio.

NOTAS

- * El autor agradece al Sr. Bertrand Gervais, Secretario Judicial de la Corte de Apelación de Québec, por su colaboración en la investigación.
- ²⁸ El 69%, según un estudio de Nigel Lowe, Sarah Armstrong y Anest Mathias, Análisis estadístico de las solicitudes presentadas en 1999 en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 - *Part I (Doc. Prel. No 3 de marzo de 2001, versión revisada noviembre 2001)*, página 8 (disponible en: < www.hcch.net>bajo *Conventions* → *Convention 28* → *Statistics*).
- ²⁹ El 54%, véase Geoffrey L. Greif & Rebecca L. Hegar, *When Parents Kidnap: The Families Behind The Headlines*, *The Free Press*, New York, 1993, en página 36 y 272.
- ³⁰ William Duncan, *Action in Support of the Hague Child Abduction Convention: A View from the Permanent Bureau*, *New York University Journal of International Law and Politics*, Fall 2000, No 1 p 103-123, a página 112.
- ³¹ Véase Linda Silberman, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children: Should the United States Join?* *Family Law Quarterly* Vol. 34 (2000) p 239.
- ³² Merle H. Weiner, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, 69 *Fordham Law Review* 593 (2000).

SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES - PROCEDIMIENTO PROPUESTA DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA PARA EL MERCOSUR

La Honorable Juez Graciela Tagle
Juez de Familia de la Primera
Circunscripción Judicial de la Ciudad de
Córdoba, Republica Argentina

El objetivo de este trabajo es proponer los principios que deben regir en el MERCOSUR, en el procedimiento de restitución internacional de menores en aplicación de la *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*. Asimismo propone un procedimiento con las características que la ley de fondo señala cuando se refiere a "rápido regreso". Adviértase que la citada Convención establece un plazo de ocho días hábiles para presentar la oposición a la restitución a partir de que la autoridad judicial o administrativa toma conocimiento personal del menor; como contraposición, todo el proceso según el trámite que propicio, se lleva a cabo en una audiencia, que permite la alegación y prueba y conforme lo visto y oído el Juez resuelve. Entiendo que el trámite establecido en el Convenio regional le resta eficacia.

Lo sostenido y la propuesta se asienta en la experiencia de nuestros Tribunales, en los que un procedimiento restitutorio en aplicación de la Convención Interamericana que fuera iniciado en el año 2002, denegada la restitución por la Juez y revocada la misma por el Superior Tribunal de Justicia, que ordenó la restitución, todavía no se ha efectivizado puesto que está pendiente de resolución un recurso extraordinario, con efecto suspensivo, presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde se han ordenado recientemente pericias psicológicas de la menor. Desde su inicio han transcurrido tres años.

Como contrapartida, en un proceso de

restitución de una menor trasladada ilegalmente a la Argentina, iniciado en el juzgado a mi cargo, por un ciudadano colombiano, en el que se aplicó el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores*, con el procedimiento propuesto, se resolvió la restitución de la menor en un plazo menor a cuatro semanas (se inició el 6 de octubre de 2003 y se finalizó el 31 de octubre del mismo año). Esto enseña que la mención a "procedimientos de urgencia de que dispongan" que contiene la Convención de La Haya es suficiente y que los plazos previstos pueden cumplirse, evitando dilaciones. La elección del trámite también resulta de fundamental importancia en orden a los efectos de la vía recursiva.

Principios

Son las normas o reglas que contienen, técnicamente, el modo que se va a desarrollar la actividad judicial. Nos referiremos a los propuestos aclarando que el juez competente para entender en estos conflictos es el Juez de Familia por su especialidad en el conflicto familiar, como así también por la exclusividad de su competencial material.

Inmediación

La elección del juicio oral propiciado consagra el principio de la inmediatez. Refiere al contacto directo como a la comunicación personal del juez con las partes, los participantes, los órganos de prueba y el equipo técnico multidisciplinario. Requiere un juez director, conocedor del litigio, dinámico que procure conciliar a las partes en orden a una devolución voluntaria del menor. En la audiencia fijada a los fines de la restitución del menor, las partes comparecen ante el Juez personalmente o por apoderado, toman contacto con el material probatorio, se escucha al menor y se resuelve.

Conciliación

Es la actividad del juez, por medio de la cual intenta en la audiencia, avenir a las partes en conflicto.

Esta función conciliadora debe observarse en todo el procedimiento restitutorio, debiendo ser cumplida personalmente por el juez, bajo pena de nulidad. Puede ser total, consistente en que las partes acuerden la restitución del menor o parcial cuando, ordenada la restitución por el

Juez, se conviene respecto al modo que se llevará a cabo lo resuelto. Estos acuerdos deben ser homologados por el juez, causando ejecutoria. En esta función también debe explicitarse a las partes que la decisión no implica adelantar opinión sobre la determinación definitiva de la custodia o guarda del menor.

Oficiosidad

Refiere al poder de los sujetos procesales, para poner en marcha el procedimiento y mantener en actividad el proceso.

El fundamento radica en las características que tiene este proceso en el cual está comprometida la cooperación judicial internacional. De allí que la puesta en movimiento del proceso corresponde a las partes y el instar el procedimiento al tribunal independientemente de la actividad de los justiciables.

Economía Procesal

Este concepto abarca el acortamiento de tiempos y disminución de gastos, incluyendo la celeridad, concentración y la economía en los costos del proceso.

La autoridad judicial en la Convención interamericana dispone para resolver de "sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición". La Convención de La Haya contempla un plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos y a partir del cual el solicitante o la Autoridad Central tendrá derecho de pedir una declaración sobre la demora. Ambas disposiciones requieren de la elección del trámite más breve, la imposición de plazos improrrogables y consagrar el impulso procesal de oficio. La concentración significa realizar toda la actividad procesal en uno o pocos actos o audiencias. La economía de costos posibilita a las personas de escasos recursos contar con el patrocinio del defensor oficial para hacer efectivo el acceso a la justicia.

Estos principios fueron propuestos e incluidos en las conclusiones de la III Reunión de Autoridades Centrales Iberoamericanas en materia de Sustracción Internacional de Menores, realizadas en Cartagena de Indias, Colombia en Noviembre de 2005.

Abordaje Interdisciplinario

El abordaje interdisciplinario es fundamental a los fines de descartar las hipótesis de excepción establecidas. Esta actividad la cumplen los psicólogos y asistentes sociales presentando informes o pericias, que ilustran al Magistrado, los que se proponen no vinculantes.

Principio de Colaboración

Este principio se propicia a los fines que jueces y Autoridades Centrales trabajen en forma coordinada y en estrecha colaboración, respetando sus respectivas incumbencias. Ello ayudará al buen funcionamiento de la Convención interamericana. Esta fue también una conclusión a la que arribamos quienes participamos del Seminario de Monterrey de 2004 en relación con el Convenio de La Haya.

Procedimiento

El trámite a adoptar debe ser el más breve que prevé la ley adjetiva vigente en cada Estado. Se propone que el proceso se desarrolle en una audiencia a la que concurren las partes con sus letrados, el Ministerio Pupilar, y un profesional del equipo técnico el que previamente presentará el informe psicológico del menor como en su caso realizará la encuesta ambiental. El menor concurrirá a la referida audiencia si tiene edad suficiente a los fines de ser escuchado y conforme lo visto y oído y las probanzas acompañadas el Juez resuelve. Mención especial merece la importancia que se le otorga a la opinión del menor, verdadero protagonista de este proceso, lo que conlleva a realizar por parte del Juez un análisis meticuloso de las circunstancias particulares del caso como una prudente valoración de la madurez del menor, frente a la posibilidad que se deniegue la solicitud de restitución, por encontrarse comprendido en algunas de las hipótesis de excepción. De esta forma se asegura el derecho del niño a ser escuchado en el marco del proceso judicial, consagrado en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*.

Estas recomendaciones fueron propuestas en el Primer Encuentro Regional de Derecho de Familia del MERCOSUR, a los fines de armonizar la legislación en los aspectos procesales.

LEGISLACIÓN EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS EN LA INDIA: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA Y GARANTÍAS PROCESALES*

Sr. Anil Malhotra y Sr. Ranjit

Malhotra

Malhotra & Malhotra Associates,
Abogados Internacionales, Chandigarh,
India

Enviar de regreso o no – restituir o no restituir es un dilema que asedia a los tribunales de la India en cuestiones de sustracción parental internacional. ¿Un niño de nacionalidad extranjera cuyos progenitores (o uno solo de ellos) son originarios de la India y que ha sido trasladado por uno de ellos a territorio de la India en contravención de una orden de custodia extranjera, debería ser enviado nuevamente a su país de origen? Se trata de una pregunta presentada a menudo ante los tribunales de la India por padres extranjeros en la búsqueda de su hijo o hija que ha sido llevado a la India sin su consentimiento. ¿Cómo resuelven este controvertido problema legal los tribunales de la India? ¿Cuál es la ley aplicable y cuál el recurso legal adecuado en el sistema jurídico de la India? Aproximadamente veinticinco millones de indios no residentes viven alrededor del mundo. Su número creciente ha agravado fuertemente el problema de los conflictos parentales que se originan en el extranjero pero que aterrizan en suelo indio. Los textos legislativos indios no prevén ninguna disposición destinada a ocuparse de los conflictos internacionales en materia de sustracción de niños. La cuestión se ha hecho más evidente por doquier y con el creciente paso del tiempo surge muy regularmente ante los tribunales de la India. Los tiempos han cambiado y sin embargo la legislación de la India no se ha adaptado para afrontar estos conflictos parentales que involucran a niños de padres extranjeros que son llevados a la India en violación de una orden de

custodia extranjera.

India no ha firmado el *Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, actualmente la cuestión de la custodia de dichos niños es considerada por los tribunales indios caso por caso otorgando al bienestar del niño importancia suprema y, considerando la orden emitida por el tribunal extranjero solamente como uno de los factores pertinentes para la decisión.

Los tribunales superiores y la Corte Suprema en la India tramitan peticiones para la emisión de mandatos de *habeas corpus* para asegurar la custodia de un niño a solicitud del progenitor que llega a territorio de la India alegando la violación de una orden de custodia extranjera o pretendiendo la restitución del niño a su país. La utilización de este recurso proporciona la solución más expedita y eficaz.

La falta de una política oficial uniforme en la India sobre la materia busca una respuesta para la seria responsabilidad estatal que yace sobre los poderes legislativo y ejecutivo de aceptar la responsabilidad de elaborar una legislación adecuada y de adoptar el Convenio de La Haya en materia de sustracción de niños desde el extranjero hacia a la India. Es urgente hoy en día ocuparse de la cuestión de los hogares, los niños y la familia. La judicatura de la India ha prestado ayuda inestimable proveyendo justicia substancial a los cónyuges litigantes en interés superior del niño proveniente de una familia separada. Sin embargo, hoy en día son necesarias medidas urgentes para alinear los procesos creando una política legislativa uniforme y adoptando el Convenio de La Haya. Hasta ese momento, permaneceremos donde estábamos, pero se espera que no sea así por mucho tiempo.

A la luz de la ley sobre sustracción infantil vigente en la India no es posible obtener órdenes espejo pues el sistema legal de este país no contempla ninguna disposición al respecto. Así también, de acuerdo con los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de la India, las órdenes relativas a la custodia emitidas por un tribunal extranjero no son automáticamente ejecutivas. Consecuentemente, cuando cónyuges

separados llevan a niños menores a la India y existe la fuerte probabilidad de una sustracción, deberá ser obtenida ante el tribunal extranjero correspondiente una solicitud escrita con el consentimiento de las dos partes. La solución podría ser incorporar garantías y condiciones con la finalidad de garantizar la restitución del niño a su país de residencia habitual.

Con el número creciente de indios no residentes en el extranjero y los múltiples problemas que engendran los conflictos familiares, la sustracción parental de los niños en India debe ser resuelta en el marco de una plataforma internacional. Ya no se trata de un problema local. El fenómeno es global. Deben tomarse medidas uniendo esfuerzos de manera global para resolver estos conflictos a través de la interacción entre tribunales. Esto no será posible mientras la India no firme el Convenio de La Haya. Ha llegado el momento en que ya no es posible que los tribunales de la India extiendan sus límites para adaptarse a las diferentes órdenes emitidas en otras jurisdicciones. Es igualmente

importante, para crear una norma de derecho uniforme, que sea promulgada en la India una ley sobre la custodia de los niños clara, auténtica y universal que adhiera a los principios establecidos en el Convenio de La Haya. Las opiniones divergentes que surgen en momentos distintos no pueden hacer frente al creciente número de casos que requieren interpretarse de un tiempo a otro. Así pues; nosotros deseamos que la India acepte e implemente rápidamente los principios internacionales sobre sustracción parental consagrados en el Convenio de La Haya. No debemos postergar el camino hacia la resolución de estas controversias.

NOTAS

* Este artículo es un extracto de un documento presentado en la sesión sobre "India y la sustracción parental de niños" en el marco de la Conferencia de 2005 de la *Commonwealth Lawyers Association* que tuvo lugar en Londres del 11 al 15 de septiembre de 2005.



Sr. Anil Malhotra (Abogado, India), Justice R.C. Lahoti (*Chief Justice* de India), el Honorable Lord Justice Mathew Thorpe (*Head of International Family Law*, Inglaterra y Gales), el Honorable Sir Mark Potter (Presidente de la División de Familia, Inglaterra y Gales), Sr. Ranjit Malhotra (Abogado, India), Justice M. Jagannadha Rao (Presidente de la Comisión de Derecho de India).

III. SEMINARIOS Y CONFERENCIAS SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MENOR

INFORMES SOBRE CONFERENCIAS Y SEMINARIOS RECIENTES

SEMINARIO TAIEX SOBRE EL SISTEMA INTERNACIONAL Y EUROPEO EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS

**ANKARA, TURQUÍA / 27-28 DE ABRIL DE
2005**

La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es regularmente invitada a proporcionar capacitación en los seminarios TAIEX. TAIEX es la unidad de asistencia técnica e intercambio de información de la Dirección General de Ampliación de la Comisión Europea. Su objetivo es proporcionar a los nuevos Estados miembros, a los países candidatos y a los gobiernos de los países balcánicos occidentales, asistencia técnica a corto plazo, en línea con los objetivos de política general de la Comisión Europea y en el campo de acercamiento, aplicación y ejecución de la legislación de la Unión Europea.

Alrededor de 50 jueces concurren al seminario que fue realizado en el Instituto Nacional Judicial de Turquía en Ankara. El Sr. Maksut Mete, Subsecretario del Ministerio de Justicia turco inició el seminario recordando a los participantes la importancia del cobro de alimentos a favor de los niños tanto a nivel nacional como internacional y,

especialmente, con Estados como Alemania, con el cual Turquía ha desarrollado importantes relaciones a lo largo de los años. El Sr. Klaus Meyer-Cabri van Amelrode, representante permanente de Alemania ante la Unión Europea, quien organizó el seminario, presentó el programa de trabajo de los dos días.

El primer día del seminario fue consagrado a los convenios multilaterales actualmente en vigor en Turquía. Al respecto, es interesante hacer notar que Turquía es Parte de cinco de los más importantes convenios que se ocupan de obligaciones alimenticias. El Sr. Philippe Lortie, Primer Secretario de la Conferencia de La Haya, presentó los *Convenios de La Haya de 1956 y 1973 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias* y los *Convenios de La Haya de 1958 y 1973 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Obligaciones Alimenticias*. La Sra. Aude Fiorini, de la Universidad de Aberdeen, presentó la *Convención de Naciones Unidas sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero de 1956*. Su presentación fue complementada por la presentación del Sr. Ulrich Vogt de la Autoridad Central alemana para la Convención de la Naciones Unidas quien se refirió a las labores y deberes prácticos de las autoridades en virtud de la Convención de Naciones Unidas.

El segundo día del seminario fue dedicado a la experiencia de Turquía y a sus problemas específicos respecto a los instrumentos europeos relativos a las obligaciones alimenticias y a las iniciativas futuras, tanto a nivel europeo como en el ámbito de la Conferencia de La Haya. El Sr. Nermin S. Simon, juez de Turquía, presentó la experiencia turca y los problemas propios de su país. La Autoridad Central turca para la Convención de las Naciones Unidas se ocupa en todo momento de aproximadamente 4000 expedientes; la mayoría de los cuales tienen conexión con Alemania. Las mayores dificultades que enfrentan las autoridades turcas se deben a la conversión de la moneda al momento del establecimiento o de la ejecución, la modificación de las órdenes en materia de alimentos y/o su reconocimiento y ejecución parcial.

El Sr. Peter McEleavy, de la Universidad de Aberdeen, presentó los Reglamentos Bruselas

I con relación a las obligaciones alimenticias y el Reglamento Bruselas II. A través de los casos hipotéticos presentados por Philippe Lortie y Peter McEleavy los participantes tuvieron la oportunidad de “aplicar” sus nuevos conocimientos. Philippe Lortie y Klaus Meyer-Cabri van Amelrode concluyeron el seminario presentando las nuevas iniciativas tanto a nivel

européo como dentro de la Conferencia de La Haya. Se espera que en relación con esta última, dichas iniciativas convencerán a Turquía para participar en las negociaciones del nuevo instrumento que están teniendo lugar en La Haya.



Sra. Jueza Adriana Canales Pérez (México), Sr. Juez Jacques Chamberland (Canadá), Sr. Juez Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), Sr. Juez Carlos Isaac Nader, (Columbia) Dr. Hans de Witt [*Hague Forum for Judicial Expertise*], Sra. Jueza Ramona Gonzalez (Estados Unidos de América), Sr. Hans van Loon (Secretario General) y Su Excelencia, Sr. Francisco Rezek (Magistrado de la Corte Internacional de Justicia).

**UNA INTRODUCCIÓN A LOS
CONVENIOS DE LA HAYA:
SEMINARIO SOBRE LA
PROMOCIÓN DEL ESTADO DE
DERECHO EN LAS
RELACIONES CIVILES Y
COMERCIALES
TRANSFRONTERIZAS /
TRANSNACIONALES EN LA
REGIÓN ASIA PACÍFICO**

**KOTA KINABALU, SABAH, MALASIA / 22-24
DE AGOSTO DE 2005**

Este seminario reunió aproximadamente a 130 abogados, jueces, altos funcionarios gubernamentales y otros profesionales de Australia, Brunei Darussalam, China, (continental y Hong Kong), Camboya, India, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Turquía y Vietnam, así como representantes de la Conferencia de La Haya y de otras organizaciones de la región Asia Pacífico.

Los primeros dos días del seminario, organizado por la Cámara del Procurador General en colaboración con el Ministerio de la Mujer, la Familia y el Desarrollo Comunitario de Malasia, fueron dedicados a presentar a los Estados no contratantes siete Convenios de La Haya existentes, entre ellos el *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* y a reflexionar acerca de las ventajas de convertirse en un Estado contratante de los Convenios de La Haya. Las presentaciones sobre cada Convenio fueron seguidas por sesiones en las cuales los Estados contratantes participantes compartieron sus experiencias. El último medio día fue dedicado al anteproyecto del Convenio, actualmente en negociación, sobre el cobro

internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia. Posteriormente a la actualización del estado de la negociación, se realizó una presentación sobre la perspectiva del derecho civil de Malasia con relación al proyecto de La Haya sobre alimentos, así como de la perspectiva de derecho islámico de Malasia para luego finalizar con un activo panel de discusión.

Numerosos países de la región, entre ellos Malasia, manifestaron gran interés y entusiasmo hacia los Convenios de La Haya, en particular hacia el Convenio de 1980 y el borrador del Convenio sobre alimentos. Un seminario de seguimiento, sugerido por Australia, podría tener lugar dentro de poco en la región.

LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN EL MARCO DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE CUSTODIA Y ADOPCIÓN

VILNIUS, LITUANIA / 12-13 DE OCTUBRE DE 2005

Esta conferencia internacional fue organizada por el Servicio de Adopción de Lituania y el Ministerio de Seguridad Social y Trabajo (Autoridad Central de Lituania). Se discutieron tres Convenios de La Haya - *El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*. El Sr. William Duncan, Secretario General Adjunto de la Conferencia de La Haya, se dirigió a los participantes en relación con " El papel de los Convenios de La Haya sobre los Niños

dentro del Sistema de Protección Internacional a la Niñez - Algunos Elementos Clave para su Implementación Práctica en los Estados Contratantes". La Sra. Jennifer Degeling, Oficial Legal Principal de la Conferencia de La Haya, se refirió al Convenio de 1996 relativo a la protección de los niños.

El objetivo de la conferencia fue identificar y tratar los problemas que enfrentan los nuevos Estados adherentes en la implementación eficaz de los Convenios de 1996 y 1980. Así también, fueron analizados los problemas relativos al funcionamiento del Convenio de 1993, especialmente desde la perspectiva de los Estados de origen. En la Conferencia participaron personal de las Autoridades Centrales, funcionarios encargados de la implementación de los Convenios, jueces, abogados y trabajadores sociales que se ocupan de los mismos, así como representantes de las autoridades locales de protección infantil. La mayoría de los participantes eran de Lituania pero también participaron representantes de Noruega, Letonia, Estonia y Finlandia.

La conferencia fue organizada por la Sra. Odeta Tarvydiene, Directora de la Autoridad Central y su equipo. La conferencia se realizó en inglés y lituano con traducción simultánea a ambos idiomas.



Sra. Odeta Tarvydiene (Ministerio de Seguridad Social y Trabajo, Lituania), Prof. William Duncan (Secretario General Adjunto) y Sra. Signe Kaplan (Ministerio de Asuntos Sociales, Estonia).

PRIMERA CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE ALIMENTOS

MONTREAL, CANADÁ / 19-21 DE OCTUBRE DE 2005

Organizada por la *National Child Support Enforcement Association (NCSEA)*

La idea de esta conferencia, la primera en su género, surgió del interés suscitado por el cobro internacional de alimentos en las recientes conferencias nacionales de la *NCSEA* que se realizan anualmente en los Estados Unidos de América. *NCSEA* es una organización no gubernamental que ha participado en calidad de observador en las negociaciones relativas al proyecto del Convenio de la Haya relativo al cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia. Esta conferencia reunió más de 160 participantes, principalmente de Estados Unidos y Canadá, pero también de las Islas Caimán, Finlandia, México, Nueva Zelanda, Noruega y el Reino Unido, así como representantes de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Comisión Europea.

Existe un volumen considerable de casos de alimentos entre los Estados Unidos y Canadá, pero como porcentaje del número total, el número de casos internacionales es relativamente pequeño. No obstante, la oportunidad de examinar cuestiones de competencia entre dos países con sistemas y culturas jurídicas similares y que comparten un idioma común ha sido provechosa a la luz de los trabajos preparatorios del nuevo Convenio de La Haya. Es claro que los obstáculos pueden superarse cuando existe una buena comunicación e información satisfactoria sobre las prácticas y procedimientos (administrativos y jurídicos) en cada país; así como la buena disposición para encontrar soluciones prácticas.

Un valioso mensaje proveniente de esta conferencia es la importancia de la cooperación: cuando existe tal diversidad de

cuestiones y problemas entre dos países muy similares, es de esperarse que esos problemas se amplificarán si los sistemas jurídicos, la cultura y el idioma de esos países son muy diferentes. Teniendo en cuenta que el objetivo común es garantizar que el mayor número de niños reciba apoyo financiero por parte de aquellos que tienen la obligación de proporcionárselos (usualmente los padres), la cooperación, la buena comunicación y la buena disposición para enfocarse en las similitudes y no en las diferencias, sobresalieron como temas fundamentales.

La conferencia fue organizada en sesiones simultáneas sobre tres temas: cuestiones legales, ejecución y sistemas técnicos. Las sesiones plenarias se concentraron en el pasado, presente y futuro de los alimentos a favor de los niños. Fue útil recordar que hace solamente 25 años que los países occidentales empezaron a mostrar interés en la búsqueda de mecanismos nacionales eficaces para garantizar el flujo de apoyo financiero a los niños. Así por ejemplo, a inicio de los años 80 no era posible emitir órdenes de retención sobre los salarios de los empleados de gobierno en Canadá. La manutención internacional de los niños no era una prioridad.

Durante los años 80 y los 90, los sistemas nacionales se han vuelto más eficaces, más unificados y los avances tecnológicos han mejorado el monitoreo de la recepción de los pagos y la gestión de casos. Estos avances han facilitado también la utilización de algunos instrumentos muy eficaces para localizar al deudor y mecanismos para la ejecución, tales como la denegatoria del reembolso de impuestos o la cancelación de las licencias de conducir como consecuencia de la falta de pago de las pensiones alimenticias. Ahora y en el futuro, debemos extender estos adelantos nacionales a los casos internacionales. A título de ejemplo, se mostró un potencial sistema electrónico de gestión casos internacionales que permite las transferencias electrónicas internacionales. El nuevo Convenio de La Haya es esperado con anhelo para proveer la estructura de cooperación administrativa y seguridad jurídica necesarias para que el cobro internacional de alimentos sea realizado de manera rápida, económica y costo-efectiva.



Algunos participantes en la Conferencia de NCSEA. De izquierda a derecha: Sra. Margot Bean (*Commissioner* OCSE, Estados Unidos de América), Sra. Kay Cullen (NCSEA) y Sra. Lily Matheson (*Director of Policy* OCSE, Estados Unidos de América).

REUNIÓN INFORMAL DE EXPERTOS SOBRE EL DERECHO DE VISITA TRANSFRONTERIZO

**LA HAYA, PAÍSES BAJOS / 23-24 DE
OCTUBRE DE 2005**

El domingo 23 y el lunes 24 de octubre un pequeño grupo de expertos internacionales se reunió en La Haya para intercambiar ideas sobre la problemática del derecho de visitas transfronterizo en el contexto del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Posteriormente al Informe Final sobre la materia, elaborado por William Duncan, Secretario General Adjunto a la atención de la Comisión Especial de septiembre / octubre 2002, la Comisión Especial elaboró las siguientes recomendaciones:

"2 (c) Se debería continuar el trabajo sobre un capítulo separado de la Guía de buenas prácticas relativas al derecho de visita transfronterizo en el contexto del Convenio de 1980 con los siguientes objetivos:

- a. Promover las prácticas más consistentes y mejores en relación a aquellos asuntos en que se ha convenido caen dentro de la competencia y las obligaciones de los Estados Partes conforme al Convenio;
- b. Proveer ejemplos de prácticas aún en relación a cuestiones que caen dentro de las áreas controvertidas de Interpretación.

(d) Se debería iniciar trabajos sobre la formulación de principios y consideraciones generales. La idea no es crear un conjunto de principios aplicables para acceder generalmente a casos, sino atraer la atención hacia ciertas consideraciones generales y características especiales, que necesitan ser tenidas en mente por

los Estados Contratantes y sus autoridades cuando formulen políticas con respecto a casos de derecho de visita internacional. Estos principios generales no deberían ser obligatorios; ellos serían de naturaleza recomendatoria. Así como ofrecerían consejo general a los Estados al formular políticas en esta área, los principios generales podrían ser de ayuda a las Autoridades Centrales al informar de su práctica, los mismos podrían posiblemente ser de ayuda a las cortes y otras autoridades, así como a los solicitantes cuando presenten sus casos."

Los expertos compartieron ideas e información sobre el derecho y la práctica en ciertos Estados, así como sobre el desarrollo de la mediación en estos casos. Se discutió también sobre la relevancia del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*. La información obtenida en esta reunión ayudará considerablemente a la Oficina Permanente en el cumplimiento de la recomendación emitida por la Comisión Especial de formular principios generales y crear una edición de la Guía de Buenas Prácticas sobre este tema.



Reunión sobre derecho de visita. De izquierda a derecha: Sr. Juez Eberhard Carl, Dr. Peter McEleavy, Srta. Sarah Armstrong, Sr. Michael Nicholls, Prof. Linda Silberman, Prof. William Duncan, Sra. Mary Sue Conaway, Sra. Denise Gervais, Sra. Kathy Ruckman, Sra. Jennifer Degeling, Sra. Joan MacPhail, Sra. Denise Carter, Srta. Caroline Harnois, Justice Adel Omar Sherif y Sr. Philippe Lortie.

REUNIÓN MINISTERIAL INFORMAL SOBRE LA INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS COMO FUENTE DE CONFLICTOS – SUSTRACCIÓN DE MENORES Y CUESTIONES RELACIONADAS

**PALACIO HAGA, SUECIA / 4 DE NOVIEMBRE
DE 2005**

El objetivo de esta reunión, convocada por la Sra. Laila Freivalds, Ministra de Asuntos Exteriores de Suecia, fue brindar un espacio para conversaciones abiertas y de carácter informal entre los Estados interesados en la sustracción de menores. Los debates se concentraron en las posibles medidas para prevenir el aumento de las sustracciones mientras se encuentran bases comunes para fortalecer la eficiencia y efectividad del esfuerzo mutuo de los Estados para prevenir y reestablecer la situación precedente en casos de sustracción de menores. En la reunión participaron Ministros de gobierno y otros expertos provenientes de Argelia, Letonia, Malta, Marruecos, Suecia, Túnez y Turquía. El discurso de bienvenida estuvo a cargo de la Ministra de Asuntos Exteriores de Suecia. Participaron con ponencias el Dr. Gerard Byrne, Consultor en Psiquiatría de Niños, la Sra. Monika Ekström de la Comisión Europea y, el Profesor William Duncan de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

En la reunión se alcanzaron las siguientes conclusiones:

Una vez escuchadas las presentaciones de los expertos, los participantes

- Subrayaron la importancia de los resultados de investigación de la psiquiatría moderna respecto de los efectos dañinos, a corto y largo plazo, que la sustracción provoca en los niños.
- Saludaron el trabajo de la Conferencia de La Haya (incluyendo el "Proceso de Malta") y su importancia tanto para los países

miembros como para los países no miembros.

- Reconocieron la importancia de los programas MEDA II y sus fondos, *i.a.* para promover la capacitación y el fortalecimiento institucional con miras a desarrollar las aptitudes de todos aquellos involucrados en los casos de sustracción de menores y derecho de visita transfronterizo.

Los presentes ... acordaron que el interés superior del niño debe ser el punto de partida en todas las cuestiones relacionadas con el tema de la reunión y que ésta debería incluir considerar el bienestar psicológico del niño así como los factores culturales. Adicionalmente convinieron en:

- La importancia del establecimiento de Autoridades Centrales para la cooperación internacional en la protección transfronteriza de los niños *i.a.* a través del intercambio de información, la promoción de acuerdos y la provisión de asistencia en el acceso al sistema legal de parte de solicitantes extranjeros. Dichas Autoridades Centrales deben estar claramente definidas, adecuadamente financiadas y contar con el personal adecuado.
- La relevancia de mejorar la especialización de los jueces, fiscales, abogados, funcionarios de la fuerza pública y personal de la Autoridad Central involucrados en los casos de sustracción internacional y derecho de visita transfronterizo.
- Considerar la importancia, en los casos en que sea posible, de concentrar la competencia sobre casos de sustracción de menores en un número limitado de tribunales o jueces para garantizar el nivel de conocimientos y experiencia necesarios.
- Dar prioridad a la obtención de soluciones rápidas a los casos de sustracción, y
- Prestar atención a la importancia de facilitar la implementación del derecho de visita, *i.a.* con relación a la expedición de visas. [Traducción de la Oficina Permanente]

EL PROYECTO DE LA HAYA PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS: FUNCIONAMIENTO DE LOS CONVENIOS DE LA HAYA SOBRE LOS NIÑOS Y LA PROTECCIÓN TRANSFRONTERIZA DE LOS NIÑOS EN AMÉRICA LATINA

LA HAYA, PAÍSES BAJOS / 27 NOVIEMBRE –3 DE DICIEMBRE DE 2005

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Foro de La Haya para la Especialización Judicial convocaron a un seminario judicial avanzado, como continuación del seminario de jueces de América Latina de 2004 consagrado al *Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (que se realizó en Monterrey, México del 1 al 4 de diciembre de 2004).

El seminario, tuvo lugar en La Haya del 27 de

noviembre al 3 de diciembre de 2005, reunió a 18 jueces de América Latina y se concentró en los problemas relacionados con la protección de los niños a nivel regional e internacional; en particular, sobre la sustracción de niños y el derecho de visita. Este seminario contribuyó también a consolidar la Red Latinoamericana de Jueces de Enlace en materia de sustracción y protección de los niños. Los expertos fueron invitados a proporcionar ayuda para el establecimiento de un punto nacional de contacto en sus países con respecto a la sustracción y protección de los niños para desarrollar la Red Internacional de Jueces de Enlace de La Haya.

Asistieron al seminario jueces provenientes de los siguientes países: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela así como Canadá y los Estados Unidos de América.

Los jueces que participaron en el seminario contaban con experiencia e interés en el trabajo de la Conferencia de La Haya y en materia de protección internacional de los niños. Las conclusiones y recomendaciones acordadas en el mismo serán incluidas en la próxima edición del Boletín de los Jueces.



Participantes en el Seminario de Jueces de Latino América y algunos magistrados de la Corte Internacional de Justicia.

EVENTOS PRÓXIMOS

SEGUNDA CONFERENCIA JUDICIAL DE MALTA SOBRE LAS CUESTIONES TRANSFRONTERIZAS DEL DERECHO DE FAMILIA

**ST. JULIAN'S, MALTA / 19-22 DE MARZO DE
2006**

El Gobierno de Malta, en colaboración con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, organizará la segunda conferencia judicial sobre las cuestiones transfronterizas del derecho de familia que tendrá lugar en Malta en marzo de 2006. Además de todos los Estados que tomaron parte en la primera conferencia, siete nuevos Estados han sido invitados a participar. El propósito es mantener un balance entre los Estados parte del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y los Estados que no son Parte del Convenio de 1980 y cuyos sistemas legales han sido influenciados o se encuentran basados en la ley islámica. La lista completa de los Estados que han sido invitados es la siguiente: Argelia, Australia, Bélgica, Canadá, Egipto, Francia, Alemania, Indonesia, Italia, Jordania, Líbano, Libia, Malasia, Malta, Marruecos, Países Bajos, Pakistán, Portugal, España, Suecia, Túnez, Turquía, Emiratos Árabes Unidos, Reino Unido y Estados Unidos de América. Han sido igualmente invitados a participar la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea, así como tres organizaciones no gubernamentales: el Servicio Social Internacional, el *International Centre for Missing and Exploited Children* y *Reunite*.

Un informe sobre la Conferencia será publicado en la próxima edición del Boletín de los Jueces (Primavera 2006). En la Conferencia se discutirá y se elaborará en base a las conclusiones contenidas en la

Declaración de Malta. Para un informe completo sobre la primera Conferencia, incluyendo la Declaración de Malta, véase el Boletín de los jueces, Tomo VIII / Otoño 2004.

IV. ACTUALIDADES DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

FUNCIONAMIENTO DE LOS CONVENIOS DE LA HAYA SOBRE LOS NIÑOS Y LA PROTECCIÓN TRANSFRONTERIZA DE LOS NIÑOS EN AMÉRICA LATINA – PROGRAMA REGIONAL ESPECIAL

OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Introducción

Posteriormente a las Conclusiones y Recomendaciones acordadas en el Seminario de Monterrey de 2004,³³ la Oficina Permanente ha desarrollado un programa especial para los Estados de América Latina el cual tiene como finalidad consolidar el funcionamiento de los Convenios de La Haya sobre los niños y promover la participación de los Estados de América Latina en el trabajo de la Conferencia de La Haya. Se han tomado ciertas medidas para apoyar los esfuerzos regionales tendientes a fortalecer la implementación y el funcionamiento eficaz de los Convenios.

Este programa se ha establecido bajo la supervisión del Sr. William Duncan (Secretario General Adjunto) y es coordinado por la Sra. Marion Ely (Oficial Legal Senior) y el Sr. Ignacio Goicoechea, miembro de la Autoridad Central argentina quien ha asumido la función de Oficial Letrado de Enlace de la Conferencia de La Haya para América Latina con la finalidad de poner en marcha el Programa Especial para los Estados de América Latina. Esto ha sido posible gracias a la generosa ayuda del Ministerio de Asuntos Exteriores de Argentina.

El próximo año y en representación de la Oficina Permanente, el Sr. Goicoechea proporcionará asistencia técnica a los Estados de Latino América para la implementación de los Convenios de La Haya, especialmente a través de visitas a las Autoridades Centrales y la organización de seminarios judiciales, en consulta y cooperación con los gobiernos de cada Estado. Este programa implementará prácticamente muchas de las conclusiones tomadas en Monterrey.

Así también, la Oficina Permanente organizó, bajo el auspicio del Foro de La Haya para la Especialización Judicial, un seminario judicial avanzado para jueces de América Latina, como continuación del seminario de Monterrey. Dicho seminario, que tuvo lugar en La Haya a finales de noviembre y principios de diciembre de 2005, reunió a 18 jueces de América Latina y se dedicó a los temas de protección del niño a nivel regional e internacional. El seminario contribuyó también a consolidar la red de jueces de Latino América, los mismos que se encuentran dispuestos a actuar como jueces de enlace nacionales en materia de sustracción y protección del niño.

Sustracción internacional de niños: seminarios

En abril de 2005 se organizó un seminario judicial en Costa Rica, co-organizado por la Autoridad Central de Costa Rica (Patronato Nacional de la Infancia - PANI) y la Autoridad Central de los Estados Unidos (*United States Department of State, Office of Children's Issues*). Asistieron al seminario jueces de la Corte Suprema, la Corte de Apelación y del Tribunal de Primera Instancia en materia de familia. En El Salvador, la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura organizó un seminario de dos días en cooperación con el Departamento de Estado de los Estados Unidos. Un reconocimiento especial merece tanto la Escuela de Capacitación Judicial como los participantes por su gran esfuerzo a efectos de lograr una conferencia exitosa. La participación previa en una sesión consagrada al Convenio de La Haya de 1980 permitió familiarizar a la audiencia con los términos del Convenio y facilitó los debates exhaustivos y constructivos que tuvieron lugar. Los seminarios de Costa Rica y El Salvador se beneficiaron de la invaluable colaboración del

Juez James Garbolino (ex Presidente de la Corte Superior de California, Estados Unidos), experto internacional en materia de sustracción internacional y capacitación judicial quien, junto con el Sr. Ignacio Goicoechea, presentó los aspectos principales del Convenio de La Haya de 1980. La Autoridad Central de los Estados Unidos, a través del Sr. Glen Keiser, Jefe de la Unidad de Sustracción Internacional de Niños y la Sra. Katie Bresnahan, Responsable Regional de Casos, presentó su experiencia relativa a la gestión de casos y el funcionamiento de las Autoridades Centrales. Además, el Sr. Diego Pacheco y el Sr. Cristian Carbajal, ambos de la Autoridad Central de Costa Rica, expusieron sus experiencias referentes al Convenio.

Así también, en abril 2005 la Secretaría de Relaciones Exteriores de Honduras organizó un seminario interdisciplinario para los jueces, procuradores, funcionarios de la Autoridad Central (Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia - IHNFA), ONGs y funcionarios de la Secretaría de Relaciones Exteriores. El Sr. Ignacio Goicoechea también presentó ponencias en el seminario.

La discusión sobre casos hipotéticos en cada seminario permitió el análisis del Convenio de 1980 desde el punto de vista del derecho sustantivo y adjetivo, lo que provocó un gran intercambio de experiencias. Además, los seminarios facilitaron la difusión de información sobre las cuestiones relativas a la sustracción de niños. Uno de los principales logros alcanzados fue la difusión de información acerca del ámbito de aplicación y funcionamiento básico del Convenio, así como del papel y las funciones de la Autoridad Central en situaciones de sustracción internacional de niños. Una excelente atmósfera de trabajo marcada por objetivos comunes y respeto facilitó el resultado positivo de cada seminario.

Sustracción internacional de niños: Autoridades Centrales

Adicionalmente, el Sr. Ignacio Goicoechea se reunió con funcionarios de las Autoridades Centrales de Costa Rica, El Salvador y Honduras para conversar acerca del funcionamiento del Convenio; identificar eventuales dificultades en su implementación y facilitar información sobre los servicios

desarrollados por la Conferencia de La Haya (INCADAT, INCASTAT, Guía de Buenas Prácticas y el Boletín de los Jueces). Se subrayó la participación de los Estados de América Latina en el trabajo de la Conferencia de La Haya y la importancia de que todos los Estados contratantes del Convenio participen en la próxima Comisión Especial para analizar el funcionamiento práctico del mismo.

Las tres Autoridades Centrales se encuentran definiendo su funcionamiento interno (restitución voluntaria, representación del solicitante ante el tribunal y coordinación con otros organismos competentes) con la finalidad de cumplir con los objetivos del Convenio. Este análisis probablemente tendrá como objeto algunas de las prácticas actuales de las Autoridades Centrales para evaluar la situación del niño sustraído dentro del nuevo ambiente (informes psico-sociales) antes de o en lugar de una rápida restitución del niño a su residencia habitual tal como lo establece el Convenio.

Los funcionarios de las Autoridades Centrales expresaron la necesidad de incrementar la difusión de la información relativa al Convenio y la existencia de las Autoridades Centrales entre los profesionales que se ocupan de la protección a los niños, la judicatura y los ciudadanos nacionales. Los funcionarios hicieron también notar que es probable que el reducido número de casos en aplicación del Convenio de La Haya reportados a las Autoridades Centrales se encuentre directamente relacionado con la falta de conocimiento del Convenio.

Convenio de La Haya de 1996 sobre la protección de los niños

En cada reunión o seminario sobre sustracción internacional de niños han sido subrayados los potenciales beneficios del Convenio de La Haya de 1996, en particular la clarificación de la competencia, la ley aplicable y la ejecución de las decisiones extranjeras; cuestiones que surgen a menudo en los casos internacionales sobre custodia y derecho de visita y que se convierten en problemas centrales en la sustracción internacional de niños. Algunos Estados resaltaron que se emprendería un análisis del Convenio con miras a una posible adhesión. A tal propósito, fue subrayada la utilidad del Informe Explicativo del Convenio.

Adopción internacional

En nombre de la Conferencia de La Haya, el Sr. Ignacio Goicoechea se reunió con funcionarios de las Autoridades Centrales de Costa Rica y El Salvador del Convenio de La Haya de 1993 sobre la adopción internacional y sostuvo discusiones sobre el funcionamiento del Convenio.

En uno de los países fue expresada cierta preocupación en relación con las 'adopciones consensuales' en donde podrían ser evadidos los procedimientos transparentes y meticulosos establecidos en el Convenio de La Haya. En otro país, la extensión de los procedimientos necesarios para que el tribunal pueda declarar 'abandonado' a un niño parece obstaculizar la adopción. Debido a estos retrasos en los procedimientos, un niño puede permanecer en un centro de protección por dos o tres años. Las medidas de implementación del Convenio en la legislación nacional en ambos países bien podrían servir como un útil modelo para otros Estados contratantes.

En visitas ulteriores, los funcionarios de Honduras indicaron que han comenzado los procedimientos internos con la finalidad de facilitar la adhesión al Convenio; mientras que los funcionarios de Nicaragua subrayaron que un análisis inicial había comenzado con miras a considerar la adhesión. Las reuniones que tuvieron lugar en junio de 2005 entre funcionarios del gobierno de Guatemala, el Secretario General de la Conferencia de La Haya, Sr. Hans van Loon, y el Sr. Ignacio Goicoechea, indicaron que las autoridades nacionales han emprendido vastos esfuerzos para implementar el Convenio a nivel nacional; así como para revocar una decisión previa de la Corte Constitucional de Guatemala con relación a la adhesión de Guatemala al Convenio.

Alimentos para los niños y otras formas de manutención de la familia

El cobro internacional de los alimentos para los niños y otros miembros de la familia ha sido considerado como una de las principales dificultades que enfrentan muchas familias en América Latina debido al gran número de jefes de familia que viven y trabajan en el extranjero. Los acuerdos internacionales

podrían ser de ayuda. La participación de Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Guatemala en la tercera reunión de la Comisión Especial sobre el Cobro Internacional de Alimentos con respecto a los Niños y Otras Formas de Manutención de la Familia que tuvo lugar en La Haya en abril de 2005, fue considerada como una manifestación particularmente importante de la necesidad regional de un futuro Convenio.

Algunas perspectivas

De las reuniones con los jueces y funcionarios de gobierno de Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Guatemala pueden ser obtenidas algunas perspectivas que indican que: existe un gran interés y buena disposición por parte de jueces y Autoridades Centrales para implementar eficazmente los Convenios; existe una importante necesidad de diseminación de la información sobre los instrumentos internacionales y la aplicación de los Convenios; ha sido vista de manera positiva en la región la mayor participación de los Estados de América Latina en el trabajo de la Conferencia de La Haya, y; la utilización creciente del español en las comunicaciones y reuniones de la Comisión Especial ha eliminado los obstáculos y facilitado dicha participación. Además, la cooperación brindada por los jueces y funcionarios de las Autoridades Centrales en los diferentes seminarios y reuniones ha favorecido útiles intercambios en materia práctica y de funcionamiento.

Es con esta finalidad que los diálogos constructivos ayudarán a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya para responder mejor a las preocupaciones de los países de América Latina y, consecuentemente, fortalecer los esfuerzos a nivel mundial para incrementar las estructuras legales internacionales diseñadas para proteger a los niños.

NOTAS

³³ Las Conclusiones y Recomendaciones se encuentran disponibles en la página web de la Conferencia de La Haya en: <www.hcch.net> → *Child Abduction Section* → *Judicial Seminars on the International Protection of Children*

INFORME SOBRE LA SEGUNDA COMISIÓN ESPECIAL PARA REVISAR EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 29 DE MAYO DE 1993 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

LA HAYA, PAÍSES BAJOS / 17-23 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Sra. Jennifer Degeling

Oficial Legal Principal, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

La segunda reunión de la Comisión Especial para analizar el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional* tuvo lugar en La Haya del 17 al 23 de septiembre de 2005, bajo la presidencia de la Sra. Alegria Borrás, experta española. La Sra. Borrás fue también quien presidió la primera reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio que tuvo lugar del 28 de noviembre al 1ro. de diciembre del 2000. La Comisión Especial eligió dos Vice-presidentes: la Sra. Lamego de Teixeira Soares (Brasil) y el Sr. Stephansen (Noruega). Este Convenio es uno de los más exitosos acuerdos internacionales preparados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Desde su entrada en vigor, hace diez años, ha mejorado enormemente los estándares y procedimientos para la adopción internacional en beneficio de los niños y los padres tanto naturales como adoptivos.

Participantes

Aproximadamente 250 expertos provenientes de 66 países participaron en la reunión de la

Comisión Especial para discutir sobre lo que puede hacerse para que el Convenio funcione aún mejor y para elaborar recomendaciones a tal efecto. De conformidad con la práctica establecida, fueron invitados a la reunión los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, los Estados contratantes del Convenio y Estados no miembros que participaron en las negociaciones del Convenio o que han mostrado un importante interés en el mismo: Azerbaiján, Camboya, Kazajstán, las Islas Marshall y Sierra Leona. Algunas organizaciones intergubernamentales, así como organizaciones internacionales no gubernamentales, fueron invitadas a enviar representantes en calidad de observadores.

Algunos de los países presentes esperan unirse al Convenio en un futuro próximo: Camboya, Estados Unidos y Vietnam. A la reunión asistió también una delegación de alto nivel proveniente de Guatemala. Luego de las graves preocupaciones, expresadas en la Primera Reunión de la Comisión Especial de noviembre de 2000, sobre las prácticas de adopción en Guatemala, los delegados de la Comisión Especial de 2005 se alegraron de escuchar a cerca de las medidas correctivas tomadas en Guatemala. Una de las recomendaciones finales de la reunión expresa el apoyo a las positivas medidas tomadas por Guatemala.

Se estima que más de 40 000 niños han sido adoptados internacionalmente en el 2004. En su mayor parte estos niños provienen de China más que de cualquier otro país de origen (más de 11 000 en 2003). De manera significativa, el 16 de septiembre de 2005, la República Popular China depositó su instrumento de ratificación al Convenio de La Haya ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos. China es el 67° Estado en unirse a este Convenio global.

Breve historia del Convenio

En su discurso de apertura, el Secretario General, Hans van Loon, presentó a los delegados una breve historia del Convenio. Sus reflexiones fueron particularmente importantes pues él es el autor del informe que inspiró el desarrollo del Convenio. El Secretario General recordó a los delegados que a pesar de que el Convenio entró en vigor sólo en 1995, el proyecto para desarrollarlo empezó

10 años antes; lo que hace del Convenio un proyecto de al menos 20 años.

La historia del Convenio se inició alrededor del 1985 cuando la Oficina Permanente se dio cuenta de que el *Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en materia de Adopción*, aparentemente había fracasado en atraer adhesiones además de las de Austria, Suiza y el Reino Unido, no obstante se tratase de un instrumento tradicional de derecho internacional privado perfectamente correcto. El análisis del Convenio de 1965 indicaba que, para que los países cooperen sobre la base de la confianza, era esencial crear una estructura de principios, garantías y procedimientos pero sobre todo, involucrar a todos los países implicados en el desarrollo de dicha estructura.

Cinco años después, en 1990, efectuada la investigación necesaria y habiendo preparado el terreno con los Estados miembros, y con muchos Estados no miembros, se iniciaron las negociaciones. Las negociaciones continuaron hasta mayo de 1993, bajo la destacable presidencia del Sr. T.B. Smith, QC de Canadá, del Juez Gonzalo Parra-Aranguren de Venezuela, en calidad de ponente, y de la Sra. Lourdes Balanon de Filipinas como ponente consultor. Otro delegado clave durante las negociaciones fue el Profesor William Duncan, entonces jefe de la delegación irlandesa y hoy Secretario General Adjunto de la Oficina Permanente. El Sr. Duncan realizó los preparativos esenciales para esta Comisión Especial con la Sra. Jennifer Degeling, Desafortunadamente, debido a problemas de salud él no pudo asistir.

Durante las negociaciones que se iniciaron hace quince años, se presentaron algunas cuestiones muy difíciles de resolver. Por ejemplo, inicialmente, el principio de subsidiariedad - la idea de que debía darse la debida consideración a la colocación en una familia nacional antes de considerar la adopción internacional - no fue inmediatamente aceptado por todas las delegaciones. Otro ejemplo es que algunos países de recepción fueron reacios a renunciar al periodo de prueba obligatorio anterior al reconocimiento de una adopción internacional. Por otro lado, algunos países de origen tuvieron gran dificultad en aceptar la participación de las agencias privadas y sólo con grandes

reticencias aceptaron la idea de lo que se convertiría en los organismos acreditados. Estas delicadas negociaciones fueron auxiliadas por explicaciones metódicas, buena disposición para escuchar y entender, activas negociaciones y excelente liderazgo; el resultado fue el voto unánime respecto del texto el 28 de mayo de 1993.

Nuevamente, cinco años después de que las negociaciones habían empezado, el 1 de mayo de 1995, el Convenio entró en vigor. Hoy en día cuenta con 67 Estados parte. Debe destacarse que desde el principio atrajo por igual tanto a los países de origen como a los países de recepción. Esta es una prueba contundente de que el Convenio ha logrado alcanzar el correcto equilibrio entre las preocupaciones de los Estados de origen y los Estados de recepción - condición para la confianza necesaria para su buen funcionamiento.

En 1994, año precedente a su entrada en vigor, tuvo lugar una Comisión Especial para la implementación del Convenio, la misma que adoptó recomendaciones relativas a la aplicación del Convenio a los niños refugiados y otros niños desplazados, así como para los formularios modelo para la manifestación del consentimiento de los padres naturales a la adopción y el certificado de conformidad previsto en el artículo 23.

Hace cinco años, en noviembre / diciembre de 2000, se reunió la primera Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio. En aquel momento el Convenio contaba con 41 Estados partes; ahora, al tiempo de redacción (noviembre de 2005) cuenta con 67 Estados parte. Ha habido un aumento del 60% en el número de los Estados contratantes en un periodo de cinco años.

El programa de la reunión de 2005

El primer día de la reunión de 2005 fue dedicado a las cuestiones relativas a la acreditación. Entre los argumentos abordados se encontraron la política y estructuras para la acreditación, los criterios para la acreditación, incluidos la supervisión y el control de los organismos acreditados y la cooperación entre los países en estos temas. La Comisión Especial hizo una importante recomendación a la Oficina Permanente para que continúe recabando información de los diferentes

Estados contratantes y organizaciones no gubernamentales con la finalidad de desarrollar una futura parte de la Guía de Buenas Prácticas que se ocupe de la acreditación y cuestiones financieras relacionadas y, de ser posible, sobre un grupo de criterios de acreditación modelo.

En los 5 días que siguieron, los delegados analizaron el texto del proyecto de la Guía de Buenas Prácticas relativa a la implementación del Convenio y debatieron acerca de otras cuestiones funcionales.

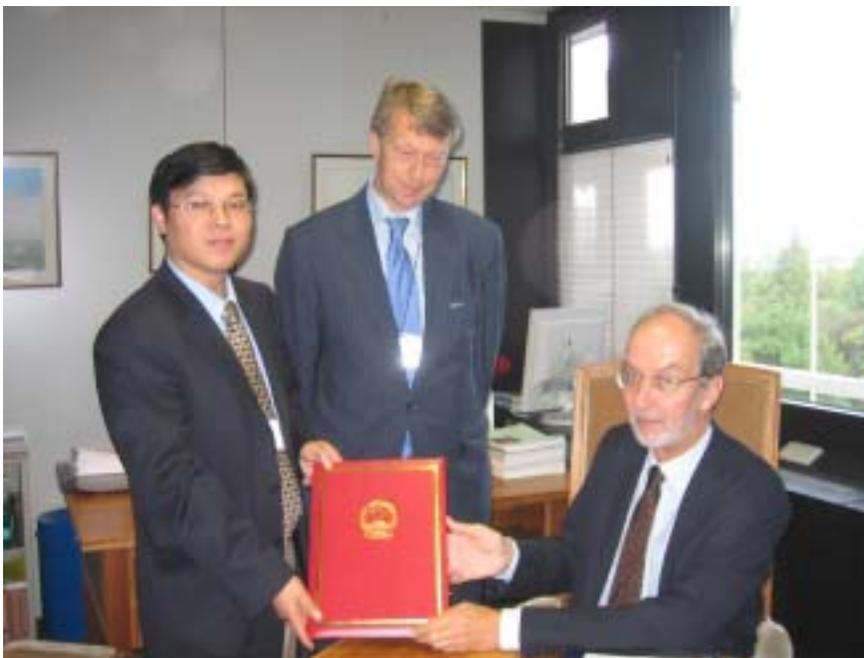
La Guía de Buenas Prácticas es otro proyecto de asistencia post-Convenio proporcionada por la Oficina Permanente. Es la primera Guía en su género para el Convenio de 1993 (actualmente existen 3 Guías para el Convenio de 1980 sobre sustracción), y su finalidad es identificar las materias importantes relacionadas con el planeamiento, el establecimiento y funcionamiento de la estructura administrativa y legal para la implementación del Convenio. La mayor parte de las materias a que hace referencia la Guía deben ser consideradas antes de la ratificación o adhesión. Por esta razón, la Guía está dirigida a las personas que establecen la política, involucradas en el planeamiento a corto y largo plazo de la implementación del Convenio en sus países, así como a abogados, administradores, trabajadores sociales y otros profesionales que pudieren necesitar de

asesoría sobre los aspectos prácticos o legales de la implementación del Convenio.

La Guía está elaborada para ser una guía práctica – un instrumento capaz de dar consejos prácticos y ejemplos auténticos de la práctica nacional actual para ayudar a los países en la preparación de la implementación y así cumplir realmente con sus obligaciones y procedimientos posteriores a la ratificación o adhesión. A tal propósito, es particularmente útil la información contenida en las respuestas al cuestionario.

Por consiguiente, la Guía está dirigida tanto a los futuros Estados contratantes como a los actuales Estados contratantes, nuevos y ya establecidos, y a sus autoridades para que alcancen los objetivos previstos por el Convenio, esto es, la protección de los niños adoptados internacionalmente.

La Comisión Especial aprobó el proyecto de la Guía de Buenas Prácticas y acordó que la Oficina Permanente se ocupe de ciertas revisiones, con la asistencia de un grupo de expertos nominados por la Comisión Especial. La versión final de la guía será publicada en el 2006. Se contempló la elaboración de futuras partes de la Guía sobre los aspectos financieros de la adopción internacional, los informes sobre los futuros padres adoptivos, la preparación de los futuros padres adoptivos y los informes posteriores a la adopción.



La ratificación del *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niños y a la Cooperación en material de Adopción Internacional* por parte de la República Popular China, septiembre de 2005. De izquierda a derecha: Sr. Yi Xianliang (Consejero de Asuntos Legales y Política, China), Sr. Hans van Loon (Secretario General) y Sr. Gerard Limburg (Jefe del Departamento de Tratados, Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos).

El texto del Convenio relativo a la adopción se encuentra disponible en la página web de la Conferencia de La Haya: < www.hcch.net > en *Convention 33*. Los documentos relativos a la reunión, incluidas las Recomendaciones y Conclusiones se encuentran igualmente bajo *Convention 33* en “*Practical Operation Documents*” y “*Questionnaire Responses*”.

ESTATUS DE LOS CONVENIOS DE LA HAYA SOBRE LOS NIÑOS – ENERO 2006

Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños

Son 11 los Estados contratantes. Hungría ratificó el Convenio el 13 de enero de 2006 (fecha de entrada en vigor: 1 de mayo de 2006).

Convenio de La Haya de 29 de Mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional

Son 67 los Estados contratantes. Las ratificaciones más recientes fueron las de Hungría (entrada en vigor: 1 de agosto de 2005), Bélgica (entrada en vigor: 1 de septiembre de 2005) y República Popular China (entrada en vigor: 1 de enero de 2006).

Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Son 75 los Estados contratantes. En meses recientes han tenido lugar varias nuevas aceptaciones a adhesiones de ciertos Estados contratantes. Para obtener información actualizada sobre el estatus del Convenio y las aceptaciones a las adhesiones, por favor véase la página web de la Conferencia de La Haya en: < www.hcch.net > → *Child Abduction Section* → *Status of the Convention*

BIBLIOGRAFÍA DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

Una lista de las publicaciones sobre el Convenio de 1996 se encuentra disponible en la página web de la Conferencia de La Haya < www.hcch.net > → *Conventions* → *Convention 34* → *Bibliography*. La bibliografía se actualiza cada vez que la Oficina Permanente es informada acerca de nuevas publicaciones.

ARMSTRONG, S.: L'articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye ; *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz 2005, p. 111.

ARMSTRONG, S.: L'articulation du règlement « Bruxelles II bis » et des Conventions de La Haye de 1980 et 1996. *Droit et Patrimoine*, No. 139 juillet/août 2005, p. 46.

AYOTTE, W.: Separated Children Coming to Western Europe; The Save the Children Fund 2000, esp. pp. 7 and 29.

BORRÁS, A.: La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado: similitudes y contrastes, en: *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. Gonzales Campos*, Tomo II *Derecho internacional privado, derecho constitucional y varios*, UAM/Eurolex, Madrid 2005, p. 1287.

BORRÁS, A.: The Frontiers and the International Constitutional Question; in: A. Nuyts & N. Watté (eds.), *International Civil*

Litigation in Europe and Relations with Third States, Bruylant, Bruxelles 2005, p. 27.

BORRÁS, A.: La protección internacional de los derechos del niño. Una visión "privada"; *L'information* (Institut de Drets humans de Catalunya), 1997, p. 30.

BOULANGER, F.: De la Convention de La Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale et la protection des enfants – Requiem pour la loi nationale ?; *Mélanges Fritz Sturm*, Editions Juridiques de l'Univ. de Liège 1999, p.1399.

BUCHER, A.: L'enfant en droit international privé; L.G.D.J., Paris 2003.

BUSCH, M.: Schutzmassnahmen für Kinder und der Begriff der «elterlichen Verantwortung» im int. und europäischen Recht - Anmerkungen zur Ausweitung der Brüssel II-Verordnung; *Praxis des Int. Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2003, No 3, p. 218.

CALVENTO SOLARI, U.: The Hague Conference on Private International Law: Agreement on the protection of children. Explanatory note; *Infancia* (Bulletin of the Inter-American Children's Institute), October 1997, p. 59.

CALVENTO SOLARI, U.: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Convenio sobre protección de niños. Nota explicativa; *Infancia* (Boletín del Instituto Interamericano del Niño), Octubre de 1997, p. 61.

CANNONE, A.: L'interesse del fanciullo nelle Convenzioni internazionali dell'Aja; *Divenire sociale e adeguamento del diritto - Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, p. 549.

CANNONE, A.: L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale; Cacucci Editore, Bari 2000, spec. p. 240.

CLIVE, E.: The role of the new Protection of Children Convention; in: S. Detrick & P. Vlaardingerbroek (eds.), *Globalization of Child Law - the role of the Hague Conventions*, Kluwer Law International 1999, p. 53.

CLIVE, E.: The New Hague Convention on Children; *Juridical Review*, 1998, p. 169.

CLIVE, E.: The New Hague Convention on Children; *Greens Family Law Bulletin*, January 1997, p. 3.

DEHART G.F.: Introductory Note: Hague Conference on Private International Law: Final Act of the Eighteenth Session with the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility

DEHART, G.F.: The Relationship Between the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Protection Convention; *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 33, 2000, No 1, p. 83.

DETRICK, S.: Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children; *Hague Yearbook of International Law*, 1996, p. 77.

DOLINGER, J.: Direito Internacional Privado - A Criança no Direito Internacional; Renovar, Rio de Janeiro / São Paulo, 2003.

DUNCAN, W.: Hague Conference on Private International Law and the Children's Conventions; *Irish Journal of Family Law*, No. 2, 1998, p. 3.

DUNCAN, W.: 21 years of protecting children across frontiers. *Childright*, Vol. 195, 2003, p. 10.

DUNCAN, W.: Children's Rights, Cultural Diversity and Private International Law; *Children's Rights and Traditional Values*.

DUNCAN, W.: Transfrontier protection of children. Administrative and judicial co-operation and the role of the Hague Conventions; *Commonwealth Judicial Journal*, Vol. 14, June 2001, No 1, p. 8.

DUNCAN, W.: Les Conventions de La Haye relatives à la protection de l'enfant; *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, Bruxelles 2004, p. 4.

DUNCAN, W.: The Hague Conference on Private International Law and its Current Programme of Work Concerning the

International Protection of Children and Other Aspects of Family Law; *Yearbook of Private International Law*, Vol. 2, 2000, p. 41.

DUNCAN, W.: La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants; *Les enfants sans enfance (1^{re} partie)*, *Petites affiches*, 29 novembre 1999, No 237, p. 18.

DUNCAN, W.: La Convenzione dell'Aja del 1996 per la protezione dei minori; *Atti del convegno Verso un diritto minorile europeo*, Genova, 3-4 novembre 1997, Goethe-Institut, Genova 1997, p. 31.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección del niño: ¿Exclusión del acogimiento preadoptivo de su ámbito de aplicación material? Reflexiones en torno al art. 4 letra b; *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, No 4, p. 849.

ESTIN, A.L.: Symposium: Families And Children In International Law; University of Iowa College of Law, Iowa City 2002.

EVERALL QC, M.: *cf.* LOWE, N.

FINLAND (Oikeusministeriö Justitieministeriet): Haagin lastensuojelusopimuksen voimaansaattaminen, Työryhmämietintö 2005:11

FUCHS, A.: Editorial; *ERA-Forum*, 2003, No 1 (Special Issue; European Family Law), p. 4.

FULCHIRON, H. (direction): Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Bruylant, Bruxelles 2004.

FULCHIRON, H. (direction): Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe; Centre de droit de la famille, Lyon 2002.

GARCÍA CANO, S.: *cf.* PÉREZ BEVÍA, J.A.

GONZALEZ BEILFUSS, C.: EC Legislation in Matters of Parental Responsibility and Third States; in: A. Nuyts & N. Watté (eds.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruylant, Bruxelles 2005, p. 493.

GORDES, A.C.: Internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung: die VO(EG) Nr. 1347/2000, ihre geplanten Änderungen und das Verhältnis beider zum Minderjährigen- und Kinderschutzabkommen; in *Studien zum vergleichenden und internationalen Recht*, Lang, P., Frankfurt am Main 2004, p. 21.

GOTTSCHALK, E.: Allgemeine Lehren des IPR in kollisionsrechtlichen Staatsverträgen; Duncker & Humblot, Berlin 2002.

KRAH, J.: Das Haager Kinderschutzübereinkommen: Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996; Peter Lang, Frankfurt am Main 2004. *Europäische Hochschulschriften*: Reihe 2, Rechtswissenschaft; 4017.

KROPHOLLER, J.: Das Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996 - Wesentliche Verbesserungen im Minderjährigenschutz; in: *Private Law in the International Arena*, Basedow, J. (ed.), The Hague: T.M.C. Asser Press, 2000, p.379.

KROPHOLLER, J.: Europäisches Internationales Zivilverfahrensrecht ohne europäisches Kollisionsrecht – ein Torso. Das Beispiel der Kinderschutzmaßnahmen, in: Bachmann, B. *et al.* (eds.), *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit*, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

KUGLER, R.: *cf.* MOTZER, S.

LAGARDE, P.: La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs ; *Revue critique de droit international privé*, 1997, No 2, p. 217.

LAGARDE, P.: Hagos Konvencijos del jurisdikcijos, taikytinos teises, pripazinomo, vykdymo ir bendradarbiavimo tevu pareigu ir vaiku apsaugos priemonių srityje - aiskinamasis pranesimas; [Kaunas]: Socialines apsaugos ir

darbo ministerija 2004, ISBN 9955-9658-8-6.

LOWE, N.: The 1996 Hague Convention on the protection of children - a fresh appraisal; *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 14, 2002, p. 191.

LOWE, N., EVERALL QC, M. & NICHOLLS, M.: International Movement of Children - Law Practice and Procedure; Jordan Publishing Ltd., Bristol 2004.

LOWE, N.: Regulating Cross-border Access to Children; *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Giesecking, Bielefeld 2005, p. 1153.

MÁRQUEZ MATAMOROS, A.: Legislación internacional sobre derechos de los niños: aplicación y obligatoriedad en el Ecuador. Ediciones Abya-Yala: UNNFA, Instituto Nacional del Niño y la Familia: FIDE, Fundación Información para el Desarrollo, Quito 2000.

MARTINY, D.: Kindesentziehung - "Brüssel II" und die Staatsverträge; *ERA-Forum*, 2003, p. 97.

McELEVAY, P.: The Brussels II Regulation: How the European Community has moved into Family Law; *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, p. 883.

McELEVAY, P.E.: International Contact - Where Does the Future Lie?; *International Family Law*, April 2001, p. 55.

MOTZER, S. & KUGLER, R.: Kindschaftsrecht mit Auslandsbezug; Giesecking Verlag, Bielefeld 2003.

MOURA RAMOS, R.M.: A protecção das crianças no plano internacional - as novas normas Convencionais da Haia aplicáveis à protecção das crianças em situações da vida jurídico-privada internacional; *Infância e Juventude*, 1998, No 2, p. 9.

NICHOLLS, M.: *cf.* LOWE, N.

NOURISSAT, C.: L'articulation des instruments internationaux de protection de l'enfance ; *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, Bruxelles 2004, p. 51.

NYGH, P.E.: The Hague Convention on the Protection of Children; *Netherlands International Law Review*, 1998, No 1, p. 1.

NYGH, P.E.: The New Hague Convention on Child Protection; *Australian Journal of Family Law*, Vol. 11, 1997, p. 5.

PÉREZ BEVIÁ, J. A. & GARCÍA CANO, S.: Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño, en: Calvo Caravaca, A. L. & Blanco-Morales Limones, P., *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid 2003, p. 463.

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE: The Hague Children's Conventions: recent preparations for the next Special Commissions to review their operation; *International Family Law*, March 2004, p. 38.

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE: Hague Family Law Conventions; *International Family Law*, June 2003, p. 57.

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE: Hague Convention on the International Protection of Children 1996; *International Family Law*, June 2003, p. 105.

PFUND, P.H.: The Developing Jurisprudence of the Rights of the Child - Contributions of the Hague Conference on Private International Law; *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 1997, p. 665.

PICONE, P.: La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori; *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, No 4, p. 705.

PIRRUNG, J.: Haager Kinderschutzübereinkommen und Verordnungsentwurf "Brüssel IIa," in *Festschrift für Erik Jayme*, Mansel, P., München 2004, p. 701.

PIRRUNG, J.: Das Haager Kinderschutzübereinkommen vom 19. Oktober 1996; in: *Festschrift für Walter Rolland zum 70. Geburtstag*, Bundesanzeiger Verlag, Köln 1999, p. 277.

RUXTON, S.: Separated Children Seeking Asylum in Europe: A Programme for Action; Save the Children/UNHCR 2000, esp. pp. 24, 32, 45 & 118.

SAJKO, K.: Haška konvencija o dječjoj zaštiti od 19. listopada 1996; značajni segment budućeg hrvatskog prava?; *Novejše tendence razvoja otroškoga prava v evropskih državah - prilagajanje otroškoga prava v republiki sloveniji*, Maribor 1997, p. 39.

SCHLOSSER, P.: Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation; *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 2000, t. 284, see. p. 307.

SCHULZ, A.: Die Zeichnung des Haager Kinderschutz- Übereinkommens von 1996 und der Kompromiss zur Brüssel IIa-Verordnung; *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2003, Heft 18, p. 1351.

SCHULZ, A.: The New Brussels II Regulation and the Hague Conventions of 1980 and 1996; *International Family Law*, March 2004, p. 22.

SCHULZ, A.: Internationale Regelungen zum Sorge- und Umgangsrecht; *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2003, Heft 6, p. 336; *ERA-Forum*, 2003, p. 73.

SCHULZ, A.: Die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 (Brüssel IIa) - eine Einführung; *Neue Juristische Wochenschrift*, Beilage zu Heft 18/2004; *Familie Partnerschaft Recht*, Beilage zu Heft 6/2004.

SCHULZ, A.: Internationale Regelungen zum Sorge- und Umgangsrecht; *Familie Partnerschaft Recht*, 2004, Heft 6, p. 299.

SIEHR, K.: Das neue Haager Übereinkommen von 1996 über den Schutz von Kindern; *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1998, No 3, p. 464.

SIEHR, K.: Die Rechtslage der Minderjährigen im internationalen Recht und die Entwicklung in diesem Bereich; *FamRZ*, 1996, 1047.

SILBERMAN, L.: The 1996 Convention on the Protection of Children: Should the United

States Join?; *Family Law Quarterly*, Vol. 34, 2000, p. 239.

SILBERMAN, L.: The 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children: A Perspective from the United States; *in: Private Law in the International Arena*, Basedow, J. (ed.), The Hague: T.M.C. Asser Press, 2000, p. 703.

SPECTOR, R.G.: The New Uniform Law with Regard to Jurisdiction Rules in Child Custody Cases in the United States with Some Comparisons to the 1996 Hague Convention on the Protection of Children; *Intercontinental Cooperation Through Private International Law*, Einhorn, T. and Siehr, K (eds.), The Hague: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 357.

STEWART, P.: Access Rights: A Necessary Corollary to Custody Rights Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction; *Fordham International Law Journal*, Vol. 21, 1997, p. 308.

STRIKWERDA, L.: De Haagse Conferentie voor IPR en de rechten van het kind: van conflictenrecht naar rechtshulp; *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, juni 2000, p. 125.

SUMAMPOUW, M.: Voorstel Verordening ouderlijke verantwoordelijkheid: een voorbeeld hoe het niet moet; *in: Met recht verkregen. Bundel opstellen aangeboden aan mr. Ingrid S. Joppe*, Kluwer, Deventer 2002, p.201.

SUMAMPOUW, M.: Parental Responsibility under Brussels II; *in: Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, T.M.C. Asser Press, The Hague 2000, p. 729.

TEIXEIRA SOUSA, M.: Ausgewählte Probleme aus dem Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 und des Haager Übereinkommens v. 19.10.1996 über den Schutz von Kindern; *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2005, No 19, p. 1612.
VAN BUEREN, G.: Annual Review of International Family Law; *in: The International*

Survey of Family Law, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London 1996, p. 1.

VAN ITERSÓN, D.: The Adoption of a New Hague Convention on the Protection of Children: A View from the Netherlands; *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*, 1997, No 3, p. 474

VAN ITERSÓN, D.: Een nieuw Haags Kinderbeschermingsverdrag; *Perspectief*, 4e jrg. nr. 7, nov. 1996, p. 22.

VAN ITERSÓN, D.: Het Franse initiatiefvoorstel tot afschaffing VAN het exequatur voor beslissingen inzake omgangsrecht; *in: Met recht verkregen. Bundel opstellen aangeboden aan mr. Ingrid S. Joppe*, Kluwer, Deventer 2002, p. 87.

VAN LOON, J.H.A.: L'enfant au cœur des conflits de famille. Les conflits de garde au sein des couples bi-nationaux ; *Enfants d'Europe, enfants du monde - Deuxièmes Journées Eur. du Droit de Nancy - Actes du colloque organisé à Nancy les 24 & 25 nov. 2000*, p. 31

VAN MAAS DE BIE, A.: EG-Verordeningen bij echtscheiding en ouderlijke verantwoordelijkheid; *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2002, No 12, p. 305.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: La Protección Internacional de los Derechos del Niño; Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco/ Universidad Panamericana/Sistema Estatal DIF Jalisco/Instituto Cabañas, Guadalajara 1999.

WALTER, M.: Toward the Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Transnational Parent-Child Contact; *New York University Law Review*, Vol. 79, 2004, p. 2381.

WINKEL, G.: Grenzüberschreitendes Sorge- und Umgangsrecht und dessen Vollstreckung; Giesecking 2001.

WRIGHT, D.: A "Hostile" Climate for 100,000 Children. Working for the Rights of Separated Children in Europe; *International Children's Rights Monitor* (Defence for Children International), Vol. 13, No 2, May 2000, p. 17.

NO AUTHOR INDICATED: Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction and the

Recognition and Enforcement of Judgments in Matters of Parental Responsibility; *International Family Law*, March 2002, pp. 23-35.

NO AUTHOR INDICATED: Separated Children in Europe Programme, Statement of Good Practice; Save the Children, December 1999, esp. pp. 1 and 7.

NO AUTHOR INDICATED: NJL Facts-on-Call: Document 2575 (*Ivaldi v. Ivaldi*, 23 Dec. 1996, Supreme Court of New Jersey), p. 15 – 17.

PUBLICACIONES RECIENTES DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN VIRTUD DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES – TERCERA PARTE – MEDIDAS DE PREVENCIÓN

La tercera parte de la Guía de Buenas Prácticas en virtud del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* fue publicada este otoño. Esta parte se ocupa de la importancia de las medidas de prevención y completa la primera parte sobre la práctica de las Autoridades Centrales y la segunda parte sobre las medidas de aplicación, publicadas ambas en el 2003. Todas las partes de la Guía de Buenas Prácticas han sido publicadas en inglés, francés y español y además se encuentran disponibles en la página web de la Conferencia de La Haya (< www.hcch.net >

→ *Child Abduction Section* → *Guide to Good Practice*). Han sido distribuidos ejemplares de la tercera parte de la Guía a todas las Autoridades Centrales del Convenio y a las diferentes organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que operan en el sector. Asimismo, es posible adquirir ejemplares directamente del editor cuya información se encuentra también en la página web de la Conferencia de La Haya. La Oficina Permanente continua trabajando sobre las nuevas partes de la Guía de Buenas Prácticas relativas a las medidas de ejecución y al derecho de visita transfronterizo.

La Guía de Buenas Prácticas surge de los conocimientos y la experiencia acumulados de las Autoridades Centrales, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y expertos. La tercera parte se beneficia además de la especialidad de un grupo consultivo cuyos miembros trabajan en diferentes sectores y provienen de una amplia variedad de Estados. La Oficina Permanente expresa su agradecimiento a todos los expertos que han contribuido en esta parte de la Guía de Buenas Prácticas.



La Guía de Buenas Prácticas en virtud del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*. Tercera Parte – Medidas de Prevención.

FOLLETO DE LOS CONVENIOS DE LA HAYA SOBRE LOS NIÑOS

Este otoño también fue publicado el folleto titulado "Los Convenios de La Haya sobre los niños". Este folleto, disponible en inglés, francés y español, proporciona una síntesis de los tres modernos Convenios de La Haya relativos a los niños: El *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*; el *Convenio de La Haya de 29 de Mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción*

Internacional; y el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*. Cuenta también con un resumen del Proyecto de Convenio sobre el Cobro Internacional de Alimentos con respecto a los Niños y Otras Formas de Manutención de la Familia, actualmente en negociación. El folleto explica la infraestructura que sostiene a los Convenios de La Haya sobre los niños y el trabajo de la Oficina Permanente en relación con la asistencia y monitoreo de estos Convenios.



El folleto de los Convenios de La Haya sobre los Niños.

V. NOTAS PERSONALES

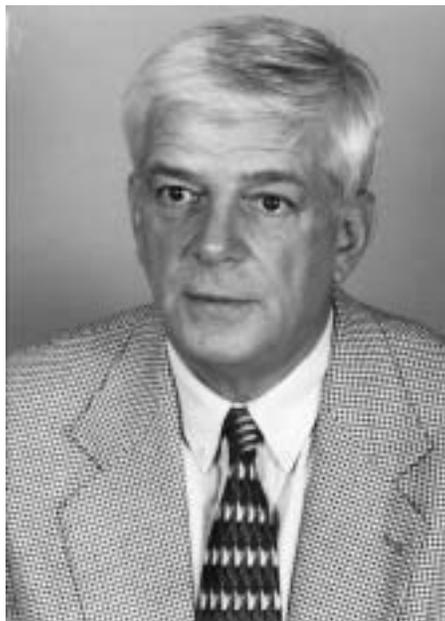
PROFESOR PETAR ŠARČEVIĆ

(1941 – 2005)

A lo largo de los años, Petar, profesor de derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de Rijeka contribuyó con su sabiduría, erudición y diplomacia en muchas reuniones internacionales en La Haya. Nosotros recordamos especialmente su intervención, en nombre de Croacia, en las negociaciones que condujeron a la adopción del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* y del *Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la Protección Internacional de los Adultos*. Recientemente desempeñó un papel activo en el desarrollo del Convenio, aún en negociación, sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia.

Tuvimos también el placer de trabajar con Petar en otros foros, en particular en las reuniones de la *Internacional Society of Family Law* (ISFL por sus siglas en inglés), la *International Law Association* y el Consejo de Europa. La Conferencia de ISFL que Petar organizó en Opatija en 1991 fue un verdadero suceso científico y social a pesar de las dificultades a las que se enfrentaba Croacia en aquel tiempo. La contribución de Petar al debate en el Consejo de Europa, y en otros foros y publicaciones, respecto a los aspectos de derecho internacional privado de la cohabitación fuera del matrimonio ha sido sobresaliente. Su colaboración en el *Family Law Committee* de la *International Law Association* en el trabajo sobre "derecho de visita transfronterizo entre padres y niños" fue también grandemente apreciada. Será recordado también por su estuenda iniciativa de crear el *Yearbook of Private International Law*.

Petar llevó a cada reunión y evento que honró con su presencia una dignidad



Profesor Petar Šarčević.

combinada con una calidez genuina y buen humor. Fue un "constructor de puentes" que ayudó a forjar muchos acuerdos y que con su encantadora sonrisa y sus palabras positivas inyectó siempre alegría y optimismo en cada discusión. Lo extrañaremos profundamente.

El Boletín de los Jueces es publicado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado bajo la supervisión de William Duncan, Secretario General Adjunto, con la asistencia de Sarah Armstrong, Oficial Legal. Agradecemos a Christelle Gavard y Rita Villanueva, ambas de la Oficina Permanente, por su asistencia en las traducciones.

La Oficina Permanente quisiera nuevamente expresar su agradecimiento a Butterworths, editora jurídica internacional, por su asistencia tanto en la preparación como en la distribución del Boletín.

Los datos de contacto de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado son los siguientes:

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
Oficina Permanente
Scheveningseweg 6
2517 KT La Haya
Países Bajos
Tel: +31 (70) 363.3303
Fax: +31 (70) 360.4867
Correo electrónico: secretariat@hcch.net; bulletin@hcch.nl
Página web: <http://www.hcch.net>

This issue of the Judge's Newsletter is published and distributed on behalf of the Hague Conference by

LexisNexis Butterworths, Halsbury House, 35 Chancery Lane, London WC2A 1EL.

Tel: +44 (0) 20 7400 2500 Fax: +44 (0) 20 7400 2842

Contact: Jacqueline Cullen (Tel: 020 7400 2743; Email: jacqueline.cullen@lexisnexis.co.uk)

© 2005 Copyright of the Hague Conference on Private International Law.

Printed and bound in Great Britain by Hobbs the Printers Ltd, Totton, Hampshire