

The Judges' Newsletter

Boletín de los jueces

Volume V / Spring 2003

Tomo V / Primavera 2003

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

Indice de materias

I	Informes sobre conferencias judiciales relativas a la protección internacional de niños	3
II	Especial atención: Artículo 13(1)(b) – la excepción de riesgo grave y la Convención de 1980	10
III	Desarrollos en relación a las convenciones sobre niños	27
IV	El Proyecto de La Haya en materia de alimentos	42
V	Algunas perspectivas internacionales y regionales	43
VI	Seminarios no judiciales y conferencias relativas a la protección internacional de niños	48
VII	Servicios y recursos disponibles respecto a la Convención de 1980	55
VIII	Sus opiniones y la próxima edición	58
IX	Notas personales y agradecimientos de la Conferencia de La Haya	58

INTERNATIONAL BOARD OF JUDICIAL ADVISERS /COMITÉ INTERNACIONAL DE CONSEJEROS JURÍDICOS

- The Right Honourable Lord Justice Mathew Thorpe; Court of Appeal, England and Wales / El Muy Honorable Lord Judicial Mathew Thorpe; Corte de Apelaciones, Inglaterra y Gales.
- The Honourable Justice Joseph Kay; Appeal Division of the Family Court of Australia / El Honorable Juez Joseph Kay; División de Apelaciones de la Corte Familiar de Australia.
- His Honour Judge Patrick Mahony; Principal Judge of the Family Court of New Zealand / El Honorable Juez Patrick Mahony; Juez Principal de la Corte Familiar de Nueva Zelanda.
- The Honourable Justice James Garbolino; Presiding Judge of the Superior Court of California, United States of America / El Honorable Juez James Garbolino; Juez Presidente de la Corte Superior de California, Estados Unidos de América.
- The Honourable Justice Jacques Chamberland; Court of Appeal of Québec, Canada / El Honorable Juez Jacques Chamberlad; Corte de Apelaciones de Quebec, Canada.
- H.E. Justice Antonio Boggiano; Former President of the Supreme Court of Argentina / S.E. Juez Antonio Boggiano; Antiguo Presidente de la Corte Suprema de Argentina.
- The Honourable Mrs Justice Catherine McGuinness; Supreme Court of Ireland / La Honorable Sra. Juez Catherine McGuinness; Suprema Corte de Irlanda.
- Professor Siegfried Willutzki; Köln, Germany / Profesor Siegfried Willutzki; Colonia, Alemania.
- H.E. Elisa Pérez-Vera; Constitutional Court of Spain / S.E. Elisa Pérez-Vera; Tribunal Constitucional de España.
- The Honourable Marie-Caroline Celeyron-Bouillot; Division of Family Affairs, Court of grande instance of Lyon, France / La Honorable Marie-Caroline Celeyron-Bouillot; División de Asuntos Familiares, Tribunal de Gran Instancia de Lyon, Francia.
- The Honourable Dr Katalin Murányi; Chairperson of the Civil College, Budapest, Hungary / El Honorable Dr Katalin Murányi; Presidente del Colegio Civil, Budapest, Hungría.

El Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional de Niños está ahora en su quinto volumen de publicación¹. El Boletín está estructurado sobre las recomendaciones y contribuciones del Consejo Internacional de Consejeros Judiciales y por jueces y profesionales en los setenta y tres estados signatarios de la *Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* y los 51 estados signatarios de la *Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección de los niños y la cooperación en relación a la adopción internacional*.

El Boletín, ahora distribuido a más de 400 jueces, Autoridades Centrales, prácticos, bibliotecas y a otros puntos alrededor del mundo, proporciona un foro único para facilitar el intercambio de ideas, buenas prácticas y desarrollos internacionales. En la medida que el Boletín se amplía, tanto en su número de lectores como en su contenido, es importante que las problemáticas que se confrontan en las distintas regiones del mundo también se reflejen.

En este sentido, deseáramos darle la bienvenida al Honorable Dr. Katalin Murányi, de Budapest, Hungría, como el undécimo miembro del Comité Internacional de Consejeros Jurídicos.

Asimismo, deseáramos subrayar el creciente número de conferencias judiciales y de otra índole, uniendo a una diversa gama de Estados, lo cual agiliza las discusiones, el debate y las recomendaciones sobre las distintas maneras para promover la protección internacional de los niños.

Esperamos recibir sus comentarios e ideas para futuras ediciones.

La traducción al español del Boletín de los Jueces es realizada como una contribución de Carlos A. Gabuardi, abogado y Profesor de Derecho en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Monterrey, México (<<http://w3.to/cgabuardi>>, cgabuardi@derecho.org).

La Oficina Permanente quisiera también expresar su agradecimiento a Sra. Alegría Borrás, Profesor de Derecho internacional privado en la Universidad de Barcelona, Barcelona, España.

I. INFORMES SOBRE CONFERENCIAS JUDICIALES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Conferencia Judicial Reino Unido – Paquistán sobre Derecho Familiar y del Menor, 15-17 de enero de 2003, Londres, Inglaterra

El Juez Presidente del Paquistán, el Honorable Sr. Juez Sh. Riaz Ahmad, con miembros sénior del poder judicial paquistaní tomaron parte en una conferencia judicial del 15 al 17 de enero de 2003 con jueces sénior del Reino Unido, encabezados por la Muy Honorable Lady Elizabeth Butler-Sloss, DBE, Presidente de la División Familiar de la Corte de Apelaciones (Inglaterra y Gales) para discutir las mejores prácticas en el manejo de contacto con menores, sustracción de menores y casos de matrimonios forzados. El anfitrión de la conferencia fue la Oficina de Exteriores y Mancomunidad del Departamento del Lord Canciller en asociación con el Presidente del Comité de Derecho Familiar Internacional.

Los delegados judiciales del Reino Unido incluyeron al Muy Honorable Lord Woolf, Lord Juez Presidente de Inglaterra y Gales; a la Muy Honorable Lady Elizabeth Butler-Sloss; al Muy Honorable Lord Judicial Thorpe, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales; a la Muy Honorable Dama Judicial Hale, DBE, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales; El Honorable Señor Juez Singer, Alta Corte de Inglaterra y Gales; La Honorable Lady Smith, Suprema Corte de Escocia; y el Honorable Juez Peral, Presidente del Tribunal de Estándares de Cuidado del Tribunal de Inglaterra y Gales.

Los delegados de Paquistán incluyeron al Honorable Sr. Juez Sh. Riaz Ahmad, Juez Presidente de la Suprema Corte de Paquistán; al Honorable Sr. Juez Munir A. Sheikh, Juez Asociado Sénior, Suprema Corte de Paquistán; el Honorable Sr. Juez Nazim Hussain Siddiqui, Suprema Corte de Paquistán; el Honorable Sr. Juez Mian Muhammad Ajmal, Suprema Corte de Paquistán; el Honorable Sr. Juez Sabihuddin Ahmed, Juez Asociado Sénior, Alta Corte de Sindh; el Honorable Sr. Juez Tassaduq Hussain Jillani, Alta Corte de Lahore; el Honorable Sr. Juez Syed Manzoor Hussain Gilani, Juez Presidente, Alta Corte de Azad Jammu y Kashmir; Sr. Adbul Kader Jaffer, el Alto Comisionado para Paquistán, Londres; y el Sr. Murad Alí, Ministro, Alto Comisionado para Paquistán, Londres.

También asistieron a la conferencia el Profesor William Duncan, Secretario General Adjunto de la Conferencia de La Haya, y 13 abogados* del Reino Unido, académicos, y representantes del Departamento del Lord Canciller, la Oficina de Exteriores y de la Commonwealth y la Oficina del Interior.

El siguiente Protocolo Reino Unido –Paquistán fue suscrito el 17 de enero de 2003 por la dama Elizabeth Butler-Sloss, DBE, Presidente de la División de Familia, Corte de Apelación de Inglaterra y Gales y el Honorable Sr. Juez Sh. Riaz Ahmad, Juez Presidente de la Suprema Corte de Justicia de Paquistán, en representación de ambos, el Reino Unido y Paquistán.

El Presidente de la División Familiar y el Honorable Juez Presidente de Paquistán en consulta con miembros sénior de la sección judicial en asuntos familiares del Reino Unido (“el RU”) y la República Islámica de Paquistán (“Paquistán”) habiéndose reunido del 15 al 17 de enero de 2003 en las Cortes Reales de Justicia de Londres, llegaron al siguiente consenso:

CONSIDERANDO:

- (a) Que se desea proteger a los niños del RU y Paquistán de los nocivos efectos del desplazamiento o retención ilícitos de un país al otro;
- (b) Que se tiene en mente que el RU y Paquistán comparten una herencia jurídica común y un compromiso para el bienestar de los niños;
- (c) Que se desea promover la cooperación judicial, mejores relaciones y el libre flujo de información

entre los poderes judiciales del Reino Unido y Paquistán; y

- (d) Que se reconoce la importancia de la negociación, mediación y conciliación en la resolución de conflictos familiares;

SE ACUERDA QUE:

1. Bajo circunstancias normales, el bienestar de un niño se determina mejor por los tribunales del país de residencia habitual/ordinaria del menor.
2. Si un menor es desplazado del Reino Unido a Paquistán, o de Paquistán al Reino Unido, sin el consentimiento del padre con una orden de custodia/residencia o con una orden de restricción/prohibición del tribunal de residencia habitual/ordinaria del menor, el juez del tribunal del país al que el niño ha sido desplazado no ejercerá normalmente competencia sobre el menor, salvo en la medida en que sea necesario para que el tribunal ordene el regreso del menor al país de residencia habitual/ordinaria del menor.



La señora Elizabeth Butler Sloss (Inglaterra y Gales), el juez Sheik Riaz Ahmed (Presidente de la Corte Superior de Pakistán) y el señor Abdul Kader Jaffer (Alto Comisario para Pakistán en el Reino Unido) informando periodistas sobre el protocolo firmado entre el Reino Unido y Pakistán después de la Conferencia Judicial sobre los derechos de los niños y de la familia.

3. Si un menor es llevado del RU a Paquistán, o de Paquistán al RU, por un padre con derechos de visita/acceso/contacto, con el consentimiento del padre que cuente con una orden de custodia/residencia o una orden de restricción/prohibición del tribunal de la residencia habitual/ordinaria del menor o en consecuencia de una orden de ese tribunal permitiendo la visita, y el menor es retenido en ese país después del fin de la visita sin el consentimiento o en desacato de la orden del tribunal, el juez del tribunal del país en el cual el menor ha sido retenido no ejercerá normalmente competencia sobre el menor, salvo en la medida en que sea necesario para que el tribunal ordene el retorno del menor al país de residencia habitual/ordinaria del menor.
4. Los principios anteriores se aplicaran sin considerar la nacionalidad, cultura o religión de los padres o de cualquiera de los padres y deberán ser aplicados a los hijos de matrimonios mixtos.
5. En los casos en que la residencia habitual/ordinaria del niño esté en disputa, el tribunal al que se haya hecho la solicitud decidirá sobre la cuestión de la residencia habitual/ordinaria antes de hacer cualquier decisión de la cuestión del retorno o sobre el bienestar general del niño, y una vez que se haya resuelto la cuestión preliminar sobre la residencia habitual/ordinaria, entonces aplicará los principios generales antes establecidos.
6. Estas solicitudes deberán ser realizadas por el solicitante, registradas por el tribunal y resueltas rápidamente.
7. Se recomienda que los respectivos gobiernos del RU y Paquistán den consideración urgente para la identificación o establecimiento de un servicio administrativo para facilitar o supervisar la resolución de casos de sustracción de menores (no cubiertas por la *Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*).

8. Se recomienda adicionalmente que las autoridades judiciales, los operadores jurídicos y las organizaciones no-gubernamentales en el RU y en Paquistán realicen su mejor esfuerzo para alcanzar los objetivos de este protocolo.
9. Se conviene que el RU y Paquistán deberán nombrar cada uno un juez de la Corte superior para trabajar en vinculación con el otro para alcanzar los objetivos de este protocolo.

Cuarta Conferencia RU-Alemana sobre Derecho Familiar en Trier, Alemania, septiembre 2002

El Muy Honorable Lord Judicial Mathew Torpe, Juez de la Corte de Apelaciones, Inglaterra y Gales



Lord Justice Torpe (Inglaterra y Gales), miembro del Comité Internacional de Consejeros Jurídicos, en plena discusión. Lord Justice Torpe propone la creación de una red internacional de jueces de enlace durante el seminario judicial sobre la protección internacional de niños de 1998 que tomo lugar en Derwenberg. Su entusiasmo en cuanto a la red, tanto como para el Boletín de los Jueces, ha sido un motor para los desarrollos ulteriores.

El Ministro Alemán de Justicia actuó como anfitrión de la cuarta conferencia RU-Alemana sobre Derecho Familiar en Trier, Alemania, entre el 24 y el 29 de septiembre de 2002. La conferencia fue presidida por el Dr. Rolph Wagner del Ministerio y por el Prof. Siegfried Willutzki. Estuvieron fuertemente representadas las jurisdicciones que son miembros de la conferencia, Alemania, Inglaterra y Gales, Escocia y la República de Irlanda. A invitación del Ministerio, Suecia asistió como invitado; El Dr. Werner Schutz, del Ministerio Austriaco de Justicia, que planteó si Austria debería convertirse en miembro de pleno derecho de la conferencia. Adicionalmente, la Dra. Andrea Schulz asistió en representación de la Conferencia de La Haya y la Sra. Killeby en representación del Consejo de Europa. La delegación inglesa fue dirigida por el Presidente, la irlandesa por la Juez Catherine McGuinness y la Alemana por el Profesor Willutzki. El Dr. Wagner asumió la ardua tarea de organizar tanto los programas científicos, como sociales.

Se trataron los siguientes temas:

- Mediación en conflictos de familia;
- El impacto del Reglamento "Bruselas II";
- La audiencia del niño la luz de las recientes decisiones de Estrasburgo;
- El instrumento propuesto "Roma III";
- Los avances en el Reglamento "Bruselas II bis" y la Convención de La Haya de 1996.

Los intercambios sobre mediación fueron introducidos por las ponencias del Profesor Michael Coester de la Universidad de Munich, de Sheila Barrer (ofreciendo la experiencia de un abogado* escocés) y de

Timothy Amos (informado sobre nuestra introducción de la designación de resolución de disputas financieras en un procedimiento auxiliar de alivio). Toda vez que gran parte del progreso en mediación se ha desarrollado en los Estados Unidos, quizá no fue una sorpresa el encontrar que nuestro desarrollo se dirige desde Escocia, que a su vez excede la experiencia alemana.

Informes sobre el impacto del Reglamento "Bruselas II" fueron presentadas por Nicholas Mostyn, QC, David Truex, en representación de la Asociación de Abogados* de Derecho Familiar (AADF), el Dr. Peter McEavey de la Universidad de Aberdeen y el Profesor Gerhard Hohloch de la Universidad de Friburgo. A pesar de que los prácticos de Londres habían desarrollado un sondeo entre sus miembros para permitir que se escribieran estas ponencias, pruebas de una estrategia más combativa en el inicio de la disolución de las conclusiones fue más general que específica.

Las ponencias sobre la voz de los niños fueron presentadas por la Sheriff Pamela Bowmad de Aberdeen y por el Profesor Ludwig Salgo de la Universidad de Frankfurt. El Profesor Salgo registró cinco casos recientes en la Corte de Estrasburgo, cuatro de los cuales han resultado en contra de Alemania. El caso de *Kutzner v. Alemania*² fue el más sorprendente en resultado y el razonamiento del Tribunal no fue suficientemente comprensivo para ser enteramente convincente. El Profesor Salgo fue particularmente crítico de la decisión de la corte en *Sahin v. Alemania*; *Sommerfeld v. Alemania*; *Hoffman v. Alemania*.³ La presentación de la Alguacil Bowman de su experiencia y aproximación práctica revelaron la divergencia



El profesor Siegfried Willutzki (Alemania), miembro del Comité Internacional de Consejeros Jurídicos. El profesor Willutzki, Dr Wagner (Alemania), Lord Justice Torpe (Inglaterra y Gales), Lord Bonomy (Escocia) y el juez McGuinness (Irlanda) deciden de la formación del Comité directorio de la próxima conferencia judicial alemano-inglesa.

entre las jurisdicciones. Mientras que en Escocia la aproximación de los alguaciles no fue de ninguna manera uniforme, claramente la práctica de la Alguacil Bowman de involucrar a los menores en la audiencia final no fue única, permitiendo en algunos casos que se alcanzara un consenso entre todos los miembros de la familia presentes conjuntamente en su corte. A mayor abundamiento, en Alemania la práctica universal para el juez es conocer al niño, aún si el niño tiene solamente de 3 o 4 años de edad. Esto provoca inevitablemente la práctica de si nuestra abstención de la discusión directa con los niños es compatible con sus derechos conforme a la Convención, dado el peso que Estrasburgo pone en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. El riesgo está plenamente restringido a los procedimientos de derecho privado donde un informe un reportero sobre los menores y la familia no está siempre disponible y, cuando lo esta, puede no referirse directamente a la visión y los deseos del menor. El sentimiento de divergencia fue fortalecido por una declaración de la delegación sueca. El juez sueco nunca se encuentra con el niño sino que se apoya en el informe del asistente social. El Juez de Distrito Furufors no pudo concebir que la práctica sueca no reconociera plenamente los derechos de los niños.

Un sentido más agudo de división surgió durante la discusión de la ponencia del Dr. Wagner sobre el instrumento embrionario conocido como Roma III. El propósito de este instrumento es la unificación en los Estados miembro de las normas de conflicto de leyes en materia de divorcio, nulidad y separación judicial. Históricamente, las jurisdicciones de tradición romano-germánica han buscado por la ley apropiada, aún y cuando parezca exótica, y la han aplicado a la disolución, a menos de que fuere contraria al orden público alemán. En claro contraste, la preocupación de nuestro derecho ha sido

siempre establecer si quien solicita la disolución ha establecido o no bases jurisdiccionales apropiadas. Una vez que esta ha sido establecida, únicamente nuestras disposiciones legislativas pueden ser aplicadas para la disolución. Si llegáramos a ser normados por Roma III, entonces, a menos de que ambas partes fuesen residentes habituales dentro de la jurisdicción, nos podríamos encontrar obligados a establecer la ley apropiada por una progresión, mediante una serie de tres pruebas alternativas para luego aplicar derecho extranjero. Para los abogados de tradición romano-germánica, no hay nada ni extraño ni poco atractivo en la posibilidad de aplicar, por ejemplo, derecho turco a una reclamación de divorcio en, por ejemplo, Hamburgo. La excepción de orden público excluiría, por ejemplo, el otorgamiento de un divorcio *talaq* (sic) en ese tribunal. La falta de gusto de nuestros jueces por tal posibilidad fue introducida por el Presidente y fue fuertemente defendida por el Juez Karsten, Q.C. Muy alejado de tal punto de partida de una tradición fuertemente enraizada, apuntó la práctica de pruebas periciales en lo concerniente al derecho extranjero y la facilidad con la que los litigantes consiguen que un aparente experto diga lo que a ellos les interesa que se diga. Asimismo, enfatizó que nuestra excepción de orden público (*public policy*) es mucho más limitada que la excepción de orden público (*ordre public*) que se aplica en los sistemas romano-germánicos. El punto medular de esta discusión fue que el Dr. Wagner se quedó sin la menor duda de que cualquier esfuerzo para negociar el contenido del instrumento Roma III sería altamente controvertido.

El tema final, Bruselas IIA y la *Convención de La Haya sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución y cooperación respecto a la responsabilidad parental y las medidas de protección de los niños de 1996*, fue también objeto de una sola ponencia presentada por el Profesor Lowe de la Escuela de Derecho de Cardiff. A la vez que reconoció las benéficas disposiciones contenidas en la regulación propuesta, concentró sus críticas en los esfuerzos de la Comisión para establecer dentro de la Unión Europea un régimen para combatir la sustracción de menores, lo cual se contrapone radicalmente con el régimen de La Haya que hasta ahora ha sido aplicado por la mayor parte de los países durante muchos años. En relación con la Convención de 1996, demostró como, sin saberlo, todos los Estados miembros han sacrificado su libertad para ratificar al someterse a Bruselas II. Advirtió que un sometimiento a Bruselas II bis podría muy bien conducir a una mayor erosión de nuestra competencia externa para ratificar las Convenciones de La Haya o los protocolos en el ámbito del derecho familiar. La siguiente discusión condujo a la adopción unánime de una resolución en los siguientes términos:

“La Conferencia reconoce los beneficios de facilitar el reconocimiento y ejecución de ordenes relativas a la responsabilidad parental. Está firmemente convencida de que cualquier solución debería promover el cometido principal de claridad y simplificación. Está igualmente convencida de la necesidad de evitar la multiplicación de instrumentos internacionales que compitan entre sí. La conferencia está satisfecha de que en la Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en general, está funcionando bien en casos de desplazamiento y retención ilícitos, tanto dentro, como fuera de los Estados Miembros de la Unión Europea. De este modo, es de la firme opinión de que en aquellos casos en que se haya demostrado que es necesario hacer cambios a la Convención de 1980, éstos deberían hacerse dentro del contexto de ese instrumento global. En consecuencia, se recomienda que la Comisión debería reconsiderar el Capítulo II de su Propuesta de mayo de 2002 para un Reglamento del Consejo sobre competencia, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de responsabilidad parental”.

Mi experiencia en Trier ciertamente provocó un número de conclusiones claras. Primero, las buenas leyes difícilmente son el resultado de un trabajo deficiente. Podemos criticar nuestras leyes domésticas por sus políticas, contenido o redacción. Pero nunca careceremos de la confianza fundamental de que son el resultado de un proceso democrático que fusiona servicios altamente especializados, así como de grandes habilidades de redacción con un proceso de debate democrático en el que el pueblo está totalmente involucrado; no solamente en cuanto a sus derechos electorales, sino también por la amplia publicidad que se le da a los procedimientos parlamentarios que a su vez exponen ante el público las opiniones y críticas de los periodistas y los comentaristas especializados. Bien diferentes y mucho más pobres son los procesos mediante los cuales se crean los reglamentos de Bruselas. Considerando que son el producto de intensas negociaciones entre funcionarios públicos de 15 Estados igualmente apoderados, el resultado óptimo para aquellos que serán los finalmente obligados será

inevitablemente vulnerable a las estrategias y compromisos que resulten en la medida en que se formen alianzas y la influencia cambie dentro del grupo.

Puede haber poca duda que algunos de los Estados en la mesa de negociación persiguen una estratégica ulterior, cual es asegurar que el código de derecho comunitario se extienda en su totalidad. Es un hecho claro y triste que cualquier estancamiento europeo sobre el contenido de Bruselas II bis impide la extensión de la Convención de La Haya de 1996 más allá de la pequeña minoría de Estados ratificantes. La diversidad de cultura, tradición y políticas sociales entre los Estados miembros me lleva a cuestionar el grado en que la expansión de los Reglamentos comunitarios al ámbito de la justicia familiar mejorará a aquellos con respecto a quienes el sistema está finalmente obligado a regular y servir, familias fracturadas, así como niños y adultos vulnerables. No deberíamos complicar sus vidas ya de por sí complicadas ni agravar su ansiedad estableciendo unos procesos con una serie de convenciones, reglamentos e instrumentos (con frecuencia más incongruentes entre sí que complementarios) o utilizando procedimientos con principios arcaicos de derecho internacional privado.

Quizá estas preocupaciones sean algunas contribuciones a lo que probablemente sea la más significativa y sólida de las resoluciones de la conferencia. Es apropiadamente la primera de las resoluciones y dice lo siguiente:

“Para fortalecer la comunicación y cooperación judicial europea en derecho familiar mediante la creación de una conferencia judicial permanente Anglo-Germánica cuya constitución y administración sea delegada a un comité directivo.”

La intención y el propósito de esta resolución es elevar lo que hasta ahora ha sido una serie de reuniones ocasionales para temas específicos en un foro más formal para la recopilación de ideas y experiencias de los sistemas de justicia familiar europea cuyas procedimientos son desarrollados ya sea en idioma inglés o alemán. El comité directivo aprobado por la conferencia lo constituyen el Dr. Wagner y el Profesor Willutzki en representación de Alemania, un servidor y Lord Bonomy en representación de Inglaterra y Escocia y el Juez McGuinness en representación de la República de Irlanda. Nuestra primera tarea es la de establecer la constitución de la conferencia y lo siguiente será comenzar con la planificación de la próxima conferencia residencial, que se celebrará en septiembre de 2004.

Las Conferencias TAIEX (sic) para Jueces Polacos, Octubre 28-29 de 2002, Dansk, Polonia

Dr. Peter McEleavy, Universidad de Aberdeen, Escocia

El 28 y 29 de octubre de 2002 se celebró un seminario sobre Derecho Familiar Europeo en Danks bajo los auspicios de la Oficina TAIEX (sic) de la Comisión Europea. Jueces especialistas en Derecho Familiar del norte de Polonia se reunieron en el último de una serie de acontecimientos para preparar a la judicatura para las consecuencias legales de la condición de miembro en la Unión Europea. El seminario fue presidido por el Sr. Paul Meijknecht (del Ministerio Holandés de Justicia, en colaboración con el Ministerio de Justicia en Varsovia), e incluyó ponencias sobre secuestro internacional de menores por parte de la Sra. Katarzyna Biernacka, (del Ministerio polaco de Justicia), sobre divorcio por parte del Sr. Meijknecht, sobre alimentos, por parte de la Sra. Dorotea van Iterson (del Ministerio Holandés de Justicia) y sobre cuestiones de responsabilidad parental por parte del Dr. Peter McEleavy (Universidad de Aberdeen). Después de las ponencias, los jueces y oradores discutieron estudios sobre casos prácticos. Esto dio pie a un fructífero intercambio de puntos de vista y se consideró de gran beneficio para todos los involucrados.

Próximos Seminarios y Conferencias Judiciales

28-29 de marzo de 2003, Newcastle, Irlanda del Norte

El Consejo de Irlanda del Norte para Estudios Judiciales y el Departamento de Salud, Servicios Sociales y Seguridad Pública están auspiciando conjuntamente una conferencia inaugural multidisciplinaria sobre Derecho Familiar a celebrarse el 28 y 29 de marzo de 2003 en Newcastle. El Juez Gillen, jefe de la División Familiar en Irlanda del Norte, es el Presidente del comité organizador.

La conferencia, principalmente diseñada para jueces en Irlanda del Norte y la República de Irlanda, está también dirigida a delegados de un gran número de diversos profesionales que contribuyen al sistema de justicia familiar en ambos Estados. El propósito de la conferencia llamada "Reimaginando: Trabajando juntos en el sistema de justicia familiar", es dar peso al concepto de que el derecho familiar se ha convertido hoy día en un área especializada en la que solamente un enfoque interdisciplinario puede proporcionar justicia informada en conjunto con la protección y cuidado que requieren los niños. Para este propósito, el tema de la conferencia será la creación de una estructura efectiva de apoyo interdisciplinario orientada a elevar los estándares para la aplicación y servicio dentro del sistema de justicia familiar. Mayor información está disponible en el Consejo de Irlanda del Norte para Estudios Judiciales. (e-mail: mariagault@courtsni.gov.uk).

22-26 de abril de 2003, Reno, Nevada, Estados Unidos de América.

Del 22 al 26 de abril de 2003, el Colegio Nacional Judicial va a llevar a cabo el primer programa nacional de entrenamiento para Jueces de los Estados Unidos. El curso de 4 días, que reunirá a 45 jueces de todos los Estados Unidos, estará dedicado al entrenamiento sustantivo, así como a la manera en la que los jueces pueden aplicar el entrenamiento a casos individuales. Se espera que el programa preparará a los jueces para presentar sus propios programas de entrenamiento judicial en sus respectivos Estados. Se anticipa un cierto nivel de involucramiento por parte del Centro Judicial Federal, la rama educativa del poder judicial federal. El Comité de Planeación se compone del Juez James Garbolino (Suprema Corte de California), Adair Dyer (antiguo Secretario General Adjunto de la Conferencia de La Haya), la Profesora Linda Silberman (Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York), Patricia Hoff (practicante privada) y otros asociados con el Colegio Judicial Nacional, el Consejo Nacional de Jueces Juveniles y Familiares. El Juez Joseph Kay (División de Apelaciones de la Corte Familiar de Australia) ha sido también invitado a participar como miembro del profesorado. Mayor información sobre el Colegio Judicial Nacional en <<http://judges.org>>.

Abril y May de 2003, Alemania

En abril y mayo de 2003, el Ministerio Alemán de Justicia organizará tres programas de información para jueces alemanes con respecto a la Convención de La Haya de 1980. Los seminarios tendrán lugar en Jena (7-8 de abril), Trier (Abril 28-1 mayo), y Schwerte, Alemania (22-23 mayo). Los oradores incluirán funcionarios del Ministerio alemán, incluyendo al Juez Carl, al Dr. Heger y al Dr. Schoumburg, y la Dra. Andrea Schulz, Primer Secretario de la Conferencia de La Haya. El Centro "Reunite Child Abduction" ha sido invitado para hacer una ponencia sobre su proyecto de investigación relacionado con la mediación. Mayor información está disponible en el Ministerio Alemán de Justicia.

19-22 de octubre de 2003, Nordwijk, Holanda

Como continuación del tercer seminario judicial internacional sobre la Convención de La Haya de

1980 en de Ruweberg en el 2001 (véase el Boletín de los Jueces, Vol. IV, en 34), los Gobiernos de Alemania y los Estados Unidos de América han acordado patrocinar un seminario judicial internacional a celebrarse en Nordwijk, Holanda, en octubre de 2003. La Juez Anelika Rieger (Alemania), en colaboración con la Oficina Permanente por un período de seis meses, está ayudando a organizar este seminario.

El seminario, que será auspiciado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya formulará cuestionamientos sobre los procedimientos de las órdenes de retorno, la redacción de órdenes de retorno y la ejecución de órdenes de retorno. El seminario está planeado para dirigirse no solamente a jueces y expertos de Alemania y los Estados Unidos, sino también a jueces y expertos de diferentes Estados europeos, tales como el Reino Unido, Francia, Austria, Suecia, Suiza, España y Holanda. Adicionalmente, también está prevista la participación de un "nuevo" Estado miembro de la Convención: Turquía.

II. ESPECIAL ATENCIÓN: EL ARTÍCULO 13(1)(B) – LA EXCEPCIÓN DE RIESGO GRAVE Y LA CONVENCIÓN DE 1980

[Nota: Para aquellos lectores que no estén familiarizados con la Convención de 1980, al final de la Parte II se incluye una breve nota en la que se describen sus características principales]

Artículo 13(1)(b) y violencia doméstica: La situación canadiense

El Honorable Jacques Chamberland, Juez de la Corte de Apelaciones de Québec, Canadá

El artículo 13(1)(b) de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores establece que las autoridades judiciales del Estado requerido no están obligadas a ordenar el retorno de un menor cuando la persona que se oponga al retorno establezca que "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable."

En los últimos años, la situación de violencia doméstica que prevalece en la familia antes de que el



El juez Dettmeijer-Vermeulen (Países Bajos), el Juez Fisher (EEUU y IAWJ) y el Juez Rieger (Alemania). El Juez Rieger, en comisión de servicio en la Conferencia de La Haya por un periodo de 6 meses, ayuda con la preparación del Seminario Judicial Internacional de octubre de 2003 que será patrocinado por el Gobierno alemán y el Gobierno de Estados Unidos.

niño sea sustraído es más y más a menudo utilizada para apoyar una defensa basada en el Artículo 13(1)(b) de la Convención.

Canadá no es una excepción a esta tendencia.

Son numerosos los casos en los que un padre ha basado su defensa conforme al artículo 13(1)(b) con respecto a la violencia experimentada dentro de la familia. En una breve revisión como ésta no es posible informar sobre todos estos casos. He querido identificar aquellos que en mi opinión son los más sobresalientes. La elección ha sido mía y no es imposible que haya dejado pasar ciertas decisiones, que a los ojos de otro comentarista, serían más relevantes. De antemano me disculpo.

El primer caso en el que esta línea de defensa parece haber sido usado en Canadá es en *Parson v. Styger*, [1989] 67 O.R. (2^o) 1 (Ontario) [cita INCADAT: HC/E/CA 16]. La sentencia dictada por el Juez Shapiro concluye que hay una total ausencia de prueba de violencia, física o verbal, del padre con respecto al menor y ordena el retorno de el niño de 21 meses a California En lo que respecta a la pretendida violencia del padre con respecto a la madre no la libera a ella de la carga de probar que si el niño testificara tal violencia, esto lo expondría a él a un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La sentencia del Juez Shapiro fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Ontario.

En 1999 se dictaron un número importante de sentencia sobre este punto. En *Pollastro v. Pollastro*, [1999] O.R. (3^o) 485 (Ontario) [cita INCADAT: HC/E/CA 373], la Corte de Apelaciones de Ontario hace referencia al cuestionamiento de si el Artículo 13(1)(b) permite negar una orden de retorno de un menor de 2 años, secuestrado por su madre, en razón de la violencia que ésta última sufría y sufriría una vez que retornara con el menor al Estado de su residencia habitual. La Juez Abella escribe que la siendo la madre el único de los padres en demostrar cualquier capacidad confiable de paternidad responsable, "el interés del menor estaba indisolublemente ligado a la seguridad psíquica y física de ella"; en su opinión, resulta así relevante, al examinar la cuestión de si el retorno del menor le pondría en una situación intolerable, "tomar en cuenta la seria posibilidad de daño físico o psíquico para el padre de quien el menor es totalmente dependiente." La Juez Abella concluye sobre la existencia de un grave riesgo para el menor agregando que "a pesar de que J. Pollastro no ha ejercido abiertamente violencia física con respecto a su hijo, él ha sido violento y ha tenido arranques temperamentales cuando su esposa ha estado con el niño". En una decisión unánime, la Corte de Apelaciones de Ontario desestimo la decisión del juez de primera instancia y dejó sin efectos la orden para el retorno del menor. En otras palabras, conforme a esta decisión, la violencia ejercida por un padre con respecto al otro podría poner al menor en una situación potencial de daño físico o psíquico aún y cuando la violencia no sea directamente ejercitada en contra de él.

Menos de seis meses después, en *Finizio c. Scippio-Finizio*, [1999] O.J. N° 3579, la Corte de Apelaciones de Ontario nuevamente tuvo que decidir un caso en el cual la madre estaba alegando haber sido víctima de violencia doméstica. En este caso, los dos menores involucrados tenían 2 y 7 años de edad. El Juez MacPherson reitera el principio establecido en *Pollastro* de que "no hay duda de que en ciertas circunstancias un ataque físico a la madre podría causar daño psíquico a los niños". Sin embargo, expresa la opinión de que en la situación prevaleciente en la familia Finizio/Scippio no tiene nada que ver con la "terrible situación narrada" en *Pollastro* y concluye que la madre no tenía razón al decir que el regreso de los dos menores a Italia constituiría un "pesado riesgo de daño significativo" para ellos. En una decisión unánime, la Corte de Apelaciones de Ontario desestimó la sentencia de primera instancia y ordenó el retorno de los dos niños a Italia sujeto a ciertas condiciones.

También en 1999, en esta ocasión la Provincia de Manitoba, se planteó el mismo punto en *Mahler c. Mahler*, [1999] M.J. N° 580 [cita INCADAT: HC/E/CA 308]. En primera instancia, el Juez Little ordenó el retorno de dos menores, respectivamente de 6 años y 15 meses de edad, a Nueva York, no obstante la situación de violencia doméstica, tanto física como verbal, alegada por la madre. La Corte de Apelaciones confirmó la orden ([1999] M.J. N° 566), enfatizando que la situación contemplada por el artículo 13(1)(b) deberá ser valorada no con respecto al padre que regresa con el niño al Estado de su última residencia habitual sino con respecto al menor; en este contexto, la actitud agresiva y violenta de un padre para con el otro, no necesariamente cumple con lo previsto en el artículo 13(1)(b).

Los casos de *Pollastro* y *Malher* han sido citados en numerosas decisiones en las cuales las cortes canadienses finalmente ordenaron el retorno de los menores al Estado de su residencia habitual. De hecho puede decirse, con pocas excepciones, que el padre que se oponga al retorno del niño con base en la situación de violencia doméstica existente en casa, no triunfaron en sus esfuerzos de convencer a las autoridades judiciales de la validez de la defensa conforme a los términos de la defensa prevista en el artículo 13(1)(b).

En *Ndegwa v. Ndegwa*, [2001] O.J. N° 2849 (Ontario), el Juez MacKinnon rehusó ordenar el retorno a Kenya de unas pequeñas trillizas. Las niñas habían viajado a Canadá con su madre, a quien las autoridades canadienses en Nairobi habían otorgado un visado de refugiado. El Juez MacKinnon concluyó que la madre y las niñas estaban viviendo en un ambiente peligroso y hostil atribuible a la conducta de su padre y que consecuentemente, refiriéndose al caso de *Pollastro*, había una base para la excepción prevista por el artículo 13(1)(b).

En *Kovacs v. Kovacs*, [2001] O.J. N° 3074 (Ontario), el Juez Ferrier rehusó ordenar el retorno de un niño de 3 años a Hungría. Al llegar a Canadá, la madre reclamó la condición de refugiado. Ella llegó a Canadá con otra niña, una chica de 14 años de edad nacida de otra unión, y no hubo una solicitud con respecto a su regreso a Hungría. El padre tenía un largo historial criminal y era un fugitivo de la justicia en Hungría. El juez mostró preocupación con respecto a la seguridad del niño de 3 años en caso de que fuera retornado a Hungría. En consecuencia, rehusó ordenar el retorno del niño por esta razón. Refiriéndose a *Pollastro*, el Juez Ferrier menciona que, en el contexto de una defensa basada en el artículo 13(1)(b), es apropiado tomar en cuenta la posibilidad de un daño físico o psíquico proveniente del padre de quien el menor es totalmente dependiente todos los días; esto es particularmente cierto cuando el niño es muy pequeño y sus intereses están indisolublemente ligados al bienestar físico y psíquico de ese padre.

En *A.K. v. E.F.*, [2001] R.D.F. 334 (Québec), el Juez Marx rehusó ordenar el retorno de dos niños pequeños a Israel por varias razones, incluyendo la intolerable situación en la que los niños serían puestos si fueran retornados a Israel al cuidado de su padre. El juez se refiere en este punto a los comentarios de la Juez Abella en *Pollastro*. Es importante hacer notar que la madre había contratado los servicios de un psicólogo para evaluar si, a la luz de la situación de violencia doméstica que prevalecía dentro de la familia, los niños estarían expuestos a un grave riesgo de daño físico o psicológico si el tribunal ordenara su retorno a Israel. El psicólogo concluyó que sí lo estarían. El juez siguió esta opinión.

¿Qué conclusiones pueden ser deducidas de esta breve, e incompleta, revisión de las decisiones Canadienses en las cuales la violencia ejercitada por un padre sobre el otro fue argumentada para justificar, de conformidad con el artículo 13(1)(b), la desestimación de una solicitud de una orden de retorno de un niño al Estado de su residencia habitual?

Desde *Pollastro*, parecería que las cortes canadienses aceptan la idea de que puede haber casos donde el grave riesgo de que un padre que este expuesto a daño físico o psicológico, también constituirá, por consecuencia, un grave riesgo para el niño y así justifica la aplicación de la excepción del artículo 13(1)(b). El niño debe ser pequeño y el padre que es víctima de esta violencia debe ser el padre que asume el cuidado del niño cotidianamente.

El número de casos en los que se utilizó este argumento aparentemente están aumentando considerablemente. La tendencia es contratar los servicios de un psicólogo para concluir, sobre la base de la historia de violencia doméstica que haya prevalecido dentro de la unidad familiar, que existe un grave riesgo de daño físico o psíquico para el niño en caso de que sea retornado al Estado de su residencia habitual.

Ha habido, hasta ahora, relativamente pocos casos en los que el retorno del niño haya sido denegado únicamente sobre la base de este argumento. Sin embargo, la creciente popularidad de este argumento me hace creer que ésta será utilizada cada vez más, especialmente al considerarse el hecho de que generalmente las madres son las víctimas de este tipo de violencia y que las sustracciones son cada vez más frecuentemente realizadas por ellas.

Algunos observadores han mostrado preocupación de que las Cortes vayan a recurrir a esta amplia

interpretación del artículo 13(1)(b) para proteger los intereses del padre sustractor que sea víctima de violencia familiar, cuando es generalmente aceptado que el artículo 13(1)(b), así como las otras excepciones establecidas en la Convención, fueron adoptadas para proteger los intereses de los niños y no los de sus padres. Otros consideran, sin embargo, que los intereses del niño y del padre sustractor están a menudo indisolublemente unidos uno al otro de manera que no sería correcto dejar de tomar en cuenta la seria posibilidad de daño físico y psíquico al que pueda llegar a estar expuesto el padre que sea la víctima de violencia doméstica en el caso de que retornaran con el niño al Estado de su último lugar de residencia habitual.

El debate de esta difícil cuestión está solamente comenzando en Canadá, tal y como sucede en los otros países.

Decisión reciente de los Estados Unidos de América: *Danaipour v. McClarey*

Linda Silberman, Profesora de Derecho Martin Lipton, Universidad de Nueva York

Algunos de los casos más difíciles y problemáticos que surgen en relación al artículo 13(1)(b) de la Convención de La Haya sobre sustracción se refieren a alegaciones de abuso de niños, incluyendo abuso sexual; estos casos presentan potencialmente la situación clásica para que se invoque la defensa de "grave riesgo" o "situación intolerable". Ciertamente, el análisis jurídico de la Convención realizado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América usa como un ejemplo en el que la denegación del retorno resultaría apropiada conforme al artículo 13(1)(b), la situación de un padre que desplaza o retiene a un niño para protegerlo de mayores abusos sexuales cometidos por el otro padre. Sin embargo, el análisis del Departamento de Estado, escrito en 1986 cuando la Convención estaba a punto de ser implementada en los Estados Unidos, no debería ser interpretado como para considerar que el no retorno resulta apropiado para todos los casos en que se involucre abuso sexual. Las cortes en los Estados Unidos han utilizado en este y otros contextos las "ordenes espejo y de salvaguarda" (sic) para asegurar que al regreso al lugar de residencia habitual del niño, éste pueda ser protegido del percibido riesgo de daño. Por ejemplo, en *Turner v. Frowein*, 752 A.2d 955 (Conn. 2000) [cita INCADAT: HC/E/USs 307], la Suprema Corte de Connecticut revocó un fallo de un tribunal de primera instancia denegando el retorno basado en una determinación de abuso sexual de un menor por parte del padre. La Suprema Corte de Connecticut determinó que la corte de distrito requería "elaborar un análisis completo de los arreglos de protección y las salvaguardas legales que podrían permitir la repatriación segura del niño sujeto a una determinación final de custodia por parte de una corte con la jurisdicción apropiada". Pero muchas decisiones de las cortes federales de apelación han tomado un camino diferente y han sostenido que cuando se hace una alegación de violencia doméstica o de abuso infantil, un tribunal que deba decidir sobre una petición de retorno debe investigar los cargos y si los cargos se mantienen, el regreso no debe ordenarse bajo ninguna condición.

El ejemplo más reciente en este sentido fue una decisión de la Primera Corte de Circuito de Apelaciones, *Danaipour v. McClarey*, 286 F.3d 1 (1er Cir. 2002) [cita INCADAT: HC/E/USf 459]. In *Danaipour*, la familia residía en Suecia, y las partes estaban divorciadas allá. La madre sospechaba de abuso sexual de parte del padre. Cuando las autoridades suecas no encontraron nada después de una limitada investigación, la madre incorrectamente desplazó a los niños a los Estados Unidos e hizo arreglos para una completa evaluación sobre abuso sexual en los Estados Unidos. En respuesta a la solicitud de retorno por parte del padre con base en la Convención de La Haya, la madre argumentó el abuso sexual del padre como causa de no retorno y argumentó que el regreso de los menores a Suecia, bajo cualquier condición, los expondría a un grave riesgo de daño psíquico. El padre negó el abuso y estuvo de acuerdo en que si fueran retornados, los niños continuarían viviendo con la madre; y que participaría en una evaluación forense en Suecia para determinar si había ocurrido algún abuso.

Conforme a estas y otras restricciones impuestas por la Corte de Distrito – y con el acuerdo de las partes de que una corte sueca otorgara una orden espejo para los mismos efectos – la corte ordenó el

retorno. El juez de distrito que recibió la prueba no concluyó que el abuso sexual había sido probado, pero concluyó que se garantizaba una evaluación adicional y que tal evaluación podría ser realizada en Suecia. En apelación, el Primer Circuito revocó la decisión. La corte de apelaciones criticó a la corte de distrito por no tomar una decisión sobre si había habido abuso sexual por el padre o no haber tomado pasos adicionales para obtener pruebas para llegar a una conclusión confiable. Solamente entonces, dijo la Corte de Apelaciones, podría la corte formularse correctamente la pregunta de si los menores podría ser retornados con las garantías apropiadas para su seguridad.

Este caso presenta dificultades en varios niveles. La inclinación de la Corte de Distrito de confiar la evaluación de abuso a las autoridades suecas está de acuerdo con los objetivos de la Convención: para evitar que un caso planteado conforme a la Convención de La Haya se transforme en un procedimiento de custodia y para mantener la confianza en las cortes de otros sistemas para proteger a los niños. Al mismo tiempo, es difícil criticar la preocupación de la corte de apelaciones respecto a si una evaluación efectiva podría ser realizada en Suecia, dadas las circunstancias específicas del caso. En particular, la conducta previa del padre había impedido a las autoridades suecas llevar a cabo una evaluación completa. A pesar de que él ahora estuviera de acuerdo en que dicha evaluación se realizara en Suecia, tomaría otros cuatro o seis meses antes de que esto pudiera ser realizado, lo cual interrumpiría la evaluación que había sido llevada a cabo en los Estados Unidos con una relación de confianza establecida entre los niños y el terapeuta. El punto de vista de la corte de apelaciones se reforzó cuando resultó claro que las condiciones ordenadas por la Corte de Distrito – en particular el que las autoridades suecas condujeran una evaluación de abuso sexual siguiendo protocolos establecidos – no sería aceptable para la corte sueca. Más aún, la corte sueca posteriormente dio alguna indicación en el sentido de que carecía de autoridad para implementar la decisión de la corte de los Estados Unidos tal y como esta estaba escrita.

El resultado en *Danaipour* puede ser defendible conforme a sus hechos específicos, pero ciertos aspectos de la opinión dieron lugar a preocupación. Al determinar su decisión, la corte en *Danaipour* expresó escepticismo acerca del uso de órdenes que establecen para otro tribunal el deber de hacer algo o tomar ciertas medidas (*undertakings*), órdenes de salvaguarda (*safe harbor orders*) y órdenes espejo (*mirror orders*) como medio de proteger a los niños cuando se ordena su retorno. Verdaderamente, la Corte indicó que cuando se utiliza un argumento de los contemplados en el artículo 13(1)(b), basado en *abuso sexual*, no está necesariamente requerida la búsqueda de dispositivos de mejoramiento, en particular órdenes que establecen para otro tribunal el deber de hacer algo o tomar ciertas medidas (*undertakings*), para efectuar un retorno a salvo y podría simplemente negarse el retorno. La Corte citó el Informe de la Oficina Permanente sobre la Tercera Comisión Especial para enfatizar las dificultades de ejecución de las órdenes que establecen para otro tribunal el deber de hacer algo o tomar ciertas medidas (*undertakings*). *Danaipour* señala la necesidad de un nuevo método para asegurar el reconocimiento de órdenes de retorno seguro y/o el uso de medidas provisionales de protección en el Estado al cual el niño va a ser retornado aún antes de que el retorno sea ordenado. Sólo tal Recomendación (5.1) resultó de la Reunión de Cuarta Comisión Especial para revisar la aplicación de la Convención de La Haya⁴.

El caso *Danaipour* recuerda de nuevo que el contexto social de la Convención sobre sustracción de 1980 ha cambiado a lo largo de las más de dos décadas de su aplicación. Las sustracciones de la "madre" han hecho surgir nuevas preocupaciones acerca del bienestar de los niños (y a menudo de quien los sustrajo) cuando se ordena el retorno. Para preservar el retorno que es el objetivo de la Convención mientras simultáneamente se garantiza la seguridad del niño a su regreso, el papel de las órdenes de retorno seguro (*safe return orders*) necesita de un diseño cuidadoso, de aplicación creativa, y de cooperación entre los tribunales. Los países que han suscrito y ratificado la *Convención de La Haya sobre la protección de niños de 1996* pueden encontrar que las disposiciones de cooperación y asistencia mutua en la Convención serán también de ayuda en este contexto.

Queriendo a nuestros niños: El papel de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores

La Honorable Claire L'Heureux-Dubé, Juez de la Suprema Corte de Canadá⁵

La Convención de La Haya es una de las iniciativas con más éxito de nuestro tiempo en el ámbito del Derecho internacional privado. La Convención conjunta dos de los temas que más me importan a mí: los derechos de los niños y la cooperación judicial internacional. La Convención de La Haya ejemplifica un nivel de interacción entre cortes de diferentes países de suerte que es un modelo para otras áreas del Derecho⁶.

Primero, quiero dar una mirada retrospectiva de los orígenes de este Tratado⁷. Para mediados de los años de 1970, el problema de la sustracción internacional de menores por parte de los padres había alcanzado proporciones tales, que los Ministros de Justicia de la Commonwealth lo describieron como de una "inmensa importancia social que requería rápidas acciones concretas." En una reunión de la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado celebrada en enero de 1976, el Experto de Canadá propuso que la Conferencia de La Haya se ocupara de la preparación de un tratado internacional que se refiera al problema de la sustracción de menores por uno de sus padres. Durante la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de La Haya en octubre de 1980, representantes de 28 Estados prepararon un borrador de Convención, que la Conferencia adoptó por votación unánime. La Convención entró en vigor el 1 de diciembre de 1983, con cuatro países ratificantes, incluyendo Canadá. No fue hasta más de cuatro años después que el tratado entró en vigor en los Estados Unidos, que es a donde van la mayoría de las sustracciones internacionales por parte de los padres originadas en el Canadá.

La profesora Carol Bruch, una brillante estudiosa en este campo situada en la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Davis, ha descrito el contexto de finales de los años setenta en el que se originó la Convención: "los viajes internacionales se habían hecho más fáciles y más parejas se estaban casando o viajando a través de las fronteras nacionales. Al mismo tiempo había un incremento de separaciones familiares y divorcios, lo que llevó a un aumento en las controversias internacionales sobre custodia de menores"⁸. La justificación para la Convención también tenía sus raíces en el terrible trauma que puede ser infligido en los niños que han sido sujetos a sustracción por parte de los padres. La INTERPOL ha hecho notar que en el Canadá la frecuencia de la sustracción de menores sigue un patrón estacional; llega a su pico máximo al final del verano, y en las vacaciones de Navidad y de Pascua⁹. Cada vez que ocurre una sustracción, es mucho más probable que hayan ocurrido momentos de intensidad emocional¹⁰.

La desolación del padre que queda atrás es también frecuentemente un resultado deplorable de estas sustracciones: "Un padre cuyos niños han sido secuestrados por el otro padre también es una víctima. Las consecuencias traumática para los padres que buscan a sus hijos. . . incluye un profundo sentido de pérdida, frustración e intensa ansiedad con respecto a la seguridad física de los niños y a su bienestar emocional. . . . Como [un padre dijo] 'para un padre y un niño que son separados, incluso un día puede parecer una eternidad'"¹¹. Aún para aquellos padres que llegan a saber a que país han sido llevados sus hijos, los costos involucrados para volver a obtener la custodia pueden ser impresionantes.¹²

Mi primera preocupación con respecto a la Convención de La Haya es que no es suficientemente sensible a las necesidades de las madres que sustraen a sus niños para escapar de situaciones de abuso. Hay excepciones escritas en la Convención que permiten que los niños no sean retornados en situaciones en las cuales hay un riesgo serio (artículo 13(1)(b)). Pero, tal y como ha observado Miranda Kaye de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sidney "las circunstancias que rodean las sustracciones están inevitablemente cargadas hacia un sexo o el otro." Muchos de los casos conforme a la Convención de La Haya son aquellos en los que las mujeres están escapando de la violencia. Este contexto. . . y su impacto en las mujeres y los niños no ha sido manejado adecuadamente por las cortes que han interpretado la Convención."¹³ Este artículo fue recientemente citado por el Ministro Goldstone en una decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica. Él escribió que "en la aplicación del artículo 13, se debe reconocer el papel que juega la violencia doméstica en inducir a las madres,

especialmente las de niños pequeños, que buscan protegerse a ellas y a sus niños escapando a otras jurisdicciones.” 14

Cerca del 70 por ciento de todos los casos de la Convención ahora involucran a madres-sutractoras. Así, resulta que madres que son las primeras encargadas del cuidado de los niños las que aparecen mayormente como sutractoras en los casos de la Convención” 15. “Toda vez que las dificultades de la violencia familiar no estaban claramente a la vista cuando se hizo el borrador de la Convención, esta no contiene un lenguaje específico que se refiera a este problema. Han surgido dificultades debido a decisiones judiciales caballerosas en casos de abuso conyugal probado.” 16

Una de las juristas más prestigiosas del Canadá, la Señora Juez Rosalie Silberman Abella de la Corte de Apelaciones de Ontario, fue la autora de una decisión en 1999, *Pollastro*,¹⁷ que merece un examen detallado. Esta decisión ilustra sobre la responsabilidad que tienen las cortes que interpretan la Convención de La Haya para proteger a los niños de ser retornados a situaciones abusivas de las cuales estaban huyendo sus madres. El padre solicitante vivía en California y la madre demandada, R., huyó al Canadá con su hijo de siete meses, T., para concluir su violento matrimonio. El padre repetidamente telefoneó a los parientes de la madre en el Canadá y los amenazó, según ellos mismos narraron a la corte: “Él [dijo] que él no daba un comino por T., él tan sólo quería vengarse de R., por haberlo humillado. Él siempre estaría en posibilidad de tener otro bebé. . . . pero él quería castigar a R., y que no había mejor castigo que quitarle aquello que ella amaba más que a su vida misma.”

La decisión del tribunal de primera instancia incluyó el siguiente análisis: “La [madre] argumenta. . . . que la amenaza de abuso físico a la madre puede causar daño psicológico al niño. Ella argumenta que ésta es una de esas situaciones excepcionales en las cuales la corte no está obligada por el requerimiento de que el niño sea retornado a su residencia habitual. El solicitante hizo un argumento muy poderoso en relación a los riesgos, tanto psicológicos como físicos para un niño cuya madre está viviendo en una situación de abuso. . . . Sin embargo. . . . es una norma jurídica establecida que “la prueba del daño generalmente se refiere al fondo de lo planteado en una audiencia de custodia” y no [a] la aplicación de la Convención de La Haya.” Así, se ordenó inicialmente que T. fuese retornado a California.

Las razones de la Señora Juez Abella rechazaron este análisis, de acuerdo con mi observación en un caso de la Suprema Corte de que “el preámbulo [de la Convención de La Haya] se refiere al mejor interés de los niños en general, y no al mejor interés de ningún niño en particular.”¹⁸ La Ministra Abella escribió que: “me parece un asunto de sentido común que al retornarse a un niño a un ambiente violento coloca necesariamente al niño en una situación intolerable, así como también lo expone a un serio riesgo de daño psicológico y físico. . . . Toda vez que la madre es el único de los padres que ha demostrado una capacidad confiable con respecto a sus responsabilidades paternas, los intereses de T. están indisolublemente vinculados a la seguridad psicológica y física de su madre. En consecuencia, resulta relevante que al considerar si el retorno a California coloca al niño en una situación intolerable, se tome en cuenta la seria posibilidad de un daño físico o psíquico al que pueda quedar expuesto el padre del que el niño depende totalmente.” Esta decisión sentó un precedente que demuestra la tremenda responsabilidad colocada en los hombros de los jueces que aplican la Convención porque una vez que el menor es regresado, la corte ya no tiene jurisdicción para proteger los intereses del niño o los indisolublemente vinculados intereses de una madre abusada.

La Intifadah Al-Aqsa y la excepción de grave riesgo

El Honorable Juez Joseph Kay, Juez de la División de Apelaciones de la Corte de Familia de Australia

De conformidad con el sitio web oficial de las Fuerzas de Defensa Israelita¹⁹ desde el comienzo de las revueltas en Israel del 29 de septiembre de 2000 hasta el 6 de diciembre de 2002, 3.471 civiles israelitas han sido heridos y 478 asesinados.²⁰ B'Islem, el Centro Israelita de Información para los Derechos Humanos en los Territorios ocupados, estableció que entre el 20 de septiembre de 2000 y el 30 de noviembre de 2002, 272 civiles israelitas han sido asesinados dentro de Israel por civiles palestinos.

54 de esos asesinados eran menores de 18 años.²¹ Asumiendo una razón similar de niños heridos con relación al total de heridas sufridas, en más o menos 18 meses un total de 600 niños israelitas habrán sido asesinados o heridos dentro de Israel como resultado directo de actividades terroristas. Estas cifras no incluyen a los niños que hayan sido traumatizados o dañados psicológicamente por virtud de los eventos que hayan ocurrido alrededor.

Israel es uno de los Estados parte de la Convención sobre sustracción. El artículo 13(1)(b) habilita a un órgano judicial o administrativo de un Estado contratante para rehusar el ordenar de manera obligatoria el retorno de un menor se establece que "hay un grave riesgo de que su retorno lo podría exponer al menor a un daño psíquico o físico o lo pondría de cualquier otra manera en una situación intolerable".

¿Como han reaccionado las cortes alrededor del mundo con respecto a las alegaciones de padres sustractores en el sentido que el regreso a Israel tendría justamente ese efecto sobre los niños?

Australia

En el *Departamento Director-General de Servicios Comunitarios y Genish-Grant* [2002] Fam CA 346 dictada el 25 de mayo de 2002 [cita INCADAT: HC/E/AU 458], el Pleno de la Corte de Familia de Australia, en una decisión dividida (2-1) revocó la decisión del juez O’Ryan que ordenó en diciembre de 2001 que dos niños con edades de 8 y 4 fueran retornados a Israel.

La madre era Australiana y el padre Israelita. Ellos habían vivido en Israel desde 1995. En diciembre de 2000 la madre y los niños vinieron a Australia para una visita de tres meses en la que los padres estuvieron de acuerdo. Mientras estaba en Australia la madre resolvió permanecer en Australia con los niños. El padre comenzó los procedimientos en agosto de 2001 para el retorno de los niños de conformidad con la Convención.

Entre los argumentos presentados por la madre estaba el de que habría un grave riesgo de daño físico para los niños por el sólo hecho de estar presentes en Israel. El juez O’Ryan se refirió a la este punto diciendo

"113. Yo no estoy convencido de que la madre haya probado de forma clara y convincente que hay un grave riesgo de daño físico para los niños en razón de las revueltas en Israel."

La apelación llegó a la vista en la cúspide de la Operación Escudo de Defensa de Israel en un momento en que los medios de comunicación llenaban cada hora con descripciones gráficas de los eventos que supuestamente estaban ocurriendo en Jenin. El 1 de abril el Departamento Australiano de Relaciones Exteriores y Comercio expidió una aviso de advertencia de viaje diciendo que los Australianos deberían "diferir todo viaje a Israel" hasta nuevo aviso debido a los recientes brotes de violencia Israelí-Palestinos. En una decisión dividida el Pleno de la Corte admitió la apelación y determinó que el retorno de los niños durante las hostilidades expondría a los niños a un grave riesgo de daño.

Los jueces Finn y Barlow dijeron:

"15. A mayor abundamiento, un retorno a Israel involucraría obviamente, y esto fue confirmado ante nosotros por el Abogado de la Autoridad Central, que los niños regresarían a Israel a través de un aeropuerto internacional, y que luego viajarían en transporte público al área de Amirim. Nosotros mencionamos sobre este particular que tal como el juez Holden había explicado en su sentencia, este caso procede sobre la base de que los niños serían retornados al área de Amirim.

16. En razón de estas consideraciones con respecto al tipo de lugar en donde el padre vive y trabaja y los arreglos de viaje que estarían involucrados en el retorno de estos niños a Israel, estamos preparados para aceptar los consejos de advertencia de viaje de los pasajes del DFAT al cual le hemos puesto gran atención, al punto de constituir prueba clara y convincente de un grave riesgo de que el retornar a los niños a Israel los expondría a un daño."

En su opinión disidente el juez Hoden dijo:

“107. Lo que deberá ser establecido es un *grave* riesgo de exposición a un daño futuro. En mi opinión, esta Corte no debería considerarse persuadida de ello sin alguna prueba clara y convincente. En mi opinión, la mera afirmación de que hay riesgos reales a los que, tristemente, los niños israelitas se enfrentan diariamente, algo que la mayoría de los niños en el mundo de La Haya no tienen que afrontar, es insuficiente. En mi opinión, es necesario para la corte examinar los hechos del caso particular ante ella.”

Lo irónico de la decisión de la mayoría es que en la fecha en que la misma fue publicada, el 27 de mayo de 2002, el aviso Australiano de advertencia de viaje había sido significativamente disminuido de “diferir” a “tener precaución cuando viajen.”



El juez Kay, miembro del Comité Internacional de Consejeros Jurídicos, juez de enlace y colaborador del Boletín de los jueces.

Argentina

La decisión original en *Genish* fue adoptada poco después de la decisión en el asunto de *A. v A.*, del 5 de octubre de 2001, por la corte de primera instancia de Buenos Aires [cita INCADAT: HC/E/AR 487]. Dos nacionales argentinos se casaron en Argentina. Ahora tenían un hijo de seis años de edad. En 1997 emigraron a Israel. El padre retornó a Argentina en diciembre de 2000. En junio de 2001 se llevó al niño de Israel sin el consentimiento de la madre. En contestación a una reclamación para su retorno conforme a la Convención, el padre argumentó que el niño estaría expuesto a un grave riesgo de daño físico en Israel ya que Israel se había “convertido en un lugar demasiado peligroso para criar a un niño.” Las razones de la sentencia publicada en Buenos Aires el 5 de octubre de 2001 se referían a esta afirmación como sigue:

“Desafortunadamente, los actos de terrorismo derivados de intolerancia política, racial y religiosa ocurren en todo el mundo. Como el Agente del Ministerio Público para Menores señala en su sentencia en las páginas 129/131, en la ciudad de Buenos Aires, donde S. tiene actualmente su residencia habitual, se perpetraron actos de terrorismo en 1992 y 1994, los cuales, debido a su grave naturaleza, causaron consternación alrededor del mundo.

...

En [Israel], ha habido una escalada y repetición de ataques terroristas que han costado la vida de mucha gente inocente. Y, a pesar de que el terrorismo no conoce fronteras, la realidad es que, dada la actual situación del mundo, existe la posibilidad de que, dentro de un corto

período de tiempo, los eventos en Israel puedan empeorarse y convertirse en una seria amenaza para la seguridad de un niño que es llevado a ese país, aún cuando esto podría no ocurrir.

Por lo tanto, a pesar de que no hay duda en mi mente de que el menor debería ser retornado a Israel, donde él vivía hasta hace unos pocos meses con su madre, yo debo suspender su aplicación por dos meses – hasta el 5 diciembre de 2001 – en la inteligencia de que, en caso de que la situación continúe estabilizándose, S. debe viajar inmediatamente a ese país.”

Canada

El 30 de diciembre de 2001 el juez Ferrier de la Corte Superior de Justicia de Ontario decidió sobre una solicitud para el retorno de niños a Israel. La madre argumentó que tal retorno expondría a los niños a un grave riesgo de daño. Su señoría dijo:

“En mi opinión, al ponderar el riesgo para determinar si es “grave” o no, es importante para considerar el ambiente el cual un padre o los padres expusieron previamente al niño de manera voluntaria. En mi opinión es justo concluir en razón de la evidencia que vivir en Israel en cualquier momento durante los pasados 25 años tenía riesgos de daño asociados con ello. Los padres no buscaban librar a sus niños de ese ambiente.

El Breve Diccionario Oxford define “riesgo” como: riesgo, peligro; exposición a ocurrencias desafortunadas o peligros. . . “Grave” se define como: Pesado, importante. . . . altamente serio.

En el contexto del artículo 13 (b), las palabras en el artículo pueden ser vueltas a escribir para leer: “peligro altamente serio de que el niño pudiera sufrir lesión física o psíquica”.

....

Tomando en cuenta las palabras del artículo y la definición de Oxford como ha sido antes transcrita, es mi opinión que para invocar con éxito el artículo 13(b) el demandado debe establecer un balance de probabilidades de que hay una gran posibilidad de que ocurra un daño.

No estoy satisfecho de que los demandados hayan cumplido con esa carga.

También me refiero a la reciente decisión de una corte argentina ordenando el retorno de niños a Israel. (*Altheim v. Altheim*). Otras cortes han ordenado también el retorno de los menores a Israel. (Véase *Freier v. Freier* y *Watkins v. Watkins* – libro de casos de los solicitante).”

Dinamarca

En *Bersa v. Aspira* una madre nacida en Dinamarca se llevó a su hijo de 10 años nacido en Israel a Dinamarca en octubre de 2001 sin el consentimiento de su padre. El padre, nacido en Israel, intentó el retorno de su niño. La madre buscó justificar el desplazamiento del niño sobre la base del creciente deterioro de situación en Israel. Ella dijo que los acontecimientos del 11 de septiembre aumentaron mucho sus temores. Al ordenar el retorno del menor la Corte de la Provincia Occidental en Virborg dijo:

“La situación en un Estado en el cual hay ataques terroristas o donde hay un peligro de futuros ataques terroristas, en sí misma no constituye un peligro real y serio para la salud mental y física de un niño, según está descrita en la Sección 11, párrafo 1 y artículo 13 de la Convención

de La Haya.

...[E]l peligro de ataques terroristas es solamente general y ... existe en lugares públicos y no justifica el hecho de que la demandada dejara el país el 13 de octubre de 2001.

Por consiguiente, la Sección 11, número 3-2, no es aplicable aquí y no es impedimento para que la demandada retorne al niño."

Inglaterra

Pocas semanas después de la decisión del Pleno de la Corte Australiana en *Genish* fuera publicada, la Corte Inglesa de Apelaciones rechazó el argumento de "grave riesgo" al confirmar una orden del juez de primera instancia Hogg con respecto al retorno a Israel de un niño de 2 años. En *Re S (un niño)*, [2002] EWCA Civ 908 [cita INCADAT: HC/E/UKe 469], el juez Lord Ward, con quien coincidieron los jueces Lord Sedley y Lord Dyson, pintaron una imagen gráfica del alcance de las actividades terroristas en los meses recientes. Su señoría dijo:

"En relación al punto de si la situación en Israel a la fecha de la audiencia podría considerarse como de "grave riesgo", Lord Ward dijo que la corte podía entender muy bien los temores y ansiedad de la madre con respecto a regresar a Israel. "Cualquier padre razonable hubiera estado preocupado."

El abogado Streight, Q.C., actuando en nombre del padre nos invitó a tomar en consideración una carta de la Embajada de Israel fechada el 25 de abril repitiendo el punto de vista manifestado ante el juez Hogg en el sentido de que los ciudadanos y residentes están llevando vidas normales y dedicándose a sus actividades cotidianas. Por nuestra parte, consideramos eso con un poco de escepticismo. La vida en Israel en estos momentos puede ser cualquier cosa, menos normal.

Normalidad no es el punto central. La cuestión es si hay un grave riesgo de daño para el menor. El enfoque de la corte es similar a aquel que estableció la Cámara de los Lores sobre un punto muy diferente en *Davies v Taylor* [1974] A.C. 207 en el que el Lord Reid dijo en la página 213:-

"Usted puede probar que un evento pasado ocurrió, pero usted no puede probar que un evento futuro va a ocurrir y yo no pienso que el derecho es tan ingenuo como para suponer que usted puede. Todo lo que usted puede hacer es evaluar la probabilidad. Algunas veces es virtualmente del 100%; algunas veces es virtualmente nula. Pero a menudo se ubica en algún lugar entre ambas."

Es poco convincente decir que en este caso está "en algún punto en el medio". Es un asunto de juicio el determinar si el riesgo de daño es suficientemente grande como para constituir un *grave riesgo*.

...Es obvio que hay y hubo un riesgo de daño, y que esto no es mera especulación o invento, pero si nos preguntamos, "¿Cuál es el riesgo de daño que actualmente hay para este niño?" no juzgamos que el riesgo sea inaceptablemente alto para los propósitos de la Convención. Reconocemos que es inaceptablemente alto para la madre y simpatizamos con su apreciación personal. No ignoramos el riesgo: verdaderamente es preocupante; pero a nuestro juicio esto no constituye un *grave riesgo* de daño. En consecuencia, no hay razón para aceptar la apelación sobre la base de pruebas claras."

Francia

En *A v B*, RG 01/43442 dictada el 21 de diciembre de 2001, el Juez de Asuntos Familiares Rosleyne Crepin-Mauries con sede en la Corte de Distrito de París, ordenó el retorno de la hija de la parte a

Israel. La madre, que había traído a Francia a la niña de 11 años argumentó (entre otras cosas) que la situación política en Israel exponía a la niña a un serio riesgo de daño. Su señoría dijo:

“Aún cuando es irrefutable que hay ataques terroristas en este país y que necesariamente causan un daño evidente, de otra parte debería ser recordado que la noción de riesgo establecido por la Convención debería ser valorada de manera restrictiva.

Consecuentemente, este riesgo general de un ataque terrorista, aún cuando no ha sido probado por ningún medio que la casa de T, o su vecindario, o la localización de su escuela sean particularmente vulnerables, no puede anular las regulaciones internacionales. Debería ser notado que la madre claramente nunca había mostrado ansiedad sobre este asunto con algunos de sus parientes cuyas declaraciones han sido incluidas en el expediente.

...

En ausencia de cualquier prueba hecha valer por la Sra. A con respecto a ese riesgo, se ordenará el retorno del menor.”

En *L.* el 8 de octubre de 2002, la Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence confirmó una orden requiriendo el retorno de 5 niños a Israel. El padre, un ciudadano con doble nacionalidad francesa-israelita, los había desplazado de Jerusalén en abril de 2002. En respuesta al argumento de grave riesgo hecho valer por el padre, la corte dijo:

- No podría haber una regla general de que el hecho de regresar a Israel habría por sí mismo de colocar a los menores en una situación peligrosa en el sentido que contempla el artículo 13.
- Es un principio jurídico bien establecido que la carga de probar un peligro especial o particular que pondría en riesgo la seguridad física o psicológica de los niños recae en la persona que los hace valer.
- Que la situación política ha sido siempre tensa desde la creación del Estado de Israel en 1948, y que a pesar del estado de las cosas el padre hizo la elección de asentarse ahí con su familia en 1999.
- Que el padre no probó el grave riesgo contemplado por el artículo 13 al invocar la situación general de peligro en Israel.
- De otra parte, la madre al presentar pruebas consistentes en varios testigos, incluyendo el rabino del pueblo, ha mostrado que la región de Ashkelon y San Qiryat donde ella reside no ha sido objeto de ataques.
- A mayor abundamiento, los advertencias del Departamento de Estado Francés para Asuntos Extranjeros en relación con los viajes al extranjero no incluyen la región de Ashkelon y San Qiryat.

Alemania

En *W v W* [cita INCADAT: HC/E/DE 392] la Corte de Distrito en Zweibruecken dictó una decisión el 12 de febrero de 2001 requiriendo que un niño de dos años y medio fuese retornado a Israel. El niño había nacido en Alemania cuando sus dos padres se encontraban alistados con la Fuerzas Armadas de los Estados Unidos. En junio de 2000 el padre fue transferido a la Embajada de los Estados Unidos en Israel. La madre y el niño se encontraban en Israel como personas dependientes de él. En octubre del 2000 la madre y el niño regresaron a Alemania como resultado de una orden militar. El padre declaró que el niño debía haber sido retornado a Israel con la madre después de que ella hubiera cumplido con su deber en Alemania. El deseo de la madre fue irse de Alemania y regresar a los Estados Unidos con el niño. El juez Marscheck-Schaeffer resolvió que el niño había sido residente habitual de Israel. Adicionalmente resolvió:

“Aún cuando la guerra está incluida en la estrecha excepción al retorno contemplada en el

artículo 13(1)(b), la inestabilidad política en Israel no constituye una excepción de grave riesgo en los términos del artículo 13(1)(b) de la Convención. La partes habían asumido cualquier riesgo cuando ellos decidieron ir y vivir en Israel. De la misma manera que ellos estuvieron conscientes de tales peligros cuando establecieron una residencia habitual en el área, el riesgo presentado por la situación política hasta enero de 2001 no fue suficientemente grande como para invocar la estrecha excepción del art. 13(1)(b)."

España

En *M*, No 369/01, el Juez de Primera Instancia No. 2 de *L'Hospitalet de Llobregat*, Juan Luis Feliu, Magistrado-Juez, por virtud de una sentencia dictada el 15 de enero de 2002, sobreseyó una reclamación para el retorno de una bebé de 20 meses a Israel. El padre era un israelita y la madre era española. La madre abandono Israel cuando la niña tenía 8 meses. Ella declaró que el matrimonio había terminado. Entre los muchos argumentos que fueron acogidos que ella alegó estaba uno en que declaraba que la situación en Israel expondría al menor a un grave riesgo de daño. El Magistrado-Juez dijo:

"...[El retorno] de la menor a Israel en este momento podría suponer una situación o riesgo y evidente peligro físico para ella, lo cual no es en nada comparable al posible riesgo de ataques que ella podría sufrir en España, o en países como los Estados Unidos.... Una situación de riesgo vital que no puede ser compatible con el principio de protección de los intereses y beneficios de la menor, un principio que informa nuestra legislación sobre la protección de menores."

Estados Unidos de América

En *Freier* [cita INCADAT: HC/E/USf 133; también disponible en <<http://www.hiltonhouse.com>>], una decisión del juez de distrito Hood de la Corte para la División Sur del Distrito Oriental de Michigan, el padre intentó el retorno de un niño de 4 años a Israel. Los padres eran estadounidenses que vivían en Israel. Ellos tenían doble nacionalidad estadounidense e israelita. Se habían casado en Israel en 1987 y estuvieron viviendo ahí cuando la madre se trajo a su hija a los Estados Unidos para lo que el padre pensó que sería unas cortas vacaciones. Mientras estaba en los Estados Unidos la madre le informó al padre que ella no regresaría a Israel y que quería el divorcio. Ella inició procedimientos en los Estados Unidos para la disolución del matrimonio y para la custodia del niño. El padre interpuso una solicitud conforme a la Convención de La Haya con la pretensión del retorno del niño. La corte resolvió que el niño era un residente habitual de Israel y que había ocurrido una retención ilícita en los Estados Unidos. La madre argumentó, entre otras cosas, que el retorno del menor a Israel expondría al menor a un grave riesgo de daño toda vez que Israel es "una zona de guerra". Su Señoría dijo:

"32 ...[La] Corte no encuentra suficiente evidencia en este expediente para que Israel sea la "zona de guerra" contemplada por el Sexto Circuito o la Convención de La Haya. Ninguna escuela está cerrada, los negocios están abiertos y la solicitante pudo dejar el país. Parece que la lucha está limitada a ciertas áreas y no involucra directamente la ciudad donde reside el menor.

33. Con respecto a la ansiedad de la demandada y el temor con respecto a la tensión actualmente existente en el país, debe de ser notado que ella ha vivido ahí por un cierto número de años, ayudó a que sus niños crecieran ahí por cerca de catorce años y que también sus padres habían pasado extensos períodos de tiempo ahí. Basado en lo anterior, la Corte concluye que la demandada no ha logrado establecer mediante pruebas claras y convincentes que el niño, A., está en grave riesgo de lesión física en razón del los disturbios en Israel o de que Israel es una zona de guerra conforme a lo contemplado en la Convención de La Haya."

El concepto de una zona de guerra tal y como ha surgido en la decisión de la Corte de Apelaciones de

los Estados Unidos en el Sexto Circuito en *Friedrich v Friedrich*, 78 F.3d 1060 en 1067 (6th Cir.1996) [cita INCADAT: HC/E/USf 82] en el que la corte, al establecer una interpretación extremadamente estrecha del significado de grave riesgo, dijo:

“A pesar de que no es necesario resolver la presente apelación, consideramos que un grave riesgo de peligro para los propósitos de la Convención puede existir en solamente dos situaciones. Primero, hay un grave riesgo de peligro cuanto el retorno del niño lo coloca ante un peligro inminente antes de la resolución de la disputa de custodia - por ejemplo, el retornar al menor a una zona de guerra, hambre o enfermedad.

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

En *Silverman v. Silverman*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313 [cita INCADAT: HC/E/USf 481] el Juez Tunheim, un juez de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Michigan dictada el 9 de mayo de 2002 rechazó una solicitud del padre para el retorno de dos niños a Israel. Aunque su señoría concluyó que los niños no eran residentes habituales de Israel, de cualquier manera se refirió al argumento de “grave riesgo” utilizado por la madre. Su señoría dijo:

“Al revisar las pruebas presentadas en el caso, la Corte concluyó que el retorno de S. y J. a Israel para la determinación de la cuestión de la custodia los expondría a ellos a un grave riesgo de daño físico y los pondría en una situación intolerable.

... Existe una diferencia significativa entre la violencia que ocurrió en el tiempo en que *Freir* fue decidido y la violencia que ocurre hoy en Israel. A diferencia de antes, la violencia se ha infiltrado en áreas que previamente no estaban afectadas por el conflicto. A mayor abundamiento, el tipo de violencia, mediante bombas suicidas, ha puesto a los civiles, incluyendo a los menores, en mucho mayor peligro. El nivel y la intensidad de la violencia que ocurre en Israel actualmente va consecuentemente mucho más allá que el “simple alboroto” descrito en *Freier*. En opinión de la corte, la actual situación en Israel cumple con el estándar de “zona de guerra” contemplada por el Sexto Circuito en *Friedrich*.”

La apelación en *Silverman* fue rechazada por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Octavo Circuito el 11 de diciembre de 2002 (*Silverman v. Silverman*, 312 F.3d 914 (8th Cir. 2002) [cita INCADAT: HC/E/USf 483]). El fallo de la mayoría sostuvo la conclusión de que la residencia habitual estaba en los Estados Unidos y no se refirió al argumento de grave riesgo.

El juez Beam al disentir específicamente concluyó que Israel no era una zona de guerra.

“De hecho, no parece haber un caso que señale a ningún país como “zona de guerra” conforme a la Convención. La Corte de Distrito tampoco cita ninguna evidencia de que esos menores estén en ningún peligro más específico viviendo en Israel de lo que lo estaban cuando su madre voluntariamente se los llevo para allá en 1999. Más bien, la evidencia se centró en la violencia regional en general, tal como la de bombas suicidas, que amenazan a todos en Israel.”

Conclusión

El patrón, si acaso lo hay, que surge de estas decisiones es de que no hay un consenso internacional claro sobre si las circunstancias dentro de Israel durante los períodos de gran actividad terrorista pueden ser considerados como un “grave riesgo” de que un menor retornado allá sufrirá daño físico o psíquico.

De lo que habla la Convención es de un grave riesgo de daño, no de un riesgo de daño grave. Conforme a una base que analice caso por caso, cualquier demandado en una solicitud necesitará establecer que las circunstancias que rodeen el retorno del menor a Israel invocarían la excepción. Tristemente, la prueba requerida para establecer la excepción es quizá, más que la mera declaración de que hay riesgos reales, el que los niños israelitas diariamente se enfrentan mucho más de lo que la mayoría de los otros niños tienen que enfrentarse a lo largo de mundo [de La Haya].

De nuevo sobre el artículo 13(1)(b)

Sr. James Ding, en apoyo a la Conferencia de La Haya del Departamento de Justicia, Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular de China

La Convención de La Haya de 1980 se ha enorgullecido por su efectividad y rapidez sumaria en los procedimientos de retorno a lo largo de los años. Una razón para su éxito reside en sus excepciones estrictamente interpretadas. Tanto el Informe Explicativo como numerosas decisiones de varias jurisdicciones han confirmado que los argumentos conforme a la Convención deben ser interpretados de manera restringida. También fue confirmado durante la Comisión Especial de Marzo de 2001 que el argumento de grave riesgo ha sido generalmente interpretado de manera restringida por las cortes en los Estados Contratantes. Sin embargo, ha habido excepciones ocasionales. Un ejemplo reciente es una decisión de la Corte de Apelaciones en Hong Kong.

En *D v G* (CACV003646/2001, 7 de diciembre de 2001), el primer caso conforme a la Convención en el nivel de apelación en Hong Kong, una pareja se divorció en Hong Kong y se le concedió la custodia a la madre y se le permitió llevar a su niña a Suiza permanentemente. Posteriormente, la niña adquirió residencia habitual en Suiza y fue luego llevada por el padre de Suiza a Hong Kong. La madre solicitó el retorno de la niña, una niña de ocho años, conforme a la Convención. El padre argumentó conforme al artículo 13(1)(b), alegando que la niña se le había quejado de haber sido sexualmente abusada por el novio de la madre en Suiza. El juez de primera instancia, después de alguna comunicación con la Autoridad Central Suiza con respecto a las medidas de protección de los niños en Suiza, ordenó el retorno de la niña condicionada a que la Autoridad Central suiza haría una investigación sobre el abuso sexual alegado. La Corte de Apelaciones aceptó la apelación por parte del padre y ordenó una investigación por parte de un psiquiatra o psicólogo infantil en Hong Kong sobre lo alegado por el padre.

La Corte de Apelación, habiendo establecido que “a diferencia de la mayoría de los casos de la Convención, la orden de custodia y acceso en este caso fue hecha por la corte de Hong Kong”, lo cual desaprobaba una interpretación estrecha del artículo 13(1)(b) y prontamente se aprestó a su propia investigación”. La Corte de Apelaciones estableció que “[s]i hubiera dudas con respecto a hubiese o no bases para los alegatos, entonces, a menos y hasta que tales dudas fueren resueltas, el juez no estaría en una posición para ejercitar propiamente la discreción contenida en el artículo 13. En consecuencia, a menos y hasta que tales alegatos pudieren ser descartados en su conjunto o después de que una investigación hubiere concluido que no tuvieran sustancia, es casi inconcebible que la discreción pudiere ser razonable y responsablemente ejercitada para retornar a la menor al ambiente en el que el abuso alegado tuvo lugar.”

Parece que la Corte de Apelaciones pasó por alto el principio de que la evidencia para establecer un argumento conforme al artículo 13(1)(b) debe ser convincente y reunir el umbral de alto estándar. En los Estados Unidos, la *Ley Sobre Secuestro Internacional de Menores*, 42 USC 11601-11610 (1989) (que es la ley de implementación de la Convención), requiere que la defensa del artículo 13(1)(b) debe ser probada mediante prueba clara y convincente. En varias jurisdicciones del *Common Law*, la regla derivada de los casos también establece un alto estándar de prueba. Hay también una línea establecida de principios jurídicos ingleses en el sentido de que la corte debería requerir prueba clara y convincente de un grave riesgo de daño. *Re C* [1999] 1 FLR 1145 [cita INCADAT: HC/E/UKe 269].

Lamentablemente, la Corte de Apelaciones adoptó más bien un bajo umbral y, a reserva de que pueda

considerarse lo contrario, incluso una carga revertida de la prueba. La Corte de Apelaciones estableció que “no ha quedado satisfecha de que cuanto sea retornada, no hay riesgo de que la niña estaría expuesta a daño físico o psicológico o que la niña sea puesta en una situación intolerable”. La Corte de Apelaciones quedó satisfecha con la mera declaración jurada otorgada por el padre en apoyo de su alegato. En contraste, en un caso canadiense (*D*) v *Z. (J)* [1994] 99 BCLR 2d 287, la corte rechazó un argumento conforme al artículo 13(1)(b) que estaba basada en el alegato abuso sexual de la niña por parte de la nueva pareja de la madre. A pesar de que el padre obtuvo un dictámen de un psicólogo apoyando sus alegatos de abuso, la corte concluyó que la prueba no mostraba que el menor estaría en grave riesgo, y la corte también tomó en cuenta el hecho de que las cortes en el Estado de residencia habitual eran capaces y preparadas para investigar y manejar las argumentaciones de abuso.

La Corte de Apelaciones se preparó para hacer averiguaciones en el caso de que lo argumentado fuera de naturaleza seria y no fuera inherentemente increíble o no confiable. Sin embargo, si se hicieran amplias y se requiriera un testimonio experto en todos los casos en que se hiciera un alegato de abuso infantil, la naturaleza sumaria de la Convención se pondría en riesgo. Las cortes en varias jurisdicciones se han abstenido de realizar una investigación detallada en alegatos controvertidos. En un caso Australiano, *Cooper v Casey* (1995) FLC 92-575 [cita INCADAT: HC/E/AU 104], la corte rechazó estudiar extensivamente los alegatos y en lugar de ello, dejó el asunto para ser investigado por las autoridades relevantes del Estado de residencia habitual. La corte fue de la opinión de que sería presuntuoso y ofensivo concluir que los niños no son capaces de ser protegidos por las cortes o autoridades relevantes en el Estado de la residencia habitual. Un enfoque similar fue seguido en un caso en Nueva Zelanda, *Anderson v. Autoridad Central para Nueva Zelanda* [1996] 2 NZLR 517 [cita INCADAT: HC/E/NZ 90].

Conforme a la Convención, en lugar de hacerse una investigación de escala completa, una corte debería minimizar cualquier posibilidad de daño para el menor al hacer arreglos adecuados de retorno. Así, es muy conforme a la costumbre en varias jurisdicciones requerir compromisos o imponer ciertas condiciones al retornar. Las autoridades centrales pueden también tener un papel para desarrollar en tales prácticas. En un caso canadiense, *Kelly v. Williams* [1988] 61 Alta LR 2d 292, 61 Alta LR 2d 292, la corte rechazó un argumento conforme al artículo 13(1)(b) pero estableció que el padre sustractor podría buscar asistencia de las autoridades centrales de Canadá y los Estados Unidos para garantizar la seguridad del niño sin especificar salvaguardas particulares. Este enfoque fue también adoptado por el juez de primera instancia en el caso de Hong Kong pero no fue favorablemente recibido por la Corte de Apelaciones.

A mayor abundamiento, aún cuando haya clara evidencia de abuso infantil, algunas cortes han sostenido que a menos de que el niño no pueda ser protegido apropiadamente en el Estado de residencia habitual, debe ser retornado. En el asunto de *LL (menores)*, 22 de mayo de 2000, la Corte Familiar de Nueva York [cita INCADAT: HC/E/USs 273], a pesar de conclusión de abusos infantiles pasados, ordenó que el niño fuese retornado a Holanda basándose en las medidas de protección ofrecidas por el Gobierno Holandés. De manera similar, en un caso Inglés, *Re S* [1999] 1 FLR 843 [cita INCADAT: HC/E/UKe 361], la corte rechazó la defensa no obstante serios alegatos de abuso infantil en contra de quien cohabitaba con la madre porque la corte aceptó que el asunto podría ser adecuadamente manejado y el niño sería protegido por las autoridades suecas a su retorno.

Consecuentemente, puede ser argumentado que el “grave riesgo” no puede ser establecido si hay garantías del Estado de residencia habitual que éste está en posición para valorar el daño que puede sufrir el niño y para ofrecerle protección adecuada. En *Friedrich v Friedrich* 78 F.3d 1060 (6° Cir. 1996) [cita INCADAT: HC/E/USf 82], la Corte de Apelaciones para el Sexto Circuito estableció la prueba más estricta para el grave riesgo de daño: “consideramos que un grave riesgo de daño para los propósitos de la Convención puede existir solamente en dos situaciones. Primero, hay un grave riesgo de daño cuando el retorno del menor pone al menor en un peligro inminente antes de la resolución de la disputa de custodia – por ejemplo, al retornarse al menor a una zona de guerra, hambre o enfermedad. Segundo, hay un grave riesgo de daño en caso de un serio abuso o negligencia, o dependencia emocional extraordinaria, cuando la corte en el país de residencia habitual, por cualquier razón, pueda ser incapaz o no desee dar al menor la protección adecuada.”

Nota de la Oficina Permanente

La Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores²² entró en vigor el 1 de diciembre de 1983, y ahora cuenta con setenta y tres Estados Partes. La creciente cobertura geográfica de los Estados Partes incluye Estados que ratifican y se adhieren de todos los continentes.²³ Verdaderamente, el creciente número de Estados Contratantes de la Convención parece que continuará a un paso firme – más de veinticinco Estados se han convertido en parte tan sólo en los últimos cinco años.

Varios miles de niños son víctimas de sustracción internacional de menores cada año. La Convención de La Haya de 1980 busca proteger a los menores de los efectos dañinos de la sustracción o retención internacional por parte de los padres y establecer procedimientos para asegurar su pronto retorno al Estado de su residencia habitual.

En seguida de un desplazamiento o retención de un menor de uno de los Estados Contratantes a otro, la persona dejada atrás puede solicitar el retorno del niño.²⁴ Los requisitos que deben reunirse por el solicitante conforme a la Convención son estrictos pero simples. El o ella deben establecer que (1) el menor estaba residiendo habitualmente en el país del solicitante inmediatamente antes del desplazamiento o retención (artículo 3(a));²⁵ (2) el desplazamiento o retención del menor constituyó un quebrantamiento de los derechos de custodia conforme al Derecho de aquel país (artículo 3(a)); y (3) el solicitante estaba en el *ejercicio efectivo* de esos derechos de custodia a la fecha de, o habría ejercitado tales derecho de no ser por el desplazamiento o retención (artículo 3(b)).

Hay una obligación convencional para que una corte retorne a un niño sustraído que sea menor de la edad de dieciséis años si la solicitud se hace dentro del año siguiente a partir de la fecha del desplazamiento.²⁶ Después de un año, aún se requiere que la corte ordene el retorno del niño a menos que la persona que se opone al retorno pueda demostrar que el niño está integrado en un nuevo ambiente (artículo 12). Una corte puede, en circunstancias excepcionales, negarse a ordenar el retorno de un menor si hay un grave riesgo de que el retorno expondría al niño a daño físico o psicológico o de alguna otra manera pondría el menor en una situación intolerable (artículo 13(1)(b)). Una corte puede también rechazar el retorno del menor si el padre dio su permiso para que el niño fuera desplazado o para que sea retenido (artículo 13(1)(a)), o si el niño se opone a ser retornado y ha alcanzado un grado de madurez conforme al cual la corte pueda tomar en consideración el punto de vista del niño (artículo 13(2)). Finalmente, el retorno del menor puede ser rechazado si el retorno violaría los principios fundamentales de la protección de los derechos humanos y las libertades del país donde el menor se encuentra (artículo 20).

El artículo 13(1) de la Convención establece que: "... la autoridad judicial o administrativa del Estado solicitante no esta obligada a ordenar el retorno del menor si la persona, institución u otra entidad que se oponga a su retorno establece que - ... (b) hay un grave riesgo de que su retorno expondría al menor a un daño físico o psíquico o de alguna otra manera pondría al menor en una situación intolerable." La Cuarta Comisión Especial para controlar la aplicación de la Convención (marzo de 2001) concluyó que

"4.3: El argumento de "grave riesgo" del artículo 13, párrafo 1 b) ha sido generalmente interpretado por las cortes en los Estados Contratantes, y esta es confirmada por el relativamente pequeño número de solicitudes de retorno que fueron rechazadas conforme a esta base, de conformidad con el Análisis Estadístico de Solicitudes hecho en 1999 (Doc. Prel. No. 3, marzo de 2001). Se mantiene dentro de los objetivos de la Convención, como se confirma en Informe Explicativo de Elisa Pérez-Vera (en su párrafo 34), para interpretar esta defensa de manera restrictiva." ²⁷

III. DESARROLLOS CON RESPECTO A LAS CONVENCIONES RELATIVAS A LOS NIÑOS

La Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

La Comisión Especial de 2002 relativa a la Convención de 1980



(de la izquierda a la derecha) Hans van Loon (Secretario General), William Duncan (Secretario General Adjunto), el juez McGuinness (Irlanda), el juez Kay (Australia), el juez Garbolino (EEUU) y el juez Hartmann (HKSAR).

Una reunión de la Comisión Especial relativa a la Convención de 1980 sobre la Sustracción de Menores tuvo lugar recientemente en septiembre/octubre de 2002 en La Haya en las instalaciones del Palacio de la Paz.²⁸ Las Comisiones Especiales están diseñadas para reunir a las Autoridades Centrales, jueces, prácticos, gobiernos y organizaciones no gubernamentales que juegan un papel clave en la aplicación de la Convención en cada Estado Contratante. Estas reuniones de revisión facilitan el intercambio de ideas, resuelven dificultades internacionales y proporcionan ejemplos de buenas prácticas. Las discusiones facilitan una mayor confianza y entendimiento mutuo entre los Estados Contratantes, así como contribuyen a una mayor coherencia en la interpretación y práctica.

La Comisión de 2002 difirió de las previas reuniones de la Convención en que se había mandado que se consideraran aspectos específicos que surgen de la aplicación de la Convención; la Comisión Especial de 2002 dio continuación a recomendaciones adoptadas por la Cuarta Reunión de la Comisión Especial, que tuvo lugar en marzo de 2001. Todos los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya y los Estados Miembros de la Convención fueron invitados a asistir a la reunión de septiembre de 2002.²⁹ Adicionalmente, tres organizaciones intergubernamentales y doce organizaciones no gubernamentales internacionales asistieron como observadores.

El principal objetivo de la reunión de 2002 fue la consideración, con vistas a la aprobación de las dos primeras secciones de la Guía para las Buenas Prácticas conforme a la Convención de 1980.³⁰ La primera sección de la Guía trata de la práctica de las Autoridades Centrales (Doc. Prel. No. 2); la segunda sección discute las medidas necesarias para implementar la Convención en los sistemas nacionales (Doc. Prel. No. 4). La reunión también mantuvo discusiones iniciales sobre el Informe Final del Profesor William Duncan (Secretario General Adjunto) sobre el derecho de visita transfronterizo (Doc. Prel. No. 5), incluyendo una discusión preliminar sobre derecho de visita transfronterizo relacionado

con algunos Estados Islámicos (Doc. Prel. No. 7), y examinó un Informe Preliminar del Sr. Philippe Lortie (Primer Secretario) en materia de comunicaciones judiciales internacionales directas en el contexto de la Convención de 1980 (Prel Doc No. 6).³¹

La Comisión Especial aprobó las siguientes conclusiones y recomendaciones:

"1. GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS

- (a) *Publicación:* La Oficina Permanente, con el objeto de preparar la Guía de buenas prácticas está autorizada para publicar, hacer cambios de naturaleza editorial, actualizar, cuando sea necesario, cualquier información de hecho contenida en la Guía, para determinar la presentación del material en la Guía siempre y cuando esto no implique ningún cambio de sustancia o énfasis y para preparar una introducción general para la Guía explicando sus antecedentes.
- (b) *Medidas preventivas:* La Oficina Permanente debería continuar reuniendo información relativa a las medidas adoptadas en diferentes Estados Contratantes para prevenir que lleguen a ocurrir sustracciones. Debe tomarse en cuenta la experiencia de las organizaciones no gubernamentales en este campo. La Oficina Permanente debería preparar un informe sobre la materia con vistas al posible desarrollo de una Guía de buenas prácticas.
- (c) *Ejecución:* La Oficina Permanente debería continuar reuniendo información sobre la práctica de la ejecución de las órdenes de retorno en los diferentes Estados Contratantes. La Oficina Permanente debería preparar un informe sobre la materia con vistas al posible desarrollo de una Guía de buenas prácticas.

2. DERECHO DE VISITA TRANSFRONTERIZO

- (a) Es prematuro comenzar a trabajar sobre un Protocolo a la Convención de 1980. Si los pasos alternativos que se delinean a continuación no se dirigen a mejoras significativas en la práctica, las cuestiones de un Protocolo deberían ser vueltas a ver en un futuro.
- (b) El Capítulo 5 del Documento Preliminar No. 3 debería ser retenido sujeto a las modificaciones convenidas.
- (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 de la Convención de 1980 con los siguientes objetivos:
 - a. Promover las prácticas más consistentes y mejores en relación a aquellos asuntos en se ha convenido que caen dentro de la competencia y las obligaciones de los Estados Partes conforme a la Convención.
 - 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, si no atraer la atención de ciertas consideraciones generales y características especiales, que necesitan ser tenidas en mente por los Estados Contratantes y sus autoridades cuando formulan políticas con respecto a casos de derecho de visita internacional. Estos principios generales no serían 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, ellas podrían posiblemente ser de ayuda las cortes y otras autoridades, así

como a los solicitantes cuando presenten sus casos.

- (e) Se reconoce que las disposiciones de la *Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación con respecto a la responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños* tiene el potencial de hacer una contribución significativa para la solución de ciertos problemas que rodean el derecho de visita a través de las fronteras. Estos Estados que ya han convenido en principio en ratificar o acceder a la Convención de 1996 han sido invitados para proceder a la ratificación o adhesión con toda la debida prontitud. A otros Estados se les ha recomendado ampliamente que consideren las ventajas de ratificación o adhesión e implementación.
- (f) La Reunión toma nota y da la bienvenida de algunos jueces de jurisdicciones del *common law* para atacar los problemas generados por las interpretaciones conflictivas del artículo 21 en su jurisprudencia al proponer un congreso judicial del *common law*.



El éxito de la Comisión Especial de 2002 se debe en larga parte a la presidencia de la reunión por el juez Catherine McGuinness (Irlanda).

3. SUSTRACCIÓN DE MENORES, DERECHO DE VISITA TRANSFRONTERIZO Y ESTADOS ISLAMICOS

La Oficina Permanente debería continuar el trabajo que ha comenzado en relación al desarrollo de la cooperación entre los Estados Islámicos y otros Estados para resolver problemas de sustracción de menores y derecho de visita transfronterizo, incluyendo el análisis y revisión de varios convenios bilaterales y arreglos existentes, así como la exploración de el potencial de un enfoque multilateral, incluyendo a través del uso de Convenciones de La Haya existentes.

4. SEMINARIOS JUDICIALES Y EL BOLETÍN DE LOS JUECES

Las reuniones de los jueces de diferentes jurisdicciones mejorarán el entendimiento internacional, promueven la cooperación judicial y ayudan a difundir prácticas y precedentes que ayudan a través de las jurisdicciones. La Conferencia de La Haya debería continuar permaneciendo activa en esta área,

promoviendo asistencia en donde sea requerida, apoyando el desarrollo de la cooperación judicial y comunicaciones, tanto en lo general y en el contexto de casos individuales en los que sea requerido y continuar la publicación del Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional de Menores.

5. MECANISMOS PRÁCTICOS PARA FACILITAR LA COMUNICACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL DIRECTA EN EL CONTEXTO DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA DEL 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La Oficina Permanente:

- (a) Continuará la consulta formal con Estados Miembros de la Conferencia de La Haya, así como con otros Estados Partes de la *Convención de La Haya de 1980*, basadas en el Informe Preliminar conjuntamente con el Informe que será redactado por la Oficina Permanente sobre las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de septiembre / octubre de 2002.
- (b) Continuará las consultas informales con jueces interesados basados en el Informe Preliminar en conjunto con el Informe que será redactado por la Oficina Permanente sobre las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de septiembre / octubre de 2002.
- (c) Continuará examinando los mecanismos y estructuras prácticas de una red de puntos de contacto



La delegación china de la Comisión Especial de 2002 y Lilly Foo de la sociedad Worldreach Software corporation (Canadá). La Comisión Especial expresa su entusiasmo en cuanto a los trabajos empezados por la Oficina Permanente, gracias al apoyo del gobierno canadiense, para la creación de la base internacional de datos INCASTAT. Expresamos nuestra gratitud a la sociedad Worldreach por haber generosamente patrocinado INCASTAT y por haber aceptado de co-financiar la recepción de la Comisión Especial de 2002 en el Palacio de la Paz.

para facilitar a nivel internacional las comunicaciones entre jueces o entre un juez y otra autoridad.

- (d) Contemplará el Informe Final que incluirá análisis adicional de aspectos de políticas y conclusiones tentativas.
- (e) Elaborará un inventario de prácticas existentes relacionadas con la comunicación judicial directa en casos específicos conforme a la Convención de La Haya de 1980 con el consejo de un grupo consultivo de expertos elegidos principalmente del poder judicial.

6. INCASTAT

Con relación al desarrollo de una base de datos sobre la Convención de La Haya de 1980, la Reunión reconoce el trabajo comenzado por la Oficina Permanente con el apoyo del Gobierno Canadiense y la WorldReach Software Corporation. Estimula al Buró Permanente para continuar estos esfuerzos en cooperación con los Estados Contratantes y las Autoridades Centrales.

El Cuestionario de la Oficina Permanente y el Informe Preliminar sobre las comunicaciones judiciales internacionales

Durante la Cuarta Reunión de la Comisión Especial para revisar la aplicación práctica de la Convención de 1980 sobre sustracción de menores (22-28 de marzo de 2001), se trató el tema de las posibilidades y limitaciones de comunicaciones judiciales internacionales directas y el desarrollo de una red de jueces de enlace en el contexto de los aspectos que rodean el retorno seguro y pronto de los niños (y del padre custodio cuando esto es relevante).

El valor de tales comunicaciones para asegurar una resolución expedita y segura de los casos de sustracción ha sido bien reconocida por los jueces alrededor del mundo en los seminarios judiciales internacionales tales como el de De Ruwenberg 2000 y Washington 2000.³² Las comunicaciones judiciales directas han sido usadas para asegurar el retorno seguro del menor y el padre sustractor,³³ y han sido de ayuda al discutirse problemas de retraso y jurisdicción conflictiva.³⁴

Las siguientes Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial de Marzo de 2001 sobre comunicaciones judiciales internacionales entre jueces o entre jueces y otras autoridades:

“Comunicaciones judiciales directas

5.5 *Se estimula a los Estados Contratantes para considerar la identificación de un juez o jueces u otras personas o autoridades disponibles para facilitar comunicaciones a nivel internacional entre jueces o entre un juez y otra autoridad.*

5.6 *Los Estados Contratantes deberían estimular activamente la cooperación judicial internacional. Esta toma la forma de asistencia de los jueces a conferencias judiciales mediante intercambio de ideas/comunicaciones con jueces extranjeros o explicando las posibilidades de comunicación directa en casos específicos.*

En los Estados Contratantes en los que las comunicaciones judiciales directas son practicadas, las siguientes son medidas de protección comúnmente aceptadas:

- las comunicaciones estarán limitadas a aspectos logísticos y al intercambio de información;*
- las partes serán notificadas con anticipación de la naturaleza de la comunicación propuesta;*
- se conservarán registros de esas comunicaciones;*
- se confirmará por escrito cualquier convenio al que se haya llegado;*
- las partes o sus representantes estarán presentes en ciertos casos, por ejemplo por vía de medios de llamadas de conferencia.*

5.7 *La Oficina Permanente debería continuar explorando los mecanismos prácticos para facilitar las comunicaciones judiciales internacionales directas.”*

Un cuestionario relativo a mecanismos prácticos para facilitar las comunicaciones judiciales internacionales directas en el contexto de la Convención de 1980 fue circulada en los Estados Miembros, los Estados Contratantes, y organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales en enero de 2002. El cuestionario se refería a la posibilidad y/o deseable de la designación de un juez o autoridad, los aspectos administrativos de las comunicaciones judiciales internacionales directas, los aspectos legales y prácticos de tales comunicaciones y un número de asuntos generales.³⁵

Dieciséis jurisdicciones respondieron al cuestionario, a saber: Austria, Bosnia y Herzegovina, Chile, China (Región Administrativa Especial de Hong Kong), Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Islandia, Holanda, Polonia, Suiza, el Reino Unido (Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte y Escocia) y Uzbekistán, y una organización internacional no gubernamental, el Centro Internacional Para los Niños Perdidos y Explotados (ICMEC, por sus siglas en inglés). Sobre la base de estas respuestas, así como de la información obtenida de otras fuentes, incluyendo seminarios judiciales en los que la Oficina Permanente ha estado involucrado en años recientes y en artículos del Boletín de los Jueces, la Oficina Permanente ha bosquejado un Informe Preliminar. Este Informe Preliminar se circuló entre los Estados Miembros, los Estados Contratantes y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales interesadas en agosto de 2002 y fue discutido durante la reunión de la Comisión Especial en septiembre / octubre de 2002. El Informe Preliminar fue bien recibido por la Comisión Especial, que nuevamente reconoció la importancia general de las comunicaciones judiciales.

En esencia, el Informe Preliminar ofrece un inventario de los diferentes mecanismos existentes para facilitar las comunicaciones judiciales internacionales directas e identifica las dificultades y limitaciones que los Estados y jueces pueden tener con respecto a esos mecanismos. El Informe Preliminar proveerá una base valiosa de la cual se continuará explorando. En este sentido, varios jueces de enlace ya han



Jane Bradford (Butterworths) y el juez Wall (Inglaterra y Gales). Se agradece a Butterworths Lexis-Nexis por haber generosamente cofinanciado la recepción de la Comisión Especial de 2002 en el Palacio de La Paz.

sido designados (véase *infra*) y la experiencia demuestra que ni objeciones ni barreras jurídicas infranqueables se han puesto en el camino de tales nominaciones. Muchas jurisdicciones han también indicado en sus respuestas al cuestionario la importancia de una clara división de papeles y responsabilidades entre las Autoridades Centrales y los jueces. Con respecto a los aspectos prácticos y legales que rodean las comunicaciones judiciales internacionales directas el Informe Preliminar discute varios ejemplos de comunicaciones dentro de los Estados y entre los Estados y también considera líneas relevantes de casos en esta área. Finalmente, el Informe Preliminar examina las salvaguardas procesales y jurídicas en relación a las comunicaciones judiciales.³⁶

De acuerdo con las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial 2002 es la intención de la Oficina Permanente finalizar un Informe sobre comunicaciones judiciales internacionales directas dentro de 18 meses. **Por consiguiente, los lectores del Boletín están invitados a enviar cualquier comentario que pudieran tener que derive del Cuestionario y/o el Informe Preliminar de la Oficina Permanente a secretariat@hcch.net (Re: Comentarios sobre el Cuestionario Judicial). A mayor abundamiento, los jueces quizá deseen discutir las comunicaciones judiciales directas en sus seminarios judiciales e invitar a la Oficina Permanente a sus discusiones.**

La red internacional de jueces de enlace, propuesta inicialmente en el Seminario para jueces de De

Ruwenberg en 1998 sobre protección internacional de menores, ha estado creciendo constantemente. La red actualmente incluye a: El Muy Honorable Lord Juez Mathew Thorpe (Juez de la Corte de Apelaciones, Inglaterra y Gales), El Honorable Juez Joseph Kay (Juez de la División de Apelación de la Corte Familiar de Australia), Su Honor el Juez Patrick Mahony (Juez Principal de la Corte Familiar de Nueva Zelanda), El Honorable James Garbolino (Juez Presidente de la Corte Superior de California, Estados Unidos – designación informal), El Honorable Jacques Chamberland (Juez de la Corte de Apelaciones de Québec, Canadá – designación informal), El Honorable Juez Robyn Diamond (Juez de la Corte del Banco de la Reina en Manicota, Canadá – designación informal), Su Excelencia Juez Antonio Boggiano (Juez y antiguo Presidente de la Corte Suprema de Argentina), el Dr. George A.



América del Norte fue ampliamente representada durante la Comisión Especial de 2002: el juez Fisher (EEUU y IAWJ), el juez Chamberland (Canadá), el juez Garbolino (EEUU) y Michelle Bernier-Toth (Departamento Estatal de EEUU).

Serghides (Presidente de la Corte de Familia de Limassol-Paphos, Chipre), El Honorable Michael Kistrup (Juez de la Corte de la Ciudad de Copenhague, Dinamarca), El Honorable Señor Juez Michel Hartmann (Juez de la Alta Corte de la Región Administrativa Especial de Hong Kong – designación informal) y El Honorable Jónas Johannsson (Juez de la corte Héraósdómur Reykjaness, Islandia).

El Instituto Interamericano del Niño, Organización de Estados Americanos

Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre, Instituto Interamericano del Niño

Los días 12-13 de agosto expertos gubernamentales se reunieron en Montevideo, Uruguay, para discutir la sustracción internacional de menores por uno de sus padres. Los expertos de los siguientes Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) asistieron a la reunión convocada por el Instituto Interamericano del Niño: Argentina, Brasil, Chile, República Dominicana, México, Panamá, Perú, los Estados Unidos de América y Uruguay. Los expertos presentaron un Documento con Recomendaciones y un Borrador de Programa de Cooperación para el Consejo Directivo del Instituto Interamericano del Niño, titulado: "Programa de cooperación Interamericana para prevenir y remediar casos de sustracción internacional de menores por uno de los padres". El siguiente es un resumen de los contenidos del Programa.

Los objetivos específicos del Programa son:

- (1) La cooperación internacional par la ejecución de la Convención internacional sobre sustracción de menores y análisis de una posible reglamentación suplementaria de los mismos.
- (2) Fortalecimiento de la prevención nacional y sistemas de retorno mediante la implementación de políticas de prevención y remedio, e implementando programas de entrenamiento dirigidos a las Autoridades Centrales y cuerpos relacionados.
- (3) Desarrollo de una Red Interamericana de Información y Cooperación (REDIC) sobre este tema.

- (4) Promover la difusión de la Convenciones Internacionales y los sistemas nacionales de prevención y remedio.
- (5) Ejecución y seguimiento del Programa Interamericano a través de reuniones de expertos de gobierno y los altos funcionarios de las Autoridades Centrales.

Los componentes del Programa son:

1. Prevención, tratamiento legal y rehabilitación de víctimas por medio de sistemas nacionales convencionales de ejecución. La prevención será fortalecida por medio de la difusión de información, implementación de mecanismos efectivos que aseguren el retorno, el cual desalentará a los padres para recurrir a tales prácticas ilegales.
 - 1.1. *Designación de Autoridades Centrales.* Los Estados Miembros deberían ser invitados a ratificar, aceptar, aprobar o acceder a las Convenciones sobre la materia. Las Autoridades Centrales debería ser provistas con los medios adecuados para cumplir con sus deberes.
 - 1.2. *Tratamiento relacionado en las legislaciones nacionales, con respecto a los aspectos prácticos y operativos de las Convenciones, evitando solapamientos legislativos.* El Instituto Interamericano del Niño preparará un prototipo de legislación modelo basado, entre otras, sobre la Ley Orgánica Española de enero de 1996 y sobre la Legislación Chilena de 1998.
 - 1.3. *Procedimientos nacionales judiciales y administrativos para la ejecución del retorno*



Cristina Gonzalez-Belifuss (España) y Andrea Shulz (Primer secretario) siguiendo los debates de la Comisión Especial de 2002.

del menor. Los jueces deben decidir si el retorno inmediato está conforme a Derecho, sin considerar aspectos sustantivos relativos a la patria potestad, custodia, etc. Los Miembros de la OEA deben considerar crear una jurisdicción especial, provista con la especialización necesaria para abordar este tema.

- 1.4. *La Participación de la sociedad civil organizada* es esencial para la prevención y remedio adecuado de este problema.
- 1.5. *Rehabilitación de las víctimas.* El retorno del niño a su ambiente y posterior rehabilitación será responsabilidad de equipos multidisciplinarios.
- 1.6. *Información y concientización. Diseño de planes nacionales.* La Reunión recomendó la implementación de planes nacionales de información y concientización dirigidos a los jueces.
- 1.7. *Fortalecimiento de los sistemas nacionales para la ejecución de las Convenciones.* Se recomienda asistencia de las organizaciones relacionadas para este propósito.
- 1.8. *Cooperación Técnica entre los Estados parte de las Convenciones Internacionales relevantes.* La cooperación técnica entre los Estados tomará como referencia La Convención de La Haya y el Instituto Interamericano del Niño como representantes del sistema Interamericano. La cooperación entre ambos institutos permitirá la optimización en la asignación de recursos, para lograr una mejor operación práctica de ambos instrumentos.

La cooperación técnica será mejorada mediante el intercambio de información y la aplicación de experiencias exitosas, incluyendo el uso de instrumentos tales como la "Guía de buenas prácticas" de La Haya.

- 1.9. *Medidas específicas de localización en casos particulares, por medio de, entre otros, sistemas de policía, alertas migratorias, y divulgación por medios de comunicación de masas.* Estos aspectos deberían estar contemplados en las legislaciones nacionales que regulen la aplicación de las Convenciones internacionales. Se propone entrenamiento para los funcionarios encargados de seguridad fronteriza (incluyendo personal de migración), como medidas para prevenir la remoción ilícita de menores.
 - 1.10. *Recomendaciones a Estados Miembros para lograr la concienciación de sus nacionales sobre la trasgresión del Derecho nacional e internacional involucrado en la sustracción internacional de menores por uno de los padres.* En cumplimiento con el artículo 27 de la Convención Interamericana sobre el Retorno Internacional de Menores, el Instituto Interamericano del Niño será responsable de este objetivo.
 - 1.11. *Incrementar la concienciación y proveer la información relevante a los medios de comunicación de masas.* Para evitar el impacto negativo de algunas intervenciones en los medios de comunicación de masas donde los niños o los padres están expuestos al ridículo público. Se recomienda que los medios de comunicación sean requeridos para mantener a la comunidad informada de las consecuencias de la sustracción internacional de niños por parte de uno de sus padres.
2. Intercambio de información y promoción de las Convenciones en los Estados Miembros de la OEA. El Instituto Interamericano del Niño invitará a:
- Todos los Estados Miembros de la OEA que hayan ratificado o accedido a la Convención de La Haya de 1980, a ratificar o acceder también a la Convención Interamericana de 1989;
 - Todos los Estados Miembros de la OEA que no hayan ratificado o accedido a la Convención de La Haya de 1980, para que así lo hagan;
 - Todos los Estados miembros de la OEA que no haya ratificado o accedido a ninguno de los dos instrumentos internacionales, para que así lo hagan; y
 - Todos los Estados Miembros de la OEA para ejecutar efectivamente las Convenciones antes mencionadas, por medio de prácticas comunes e interpretación, y para considerar la rapidez de los procedimientos como una prioridad.

Para lograr éste último propósito, se recomienda a los Estados Miembro de la OEA que adopten una ley modelo que regule cuestiones prácticas de procedimiento relacionadas con los mecanismos de retorno, independientemente de cualquier otro marco legislativo nacional, bilateral, regional o universal.

- 1.1. La colección de información relevante y sistema de intercambio entre los Estados Miembros de la OEA.
- 1.2. La promoción de acuerdos bilaterales entre los Estados Miembros de la OEA para regular los aspectos prácticos y operativos de las Convenciones universales y regionales en vigor en esos Estados con el fin de evitar solapamientos legislativos.
- 1.3. El análisis del interés en adoptar un Protocolo Opcional para la Convención Interamericana sobre el Retorno Internacional de Menores, relativo al derecho de visita, que son requeridos a menudo y legalmente, para el diseño del cual los estudios desarrollados dentro del marco de la Conferencia de La Haya podrían ser tomados en consideración.
- 1.4. El programa de entrenamiento y asesoría dirigido a todos aquellos individuos (jueces, profesionales, técnicos, equipos de migración, policía, personal administrativo, etc.) involucrado en las varias etapas relacionadas con la sustracción internacional de menores.

- 1.5. Los mecanismos para el retorno voluntario de menores ilegalmente retenidos o removidos. La mediación.
3. La creación de mecanismos Interamericanos que se refieran a los aspectos de la sustracción internacional de menores.
 - 3.1 Programa periódico de seguimiento
 - 3.2 El Instituto Interamericano del Niño preparará un Planes Anuales de Trabajo para el desarrollo de los varios componentes de este Programa.

Observaciones finales:

- Hubo un amplio acuerdo sobre el hecho de que coinciden los intereses del Instituto Interamericano del Niño y aquellos de la Conferencia de La Haya sobre sustracción de menores.
- El Instituto Interamericano del Niño está a cargo de coordinar los esfuerzos de los Estados Miembros con respecto a la cooperación entre ambos organismos de una manera práctica.
- El Instituto Interamericano del Niño conviene en poner en práctica en los Estados Miembros de la OEA la Guía para las Buenas Prácticas de La Haya.

La Base de Datos sobre Sustracción de Menores (INCADAT, por sus siglas en inglés)

La Base de Datos sobre Sustracción de Menores (INCADAT, por sus siglas en inglés) (<<http://www.incadat.com>>) ha sido establecida por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya con el objeto de hacer accesibles muchas de las principales decisiones dictadas por las cortes nacionales con respecto a la Convención de 1980 sobre sustracción de menores. INCADAT es usada por jueces, Autoridades Centrales, operadores jurídicos, investigadores y otras personas interesadas en esta rama del derecho que tan rápidamente se desarrolla. INCADAT ya ha contribuido a la promoción del entendimiento mutuo y a la buena práctica entre los 73 Estados Miembros, elementos esenciales en la operación efectiva de la Convención de 1980.

Con la esperanza de simplificar y pulir la INCADAT, y consecuentemente hacerla de uso “más amigable”, hemos modificado sustancialmente las páginas web de INCADAT. Estas modificaciones incluyen, entre otras cosas, simplificar las páginas de introducción y reestructurar las funciones de búsqueda. Agradeceríamos retroalimentación sobre los cambios y cualquier otra sugerencia que quisieran ofrecernos para continuar desarrollando el sitio.

INCADAT ahora contiene más de 500 sumarios, en inglés y francés, de casos relevantes de los Estados Contratantes. Los Corresponsales de INCADAT han sido diligentes para asegurarse de que la base de datos contiene precedentes casuísticos representativos de los Estados Partes de la Convención de 1980.

Adiciones recientes a la INCADAT incluyen:

Silverman v. Silverman, 312 F.3er 914 (8vo Cir. 2002) [cita INCADAT: HC/E/USf 483]; *Silverman v. Silverman*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313 [cita INCADAT: HC/E/USf 481]

Decisiones de primera instancia y apelación de los Estados Unidos considerando el punto relativo a la residencia habitual a la luz de una relocalización fallida, así como también el punto relativo al grave riesgo de daño en el contexto de la situación actual en Israel.

Tsarbopoulos v Tsarbopoulos, 176 F. Supp. 2do 1045 (E.D. Was. 2001) [cita INCADAT: HC/E/USf 482]

Decisión de primera instancia de los Estados Unidos en la que un residente habitual de Minnesota fue retenido a pesar de una relocalización en Grecia que duró 27 meses.

Re S (Un Menor) (Sustracción: Grave Riesgo de Daño) [2002] 3 FCR 43, [2002] EWCA Civ 908 [cita INCADAT: HC/E/UKe 469]

Una decisión de la Corte Inglesa de Apelaciones en la que se dictó una orden para el retorno de un menor a Israel, a pesar de varios argumentos en el sentido de que la situación en ese país era tal que el menor enfrentaría un grave riesgo de daño).

W y B v H (Sustracción de Menores: Subrogación) [2002] 1 FLR 1008 [cita INCADAT: HC/E/UKe 470]

Una decisión inglesa de primera instancia que considera si unos gemelos recién nacidos podrían ser ilícitamente retenidos por una madre subrogada cuando de hecho ellos nunca habían vivido en el Estado hogar de quienes intentaban ser sus padres.

Danaipour v. McLarey, 286 F.3er 1 (1er Cir.2002) [cita INCADAT: HC/E/USf 459]

Una decisión de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Primer Circuito en la que se decidió que se tenía que tener un especial cuidado antes de retornar a un menor en cuyo caso existían pruebas creíbles de que el menor en cuestión había sufrido abuso sexual. Posteriormente fue señalado que una corte debería estar particularmente preocupada acerca del uso de compromisos que potencialmente no podrían ser ejecutados para tratar de proteger al niño en tales situaciones.

Janine Claire Genish-Grant y Director-General del Departamento de Servicios a la Comunidad [2002] FamCA 346 [cita INCADAT: HC/E/AU 458]

Una decisión del Pleno de la Corte de Familia de Australia en los que la mayoría se rehusó a dictar una orden de retorno a Israel a la luz de la situación de seguridad en ese país.

Gumbrell v. Jones [2001] NZFLR 593 [cita INCADAT: HC/E/NZ 446]

Una decisión de la Corte de Familia de Papakura (Nueva Zelanda) que muestra como la Convención de La Haya puede ser exitosamente usada para manejar solicitudes de acceso.

Cómo nuevos Estados se unen a la Convención de 1980

Lo siguiente es tomada de la Guía de buenas prácticas, recientemente aprobada por la Comisión Especial septiembre / octubre 2002 relativa a la Convención de 1980. Ambos capítulos de la Guía, las Prácticas de la Autoridad Central y las Medidas de Implementación, están disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya.

De los setenta y tres Estados parte de la Convención, veintidós han accedido a la Convención en los pasados tres años. De acuerdo a los términos de la Convención de 1980, la ratificación está reservada para Estados que fueron miembros de la Conferencia de La Haya durante la Sesión en la que la Convención fue adoptada (artículo 37). Otros Estados que deseen convertirse en Parte de la Convención de 1980 pueden adherirse (artículo 38(1)). La adhesión es el proceso por medio del cual un Estado que no era un Estado Miembro de la Conferencia de La Haya en la fecha en que la Convención fue adoptada (25 de octubre de 1980) puede no obstante convertirse en Parte de pleno derecho de la Convención y quedar obligado en sus términos. Sin embargo, la adhesión solamente tendrá efectos entre el Estados que se adhiere y los Estados Contratantes que han declarado formalmente su aceptación de la adhesión.³⁷

Un número de Estados Contratantes ha desarrollado recientemente procedimientos de evaluación para determinar la posibilidad de un nuevo Estado accedente para implementar las obligaciones de la Convención antes de aceptar una adhesión.³⁸ Como resultado, es útil para los Estados adherentes proporcionar información relacionada con sus procedimientos nacionales internos para facilitar la aceptación de su adhesión por parte de otros Estados Contratantes.

Para mayor información, esta se encuentra disponible en <<http://www.hcch.net/e/conventions/menu28e.html>> (panorama general mostrando las aceptaciones de adhesiones (*.xls)).

Comprensión de la terminología de la Convención de La Haya de 1980

- Cualquier Estado puede convertirse en un *Estado Parte / Estado Contratante* de la Convención.
- Un Estado que era Miembro de la Conferencia de La Haya el 25 de octubre de 1980 puede *firmar y ratificar* la Convención (artículo 37).
- Un Estado que no era Miembro de la Conferencia de La Haya el 25 de octubre de 1980 puede *adherirse* a la Convención (artículo 38(1)).
- Un Estado que ya es Parte de la Convención (por ratificación o adhesión) debe *aceptar expresamente* que cualquier adhesión subsiguiente de la Convención tenga efecto entre ese Estado y un nuevo Estado adherente (artículo 38(4)).
- Un nuevo Estado adherente no tiene poder para aceptar la adhesión de Estados que se hayan adherido previamente.³⁹



El día 9 de enero de 2003, el Embajador de India, W.E Señora Shyamala Balasubramanian Cowsik, firma el *Convenio de 1993 relativo a la protección de los niños y a la cooperación en materia de adopción internacional*.

El Convenio de 1993 cuenta con 51 Estados partes y ha estado firmado por 11 Estados.

- Un Estado debe depositar su instrumento de ratificación o adhesión en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Holanda (el *depositario*) (artículo 38).
- Todos los Estados Contratantes tienen las mismas obligaciones conforme a la Convención.

Facilitando la aceptación de adhesiones

- Cuando un Estado adherente ha sometido su instrumento de adhesión, otros Estados Contratantes decidirán si aceptan o no la nueva adhesión (artículo 38(4)).
- Para facilitar la aceptación de la adhesión, los Estados son invitados a responder un cuestionario estándar para los nuevos Estados adherentes y enviar sus respuestas directamente a la Oficina Permanente y a cualquier otro Estado Contratante que lo solicite. El cuestionario está disponible en el sitio Web de la Conferencia de La Haya en <<http://www.hcch.net/e/conventions/menu28e.html>>.

- Los Estados Contratantes existentes, o en los casos apropiados sus Autoridades Centrales, algunas veces transmiten el cuestionario directamente a los nuevos Estados adherentes. Cuando esto ocurre resulta de ayuda si la solicitud es acompañada, como parte del intercambio, por información relacionada con la operación de la Convención en el Estado solicitante.
- Los Estados Contratantes pueden valerse de las respuestas a los cuestionarios por los Estados adherentes para decidir si aceptan o no una nueva adhesión.
- La Convención entrará en vigor entre el Estado adherente y cualquier Estado que haya declarado su aceptación a la adhesión aproximadamente tres meses después del depósito de la declaración de aceptación (artículo 38(5)).

Estado de la Convención de 1980

Actualmente hay 73 Estados Contratantes de la Convención de 1980 Sobre sustracción de menores, incluyendo 31 ratificaciones y 42 adhesiones. Las adhesiones más recientes son las de Lituania (e.e.v.40 el 1 de septiembre de 2002) y Tailandia (e.e.v. el 1 de noviembre de 2002)

La Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección de niños y cooperación en materia de adopción internacional

La Oficina Permanente continúa proporcionando apoyo y asesoramiento a los países con el propósito de promover una exitosa aplicación de la Convención. Con la esperanza que se pueda adoptar un enfoque más formalizado, se ha diseñado un programa para proveer información, asesoramiento y entrenamiento para apoyar la implementación efectiva de la Convención en los Estados Contratantes, y en particular para proveer apoyo en aquellos Estados Contratantes que tengan menos recursos disponibles para este propósito. El programa responderá a la necesidad de proveer una asistencia técnica más estructurada particularmente a los Estados de origen. La implementación del programa, sin embargo, queda sujeta a la obtención de suficientes fondos voluntarios.

De conformidad con las recomendaciones de la Comisión Especial 2000 para revisar la operación de la Convención de 1992, se desarrollan trabajos actualmente para desarrollar y dirigir un borrador de forma estadística y una carta modelo que subraye la división de responsabilidades conforme a la Convención. Una vez finalizados los documentos serán transmitidos a todas las Autoridades Centrales y puestos en el sitio web de la Conferencia de La Haya.

La Base de Datos Estadísticos sobre Adopción Internacional (ICASTAT, por sus siglas en inglés), así como la Base de Datos Estadísticos sobre Sustracción Internacional de Menores (INCASTAT, por sus siglas en inglés), están en las etapas preliminares de desarrollo. Las bases de datos electrónicas, accesibles a través del sitio web de la Conferencia de La Haya, proveerá acceso a las estadísticas anuales de los Estados Partes recolectadas por la Oficina Permanente con respecto a las Convenciones de 1993 y 1980. El establecimiento de las bases de datos tiene los siguientes objetivos: hacer que la información estadística provista por los Estados Contratantes este fácilmente disponible para todos los Estados, así como a los investigadores y otras personas interesadas, hacer posible la identificación de tendencias en casos que surjan conforme a la Convención relativas, por ejemplo, al número de casos que hayan sido manejados conforme a la Convención y a sus resultados en los diferentes Estados Contratantes. También permitirá que las estadísticas anuales provistas por los Estados Partes estén rápidamente disponibles y en una forma que permita el seguimiento de las tendencias generales. Se espera que ICASTAT e INCASTAT puedan ser accesibles por Internet a mediados de año.

La Adopción internacional. Un comentario sobre el número de niños “adoptables” y el número de personas que buscan adoptar internacionalmente

Nigel Cantwell, Ejecutivo Sénior de Proyecto, Centro de Investigación Innocenti de UNICEF

El término “adoptable” se refiere a un niño que es “oficialmente reconocido que tiene una condición jurídica que permite que se le considere para adopción, y que se estima que requiere y es potencialmente susceptible del beneficio de tal medida.” Estos son los únicos criterios objetivamente validos para la determinación de la “adoptabilidad”.

“Los niños marginados 2002”⁴¹ pone en casi 108 millones (en los 88 países de África, Asia y América Latina que fueron considerados) el número de niños menores de 15 años que han perdido uno o ambos padres. Sin embargo, de estos, más del 90 por ciento todavía tienen un padre. En relación al 9.5 millones de “huérfanos dobles”, el mismo informe (p.9) señala que, actualmente, “[L]a familia ampliada se hace cargo de la inmensa mayoría de los huérfanos que pierden a ambos padres”. Naturalmente, no es posible determinar cuantos de la consecuentemente pequeña minoría de huérfanos dobles podría ser potencialmente identificada y reconocida como “adoptable”. La adopción y cuidados paternos* formalizados, adicionalmente, son poco usuales en la mayoría de los países contemplados. Las estrategias y principios para la elaboración para los programas establecidos en este informe, naturalmente gravitan únicamente alrededor de habilitar a sus familias y comunidades para enfrentarlo en todos los niveles. En ningún lugar se contempla el desplazamiento transfronterizo de los niños.

El informe MONEE “Una década de transición”⁴² (que cubre Europa Central y Oriental, la CIS (sic)* y los Bálticos) hace notar que más de 1.5 millones de niños (N.B. (sic)* hasta de 18 años de edad) estuvieron bajo cuidados “fuera de casa” en 1999, de quienes unos 900,000 estuvieron en instalaciones residenciales y no, quiero subrayar, en orfanatos. Las situaciones particulares de cada país en la región varían considerablemente, y generalmente falta información adecuadamente disgregada. Esto significa que raramente sabemos, entre otras cosas, cuantos de esos niños son temporalmente puestos y cuantos no pueden aún haber sido identificados como potencialmente “adoptables” (incluyendo huérfanos dobles, casos en los derechos de paternidad han sido definitivamente renunciados, etc.). Sabemos, sin embargo, que los huérfanos dobles usualmente constituyen una pequeña minoría, raramente más del 10 por ciento y usualmente muy sustancialmente menos.

Es importante no confundir el concepto de “niños adoptables” con el de “niños que actualmente están en cuidados fuera de casa”. La situación en Rumania, tan sólo como un ejemplo, demuestra claramente que es totalmente erróneo tratar de equiparar a los “niños en instituciones” con los “niños adoptables”. Para citar un reciente discurso del representante de ese país en la UNICEF: “Hay pruebas claras de que todo el proceso de institucionalización está afectando a muchos más niños de lo que alguna vez se pensó. El sistema es enormemente volátil. La proporción de niños institucionalizados fue de casi el dos por ciento de todos los niños en 1997. El número real de niños afectados es mucho más alto, porque muchos niños están en una institución por periodos cortos (p. ej., enfermedades de la madre, el período invernal, el período de la cosecha, etc.). Cerca del 7% de TODOS los niños estuvieron durante algún tiempo en un Hogar infantil, para niños, Camin Spintal, o Escuela Especial. . . . Siempre se piensa que la mayoría de los niños entran al sistema porque son abandonados en los Hospitales de Maternidad [pero] el gran desafío se presenta para el grupo comprendido entre los doce años y los que son mayores de esa edad. Cada año el mayor influjo se incrementa en el grupo de mayor edad.” En otras palabras, la gran mayoría de los niños individuales en las instituciones en Rumania están ahí durante un corto período y la mayoría son mayores de 12 años.

Los niños que generalmente son reconocidos como “difíciles de colocar” en adopción incluyen precisamente a aquellos que son “mayores” (un término usado para describir a aquellos por encima de una variedad de edades, en algunos casos tan baja como 1 año, pero mas usualmente como de 4, 5 o 6), así como aquellos con discapacidades, aquellos con HIV/SIDA o diagnosticados con otra serie

de condiciones médicas, aquellos en grupos de hermanos y, algunas veces, aquellos de ciertos orígenes étnicos o raciales. Por ejemplo, la Agencia Británica para Adopción y Cuidados Paternales (BAAF, por sus siglas en inglés) recientemente lamentaba el hecho de que no se recibía una sola pregunta relacionada con una cuarta parte de los niños que conforme a su registro aparecían como adoptables en Bretaña, todos ellos “difíciles de colocar” por una o más de las consideraciones antes mencionadas. Claramente, es en relación a estos niños que hay muy pocos padres adoptivos potenciales. Esto parecería agregar otra dimensión al término “adoptable”.

Hay varias indicaciones de que, por otra parte, el número de personas que buscan adoptar un niño sobrepasa considerablemente el número de aquellos menores que han sido previamente identificados como que requieren adopción y que corresponden a la perspectiva de los deseos de los padres adoptivos. Las estadísticas de la Autoridad Central italiana muestra que, de 1994 a 1999, el número de adopciones domésticas otorgadas corresponde a sólo 10.2 por ciento de las solicitudes, mientras que la cifra correspondiente para adopciones internacionales da un promedio 34.1 por ciento para ese período. La Misión (gubernamental) Francesa de *l'Adoption Internationale*, contundentemente hace notar que, en conversaciones recientes, “el Centro de Adopción del Ministerio de Educación en Kiev estableció las crecientes dificultades que tiene en cumplir solicitudes, de familias ucranianas y extranjeras por igual, para adoptar niños jóvenes y saludables”. Información de Guatemala demuestra que tan sólo un 12 por ciento de las adopciones internacionales se realizan a través de instituciones; el otro 88 por ciento afectado se refiere a niños directamente dados por los padres. A principios de los noventa, los niños adoptados en el extranjero directamente de sus familias en Albania y Rumania vino a exceder sustancialmente a aquellos de instituciones – y ambos países consideraron necesario poner una moratoria en adopciones internacionales toda vez que lo último sucedió en muchos casos, lamentablemente, simplemente “creando huérfanos”.

Debe adicionalmente ser notado que en muchos países, establecer una edad mínima – explícita o implícita – en la cual los niños puedan ser adoptados - en particular internacionalmente – en un intento de detener varios actos ilícitos y para asegurar que los padres que den a sus niños puedan reconsiderar su consentimiento y continuar con el cuidado del menor. En donde ésta existe, esta edad puede ser tan alta como de 7 años (de ahora en adelante para adopciones internacionales de Ucrania, por ejemplo). En los países involucrados, los niños menores de la edad especificada no pueden por consiguiente ser considerados como adoptables.

A manera de conclusión, hay muy buenas bases para sostener que, en cuanto se refiere a niños pequeños en buena salud, las solicitudes para adopción parecerían exceder el número de niños adoptables, a pesar de que ello sería indudablemente imposible a estas alturas estimar una tasa precisa en este aspecto. Sin embargo, lo contrario parece ser cierto con respecto a los niños descritos como “difíciles de colocar”, para quienes la posibilidad de padres adoptivos adecuados parecería verdaderamente faltar.

Estado de la Convención de 1993

La Convención sobre adopción internacional de 1993 actualmente tiene 51 Estados Partes, incluyendo 38 por ratificación y 13 por adhesión. 11 países más han firmado, pero no ratificado la Convención. Los Estados que más recientemente se convirtieron en Partes son Luxemburgo (entrada en vigor el 11 de noviembre de 2002), Letonia (entrada en vigor el 1 de diciembre de 2002), Suiza (1 de enero de 2003) y Guatemala (entrada en vigor 1 de marzo de 2003). India firmó la Convención el 9 de enero de 2003.

Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre la competencia, la ley aplicable, la ejecución y la cooperación en relación a la responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños

El 29 de noviembre de 2002, el Consejo autorizó a los Estados Miembros de la Comunidad para firmar la Convención de La Haya de 1996 en interés de la Comunidad Europea. El Consejo y la Comisión Europea convinieron que la Comisión sometería, en el momento apropiado, y a más tardar dentro de seis meses, un mandato para la ratificación por parte de los Estados Miembros de la Comunidad Europea.

Legislación para implementar la Convención de 1996 ha sido introducida en Australia y legislación de implementación ha sido aprobada por el Parlamento Irlandés (Oireachtas). En Canadá también se están tomando medidas para prepara la legislación de implementación necesaria. Una ley de implementación uniforme para la Convención de 1996, así como una para la Convención de la Haya del 13 de enero de 2000 sobre la protección Internacional de los adultos, fue redactada y adoptada por la Conferencia de Derecho Uniforme de Canadá (ULCC, por sus siglas en inglés) en noviembre de 2001. Estas leyes servirán como modelo para las provincias o territorios canadienses que deseen implementar estas Convenciones. Véase <<http://www.ulcc.com>>.

Estado de la Convención de 1996

La Convención de 1996 sobre la Protección de los Menores tiene ahora 6 Estados Partes, la República Checa (entrada en vigor el 1 de enero de 2002), Marruecos (entrada en vigor el 1 de diciembre de 2002) y Eslovaquia (entrada en vigor el 1 de enero de 2002) que han ratificado la Convención; Estonia (entrada en vigor el 6 de agosto de 2002) y Ecuador se han adherido a la Convención. Adicionalmente 3 países (Letonia, Holanda y Polonia) has firmado, pero aún no han ratificado la Convención. La Convención de 1996 entró en vigor el 1 de enero de 2002.

Informes completos sobre el estado de las tres Convenciones orientadas a la protección internacional de niños están disponibles en el sitio web de la Conferencia de la Haya <<http://www.hcch.net>>.

IV. EL PROYECTO DE ALIMENTOS DE LA HAYA

Un nuevo instrumento global para el cobro internacional de pensiones de manutención a los niños y otras formas de obligaciones alimenticias entre parientes

La Conferencia de La Haya ha iniciado trabajos para la preparación de un nuevo instrumento global. El trabajo de la Conferencia está programado para extenderse a través de dos reuniones de la Comisión Especial Preparatoria (primavera 2003 y primavera 2004), cada una de aproximadamente dos semanas de duración, la cuales serán seguidas por una Conferencia Diplomática con ocasión de la Vigésima Sesión en la primavera de 2005.

El proyecto para establecer un nuevo instrumento sobre para el cobro internacional de pensiones de manutención tiene el beneficio potencial de beneficiar a cientos de miles de personas, niños y adultos, en muchos Estados alrededor del mundo, y contribuirá a la reducción de dependencia de la beneficencia

/seguro social.

La primera reunión de la Comisión Especial se celebrará en La Haya, entre los días 5-16 de mayo de 2003. Un elemento importante para establecer una sólida base para construir un nuevo instrumento consiste en asegurar la inclusión en el proceso de todos los Estados y Organizaciones No Gubernamentales relevantes. Adicionalmente a los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya, los Estados Partes de la *Convención de Nueva York del 20 de junio de 1956 sobre la cobro de alimentos en el extranjero*, así como a Organizaciones internacionales y Organizaciones no gubernamentales relevantes. Información adicional incluyendo los documentos antecedentes y respuestas de los Estados al cuestionario está disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en <http://www.hcch.net/e/workprog/maint.html>.

V. ALGUNAS PERSPECTIVAS INTERNACIONALES Y REGIONALES

La aplicación de la Convención de La Haya de 1980 en Sudáfrica

El Honorable Juez Eberhard Bertelsmann, Juez de la Alta Corte de Pretoria, Sudáfrica

Uno de los más importantes periódicos dominicales de Sudáfrica informó en su página principal del 15 de septiembre de 2002 que tan sólo durante ese mes 166 niños habían muerto de hambre en el Cabo Oriental. El informe subrayaba la existencia de una extendida malnutrición en un área que es el hogar de 1.7 millones de personas, de quienes cerca del 80% son desempleados. Miles de niños no tienen acceso a una dieta equilibrada y no reciben una comida completa cada día. Esta situación no está limitada al Cabo Oriental, o a la Trankei, o a Sudáfrica –es una hecho siempre presente de la vida del África del Sur – y las condiciones no están mejorando.

La devastación de la pandemia del SIDA, la sequía en Malawi, Zambia y Zimbabwe, inestabilidad política en la región, particularmente en Zimbabwe, pobreza y falta de recursos, todo contribuye a un perturbador alto número de niños que están expuestos a abuso, explotación, tráfico ilegal, secuestro y esclavitud sexual y pornográfica. A pesar de que no existen estadísticas precisas, miles de niños son conducidos anualmente a la prostitución. En 1999 sólo la policía de Sudáfrica trató con 38,000 menores dedicados a la prostitución, mientras que la Unidad de Protección de Menores de la Policía de Sudáfrica estimó en 2000 que había unos 28,000 menores dedicados a la prostitución en Sudáfrica. No hay disponibles cifras para la región de África del Sur.

Es de conocimiento común que las fronteras de Sudáfrica son porosas. Hambre y necesidad mueven a los niños a través de ellas. Muchos niños entran al país como inmigrantes ilegales, ya sea en compañía de sus padres naturales o de otra forma. Como tales, ellos están en una categoría de alto riesgo desde el principio – se convierten en abandonados, son arrestados y deportados. Uno simplemente no sabe cuantos niños son puestos en los camiones abiertos o en los trenes que llevan extranjeros ilegales a Mozambique o Zimbabwe. Cuantos de ellos son secuestrados, o entraron a Sudáfrica como víctimas de sustracción, nadie sabe. Muchos son dejados en la orfandad ya sea antes o después de su llegada a Sudáfrica y son dejados a sus propios recursos en las calles. Si alguien los encuentra al otro lado de la frontera una vez que son deportados, tampoco lo sabemos – todo lo que sabemos es que las autoridades sudafricanas, y en particular el Departamento de Asuntos Domésticos, no toman provisiones para ningún arreglo que asegure que los niños que están entre los deportados tengan alguien que los reciba y cuide de ellos una vez que llegan al otro lado de la cerca.

Solamente estoy informado anecdóticamente de una dama – una magistrada en Nelspruti, cerca de la frontera con Mozambique – que tiene que emitir órdenes de deportación como parte de sus deberes oficiales, que personalmente conduce a los niños en su propio automóvil a través de la frontera y trata de dejarlos al cuidado de un adulto responsable.

En la mayoría de los casos no hay institución, ni miembros de la familia, ni padres que pregunten. Y si los niños son desplazados a Sudáfrica por cualquier razón, (y nuestras circunstancias sociales presentes sugieren que debe haber muchos de esos casos), cualquier padre que pueda quejarse o sea afectado por el desplazamiento ilícito del niño encontraría virtualmente imposible rastrear a su hijo(a). Muchos de esos padres son analfabetos, pocos de ellos saben que hay pasos que pueden tomarse conforme a Derecho para rastrear y encontrar a un niño que ha sido secuestrado, nadie tiene los recursos para acercarse a la Autoridad Central, un abogado u otra agencia para invocar las disposiciones de la Convención de La Haya. Según mi mejor saber, el Consejo de Ayuda Legal nunca ha recibido todavía una solicitud de ayuda para solicitar el rastreo de un niño secuestrado. Yo estoy cierto de cualquier manera que el Consejo de Ayuda Legal difícilmente estaría en posibilidades de financiar tal litigio. Aún si un padre sudafricano pudiera determinar a donde ha sido secuestrado un menor, y aún si este padre estuviese informado de la posibilidad de invocar la Convención, queda la probabilidad de que la gran mayoría de los casos en los que los niños desaparecen sin dejar rastro nunca sean seguidos porque la inmensidad de los problemas socioeconómicos que enfrentan aquellos que son más afectados por los secuestros.

Cientos de hogares en Sudáfrica ya son encabezados por niños porque los padres y los miembros mayores de la familia ampliada han muerto como resultado del SIDA, tuberculosis, y otras enfermedades oportunistas relacionadas con el SIDA. Muchos de estos hogares no reciben ninguna clase de asistencia, y si la reciben, es prácticamente insuficiente para mantener juntos el cuerpo y el alma. Esto no es una crítica a las autoridades sudafricanas, y si lo es, es una crítica muda – simplemente no existen los recursos y las estructuras para manejar un problema que no ha sido experimentado en esta escala y magnitud por ninguna otra sociedad en la historia

En Sudáfrica, el número de solicitantes potenciales para asistencia en términos de la Convención ha aumentado recientemente. Desde el 15 de noviembre de 2000, entró en vigor la Ley de Reconocimiento de Matrimonios Consuetudinarios, Ley 120 de 1998. Esto significa que todos los matrimonios polígamos del país de conformidad con el Derecho consuetudinario negro están reconocidos como uniones legales. La mayoría de los niños que están en riesgo, y virtualmente todos los que han sido afectados por un antecedente de pobreza y privación vienen de esas comunidades.

No puede negarse que la Convención, como está, necesariamente tiende a servir a niños nacidos con recursos más que aquellos que pueden necesitarla cuando menos igual, pero que no tienen esperanza razonable de gozar de su protección. Es ciertamente la experiencia de nuestros tribunales, y, yo creo, de la Autoridad Central, que la Convención es por definición invocada primordialmente por padres que pueden pagar viajar por aire de y hacia Sudáfrica y que tienen acceso a asesoramiento legal y pueden pagar por representación jurídica.

Para tratar el problema yo sugeriría que como primer esfuerzo inicial se fortalezca a la Autoridad Central en Sudáfrica para implementar una extensiva campaña de información, dirigida particularmente a los sectores desposeídos de nuestra sociedad, para informar a la sociedad de la posibilidad de rastrear a los niños que han sido secuestrados a través de nuestras fronteras nacionales. Es poco probable que los fondos para un proyecto como ese pudieran venir desde Sudáfrica. Estoy cierto de que los buenos oficios del Departamento de Justicia, y en particular del Colegio de Entrenamiento de Justicia, así como el Consejo de Ayuda Legal y los medios de comunicación pudieran ser aproximados con la solicitud de asistir en lanzar una campaña extensiva de información y marketing. Los derechos solamente adquieren significado si aquellos en cuyo interés han sido creados esos derechos son concientes de ellos y están en posibilidad de tener acceso a los mismos. Una vez que existan las facilidades para alcanzar a los pobres de nuestra sociedad, estaremos en posibilidad de aplicar la Convención de una manera significativa a un mayor número de personas.

En los últimos dos o tres años Sudáfrica se ha vuelto mucho más conciente de las graves circunstancias conforme a las cuales muchos de nuestros niños existen, así como del creciente peligro que esto presenta para nuestras futuras generaciones. En estas fechas, una nueva iniciativa de ley que se refiere a la justicia juvenil se encuentra ante el Parlamento. Tiene como objetivo desviar fuera de nuestro sistema de justicia criminal la totalidad el creciente número de pequeños delincuentes juveniles, y tratar con ellos, en toda la medida en que esto sea posible, como casos de bienestar social. El énfasis estará en la rehabilitación, cuidado de asistencia social responsable y, si fuere necesario, custodia en

centros de detención juvenil no asociados con el sistema de prisiones. Uno espera que en la atmósfera más compasiva de tal sistema, esos niños que pueden llegar a estar involucrados en la aplicación de la Convención serán encontrados, cuidados y se les otorgará el derecho humano fundamental del respeto a su dignidad e integridad física y psicológica.

De manera similar, el limitado número de cortes familiares que han operado hasta ahora como proyectos piloto, debe pronto ser ampliado. Son parte y lugar de un esfuerzo para combinar conciencia social y estrategias de bienestar con la aplicación del Derecho, de una manera que toma conocimiento de las muy especiales necesidades de los niños y las mujeres que son atrapados en un conflicto social.

En razón del enorme aumento de crímenes en contra de mujeres y niños, la llamada de cortes especializadas y dedicadas para tratar delitos sexuales y de explotación de menores se ha hecho últimamente más alto, no solamente desde los rangos de abogados y agencias de bienestar social, si no por la sociedad civil en general, la cual se ha preocupado profundamente con los graves problemas que enfrentamos en este sentido. La sociedad civil no solamente ha clamado por una protección más efectiva de los miembros más vulnerables de la sociedad, si no que también ha dado más de un indicio de que está preparada para involucrarse en la protección de los niños y mujeres. Tenemos la esperanza de que estas energías serán canalizadas muy pronto en una acción positiva.

Pero es aún de preocupación que, para todos los fines y propósitos, la Convención todavía no encuentra aplicación en Sudáfrica. Aparte de Zimbabwe, ningún país Sur Africano ha ratificado o adoptado la Convención. En Zimbabwe no hay actualmente Autoridad Central funcionando, por lo menos ninguna que hayamos podido encontrar. El problema se complica por el hecho de que no solamente no hay Autoridad Central, sino que no hay organizaciones ni individuos que estén listos para manejar el destino de los niños abandonados.

Naturalmente, las Naciones Unidas supervisan sus programas relacionados con la emigración y con los refugiados, pero no hay una agencia especializada que se concentre en el destino de los niños.

Mis colegas en la Autoridad Central y en algunos de las oficinas regionales que apoyan a la familia han discutido este problema en numerosas ocasiones. Estamos preocupados por nuestra incapacidad de asistir a los más pobres de los pobres, y por alcanzar a aquellos grandes números de individuos abandonados que realmente necesitan nuestros servicios.

Quisiéramos involucrarnos en los esfuerzos para crear maneras y medios para asistir a los secuestrados a través de los buenos oficios de la Convención de La Haya. Apreciamos que esto puede requerir un cambio de enfoque de la Convención, desde el secuestro más tradicional que surge del conflicto matrimonial al secuestro que puede tener sus raíces en problemas socioeconómicos, en actividades criminales y en enfrentamientos políticos – tales como la prensa mostrando a los niños en armadas invasoras.

Somos concientes del hecho de que nos enfrentaremos un gran reto al intentar crear esas estructuras, pero creemos que la Convención tiene la flexibilidad necesaria y conjunta los principios legales necesarios para avocarnos a estos problemas.

Es obviamente innovador mirar a la solución potencial de problemas de secuestro en un contexto regional más que en uno nacional, y sugerir que las autoridades centrales deberían también crear la infraestructura necesaria en una sociedad para tratar con seres humanos abandonados. Sin embargo, creemos que el Procurador de la Familia, la Autoridad Central sudafricana, podría verse encargado de esta tarea no solamente como mentor, sino verdaderamente como el órgano a través del cual, además de ser una agencia base, se pudieran lanzar Autoridades Centrales en los países de la Comunidad de Desarrollo del África del Sur (SASC, por sus siglas en inglés).

Las estructuras necesarias, operando como Autoridades Centrales deben ser creadas en los países de la SASC tan pronto como sea posible. Una iniciativa Sur Africana de esta naturaleza encajaría muy bien con el compromiso de los países de la SADC para cooperar con los otros, con la reciente creación de la Unión Africana, el compromiso para la cooperación a nivel internacional contenido en el programa NEPAD (sic) de nuestro presidente y reconocería la obligación que depende de Sudáfrica como el principal país en esta región en proveer la asistencia que pueda a todas la personas que viven en esta parte del planeta.

Estamos seguros que Sudáfrica tiene la experiencia, el conocimiento y el entusiasmo para lanzar virtualmente inmediatamente autoridades centrales como agente de nuestros compañeros de los países Africanos. Lo que se requeriría para crear la infraestructura necesaria, transferir las experiencias y la creación de las facilidades necesarias sería naturalmente financiación, el apoyo de las estructuras de gobierno y en particular del Departamento de Relaciones Exteriores y el consentimiento de nuestros Estados vecinos. Estamos seguros de que podemos encontrar el potencial humano necesario para enseñar a nuestros colegas a través de las fronteras y que será prácticamente posible crear los canales de enlace requeridos. También sabemos que podemos siempre confiar en otros Estados de la Convención y en nuestros amigos en La Haya para proveernos con el apoyo, consejo y respaldo técnico.

Somos intensamente conscientes del hecho de que no podemos ser autoritarios, ni con respecto a las Autoridades de la Convención, ni con respecto a nuestros Estados vecinos. Obviamente, si un plan tal como el que estamos poniendo a discusión fuera a tener éxito, debe ser lanzado sobre la base de una cooperación conjunta que debe existir desde el comienzo. Las soluciones para las varias necesidades pueden ser diferentes de país a país - puede haber en existencia organizaciones no gubernamentales y otros servicios sociales que podrían complementar, asistir o integrarse en las estructuras de la Convención que nosotros contemplamos. La flexibilidad necesaria debe ser mantenida, pero nosotros creemos que no hay nada en la Convención que impida la cooperación regional bajo sus auspicios de un número de organizaciones y organizaciones no gubernamentales.

Para tener éxito, tendríamos que aumentar muy considerablemente el presupuesto de la Autoridad Central sudafricana. Es en este sentido que el apoyo de las organizaciones e individuos, así como de las organizaciones no gubernamentales, podría ayudarnos.

Esta propuesta puede en primera instancia sonar algo inhabitual y quizá excesivamente optimista. Sin embargo, estoy seguro de que con una poca aplicación y buena voluntad, estaremos en posibilidad de poner en su lugar las estructuras necesarias. Si eso es así, estaremos en posibilidad de alcanzar muchos más niños en áreas con necesidad donde nuestra asistencia es más necesitada.

Una acción como esta debería ser coordinada con los actuales esfuerzos nacionales en Sudáfrica para proteger a los niños en contra de la explotación y de la explotación sexual, de la pobreza y la miseria. Estoy cierto de que todos aquellos que están involucrados y preocupados acerca de la protección de nuestros niños darían la bienvenida a una mayor accesibilidad a la Convención. Una vez invocada, yo creo que las cortes de Sudáfrica tienen un orgulloso récord de haber aplicado la Convención en su



El profesor William Duncan, Secretario General Adjunto con profesores y estudiantes de la Universidad de Wuhan, después de haber hecho una presentación del Convenio de 1980 durante un viaje a China.

La Republica popular de China, estado miembro de la Conferencia de La Haya, firmo el *Convenio de 1993 relativo a la protección de los niños y a la cooperación en materia de adopción internacional*, en noviembre de 2000.

Las regiones administrativas especiales de Macao y Hong Kong son partes al *Convenio de 1980 sobre la sustracción de menores*. Se estudia la posibilidad de extender su aplicación al resto del territorio chino.

integridad.

Es claro que estos planes están todavía en una etapa embrionaria, pero, si la autoridad de la Convención pudiera ser agregada para atacar algunas de las más urgentes necesidades sociales en Sur África, un entero nuevo significado podría ser dado a la manera en la cual la Convención podría ser aplicada a los más necesitados miembros de nuestra sociedad global – y se podrá otorgar a los niños la clase de oportunidades y asistencia que tuvieron en mente los fundadores de la Convención.

Nota de la Oficina Permanente

La Oficina Permanente intenta dar seguimiento a algunas de las sugerencias hechas en el importante artículo del Juez Bertelsmann. Los problemas de protección regional de los niños identificados por el Juez pueden beneficiarse también de la implementación de la Convención de La Haya de 1996 sobre la protección de los niños, que establece las bases para una estructura de cooperación transfronteriza con respecto a aspectos de protección de niños de manera más general y no solamente para casos de sustracción.

Desarrollos Mundiales: La Asociación Internacional de Mujeres Jueces

La Honorable Shireen Fisher, Estados Unidos de América

La Asociación Internacional de Mujeres Jueces (IAWJ, por sus siglas en inglés) fue invitada a enviar una observadora a la Reunión de la Cuarta Comisión celebrada en La Haya en septiembre de 2002. Yo tuve el privilegio de servir como tal observador. La IAWJ tiene como miembros más de 4,000 jueces mujeres y hombres en cerca de 80 países. Entre las reuniones celebradas cada dos años, los miembros de la IAWJ se comunican a través de sus Consejeros y una red de enlaces en cada país miembro, y por un boletín que es publicado y distribuido dos veces al año. Nuestra última reunión fue en Dublín, Irlanda, en mayo de 2002 donde fuimos atendidos por los jueces de Dublín, incluyendo a la Honorable Juez Cathernine McGuiness (Suprema Corte de Irlanda) así como la Honorable Juez Mella Carroll, Presidente de la IAWJ, que planeó y presidió la conferencia. La reunión se enfocó en el papel de los jueces nacionales en la aplicación del Derecho internacional. No es necesario decir que el Derecho internacional sobre la sustracción de menores por parte de los padres fue discutido en varios contextos y se preparó una lista de jueces que asistió a la conferencia y que tenían algo de experiencia en sustracciones internacionales por parte de los padres.

Yo encontré fascinante la reunión de la Comisión Especial pero estuve sumamente interesada en las discusiones acerca de las comunicaciones judiciales y de la posibilidad de que la red de jueces establecida por la IAWJ, tanto en Estados contratantes como en Estados no contratantes, puede tener un papel que desempeñar. En mi informe a los miembros de la IAWJ sobre la Reunión de la Comisión Especial, que apareció en el boletín en diciembre, yo invite a aquellos interesados en los aspectos de la sustracción internacional por parte de los padres para que se suscriban al Boletín de los Jueces y que estén informados de los servicios de INCADAT. Estoy dando seguimiento a esto con una carta personal a cada uno de los enlaces de la IAWJ en cada país miembro.

Como resultado directo del interés generado por la Reunión de septiembre de la Comisión Especial, el Consejero de la IAWJ por los Estados Unidos, la Juez Leslie Alden de Virginia, presentó una propuesta a los miembros estadounidenses de la organización, la Asociación Nacional de Jueces Mujeres (NAWJ, por sus siglas en inglés), que creo una red dentro de los Estados Unidos de jueces miembros con conocimiento e interés en la Convención de 1980. Una resolución que provee para la formación de un comité que la Juez Alden va a presidir fue aprobada en la Reunión Anual de la NAWJ de octubre de 2002. El comité explorará vías en que la NAWJ puede ayudar a distribuir el Boletín de los Jueces, promover el uso de la INCADAT e identificar a los jueces interesados en educar y ser educados en la Convención. En un futuro, ellos pueden tomar los espinosos aspectos de los protocolos para comunicación directa en casos específicos.

En la medida en que continúa el debate sobre la necesidad de “jueces de enlace” oficialmente designados y en la medida en que la comunicación sobre casos específicos es práctica o deseable, parece que no hay discusión de que mucho puede ser ganado por los jueces alrededor del mundo compartiendo aspectos sobre puntos no relacionados a casos específicos, así como información acerca de los tópicos de preocupación general. La IAWJ fue fundada sobre la fuerte convicción de la necesidad para comunicación judicial internacional y se espera que la disponibilidad de esta red informal pueda ser de ayuda para facilitar la comunicación acerca de los problemas de decidir casos de sustracción internacional de menores.

VI. SEMINARIOS NO JUDICIALES Y CONFERENCIAS RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

Sociedad Internacional de Derecho de Familia – 11º Congreso Mundial de vida familiar y derechos humanos, 2-7 de agosto de 2002, Copenhague, Dinamarca y Oslo, Noruega

Dra. Andrea Schulz, Primer Secretario, Conferencia de La Haya

Del 2 al 7 de agosto de 2002, la 11ª Conferencia Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia se celebró en Escandinavia. Los organizadores habían creado un ambiente único: La primera parte fue celebrada en Copenhague (Dinamarca) y luego la conferencia entera tomó un trasbordador a Oslo (Noruega) donde continuó la reunión. Los participantes de todo el mundo – desde Argentina hasta Zimbabue, con grupos mayores, en particular de Japón, Corea, Sudáfrica y los Estados Unidos de América – reunidos para discutir “La vida familiar y los derechos humanos” (principalmente académicos juristas, pero también abogados practicantes, jueces, funcionarios gubernamentales, representantes de instituciones internacionales, así como representantes de las profesiones sociales).

La Conferencia fue abierta con una impresionante y provocativa ponencia dada por el Canciller Sueco de Justicia, Göran Lambertz, quien jugando con el título de la Conferencia habló acerca de “Los Derecho de la Familia y una vida humana” e ilustró esto con un dramático caso de una joven mujer turca en Suecia que había sido asesinada por su propio padre porque ella había decidido pasar su vida con su novio sueco. A continuación, las reuniones plenarias, introducidas por un orador destacado, y talleres con títulos como con tan amplio espectro como “Intervención del Estado”, “Niños”, “Biotecnología”, “Igualdad”, “Cohabitación”, “General”, “Violencia Doméstica”, compitieron entre ellos. Todos aquellos que no tuvieron la oportunidad de participar (y aquellos que lo hicieron pero carecieron de la personalidad múltiple necesaria para asistir a todas las presentaciones simultáneas) pueden ser referidos a la ponencias publicadas en el sitio web de la Conferencia en <http://www.jus.uio.no/ifp/isfl/final_paper.html>, así como a la próxima publicación de los resultados de la Conferencia. La siguiente Conferencia Mundial será celebrada en Salt Lake City, Utha (EUA) en el 2005.

La 51ª Conferencia anual de formación y exposición de la Asociación Nacional de cobro de pensiones de manutención a los niños, 4-8 agosto 2002, Nueva Orleans, Luisiana, EUA

Philippe Lortie, Primer Secretario, Conferencia de La Haya

Los días 4-8 de agosto de 2002, la Asociación Nacional de cobro de pensiones de manutención a los niños (NCSEA, por sus siglas en inglés) celebró su 51ª Conferencia Anual de formación y exposición en Nueva Orleans, Luisiana. Fue la primera vez que la Conferencia de La Haya estuvo representada en este importante evento anual para los profesionales en pensiones alimenticias de los EUA y de todo el mundo. Cada año esta Conferencia atrae más de 1,500 delegados. Philippe Lortie, Primer Secretario en la Conferencia de La Haya, dio el discurso destacado en la ceremonia de apertura e hizo una presentación sobre la reciprocidad internacional y el futuro de la Convención de La Haya sobre el cobro internacional de pensiones de manutención a los niños y otras formas de obligaciones alimenticias entre parientes. La mesa establecida para las discusiones, William Duncan, Secretario General Adjunto, condujo una mesa redonda sobre el futuro de la Convención de La Haya con delegados de Australia, Canadá, Alemania, Noruega y el Reino Unido.

Además de proporcionar una formación valiosa, la conferencia es una importante oportunidad de contactos para los profesionales en pensiones para niños de todos los Estados Unidos y de todo el mundo. Es una organización única entre cuyos miembros estadounidenses e internacionales se incluyen jueces, maestros de corte, funcionarios de audiencias, personal de pensiones para niños de línea/administración/ejecutivo, agencias gubernamentales de pensiones para niños, abogados privados y de gobierno, trabajadores social, abogados, servicios de apoyo a niños y firmas de cobro privadas. Con la lista más grande de expertos de la industria y el más grande alcance geográfico. La NCSEA es un recurso ampliamente reconocido para información en cada aspecto de las pensiones a niños. Delegados de Japón y México asistieron a la Conferencia además de los de Australia, Canadá, Alemania, Noruega y el Reino Unido.

La reunión anual de la Asociación Americana de Abogados, 10 de agosto de 2002, Washington, D.C., EUA

El 10 de agosto de 2002 la Reunión Anual de la Asociación Americana de Abogados (ABA, por sus siglas en inglés) reunió cinco mesas redondas de discusiones en Washington, DC, en el contexto del programa de la ABA sobre Derecho internacional de la familiar. El Taller sobre Derecho internacional de la familia "Mares turbulentos – Cómo navegar en los conflictos internacionales de Derecho de familia" fue presentado por el Comité de Derecho Internacional y copatrocinado por la Sección de Derecho de familia. La mesa redonda de discusiones se refirió a la sustracción internacional de niños, el cobro de pensiones alimenticias a través de las fronteras, adopción internacional, aspectos internacionales relacionados con los adultos discapacitados y Organizaciones Internacionales y ejecución de sentencias en los Estados Unidos y en el extranjero. Más de 20 expertos en este campo facilitaron las discusiones de los participantes incluyendo Adair Dyer (Comité de Derecho internacional de familia), Gary Caswell (Comité Internacional de la Asociación Nacional para la Ejecución de Pensiones para niños), Mary Helen Carlson (Departamento de Estado de los Estados Unidos, Oficina del Consejero Jurídico, Derecho Internacional Privado), Stephen Grant (Departamento de Salud y Servicios Humanos, Oficina de Ejecución de Pensiones para Menores), Peter Pfund, Jessica Rosenbaum y Steve Vann (Departamento de Estado de los Estados Unidos, Oficina de Asuntos de Menores), Sandra Nye y Gloria DeHart (prácticos privados). El programa fue copresidido por Janet Atkinson y Anna Mary Coburn.

Aun cuando hubo un gran apoyo para los objetivos generales de la Convención de La Haya sobre

protección de niños, su amplio ámbito provocó preguntas sobre como podría ser implementada en los Estados Unidos. Hubo un acuerdo general de que el Comité de Derecho Internacional de la ABA proporcionaría un valioso servicio al preparar un borrador de legislación de implementación y se formó un comité para ese efecto.

Conferencia de la Casa Blanca sobre niños perdidos, explotados y escapados

2 de octubre de 2002, Washington, D.C., EUA

El 2 de octubre de 2002 la Oficina de la Casa Blanca de los Estados Unidos de América inició sus trabajos sobre niños perdidos, explotados y escapados. Siguiendo el discurso notable del Presidente George W. Bush y Laura Bush, la conferencia se enfocó en un amplio número de temas, incluyendo entre otras cosas, la sustracción internacional de menores; menores perdidos y explotados; jóvenes escapados y desamparados; y tráfico de menores. El Sr. Ernie Allen, Presidente y Director General Ejecutivo del Centro Nacional para menores perdidos y explotados habló acerca del problema de las sustracciones dentro de los Estados Unidos; el Honorable James D. Garbolino, Juez Presidente, Corte Superior de California, discutió la aplicación de la Convención de La Haya de 1980 en las cortes de los Estados Unidos. El Honorable Colin Powell, Secretario de Estado, concluyó los trabajos haciendo notar que los mecanismos civiles establecidos por la Convención de 1980 ayudaron a construir puentes entre diferentes culturas jurídicas con respecto a la sustracción internacional de menores.



El juez Patrick Mahony (Nueva Zelanda), miembro del Comité Internacional de Consejeros Jurídicos. Cuando una petición de retorno esta depositada en conformidad con el Convenio de La Haya, el juez Mahony, juez principal del Tribunal de Asuntos Familiares, asigna inmediatamente el caso a un juez que será responsable de su gestión completa.

Reunión Bianual de la Asociación Internacional de Abogados, 20-25 de octubre de 2002, Durban, Sudáfrica

Más de 4,000 abogados, jueces, funcionarios gubernamentales y profesionales asistieron a la reciente Reunión Bianual de la Asociación Internacional de abogados (IBA, por sus siglas en inglés) en Durban, Sudáfrica (20-25 de octubre). La Conferencia de Durban ofreció más de 120 sesiones de trabajo para los participantes.

La sesión que se refirió a la Convención de La Haya de 1980 fue organizada y presidida por Margaret Bennett (Presidente del Grupo de Trabajo sobre sustracción de menores). Los oradores incluyeron a Barbara Hechter (Departamento de Justicia y Desarrollo Constitucional de Sudáfrica), al juez E. Bertelsmann (Alta Corte de Pretoria, Sudáfrica), al juez Biran Spilg SC (sic) (Sudáfrica) y Marion Ely

(Conferencia de La Haya).

“El niño no acompañado”, presidido por Veronique Chauveau (Veronique Chauveau Avocats) trató la migración de menores y las protecciones que debería otorgárseles a ellos. La Convención de La Haya de 1996 fue traída a colación en el contexto de menores escapados, los menores refugiados y los menores desplazados internacionalmente. Los oradores incluyeron a Barbara Hechter (Sudáfrica) y Alexander Boiche (Francia).

La Presentación in memoriam de Donald H. Rivkin: La importancia del derecho internacional en el mundo de hoy, fue presentada en memoria de Donald H. Rivkin (1924-2001), un amigo por largo tiempo de la Conferencia de La Haya y Consejero de la IBA, quien, a través de la IBA y otras organizaciones internacionales, trabajó para fortalecer la preeminencia del Derecho internacional.

Conferencia sobre sustracción Internacional de menores: ¿Cómo pueden un padre y un niño mantener contacto después de una sustracción a un país que no es parte de la Convención de La Haya?

28-29 octubre 2002, París, Francia

En la terminación de esta Conferencia celebrada en París, el 28 y 29 de octubre de 2002 bajo los auspicios de las organizaciones no gubernamentales Reunite International, La Foundation por l'Enfance en Le Collectif de Solidarite aux Mères des Enfants Enlevés, los aproximadamente 110 delegados de doce Estados Partes de la *Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (“la Convención sobre sustracción de menores”) y de cinco Estados no miembros de La Haya:

PREOCUPADOS por lograr medidas prontas, efectivas y consistentes para mejorar las desventajas para los niños de la reubicación internacional unilateral de menores (‘reubicación’) en los que por cualquier razón el pronto retorno al país de residencia habitual del menor no será lograda

ACORDÓ UNANIMEMENTE LAS SIGUIENTES RESOLUCIONES

- (1) El principio del derecho del niño (salvo en circunstancias excepcionales) de mantener relaciones personales y contacto directo sobre una base regular con ambos padres, reconocida y adoptada por los artículos 9(3)43 y 10(2)44 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (UNCRC, por sus siglas en inglés) debería (de conformidad con el artículo 445 de la misma) ser promovido e implementado tanto dentro de los sistemas nacionales como en la aplicación de cada acuerdo internacional (ya sea bilateral o multinacional) en prioridad de soluciones indicadas o impuestas por consideraciones de carácter étnico, religioso, cultural o lingüístico o de la nacionalidad del niño o de los padres o de cualquiera de ellos.
- (2) El Comité de Derechos del Niño establecido de conformidad con el artículo 43 de la UNCRC debería ser instado para examinar más rigurosamente el progreso realizado por cada uno los Estados Parte de la Convención para lograr la realización de sus obligaciones conforme a la Convención pertinentes a los niños sujetos a reubicación, y en particular (a) controlar muy de cerca el cumplimiento de los Estados Parte con los artículos 9(3), 10(2), 1146 y 1247; y (b) para requerir (conforme al artículo 44(4) 48) a los Estados Partes información adicional relevante para la implementación de la Convención con respecto a esos artículos.
- (3) Todos los Estados son instados a reconocer que para mantener sus relaciones con ambos padres es en el interés de los menores que la libertad de movimiento a través de las fronteras está disponible para los padres, así como para el menor, para que el acceso pueda ser ejercitado ya sea en el Estado en el que vive el menor en la fecha o en el lugar en que reside el padre que busca el acceso. Con este propósito todos los Estados son instados a hacer efectiva disposición para: (a) la disponibilidad liberal y rápida de visados para permitir a los padres de niños reubicados, así como a esos niños, para ejercitar los convenios de acceso transfronterizo; (b) una garantía sin límites e

incondicional de paso fronterizo (tanto de entrada como de salida) para tales padres y niños; (c) la libre circulación para los padres que ejercitan tales acuerdos de acceso en el Estado donde vive el niño en tal fecha; y (d) se ponga información relevante a la rápida disponibilidad de los padres, en particular explicando prácticas y procedimientos nacionales en vigor relacionados con las solicitudes de visados para los propósitos de dar efecto a los acuerdos de acceso transfronterizo para los niños reubicados.

- (4) Todos los Estados son instados para dar una consideración rápida y favorable a los beneficios de ratificar la *Convención de La Haya de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en relación a la responsabilidad parental y las medidas para la protección de los niños*,⁴⁹ tomando en consideración a la asistencia que la adopción de estos principios traería para la resolución ordenada y eficiente de disputas surgidas de la reubicación.
- (5) Se debería identificar y tomar urgentemente pasos efectivos: (a) para apoyar el uso de la mediación y otras técnicas alternativas de resolución de controversias en las disputas de reubicación; (b) hacer disponible y diseminar efectivamente información relativa a aspectos de reubicación (incluyendo su importancia y urgencia para los menores involucrados) para mediadores, abogados y jueces, organizaciones no gubernamentales y servicios religiosos, culturales, sociales y otros grupos profesionales interesados en cada Estado; (c) para enfatizar a todos los grupos de profesionales interesados en cada Estado el grado de urgencia con que, en interés del niño involucrado, se deben tratar los casos individuales que dan pie a aspectos de reubicación; y (d) para considerar que organización dedicada y efectiva (tal como o análoga a la Autoridad Central) debería establecerse dentro de cada sistema nacional para promover los intereses de los niños sujetos a reubicación a o desde ese Estado.
- (6) Todos los Estados son instados para establecer una organización o agencia nacional capaz de ofrecer mediación familiar efectiva en casos de reubicación, y para establecer y dar publicidad a un registro de facilidades disponibles dentro de su jurisdicción.
- (7) Se debería dar consideración urgente a las medias mediante las cuales se puedan establecer a nivel nacional grupos internacionales involucrados y representativos, fundados y apoyados con vista a investigar, informar e iniciar acciones sobre los objetivos establecidos en estas resoluciones. Tales grupos de trabajo comprendería al menos mediadores, abogados y jueces, organizaciones no gubernamentales y Autoridades centrales de un amplio número de Estados.
- (8) Se debería establecer un pequeño grupo de trabajo para producir un glosario que describiera el particular significado legal y social en diferentes Estados y regiones de la terminología relevante a la reubicación, tales y como custodia, patria potestad,* responsabilidad paterna, hadana, wilaya, guardia y kafala.
- (9) Se deberían tomar medidas para mejorar el entendimiento mutuo de y con respecto a el sistema del derecho del niño y la familia en la Convención de La Haya sobre sustracción de menores y Estados no miembros de La Haya, y que por medio de Conferencias como ésta y otras reuniones e intercambios (incluyendo formación judicial nacional y transnacional) soluciones innovadoras puedan ser exploradas y desarrolladas para asistir en la resolución de disputas familiares de reubicación y de otra índoles con una dimensión internacional.

Comisión sobre Derecho Europeo de familia, 11-14 de diciembre de 2002, Utrecht, Holanda

Dra. Andrea Schulz, Primer Secretario, Conferencia de La Haya

Del 11 al 14 de diciembre de 2002, la Comisión sobre Derecho Europeo de Familia (CEFL, por sus siglas en inglés) fue anfitriona de una Conferencia sobre "Las perspectivas para la unificación y armonización del Derecho de familia en Europa" en Utrecht, Holanda. El Grupo de expertos constituido por la CEFL está integrado por expertos académicos en Derecho de familia de Austria, Bélgica, Bulgaria,

la República Checa, Inglaterra y Gales, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rusia, Escocia, España, Suecia y Suiza y todavía se está expandiendo. El propósito de la CEFL, un órgano establecido por seis académicos en septiembre de 2001, es examinar diferentes áreas del Derecho de familia internacional con vistas a establecer estándares comunes para los distintos Derechos nacionales en Europa y, en la medida en que esto sea posible, sugerir un enfoque "better law" a manera de principios o de un *Restatement*. De acuerdo con los organizadores, esto supondrá proveer una visión actualizada, bien investigada y comprensiva de las reglas existentes en el área del Derecho de familia sustantivo en Europa que podría ser útil a los legisladores y negociadores.

La primera parte de la Conferencia fue dedicada a los pros y contras de la armonización y/o unificación del Derecho de familia; complementado por dos presentaciones: una sobre el "enfoque tradicional" de armonización vía tratados internacionales en áreas de Derecho sustantivo (concluida, entre otras cosas, dentro del marco del Consejo de Europa) y Derecho internacional privado (concluida en particular dentro del marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado) y una sobre las visiones de la Comisión Europea para la unificación del Derecho de familia en Europa. Tal como uno podría esperar, la discusión reveló puntos de vista extremadamente opuestos sobre la conveniencia y extensión de la armonización o unificación.

Luego, antes de que la Conferencia se ocupara del Derecho sustantivo, se discutieron cuestiones metodológicas. Se dedicó una tarde a los talleres otorgándose un foro para los jóvenes investigadores sobre "Los nuevos problemas de cohabitación", "Las nuevas tendencias en el campo de la paternidad y la responsabilidad parental", y "Los aspectos de Derecho internacional privado de la cohabitación y la responsabilidad parental". Eventualmente, fueron presentados los resultados preliminares del primer estudio comparativo desarrollado por la CEFL – sobre "El divorcio y los alimentos entre antiguos esposos".

En su mayor parte los participantes de la Conferencia fueron académicos, pero también hubo algunos funcionarios gubernamentales, abogados practicantes de Derecho de familia, personas que trabajan en oficinas públicas y privadas en el área de protección de niños en Europa, así como los representantes de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

Se pueden obtener mayores detalles en el sitio web de la Conferencia en <<http://www.law.uu.nl/priv/cefl/index1.asp>> así como en la próxima publicación de los trabajos de la Conferencia.

Una visión de la sustracción internacional de menores por parte de los padres y cuestiones relacionadas, 30-31 de enero de 2003, Leicester, Inglaterra

El 30-31 de enero de 2003, el *Reunite International Child Abduction Centre* fue anfitrión de una conferencia en la Fundación Islámica en Leicester que se concentró en cuestiones de sustracción internacional de menores por parte de los padres, los matrimonios forzados y los derechos del niño con un enfoque en las comunidades británicas asiáticas y de Oriente Medio. Reunió un amplio grupo de oradores y participantes incluyendo líderes de grupos de comunidades, organizaciones no gubernamentales especializadas, la policía, funcionarios gubernamentales y abogados.*

La conferencia fue organizada por *Reunite International Child Abduction Centre* y fue copresidida por El Honorable Sr. juez Peter Singer, Juez de la División Familia de la Alta Corte (Inglaterra y Gales) y Ian Edge, Instructor de Derecho y fundador Director del Centro de Derecho Islámico y de Oriente Medio, de la Escuela de Estudios Orientales y del Medio Oriente. El Dr. M. Manazir Ahsan, MBE, Director General de la Fundación Islámica, abrió la conferencia con una perspectiva islámica del valor de los niños.

Las Conclusiones y recomendaciones subrayaron, entre otras cosas, que la información sobre recursos nacionales e internacionales existentes, así como información preventiva, que pueda asistir en casos de sustracción internacional de menores por parte de los padres y matrimonios forzados se ponga a la fácil disposición de organizaciones no gubernamentales especializadas que trabajen dentro de las comunidades islámicas. Para este propósito *Reunite* tiene la intención de formar un grupo de trabajo permanente de organizaciones no gubernamentales establecidas en todo el Reino Unido para promover intercambio de información adicional, para crear conciencia de la sustracción internacional de menores por parte de los padres y del matrimonio forzado, así como para considerar los aspectos relativos del cuidado y apoyo ulterior.

La Conferencia informa, así como las ponencias presentadas y una detallada agenda puede ser solicitada a *reunite* al: +44 (116) 255 5345 o reunite@dircon.co.uk.

Próximas Conferencias

3-4 abril de 2003, Ciudad del Cabo, Sudáfrica

El 3-4 de abril se reunirá la Conferencia sobre Igualdad, Derecho de Familia y Procesos de Derecho Familiar en el Centro de Convenciones Presidente en Ciudad del Cabo, Sudáfrica. La conferencia es coorganizada por Millar du Toint, Inc. Y la Universidad del Cabo Occidental. Los objetivos de la conferencia son: debatir los desarrollos recientes en Sudáfrica y Derecho internacional de la familia y procesos de Derecho de familia; para probar la igualdad como un principio en el contexto de estos desarrollos recientes; para crear un foro para el contacto interdisciplinario y el debate entre los que juegan un papel relevante; y para imaginar estrategias para una futura reforma del Derecho de familia y los procesos del Derecho de familia. El panel de discusión se enfocará sobre procedimientos de divorcio; la reestructuración de las cortes para familia y niños; la introducción de mediación y procesos



El juez Singer (Inglaterra y Gales), Ian Edge (Escuela de Estudios Orientales y Africanos), Bato Al-Toma (de la Fundación Islámica), Dense Carter, OBE (Reunite) y Dr M. Manazir Ahsan, MBE (De la Fundación Islámica) durante la Conferencia de Reunite en la Fundación Islámica. Anne-Marie Hutchinson, OBE (no aparece en el foto) y Denise Carter seguirán sus trabajos sobre los problemas ligados a la sustracción de menores y a las uniones forzadas en las comunidades asiáticas y del medio oriente establecidas en Gran Bretaña.

alternativos de resolución de controversias obligatorios y sustracción internacional de menores.

Los oradores incluyen al Honorable Sr. juez Hans Danelius, Juez de la Suprema Corte de Suecia, antiguamente de la Comisión Europea de Derechos Humanos; a la Honorable Sra. Claire L'Heureux-Dubé, antigua Jueza de la Suprema Corte de Canadá; al Dr. Willie McCarney, Presidente de la Sociedad Internacional de Magistrados de Familia y el Niño, Irlanda del Norte, y al Honorable Sr. Juez Peter Singer, Juez de la División Familiar, Alta Corte de Justicia (Inglaterra y Gales). Los organizadores de la conferencia pueden ser contactados para información adicional: Zenobia du Toit: mdt@iafrica.com y Julia Sloth-Nielsen en jsloth-nielsen@uwc.ac.za.

26-28 junio de 2003, Oregon, EUA

La Sociedad Internacional de Derecho de Familia ha programado su conferencia regional para Norte América el 26-28 de junio de 2003 en la Escuela de Derecho de la Universidad de Oregón, en Eugene, Oregón. Para mayor información favor de contactar a Leslie Harris, Escuela de Derecho de la Universidad de Oregón en lharris@law.uoregon.edu.

30 de junio-1 de Julio de 2003, Londres, Inglaterra

La Conferencia Mundial de Mujeres Abogadas, patrocinada por la Asociación Internacional de Abogados se celebrará el 30 de junio-1 de Julio de 2003 en Londres, Inglaterra. Los temas para discusión incluirán, entre otras cosas, las mujeres en el arreglo de diferencias, la sucesión familiar, derechos humanos y asuntos de empleo/migración. Mayor información se encuentra disponible en la Asociación Internacional de Abogados: e-mail: confs@int-bar.org; sitio web: <http://www.iba.net.org>.

24-29 de agosto de 2003, Lago Malawi, Malawi

La Asociación de Magistrados y Jueces de la Commonwealth celebrarán su Conferencia Trienal del 24-29 de agosto de 2003 en Lago Malawi, Malawi. El propósito de la conferencia, titulada "Los derechos humanos, necesidades humanas: buscando un talismán judicial", van a considerar el papel del funcionario judicial independiente en la aplicación de los principios de derechos humanos a cuestiones económicas y culturales; en la promoción del desarrollo económico y la estabilidad social; y en la promoción de la democracia parlamentaria e independencia judicial. El programa incluirá oradores distinguidos y panelistas de todas partes de la Commonwealth, representando todos los rangos de los funcionarios judiciales. Se puede obtener mayor información de la Asociación de Magistrados y Jueces del Commonwealth, Uganda House, 58-59 Trafalgar Square, Londres WC2N 5DX, e-mail: triennial@cmja.org.

VII. RECURSOS Y SERVICIOS DISPONIBLES EN RELACIÓN A LA CONVENCION DE 1980

Educación y formación

Una buena parte de trabajo ha sido realizado para desarrollar formación o programas de familiarización a nivel regional, nacional e internacional para el poder judicial y los actores relevantes involucrados en

la operación de la Convención (jueces, abogados, agencias de localización, servicios sociales y otros involucrados). Tales programas mejoran el conocimiento así como ayudan a resolver y revisar las dificultades que han surgido en la aplicación práctica de la Convención. Los seminarios internacionales en particular proveen una oportunidad excepcional para los actores de las diferentes jurisdicciones para reflexionar y discutir sobre los desarrollos actuales en la protección internacional de niños. También proporcionan una oportunidad única para franquear algunas de las diferencias en las culturas legales y para promover el entendimiento mutuo y la confianza entre los actores, la cual es necesaria para la aplicación efectiva de los instrumentos internacionales.

La Conferencia de La Haya, con más de un siglo de experiencia como Organización Internacional, provee un marco institucional para la cooperación entre las naciones en el campo del Derecho internacional privado. La Oficina Permanente puede ser contactada para proveer información o asistencia con educación y formación para jueces, funcionarios de gobierno, personal de las Autoridades Centrales y prácticos con relación a la aplicación de los instrumentos específicos desarrollados por la Conferencia de La Haya. Tales servicios incluyen facilitar discusiones, hacer contactos apropiados, diseñar programas educativos científicos y legales o proveer formación en el lugar.

Control y revisión

La Oficina Permanente provee asistencia técnica y consejo político a los Estados sobre la implementación de la Convención; controla la aplicación de la Convención y facilita su revisión al proveer un foro para los Estados interesados y otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales; alienta la interpretación y aplicación congruente de la Convención recopilando y analizando precedentes casuísticos, prácticas actuales y estadísticas⁵⁰ y mantiene información relativa al estado de la Convención y a las Autoridades Centrales y otras autoridades nacionales designadas para cumplirlos deberes conforme a la Convención.

Se insta a los Estados a acudir al Buró Permanente estableciendo mecanismos de control. Esto puede ser mediante la formación de grupos de consulta para mantener bajo revisión los problemas que surjan de la Convención y recopilando y analizando precedentes y estadísticas con respecto a la Convención.

Aproximadamente cada cuatro años se convocan reuniones de la Comisión Especial para revisar la aplicación de la Convención. La Comisión Especial, que reúne a los actores clave en la aplicación de la Convención en cada Estado Contratante, facilita la confianza y el entendimiento mutuo entre los Estados Contratantes, así como también promueve una mayor coherencia en la interpretación y práctica.⁵¹

Provisión de información

El sitio web de la Conferencia de La Haya (<<http://www.hcch.net>>) provee acceso a amplia información y contiene el texto completo de todas la Convenciones de La Haya adoptadas desde 1954. La *home page* de Sustracción de Menores dentro del sitio web contiene el texto completo de la Convención de 1980, el Informe Explicativo Pérez-Vera, Informes de la Comisión Especial de sus tres reuniones previas, documentos de información de la Cuarta Comisión Especial, el estado de la Convención, una lista de la Autoridades Centrales, una bibliografía, traducciones de la Convención, información del Proyecto de La Haya para cooperación internacional y la protección de niños y enlaces a sitios web relacionados, incluyendo INCADAT.

Adicionalmente, copias del CD-ROM titulado *Las Convenciones de los niños* pueden ser encargadas a la Oficina Permanente (57.00). El CD-ROM contiene el texto completo de la Convención de 1980 sobre sustracción internacional de menores, la Convención de 1993 sobre adopción internacional, y la Convención de 1996 sobre la protección de niños. También incluye los documentos de la Decimocuarta,

Decimoséptima y Decimoctava Sesiones y el material antecedente esencial para la adecuada comprensión de estas Convenciones.

Publicaciones recientes

Una amplia lista de publicaciones relativas a la Convención de 1980 esta disponible a través del sitio web de la Conferencia de la Haya (<<http://www.hcch.net/e/conventions/bibl28e.html>>). La bibliografía fue actualizada antes de la Comisión Especial de marzo de 2001 y continuará creciendo en la medida en que la Oficina Permanente sea informado de nuevas publicaciones.

Las siguientes publicaciones recientes pueden ser de interés:

F. Bauer, Neues internationales Verfahrensrecht im Licht der Kindesentführungsfälle, IPRax 2002, 179-186.

C. Bruch, Parental Alienation Syndrome und Parental Alienation: Wie man sich in Sorgerechtsfällen irren kann, FamRZ 2002, 1304-1315.

R. Gardner, Das Elterliche Entfremdungssyndrom (Parental Alienation Syndrom / PAS). Anregungen für gerichtliche Sorge- und Umgangsregelungen. Eine empirische Untersuchung, Berlin 2002.

Recensión: Harry Dettenborn, FamRZ 2002, 1320.

T. Helms, Internationales Verfahrensrecht für Familiensachen in der Europäischen Union, FamRZ 2002, 1594-1602.

M. Angelo Lupoi, Brussels II: New Rules for Transnational Matrimonial Disputes, Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure (Scritti sul diritto processuale civile transnazionale e comparato) (editors: Federico Carpi and Michele Angelo Lupoi), published by Giappichelli of Torino, 2001.

G. Mäsch, „Grenzüberschreitende“ Undertakings und das Haager Kindesentführungsabkommen aus deutscher Sicht, FamRZ 2002, 1069-1078.

P. McEleavy, 'The Brussels II Regulation: How the European Community has Moved into Family Law' [2002] I.C.L.Q. 883, 908.

A. Schulz

Zum Aufenthaltswechsel des Antragstellers im Rahmen des Haager Kindesentführungsübereinkommens (AG Schleswig, S. 220), IPRax 3/2002.

Internationale Regelungen zum Sorge- und Umgangsrecht, FamRZ 6/2003, forthcoming March 2003.

The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights, Transnational Law and Contemporary Problems, Symposium Issue, University of Iowa College of Law, forthcoming April 2003.

K. Schweppe, Kindesentführungen und Kindesinteressen. Die Praxis des Haager Übereinkommens in England und Deutschland, Votum Verlag, Münster 2001, 302 S. kart.

Recensión: A. Schulz, FamRZ 19/2002, p. 1323.

S. Söpfer, Handy und Umgangsrecht, FamRZ 2002, 73-76 (Teléfonos móviles y derecho de contacto).

G. Winkel, Grenzüberschreitendes Sorge- und Umgangsrecht und dessen Vollstreckung, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 199, Gieseking Verlag, Bielefeld 2001, XXIII, 322 S., brosch.

Review: A. Schulz, FamRZ 2/2003, p. 84.

Los siguientes sitios web también pueden ser de interés:

Ecole Nationale de la Magistrature (ENM) (Escuela Nacional Francesa para la Judicatura): <<http://>

www.enm.justice.fr>.

La ENM, un establecimiento público bajo la supervisión del Ministerio Francés de Justicia, es administrada por un Consejo bajo la presidencia del Presidente de la Corte de Casación (La Suprema Corte Francesa). La escuela ofrece programas de formación inicial y permanente para jueces, agentes de ministerio público y funcionarios judiciales. La División de Relaciones Internacionales (SDR, por sus siglas en francés) ofrece programas para magistrados extranjeros; aproximadamente 2,700 magistrados extranjeros se han beneficiado de las actividades de formación organizadas cada año por la SDRI.

El Alcance Global: El Boletín de la Asociación Internacional de Abogados para países menos desarrollados: *disponible a través de* <<http://www.iba.net.org>>.

El Boletín establece enlaces e intercambios de información con profesionales legales en 49 de los países agrupados por las Naciones Unidas como 'menos desarrollados'.

Reunite International Child Abduction Centre: <<http://www.reunite.org>>.

Academia Internacional de Abogados Matrimoniales: <<http://www.iaml.org>>.

VIII.SUS PUNTOS DE VISTA Y LA SIGUIENTE EDICIÓN

El siguiente ejemplar del Boletín de los Jueces se centrará en 'la voz de los niños' en casos de sustracción de menores. Los jueces están invitados a presentar notas, comentarios o artículos cortos sobre este tema.

IX. NOTAS PERSONALES Y AGRADECIMIENTOS DE LA CONFERENCIA LA HAYA

Nuevos Estados Miembro de la Conferencia de La Haya

El alcance global de la Conferencia de La Haya está verdaderamente creciendo rápido – desde comienzos de 2001, la Conferencia de La Haya ha agregado quince nuevos Estados Miembros: Albania, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Georgia, Jordania, Lituania, Malasia, Nueva Zelanda, Panamá, Perú, la Federación Rusa, Sudáfrica, Sri Lanka y la República Federal de Yugoslavia. La Conferencia de La Haya tiene ahora 62 Estados Miembros. Costa Rica y Ucrania han sido admitidos pero todavía deben aceptar el Estatuto; la admisión de Paraguay ha sido sometida a voto. Gambia ha anunciado su intención para unirse pronto a la Conferencia, y Colombia, Líbano, Nicaragua y Túnez están actualmente considerando la posibilidad de convertirse en miembros. En diciembre de 2002 la Unión Europea realizó una solicitud para convertirse en Miembro de la Conferencia. Esta solicitud será considerada junto con otros asuntos en la reunión de Estados Miembros sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, 1-3 de abril de 2003.

Notas personales

En septiembre de 2002 Hans van Loon, Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, recibió el premio Ángel Nacional de los Estados Unidos en Adopción 2001 por sus contribuciones en el campo de la adopción internacional. Otorgado por la Coalición del Congreso de los Estados Unidos sobre adopción, el premio honra a las personas seleccionadas por los Miembros del Congreso de los Estados Unidos que hayan ayudado a niños en necesidad de adopción. El premio

nacional reconoce a individuos que hayan tenido un impacto sobre la adopción a una escala nacional o global.

Agradecimientos

La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado extiende una nota especial de aprecio al Consejo Internacional de Asesores Judiciales por su valioso asesoramiento y contribuciones para este Boletín.

La Oficina Permanente y el Consejo de Asesores Judiciales para el Boletín de los Jueces desearían expresar su gratitud al Gobierno Canadiense por su generosa contribución para el costo de la traducción inglés/francés para esta edición del Boletín.

Footnotes

* La traducción al español del Boletín de los Jueces es realizada como una contribución de Carlos A. Gabuardi, abogado y Profesor de Derecho en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Monterrey, México (<<http://w3.to/cgabuardi>>, cgabuardi@derecho.org).

La Oficina Permanente quisiera también expresar su agradecimiento a Sra. Alegría Borrás, Profesor de Derecho internacional privado en la Universidad de Barcelona, Barcelona, España.

1 Las ediciones de Primavera 1999, Otoño 2000, Otoño 2001 y Verano 2002 del Boletín de los Jueces están disponibles en inglés y francés en <<http://www.hcch.net/e/conventions/news28e.html>>.

* Nota del Traductor: En este caso el original en inglés se refiere a *Barrister*, que es una de las ramas en que se divide el ejercicio de la abogacía en el Reino Unido.

* Nota del Traductor: En este caso el original en inglés habla de un *Solicitor*, que es otra de las ramas en que se divide el ejercicio de la abogacía en Reino Unido.



La Oficina Permanente: fue un placer trabajar con Jenny Degeling sobre los Convenios relativos a los niños (mandada en comisiona de servicio en la Oficina Permanente para 16 meses por la Autoridad Central australiana)

Le deseamos días calientes y asoleados para su retorno a Australia.

- 2 (Solicitud 46544/99) (2002) Febrero 26.
- 3 [2002] 1 FLR 119.
- 4 Las conclusiones completas y las recomendaciones están disponibles en <<http://www.hcch.net/e/conventions/reports28e.html>>.
- 5 Esta es una versión abreviada de una ponencia presentada por la autora en la 11ª Conferencia Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia en agosto de 2002.
- 6 Recientemente la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado estableció la Base de Datos Sobre Sustracción Internacional de Menores - *International Child Abduction Database* – (INCADAT), con el objeto de hacer accesibles muchas de las principales decisiones judiciales dictadas por cortes nacionales alrededor del mundo con respecto a la Convención de La Haya. Véase: <<http://www.incadat.com>>. Sobre el tema de la cooperación jurídica internacional, vale la pena hacer notar que la International Bar Association tiene un grupo de trabajo de miembros preparados para explicar la aplicación de la Convención a jurisdicciones que así lo soliciten.
- 7 Esta discusión se deriva de la primera decisión de la Suprema Corte de Canadá con respecto a la Convención de La Haya *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551 [INCADAT cita: HC/E/CA 11]. Todas las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Canadá desde 1985 están disponibles a través del sitio web de la Corte en <http://www.scc-csc.gc.ca/index_e.htm>.
- 8 Carol S. Bruch, “The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, Future Challenges”, 1 *European Journal of Law Reform* 97, 98 (1998/1999).
- 9 Véase <<http://www.interpol.int/Public/Children/Missing/NationalLaws/mcCanada.asp>>.
- 10 Tal como dijo en 1988 el Subcomité del Parlamento Canadiense de Derechos Humanos y Desarrollo Internacional: “Un niño secuestrado por un padre y llevado a un país extranjero [puede enfrentarse a] una cultura, lenguaje y condiciones de vida que difieran significativamente de aquello a lo que haya estado acostumbrado; los efectos de tales dislocaciones sociales en los niños pueden ser profundas. A mayor abundamiento, el impacto psicológico del desplazamiento y la separación del padre ausente es a menudo manifestado mediante expresiones de coraje, miedo, desesperanza, pérdida y confusión. Esto es particularmente cierto cuando el niño es mayorcito (de edad escolar), es sustraído por un largo período de tiempo, es sujeto de abusos, o es frecuentemente llevado por el padre sustractor a diferentes partes con el objeto de evitar la detención. “La Sustracción Internacional de Menores: Puntos relevantes para reformar”, Introducción (abril de 1998); <<http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/FAIT/Studies/Reports/fairp04/04-rap-e.htm>>.
El Registro de Menores Perdidos de la Policía Real Canadiense señala que: “Cuando un niño es tomado por un padre existe la creencia errónea de que por el hecho de que el niño esté con el otro padre, éste debe estar seguro. A menudo cuando un niño es secuestrado por un padre, el motivo no es el resultado de una expresión de amor por el niño, sino que es un acto de venganza en contra del otro padre. Desafortunadamente, los niños que se llegan a encontrar en esta situación son a menudo descuidados por el padre que los sustrajo y son las víctimas de una amarga separación. Ellos son trasladados constantemente de un lado para otro y asumen el estilo de vida de nuevas identidades y son forzados a mentir con respecto a quienes son y de donde vienen. Este clase de estilo de vida afecta emocionalmente al niño y estos efectos pueden perdurar durante mucho tiempo después de que el niño haya sido recuperado.” Registro de Niños Perdidos, “Niños Perdidos del Canadá: Informe Anual de 1999” (2000), 9, Véase <<http://www.ourmissingchildren.ca/en/publications/2000/99rep.pdf>>.
- 11 Véase: “Sustracción Internacional de Menores” *supra* nota 10, Introducción. Los tremendos costos potenciales de los procedimientos conforme a la Convención han llevado a los comentaristas a enfocarse en la importancia de la ayuda legal para apoyar a los padres involucrados en estos litigios. Vea, por ejemplo, Andrea Himel, “Parents Stealing Kids: Part III: Protecting Canadian Children from Parental Abduction Through Effective Prevention and Response Techniques” 18 *Canadian Family Law Quarterly* 269, 308 (2000-2001). Todas las provincias canadienses con excepción de Manitoba han limitado su obligación de pagar costos de asesoramiento legal a aquellos que “pueden ser cubiertos por sus programas de asistencia legal y judicial”. Aún cuando algunos países, incluyendo el Reino Unido, Australia, y Nueva Zelanda en teoría también han hecho esa reserva, su práctica general ha sido la de proveer plena asistencia legal al padre cuyos niños han sido secuestrados.”
- 12 Una mujer canadiense gastó más de \$100,000 (incluyendo \$15,000 solamente en costos por traducciones) durante un período de cinco meses para que ella y su hijo retornasen de Grecia, que es uno de los países miembros de la Convención de La Haya. Véase: “Sustracción Internacional de Menores” *supra* nota 10, “Deficiencias de la Convención”.
- 13 Miranda Kaye, “The Hague Convention and the Flight from Domestic Violence: How Women and Children Are Being Returned by Coach and Four” 13 *International Journal of Law, Policy and the Family* 191, 205 (1999).
- 14 *Sonderup v. Tondelli*, Caso CCT 53/00 (diciembre 4 de 2000), en el párrafo 34 [INCADAT cita: HC/E/SA 309].
- 15 Bruch, *supra* nota 8, 102. Ver también Himel, *supra* nota 11, 311: “el tratado puede ser perjudicial para los intereses de ciertos grupos en la sociedad, especialmente mujeres que han seguido a sus maridos al Canadá, que han sido las primeras en ocuparse de sus niños y que vuelven a sus países de origen buscando apoyo social y financiero de sus familias de origen cuando su matrimonio fracasa. De hecho, en muchos de estos casos hay una historia de violencia doméstica.”
- 16 Bruch, *supra* nota 8, 105.
- 17 *Pollastro v. Pollastro*. [1999] 43 O.R. (3d) 497 [INCADAT cita: HC/E/CA 373].
- 18 *Thomson*, *supra* nota 7.
- 19 Disponible en <http://www.idf.il/daily_statistics/english/6.gif>.
- 20 A los fines de este artículo no es necesario recordar a los lectores que desde luego también muchos niños y civiles palestinos han padecido con la situación.
- 21 Véase <<http://www.btselem.org>>.
- 22 *La Convención de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* [a la que se hace referencia frecuente como la ‘Convención de 1980’ o la Convención sobre ‘Sustracción de Menores’] (disponible en <<http://www.hcch.net/e/conventions/menu28e.html>>). Todos los ‘artículos’ a los que se hace referencia son los de la Convención de 1980.
- 23 Los Estados que eran Estados Miembros de la Conferencia de la Haya a la fecha en que se adoptó esta Convención (el 25 de octubre de 1980) pueden ratificar la Convención; los Estados que no pueden firmar y ratificar, pueden solamente adherirse. Véase los artículos 37 y 38(1) respectivamente. También véase, *infra*.
- 24 El artículo 8 de la Convención establece que “[c]ualquier persona, institución u otro cuerpo que reclame que un menor ha sido

- desplazado o retenido en quebrantamiento de derechos de custodia puede solicitar ya sea a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor o a la Autoridad Central de cualquier otro Estado Contratante para asegurar asistencia para el retorno del menor.”
- 25 Es país debe ser un Estado Contratante de la Convención.
- 26 La Convención se aplica solamente a menores de la edad de dieciséis años. Aún si un niño era menor de dieciséis en la fecha del desplazamiento, la Convención cesa de aplicar cuando el menor cumple la edad de dieciséis.
- 27 Todas las Conclusiones y Recomendaciones, así como todos los Documentos Preliminares están disponibles en <<http://www.hcch.net/e/conventions/menu28e.html>>.
- 28 Ha habido Reuniones de la Comisión Especial para revisar la aplicación de la Convención de 1980 que han sido convocadas en 1989, 1993, 1997, y 2001 (Respectivamente, la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Reunión de la Comisión Especial para controlar la aplicación de la Convención de 1980). Las Conclusiones y Recomendaciones de la cuarta Comisión Especial están disponibles en <<http://www.hcch.net/e/conventions/menu28e.html>>.
- 29 Cuarenta y siete Estados estuvieron representados en la Comisión Especial 2002; cuarenta y cuatro de esos Estados eran Partes de la Convención de 1980 y tres Estados eran Estados Miembros de la Conferencia de la Haya que aún no son Partes de la Convención.
- 30 La Guía de Buenas Prácticas fue desarrollada en respuesta a la Recomendación 1.16 de la Cuarta Comisión Especial (2001) que establece: “Los Estados Contratantes de la Convención deberían cooperar con cada uno de los otros y con la Oficina Permanente para desarrollar una buena guía de prácticas que abunde sobre el artículo 7 de la Convención. Esta guía sería una guía práctica de “como hacer”, para ayudar a implementar la Convención. Se concentraría en los aspectos operacionales y estaría dirigida particularmente a nuevos Estados Contratantes. No sería obligatoria y no interferiría con la independencia del poder judicial. La metodología debería ser dejada a la Oficina Permanente.”
- 31 Todos los Documentos Preliminares están disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya (en <<http://www.hcch.net/e/conventions/menu28e.html>>) en inglés y francés. Los Documentos Preliminares 3, 4 y 5 están también disponibles en español.
- 32 Las Conclusiones y Recomendaciones de estos seminarios están disponibles en <<http://hcch.net/e/conventions/seminar.html>>.
- 33 Véase la decisión de la Alta Corte Inglesa en Re M y J (Sustracción) (Colaboración Judicial Internacional) [1999] 3 FCR 721; Singer J. [INCADAT cita: HC/E/UKe 266].
- 34 Véase “Memorias de un Juez de Enlace”, El Honorable Juez Joseph Kay, el Boletín de los Jueces, Volumen III, en 20-26. Volumen IV del Boletín de los Jueces enfocado particularmente en comunicaciones judiciales internacionales directas. Ambos Volúmenes III y IV del Boletín de los Jueces están disponibles en <<http://hcch.net/e/conventions/news28e.html>>.
- 35 El Cuestionario puede ser consultado en el sitio web de la Conferencia en <<http://www.hcch.net/e/conventions/menu28e.html>>.
- 36 El Informe Preliminar puede ser accesado en el sitio web de La Conferencia de La Haya en: <<http://hcch.net/e/conventions/reports28e.html>>.
- 37 La aceptación por un Estado Parte que ya es Parte de la Convención (ya sea por ratificación o por adhesión) de cualquier adhesión subsiguiente es necesaria para que la Convención tenga efecto entre el Estado Parte y el nuevo Estado adhedente. Véase el artículo 38(4). Un nuevo Estado adhedente no tiene poder para aceptar la adhesión de Estados que se hayan adhedido previamente, y en consecuencia, se considera obligado por la aceptación de esos Estados de su adhesión. Los requerimientos de aceptación expresa crean un cierto nivel de bilateralidad para lo Estados adhedentes.
- 38 En muchos Estados, el Ministerio de Relaciones Exteriores, o su equivalente, está involucrado en mostrar la información relevante y hacer las decisiones de aceptación.
- 39 Sin embargo, la aceptación de accesiones previas es necesaria por parte cualquier nuevo Estado Miembro que ratifique, acepte o apruebe la Convención (Artículos 38(4)) para que la Convención tenga efecto entre esos Estados.
- 40 Entró en vigor: ‘e.e.v’.
- 41 USAID, UNAIDS, UNICEF (2002) “Children on the Brink 2002: A joint Report on Orphan Estimates and Program Strategies”, Washington, D.C.
- * Nota del Traductor: Se usó la expresión “cuidados paternos” para traducir la palabra “fostering”, que en este contexto hace referencia a “proveer cuidados paternales y proveer a las necesidades de niños con los que no se tienen lazos legales o de sangre”.
- 42 UNICEF (2001) “Una Década de Transición”, Informe de Monitoreo Regional No. 8, Florencia: UNICEF Centro de Investigación Innocenti.
- * Nota del Traductor: No hay ninguna referencia previa al uso de este acrónimo, pero pensamos que hace referencia a la Confederación de Estados Independientes (Confederation of Independent States, CIS, por sus siglas en inglés).
- * Nota del Traductor: No hay ningún referencia previa al uso de esta abreviatura, pero en el contexto creemos que hace referencia a “recién nacidos” (Newly Born, N.B., por sus siglas en inglés).
- 43 Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
- 44 El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.
- 45 Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.
1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.
- 47 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión

libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

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

48 El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

49 <<http://www.hcch.net/e/conventions/text34e.html>>.

* Nota del Traductor: He traducido como "Patria Potestad" el término francés "autorité parentale".

* Nota del Traductor: El original en inglés hace referencia a que estuvieron presentes tanto *Barristers* como *Solicitors*, que son las dos ramas en las que se divide el ejercicio de la abogacía en Inglaterra.

50 A través de la Base de Datos sobre Sustracción Internacional de Menores (INCADAT) y la Base Estadística sobre Sustracción Internacional de Menores (INCASTAT).

51 Véase, *supra*, Part III.

El Boletín de los Jueces

El Boletín de los Jueces, se publica ahora dos veces al año por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, tiene el objetivo de promover la cooperación, comunicación y el intercambio de ideas entre los jueces y otras personas que intervienen en casos de protección internacional de menores. El Boletín es ahora distribuido a más de 400 jueces y Autoridades Centrales designadas alrededor de mundo conforme a la *Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*.

El Boletín de los Jueces es publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado bajo la supervisión del Profesor William Duncan, Secretario General Adjunto, con la asistencia de la Sra. Marion Ely, Funcionario Legal.

La Oficina Permanente quisiera nuevamente expresar su agradecimiento a Butterwoths, publicaciones legales internacionales, por su asistencia tanto en la preparación como en la distribución del Boletín.

Esperamos recibir sus impresiones y cualquier información que quisieran que se incluyera en el próximo Boletín. Las ediciones anteriores del Boletín también están disponibles sobre pedido.

El contacto específico con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es el siguiente:

Profesor William Duncan

Secretario General Adjunto

La Conferencia de La Haya de derecho internacional privado

La Oficina Permanente

Scheveningseweg 6

2517 KT La Haya

Holanda

Tel: +31 (70) 363.3303

Fax: +31 (70) 360.4867

Email: secretariat@hcch.net