

Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera

Introducción

I *Conclusiones de los trabajos de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado*

1 El Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores fue adoptado, en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, por el Decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado, por unanimidad de los Estados presentes¹. El 25 de octubre de 1980, los delegados firmaron el Acta final del período de sesiones que incorpora el texto del Convenio y una Recomendación que contiene un formulario modelo de las demandas de retorno de los menores desplazados o retenidos de forma ilícita.

En esta ocasión, la Conferencia de la Haya se ha apartado de su práctica habitual, ya que los proyectos de Convenios aprobados en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones se abrieron a la firma de los Estados inmediatamente después de la sesión de clausura. Cuatro Estados firmaron el Convenio en aquel momento (Canadá, Francia, Grecia y Suiza); por tanto, el Convenio lleva la fecha del 25 de octubre de 1980.

2 Para la consideración del punto de partida de los trabajos que han desembocado en la aprobación del Convenio, así como a los convenios existentes en la materia o los que guarden relación directa con la misma, nos remitimos a la introducción del Informe de la Comisión especial².

3 El Decimocuarto período de sesiones de la Conferencia, que se desarrolló del 6 al 25 de octubre de 1980, confió la elaboración del Convenio a su Primera Comisión que tuvo como Presidente al profesor A. E. Anton (Reino Unido) y como Vicepresidente al decano Leal (Canadá); uno y otro ya habían sido respectivamente Presidente y Vicepresidente de la Comisión especial. Por otra parte, la profesora Elisa Pérez-Vera fue ratificada en su cargo de Ponente. D. Adair Dyer, Primer secretario de la Oficina Permanente, que había redactado importantes documentos previos con vistas a los trabajos de la Conferencia, se encargó de la dirección científica de la secretaría.

¹ Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Venezuela y Yugoslavia. Los Representantes de la República Árabe de Egipto, Israel e Italia, aunque tomaron parte activa en los trabajos de la Primera comisión, no participaron en la votación. Marruecos, la Santa Sede y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas enviaron observadores. Durante sus trabajos, la Primera comisión contó asimismo con el valioso concurso de los observadores del Consejo de Europa, del Commonwealth Secretariat y del Servicio Social Internacional.

² Informe de la Comisión especial, Nos. 3 y 7 a 15.

4 En el transcurso de las trece sesiones que celebró, la Primera comisión procedió a una primera lectura del anteproyecto redactado por la Comisión especial. De forma simultánea, nombró un Comité de redacción que, a medida que avanzaban los trabajos, reelaboraba los textos³. Otras siete sesiones se dedicaron al debate del texto preparado por el Comité de redacción⁴, así como al de las cláusulas sobre la aplicación del Convenio respecto a los Estados con sistemas jurídicos no unificados ("Application Clauses") y del formulario modelo⁵ redactados, ambos, por Comités ad hoc⁶. Las cláusulas finales, sugeridas por la Oficina Permanente, fueron incluidas en el anteproyecto elaborado por el Comité de redacción.

II Objeto y plan del presente Informe

5 El Informe explicativo de un texto destinado a convertirse en derecho positivo, es decir en un texto que deberá ser invocado y aplicado, debe cumplir al menos dos objetivos fundamentales. Por un lado, el Informe debe poner de manifiesto de la forma más fiel posible los principios en los que se basa el Convenio y, cuando resulte necesario, la evolución de las ideas que han llevado a consagrar ciertos principios de entre las distintas opciones existentes. No se trata ciertamente de hacer constar de forma exhaustiva las posiciones adoptadas a lo largo del proceso de elaboración del Convenio, pero el punto de vista que en él se consagra será a veces más fácil de entender si se compara con otras ideas consideradas en diversos momentos.

Ahora bien, dado que el anteproyecto de Convenio preparado por la Comisión especial logró un amplio apoyo⁷ y que, por consiguiente, el texto definitivo mantiene gran parte de la estructura y de los principios fundamentales del anteproyecto, el presente Informe final recuperará, sobre todo en su primera parte, ciertas partes del Informe de la Comisión especial elaborado en abril de 1980 de cara al Decimocuarto período de sesiones⁸.

6 Este Informe final debe asimismo cumplir otro objetivo: proporcionar a quienes tengan que aplicar el Convenio un comentario detallado de sus disposiciones. Dado que este comentario está en principio destinado a aclarar el contenido literal de las disposiciones convencionales, nos preocuparemos mucho menos por recordar la génesis del mismo que por precisar su contenido.

7 De las consideraciones anteriores, se puede llegar a la conclusión de que los dos objetivos considerados están notablemente diferenciados y que los métodos de análisis utilizados para alcanzar uno y otro no pueden ser idénticos. No obstante, la referencia en ambos casos a un texto único, el del Convenio, implicará ciertas repeticiones que nos parecen inevitables. A pesar de dicho riesgo y dado el doble objetivo señalado, hemos dividido el Informe en dos partes: la primera está dedicada al estudio de los principios generales en los que se inspira el Convenio; la segunda está dedicada al examen del texto, artículo por artículo.

8 Por último, como ya señalaba en 1977 el profesor von Overbeck,⁹ parece oportuno recordar que este Informe ha sido elaborado, al final del Decimocuarto período de sesiones, a partir de las actas y las notas del

³ El Comité de Redacción, bajo la presidencia del Sr. Leal, en su calidad de Vicepresidente de la Primera comisión, estuvo formado por los Señores Savolainen (Finlandia), Chatin (Francia), Jones (Reino Unido) y la Ponente. El Sr. Dyer y varios secretarios redactores le prestaron una colaboración sumamente valiosa.

⁴ Doc. Trab. Nos. 45, 66, 75, 78, 79 y 83.

⁵ Doc. trab. n1 59, completado por la propuesta de la Secretaría contenida en el Doc. trab. n1 71. El Subcomité "Application Clauses" decidió no modificar el texto de los artículos elaborados al respecto por la Comisión Especial (Acta n1 12).

⁶ El Subcomité "Formulario-modelo", bajo la presidencia del profesor Müller-Freinfels (República Federal Alemana), estuvo formado por los Sres. Deschenaux (Suiza), Hergen (Estados Unidos), Barbosa (Portugal) y Minami (Japón) y por la Srta. Pripp (Suecia). El Subcomité "Application Clauses", presidido por el Sr. Van Boeschoten (Holanda), estaba formado por los Sres. Hête (Canadá), Hjortn (Dinamarca), Creswell (Australia) y Salem (Egipto), y por la Srta. Selby (Estados Unidos).

⁷ Ver, especialmente, las *Observations des Gouvernements*. Doc. Prel. N1 7.

⁸ Doc. Prel. N1 6.

⁹ Informe explicativo del *Convenio sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales*. *Actes et Documents de la Treizième session*, tomo II, p. 329

Ponente. Por lo tanto, no ha sido aprobado por la Conferencia y es posible que, a pesar de los esfuerzos del Ponente por ser objetivo, ciertas partes respondan a una apreciación parcialmente subjetiva.

PRIMERA PARTE - CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONVENIO

9 En su conjunto, el Convenio refleja un compromiso entre dos conceptos parcialmente distintos del objetivo a alcanzar. En efecto, se percibe en los trabajos preparatorios la tensión existente entre el deseo de amparar las situaciones de hecho alteradas por el traslado o el no retorno ilícitos de un menor y la preocupación por garantizar, sobre todo, el respeto de las relaciones jurídicas sobre las que pueden descansar tales situaciones. En este sentido, el equilibrio consagrado por el Convenio es bastante frágil. Por una parte, es claro que el Convenio no se refiere al fondo del derecho de custodia (artículo 19) pero, por otra parte, resulta asimismo evidente que el hecho de calificar de ilícito el traslado o el no retorno de un menor está condicionado por la existencia de un derecho de custodia que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretenden evitar.

I OBJETO DEL CONVENIO

10 El título de este capítulo hace referencia tanto al problema al que responde el Convenio como a los objetivos que ha adoptado en la lucha contra las sustracciones internacionales de menores. Después de abordar esos dos puntos, trataremos otros asuntos conexos que matizan notablemente el alcance de los objetivos perseguidos: se trata, en particular, de la importancia dada al interés del menor y de las posibles excepciones a la vuelta inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita.

A Delimitación del tema

11 Para delimitar el tema ¹⁰, nos limitaremos a recordar de forma muy breve que las situaciones consideradas resultan del uso de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor. La diversidad de circunstancias que pueden darse en cada caso concreto hace que cualquier intento de establecer una definición más precisa desde el punto de vista jurídico, esté abocada al fracaso. No obstante, dos elementos que aparecen siempre en las situaciones examinadas, confirman la caracterización aproximativa que se acaba de esbozar.

12 En primer lugar, en todas las hipótesis, nos encontramos ante el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia. Por supuesto, es preciso asimilar a semejante situación la negativa a devolver al menor a su entorno, tras una estancia en el extranjero, consentida por la persona que ejercía la custodia. En ambos casos, la consecuencia es, en efecto, la misma: el menor ha sido sustraído al entorno familiar y social en el que se desarrollaba su vida. Por lo demás, en este contexto, poco importa la naturaleza del título jurídico sobre el que descansaba el ejercicio del derecho de custodia sobre la persona del menor: desde este punto de vista, la existencia o ausencia de una resolución relativa a la custodia no cambia en absoluto los aspectos sociológicos del problema.

13 En segundo lugar, la persona que traslada al menor (o que es responsable del traslado, cuando la acción material es llevada a cabo por una tercera persona) confía en lograr de las autoridades del país al que el menor ha sido llevado el derecho de custodia. Se trata, por lo tanto, de alguien que forma parte del círculo

¹⁰ Véase, en particular, *Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents*, elaborado por D. Adair Dyer, Doc. Prel. N1 1, agosto de 1977, *supra*, p. 18-25 (citado en lo sucesivo como "Informe Dyer"), e Informe sobre el ante-proyecto de Convenio adoptado por la Comisión Especial. Doc. Prel. N1 6, mayo 1980, *supra*, p. 172-173.

familiar del menor, en un sentido amplio: de hecho, en la mayoría de los casos, la persona en cuestión es el padre o la madre.

14 Es frecuente que la persona que retiene al menor trate de conseguir que una resolución judicial o administrativa del Estado de refugio, legalice la situación de hecho que acaba de crear; no obstante, si no está segura del sentido de la resolución, es asimismo posible que opte por la inactividad, dejando así la iniciativa a la persona privada de su derecho. Ahora bien, incluso si ésta actúa rápidamente, es decir, aunque evite la consolidación en el tiempo de la situación creada por el traslado del menor, el secuestrador estará en una posición ventajosa, dado que será él quien haya elegido la jurisdicción que va a juzgar el caso, una jurisdicción que, en principio, considera la más favorable para sus pretensiones.

15 En conclusión, se puede afirmar que el problema abordado por el Convenio -con todo lo dramático que conlleva el que se refiera directamente a la protección de la infancia en las relaciones internacionales- adquiere toda su importancia jurídica por la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial. En efecto, por esta vía, el particular puede alterar la ley aplicable y lograr una resolución judicial que le sea favorable. Ciertamente, tal resolución, sobre todo cuando coexista con otras, dictadas por otras jurisdicciones, de contenido contradictorio, tendrá una validez geográficamente limitada pero, en cualquier caso, aportará un título jurídico suficiente para "legalizar" una situación de hecho que ninguno de los sistemas jurídicos afectados deseaba.

B *Los objetivos del Convenio*

16 Los objetivos del Convenio, que constan en el artículo primero, se podrían resumir de la forma siguiente: dado que un factor característico de las situaciones consideradas, reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. Para alcanzar este objetivo, el Convenio consagra en primer lugar entre sus objetivos el restablecimiento del **statu quo** mediante la "restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante". Las dificultades insuperables encontradas para fijar convencionalmente criterios de competencia directa en la materia ¹¹, llevaron en efecto a la elección de esta vía que, aun siendo indirecta, va a permitir en la mayoría de los casos que la resolución final respecto a la custodia, sea dictada por las autoridades de la residencia habitual del menor, antes de su traslado.

17 Por otra parte, aunque el objetivo recogido en el punto *b*, "velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados contratantes" presenta un carácter autónomo, su relación teleológica con el objetivo "retorno del menor" no es por ello menos evidente. En realidad, se podría estimar que se trata de un único objetivo considerado en dos momentos distintos: mientras que el retorno inmediato del menor responde al deseo de restablecer una situación que el secuestrador modificó de forma unilateral mediante una vía de hecho, el respeto efectivo de los derechos de custodia y visita se sitúa en un plano preventivo en la medida en que dicho respeto debe hacer desaparecer una de las causas más frecuentes de las sustracciones de menores.

Ahora bien, dado que el Convenio no precisa los medios que cada Estado debe emplear para hacer respetar el derecho de custodia existente en otro Estado contratante, cabe llegar a la conclusión de que, con excepción de la protección indirecta que conlleva la obligación de devolver el menor a la persona que tenía su custodia, el respeto del derecho de custodia escapa casi por completo del ámbito convencional. En cambio, el derecho de visita es objeto de una regulación, ciertamente incompleta, pero indicativa del interés atribuido a los contactos regulares entre padres e hijos, incluso cuando su custodia ha sido confiada sólo a uno de ellos o a una tercera persona.

¹¹ Tal opción fue rechazada en el curso de la primera reunión de la Comisión especial. Cf. *Conclusions des discussions de la Commission Spéciale de mars 1979 sur le kidnapping légal*, elaboradas por la Oficina Permanente. Doc. Prel. n1 5, junio 1979, *supra*, p. 163-164.

18 Si se admite lo bien fundado de las consideraciones que anteceden, cabe llegar a la conclusión de que cualquier intento de jerarquización de los objetivos del Convenio sólo puede tener un significado simbólico. En efecto, parece casi imposible establecer una jerarquización entre dos objetivos que tienen su origen en una única preocupación dado que, en definitiva, viene a ser más o menos lo mismo facilitar el retorno de un menor desplazado que tomar las medidas oportunas para evitar su desplazamiento.

Ahora bien, como veremos más adelante, el aspecto que el Convenio ha tratado de resolver en profundidad es el del retorno de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. La razón nos parece evidente: tras la retención ilícita de un niño, es cuando se producen las situaciones más dolorosas, aquellas que, a la vez que exigen soluciones especialmente urgentes, no pueden ser resueltas de forma unilateral por cada sistema jurídico afectado. Consideradas en su conjunto, todas esas circunstancias justifican, a nuestro entender, el desarrollo que recibe en el Convenio la regulación del retorno del menor y conceden al mismo tiempo, en el plano de los principios, cierta prioridad a este objetivo. Así pues, aun cuando en teoría los dos objetivos antes mencionados deben ser puestos en el mismo plano, en la práctica el deseo de garantizar el restablecimiento de la situación alterada por la acción del secuestrador es el que prevalece en el Convenio.

19 En un último esfuerzo de clarificación de los objetivos convencionales, cabe subrayar que, de conformidad especialmente con lo dispuesto en su artículo primero, el Convenio no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia. En este punto, el principio no explícito sobre el que descansa el Convenio es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, tanto si éste ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la custodia - situación en la que el derecho de custodia violado se ejercía **ex lege** - como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo una resolución preexistente.

C *Importancia dada al interés del menor*

20 Es preciso ante todo justificar las razones que nos llevan a incluir el examen de este punto en el contexto de las consideraciones relativas al objeto del Convenio. Consideraciones que aparecen de forma clara si se tiene en cuenta, por una parte, que el interés del menor se invoca a menudo al respecto y, por otra parte, que se podría argumentar que el objetivo convencional relativo al retorno del menor debería estar siempre subordinado a la toma en consideración de su interés.

21 A este respecto, se ha puesto de manifiesto con razón que "la norma jurídica que descansa sobre "el interés superior del menor" es, a primera vista, de tal imprecisión que parece más un paradigma social que una norma jurídica concreta. ¿Cómo dar consistencia a esta noción para decidir cuál es el interés **último** del menor sin caer en suposiciones, que sólo tienen su origen en el contexto moral de una cultura determinada? Al introducir el término "último" en la ecuación, se hacen aparecer de inmediato serios problemas dado que el enunciado general de la norma no permite saber claramente si "el interés" del menor que hay que proteger es el que sigue inmediatamente a la resolución, o el de su adolescencia, de su existencia de joven adulto, de su edad madura o de su vejez" ¹².

22 Por otra parte, no hay que olvidar que en nombre del "interés superior del menor", en el pasado, a menudo las jurisdicciones internas han concedido finalmente la custodia en litigio a la persona que se había llevado o había retenido al menor de forma ilícita. Puede ser que dicha resolución fuera la más justa; no obstante, no podemos ignorar el hecho de que el recurso, por parte de autoridades internas, a semejante noción implica el riesgo de traducir manifestaciones de la particularidad cultural, social, etc. de una comunidad nacional dada y por tanto, en el fondo, de formular juicios de valor subjetivos sobre la otra comunidad nacional de la que el menor acaba de ser arrancado.

¹² Informe Dyer, *supra*, p. 22-23.

23 Por los motivos invocados, entre otros, la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia": justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, "deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos".

24 Esos dos párrafos del preámbulo reflejan de forma bastante clara cuál ha sido la filosofía del Convenio al respecto, una filosofía que se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En este sentido, conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que "los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios"¹³.

En efecto, como ha señalado el Sr. Dyer, en la literatura científica dedicada al estudio de este problema, "la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores" es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida"¹⁴.

25 Por tanto es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio - uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual - responden en su conjunto a una concepción determinada del "interés superior del menor". No obstante, incluso desde la óptica elegida, era preciso admitir que el traslado de un niño puede a veces estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por ello el Convenio reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son más que manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia.

26 Por lo demás, la regulación del derecho de visita obedece asimismo a la preocupación por proporcionar a los niños unas relaciones familiares lo más completas posible, con el fin de favorecer un desarrollo equilibrado de su personalidad. Sin embargo, las opiniones tampoco son unánimes en este punto, lo que pone una vez más de manifiesto el carácter ambiguo del principio del interés del menor. En efecto, en contra del criterio admitido por el Convenio, ciertas tendencias sostienen que es preferible para el niño no tener contactos con los dos padres cuando la pareja está separada de jure o de facto. Sobre este punto, la Conferencia ha sido consciente del hecho de que esta solución puede resultar a veces la más aconsejable. Sin embargo, salvaguardando en todo caso el margen de apreciación de las circunstancias concretas inherente a la función judicial, la Conferencia ha preferido sin embargo la otra opción y el Convenio hace prevalecer claramente la idea que el derecho de visita es la contrapartida natural del derecho de custodia; una

¹³ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 31ª Sesión ordinaria. *Recomendación relativa a una Carta Europea de los derechos del niño*. Texto adoptado el 4 de octubre de 1979.

¹⁴ Informe Dyer, *supra*, p. 21.

contrapartida que, por consiguiente, debe en principio ser reconocida al progenitor que no tiene la custodia del menor.

D *Excepciones a la obligación de garantizar el retorno inmediato de los menores*

27 Dado que el retorno del menor es en cierta manera la idea básica del Convenio, las excepciones a la obligación general de garantizarlo constituyen un aspecto importante para comprender con exactitud su alcance. Evidentemente aquí no vamos a examinar de forma detallada las disposiciones que establecen tales excepciones; de lo que se trata es de esbozar el papel que desempeñan, haciendo sobre todo hincapié en las razones que han determinado su inclusión en el Convenio. Desde este punto de vista, es posible distinguir excepciones basadas en tres justificaciones distintas.

28 Por una parte, el artículo 13a reconoce que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido no están obligadas a ordenar el retorno del menor cuando el demandante, con anterioridad al traslado supuestamente ilícito, no ejercía de forma efectiva la custodia que ahora invoca o cuando dio su conformidad posteriormente a que se produjera la acción que ahora denuncia. Por consiguiente, se trata de situaciones en las que, o las condiciones previas al traslado no comportaban alguno de los elementos esenciales de las relaciones que el Convenio pretende proteger (el del ejercicio efectivo de la custodia), o el comportamiento posterior del progenitor desposeído muestra una aceptación de la nueva situación creada, lo que la hace más difícilmente impugnabile.

29 Por otra parte, los apartados 1b y 2 del mismo artículo 13 consagran excepciones que claramente se basan en la toma en consideración del interés del menor. Ahora bien, como ya se ha señalado anteriormente, el Convenio ha dado un contenido preciso a este concepto. Así, el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable.

30 Además, el Convenio admite asimismo que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés. Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores. No obstante, una disposición de esa naturaleza era indispensable dado que el ámbito de aplicación del Convenio **ratione personae** se extiende a los menores hasta el decimosexto cumpleaños; y es que, hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ejemplo de quince años, contra su voluntad. Por lo demás, en este punto concreto, los esfuerzos hechos para ponerse de acuerdo respecto a una edad mínima a partir de la cual la opinión del niño podría ser tomada en consideración han fracasado, ya que todas las cifras tenían un cierto carácter artificial, por no decir arbitrario; en consecuencia, se ha entendido que era preferible dejar la aplicación de esta cláusula al mejor juicio de las autoridades competentes.

31 En tercer lugar, también puede denegarse la restitución del menor cuando, de conformidad con el artículo 20, "no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Estamos ante una disposición poco habitual en los convenios en materias de derecho internacional privado y cuyo alcance exacto es difícil de determinar. Un intento en este sentido se encuentra en el comentario al artículo 20; aquí nos parece sobre todo interesante analizar su origen. En efecto, esta norma es el resultado de un compromiso entre delegaciones favorables y delegaciones contrarias a la inclusión en el Convenio de una cláusula de carácter público.

Esa posibilidad ha sido ampliamente debatida en el seno de la Primera comisión, bajo distintas fórmulas. Finalmente, tras cuatro votaciones negativas y por un único voto de diferencia, la Comisión admitió la posibilidad de desestimar la demanda de retorno del menor, mediante la formulación de una reserva que recogía la excepción de carácter público bajo una formulación restringida en relación con el derecho de la familia y la infancia del Estado requerido. La reserva prevista estaba literalmente formulada de la forma siguiente: "**Contracting States may reserve the right not to return the child when such return would be manifestly incompatible with the fundamental principles of the law relating to the family and children in the State addressed**" ¹⁵. Ahora bien, la adopción de este texto supuso la apertura de una importante brecha en el consenso que había presidido fundamentalmente hasta entonces los trabajos de la Conferencia; por tal motivo, conscientes de que era preciso dar con una solución ampliamente aceptable, todas las delegaciones se lanzaron a la búsqueda de tal solución, en el convencimiento de que constituía el camino más seguro para garantizar el éxito del Convenio.

32 El punto debatido era especialmente importante puesto que reflejaba, en parte, dos concepciones parcialmente distintas del objetivo del Convenio en materia del retorno del menor. En efecto, hasta ese momento el texto elaborado por la Primera comisión (de acuerdo con el anteproyecto preparado por la Comisión especial) había limitado las posibles excepciones al retorno del menor a la consideración de situaciones de hecho y de la conducta de las partes o a una apreciación específica del interés del menor. En cambio, la reserva que se acababa de aceptar implicaba que se admitía la posibilidad de denegar el retorno de un niño sobre la base de argumentos puramente jurídicos, sacados del derecho interno del Estado requerido. Derecho interno al que se hubiese podido recurrir, en el contexto de la disposición transcrita, ya sea para "evaluar" el título invocado por el padre desposeído, ya sea para valorar la legitimidad jurídica de la acción del secuestrador. Ahora bien, tales consecuencias alteraban notablemente un edificio convencional construido sobre la idea de que era preciso evitar que, por vías de hecho, se obviara la competencia normal de las autoridades de la residencia habitual del menor.

33 En esa situación, la aprobación por parte de una mayoría ¹⁶ tranquilizadora de la fórmula que figura en el artículo 20 del Convenio representa un esfuerzo loable de compromiso entre las distintas posturas, dado que el papel concedido a la ley interna del Estado de refugio se ha reducido notablemente. Por un lado, la referencia a los principios fundamentales relativos a la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales afecta a un área del derecho en el que existen numerosos compromisos internacionales. Por otra parte, la norma del artículo 20 va asimismo más lejos que las fórmulas tradicionales de la cláusula de orden público en lo que se refiere al grado de incompatibilidad existente entre el derecho invocado y la acción considerada; en efecto, para poder denegar el retorno del menor invocando el motivo que figura en esta disposición, la autoridad en cuestión debe comprobar no sólo la existencia de una contradicción sino también el hecho de que los principios protectores de los derechos humanos prohíben el retorno solicitado.

34 Para acabar con las consideraciones sobre los problemas abordados en este apartado, parece necesario subrayar que las excepciones, de los tres tipos examinados, al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado. En efecto, el Convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas. La puesta en práctica de este método exige que los Estados firmantes del Convenio estén convencidos de que pertenecen, a pesar de sus diferencias, a una única comunidad jurídica en el seno de la cual las autoridades de cada Estado reconocen que las autoridades de uno de ellos - las de la residencia habitual del niño- son en principio las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y de visita. Por tanto, una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la

¹⁵ Ver Acta N°9 y Doc. Trab. conexos.

¹⁶ El texto fue adoptado por 14 votos a favor, 6 en contra y 4 abstenciones, ver Acta N°13.

jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado.

II NATURALEZA DEL CONVENIO

A *Un convenio de cooperación entre autoridades*

35 Delimitando los fines perseguidos por los Estados contratantes, los objetivos de un convenio determinan en última instancia su naturaleza. Así, el Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es ante todo un convenio que pretende evitar los traslados internacionales de menores, instaurando una cooperación estrecha entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados contratantes. Dicha colaboración afecta a los dos aspectos que acabamos de analizar, por un lado la obtención del retorno inmediato del menor al entorno del que ha sido alejado y, por otro lado, el respeto efectivo de los derechos de custodia y de visita existentes en uno de los Estados contratantes.

36 Esta caracterización del Convenio puede realizarse también a través de un planteamiento negativo. Así, se puede comprobar ante todo que no se trata de un convenio relativo a la ley aplicable a la custodia de los menores. En efecto, las referencias relativas al derecho del Estado de la residencia habitual del menor, tienen un alcance limitado, dado que el derecho en cuestión sólo se tiene en cuenta para establecer el carácter ilícito del traslado (por ejemplo, en el artículo 3). En segundo lugar, el Convenio tampoco es un tratado sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de custodia. Tal opción fue descartada con plena conciencia, tras haber sido largamente debatida en el seno de la primera reunión de la Comisión especial. Y es que, dadas las consecuencias que el reconocimiento de una resolución extranjera tiene sobre el fondo de la controversia, esta institución está normalmente rodeada de garantías y excepciones que pueden alargar el procedimiento. Ahora bien, cuando se ha desplazado a un menor, el factor tiempo adquiere una importancia decisiva. En efecto, los trastornos psicológicos que el menor puede sufrir debido a dicho traslado podrían reproducirse si la resolución relativa a su retorno sólo se dictase al cabo de cierto tiempo.

37 Una vez que ha quedado claro que estamos ante un convenio basado en la idea de cooperación entre autoridades, es preciso señalar que sólo trata de resolver las situaciones que caigan dentro de su ámbito de aplicación y que afecten a dos o varios Estados partes. En efecto, la idea de un convenio "universalista" (es decir cuyo ámbito se extienda a cualquier caso internacional) es difícil de sostener fuera de los convenios en materia de ley aplicable. En este sentido, cabe recordar que los sistemas previstos, ya se trate del retorno del menor o de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visita, se basan en gran medida en una cooperación entre las Autoridades centrales que se produce a través de derechos y deberes mutuos. De la misma forma, cuando los particulares se dirigen directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, amparándose en el Convenio, la aplicación de los beneficios convencionales responde asimismo a una idea de reciprocidad que, en principio, excluye su extensión a los ciudadanos de terceros Estados. Por otra parte, aunque el Convenio sólo alcance la plenitud de sus objetivos entre los Estados contratantes, las autoridades de cada uno de los Estados tienen perfecto derecho a inspirarse en las disposiciones convencionales para tratar otras situaciones similares.

B *Carácter autónomo del Convenio*

38 Basado, como está, en el concepto de cooperación entre autoridades, con el fin de alcanzar unos objetivos precisos, el Convenio es autónomo respecto a los convenios existentes en materia de protección de menores o relativos al derecho de custodia. Así pues, una de las primeras decisiones tomadas por la Comisión especial consistió en orientar sus trabajos en el sentido de un convenio independiente más que en elaborar un protocolo al **Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores**. Bajo este mismo punto de vista, tampoco podía

limitarse a los modelos propuestos por los convenios relativos al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de custodia, incluido el modelo propuesto en el Convenio del Consejo de Europa¹⁷.

39 Tal autonomía no significa que las disposiciones pretendan resolver todos los problemas que plantean las sustracciones internacionales de menores. Muy al contrario, en la medida en que los objetivos del Convenio, aun siendo ambiciosos, tienen un alcance muy concreto, el problema de fondo del derecho de custodia se sitúa fuera de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, el Convenio está condenado a coexistir inevitablemente con las normas relativas a la ley aplicable y al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras de cada Estado contratante, con independencia de que su origen sea interno o convencional.

Por otra parte, incluso en su ámbito propio, el Convenio no pretende ser aplicado de forma exclusiva: desea, ante todo, el cumplimiento de los objetivos convencionales, por lo que reconoce de forma explícita la posibilidad de invocar, a la vez que el Convenio, cualquier otra norma jurídica que permita lograr el retorno de un menor trasladado o retenido de forma ilícita, o la organización de un derecho de visita (artículo 34).

C Relaciones con otros convenios

40 El Convenio se presenta como un instrumento destinado a aportar una solución urgente, con vistas a evitar la consolidación jurídica de las situaciones, inicialmente ilícitas, causadas por el traslado o el no retorno de un menor. En la medida en que no trata de resolver el fondo de los derechos de las partes, su compatibilidad con otros convenios se impone. No obstante, dicha compatibilidad sólo se podía conseguir garantizando la aplicación prioritaria de las disposiciones susceptibles de proporcionar una solución de urgencia y, en cierta medida, provisional. En efecto, las cuestiones sobre el derecho de custodia deberán plantearse ante los tribunales competentes una vez que el menor haya vuelto a su residencia habitual. En este punto, el artículo 34 establece que "el presente Convenio tendrá prioridad en las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación sobre el *Convenio del 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, entre los Estados que sean parte en ambos convenios*, entre los Estados Partes en ambos Convenios". Además, dado que se pretende evitar la posibilidad de que se aplaze la aplicación de las disposiciones convencionales invocando disposiciones que afectan al fondo del derecho de custodia, el principio previsto en el artículo 34 debería extenderse a cualquier disposición que afecte al derecho de custodia, sea cual sea su origen. Por el contrario, como se acaba de subrayar en el párrafo anterior, las partes pueden recurrir a cualquier norma que facilite el cumplimiento de los objetivos convencionales.

D Apertura del Convenio a los Estados no miembros de la Conferencia de la Haya

41 En este punto también, el Convenio se nos muestra como un Convenio de cooperación, lo que determina su carácter semi-abierto. En principio, cualquier Estado podrá suscribir el Convenio pero su adhesión "surtirá efecto sólo respecto de las relaciones entre el Estado adherido y aquellos Estados contratantes que hayan declarado su aceptación de la adhesión" (artículo 38). Al actuar así, los Estados contratantes han tratado de mantener el equilibrio necesario entre el deseo de universalismo y la convicción de que un sistema de cooperación sólo es eficaz cuando entre las Partes se da un grado de confianza mutuo suficiente.

¹⁷ Se trata del *Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia*, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 30 de noviembre de 1979 y abierto a la firma de los Estados Miembros, en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980.

Es más, la elección del sistema de la aceptación explícita de la adhesión por cada Estado miembro, para que ésta se convierta en efectiva con respecto a ellos¹⁸, de preferencia al sistema, más abierto, que considera que la adhesión surte sus efectos salvo en las relaciones con el Estado miembro que se opone a la misma en un plazo establecido¹⁹, prueba la importancia atribuida por los Estados a la selección de sus co-contratantes en la materia objeto del Convenio.

III INSTRUMENTOS DE APLICACION DEL CONVENIO

A *Las Autoridades centrales*

42 Un convenio de cooperación como el que nos ocupa puede en principio orientarse en dos sentidos distintos: imponer la cooperación directa entre las autoridades internas competentes en el ámbito de aplicación del Convenio o basar su acción en la creación de Autoridades centrales en cada Estado contratante, para que coordinen y canalicen la cooperación deseada. El anteproyecto establecido por la Comisión especial consagraba de forma bastante clara la elección hecha en favor de la segunda opción y el propio Convenio sigue estando construido en gran medida sobre la intervención y las competencias de las Autoridades centrales.

43 No obstante, la admisión inequívoca de la posibilidad reconocida a los particulares de dirigirse directamente a las autoridades judiciales o administrativas competentes en la aplicación del Convenio (artículo 29) incrementa la importancia del deber que éstas tienen de cooperar, hasta el punto de que el sistema seguido por el Convenio puede calificarse como "sistema mixto" dado que, al margen de las obligaciones de las Autoridades centrales, se introducen otras que son propias de las autoridades judiciales o administrativas.

44 Además, sería un error pretender construir un convenio para luchar contra las sustracciones internacionales de menores sin tener en cuenta el importante papel desempeñado por las autoridades judiciales o administrativas internas en todas las cuestiones relacionadas con la protección de los menores.

En este contexto, la referencia a las autoridades administrativas debe ser entendida como consecuencia natural del hecho de que, en ciertos Estados miembros de la Conferencia, dicha tarea se confía a autoridades de tal naturaleza mientras que en la mayoría de los sistemas jurídicos la competencia en la materia corresponde a las autoridades judiciales. En resumidas cuentas, es a las autoridades encargadas dentro de cada Estado de resolver sobre la custodia y la protección de los menores a las que el Convenio confía la responsabilidad de resolver los problemas planteados, ya se trate del retorno de un menor trasladado o retenido de forma ilícita o de la organización del ejercicio del derecho de visita. De este modo, el Convenio hace suya la exigencia de seguridad jurídica que inspira en este campo a todos los derechos internos. En efecto, aunque las resoluciones respecto al retorno de los menores no prejuzguen el fondo del derecho de custodia (véase artículo 19), van a tener una influencia notable en la vida de los menores concernidos; de ahí que la adopción de tales decisiones, la asunción de semejante responsabilidad, deban corresponder de modo necesario a las autoridades habitualmente competentes según el derecho interno.

45 No obstante, en sus grandes líneas y en la gran mayoría de los casos, la aplicación del Convenio dependerá del funcionamiento de los instrumentos que él mismo establece al efecto, es decir de las Autoridades centrales. En lo referente a su regulación por el Convenio, la primera observación que cabe hacer es que la Conferencia ha tenido conciencia de las profundas diferencias existentes en la organización de los Estados miembros; ésta es la razón por la que el Convenio no especifica en absoluto cuáles deben ser la

¹⁸ A semejanza del artículo 39 del *Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil*, de 18 de marzo de 1970, ver P.V. N°13.

¹⁹ Sistema consagrado, entre otros, en el *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia*, adoptado igualmente en la Decimocuarta sesión de la Conferencia.

estructura y la capacidad de acción de las Autoridades centrales, dos aspectos que serán necesariamente regidos por la ley interna de cada Estado contratante. La aceptación de esta premisa se traduce en el Convenio en el reconocimiento de que las tareas asignadas en especial a las Autoridades centrales podrán ser llevadas a cabo directamente por ellas mismas o con el concurso de un intermediario (artículo 7). Es evidente, por ejemplo, que la localización de un menor puede exigir la intervención de la policía; asimismo, la adopción de medidas provisionales o la iniciación de procedimientos judiciales respecto de relaciones privadas pueden caer fuera de las competencias susceptibles de ser atribuidas a las autoridades administrativas por ciertas leyes internas. No obstante, en todos los casos, la Autoridad central sigue siendo el destinatario de las obligaciones que el Convenio le impone, en su condición de "organizador" de la cooperación deseada para luchar contra los traslados ilícitos de menores. Por otra parte, teniendo una vez más en cuenta las particularidades de los distintos sistemas jurídicos, el Convenio admite que la Autoridad central pueda exigir que la demanda que se le dirija vaya acompañada de una autorización "por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del demandante o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre" (artículo 28).

46 Por otra parte, siguiendo una tradición muy arraigada de la Conferencia de la Haya²⁰, el Convenio establece que tanto los Estados federales como los Estados plurilegislativos o que tengan organizaciones territoriales autónomas serán libres de designar más de una Autoridad central. Sin embargo, los problemas comprobados en la aplicación práctica de los convenios que prevén la existencia de varias Autoridades centrales en el territorio de un único Estado, así como, particularmente, las características especiales de la materia objeto del presente Convenio, han llevado a la Conferencia, según el criterio ya establecido por la Comisión especial, a dar un paso más hacia una especie de "jerarquización" de las Autoridades centrales en esos Estados. En efecto, limitándonos al segundo aspecto mencionado, si la persona que ha trasladado o retenido a un menor se sirve de la extrema facilidad de las comunicaciones dentro de un Estado, el demandante o la Autoridad central del Estado requirente podrían verse obligados a repetir varias veces su demanda con vistas a lograr el retorno del menor; además, existe la posibilidad de que, incluso teniendo serias razones para creer que el niño se encuentra en un Estado contratante, se ignore cuál es la unidad territorial de su residencia.

²⁰ Cf., por ejemplo, el artículo 18, apartado tercero, del *Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, de 15 de noviembre de 1965*. *Id.* los artículos 24 y 25 del *Convenio relativo a la obtención de ruebas en el extranjero en materia civil o comercial, de 18 de marzo de 1970*.

47 Para proporcionar una solución a esas situaciones y a otras similares, el Convenio prevé que los Estados que establezcan más de una Autoridad central designarán a la vez "la Autoridad central a la que puedan dirigir las solicitudes, con el fin de que las transmita a la Autoridad central competente en dicho Estado" (artículo 6). El tema es importante dado que el Convenio limita en el tiempo la obligación impuesta a las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido en lo referente al retorno inmediato del menor²¹: un error en la elección de la Autoridad central puede por tanto tener consecuencias decisivas para las pretensiones de las partes. Ahora bien, para evitar que un factor no previsto por el Convenio modifique la aplicación normal del mismo, será preciso que esta especie de "super Autoridad central" prevista en el artículo 6 adopte una actitud activa. En efecto, puesto que esta "super Autoridad" deberá servir de puente entre la Autoridad central de su propio Estado que sea competente en cada caso específico, de un lado y, de otro lado, las Autoridades centrales de los demás Estados contratantes, se verá obligada a elegir entre proceder a la localización del menor para poder transmitir la causa a la Autoridad central adecuada o transmitir una copia de la demanda a todas las Autoridades centrales del Estado, lo que provocará inevitablemente una multiplicación de los servicios burocráticos. En todo caso, lo que está fuera de duda es que dicha Autoridad central desempeñará un papel fundamental en la aplicación del Convenio en las relaciones que afecten a los Estados anteriormente mencionados.

B El formulario modelo

48 De acuerdo con la decisión tomada por la Comisión especial en su segunda reunión, el Decimocuarto período de sesiones de la Conferencia aprobó, al mismo tiempo que el Convenio, una Recomendación que incluye un formulario modelo para las demandas de retorno de menores trasladados o retenidos de forma ilícita. Al respecto, conviene hacer dos observaciones. La primera se refiere al valor jurídico de esta Recomendación: para establecerlo, parece aconsejable recurrir al derecho general de las organizaciones internacionales. Ahora bien, desde este punto de vista, una recomendación es en esencia una invitación no vinculante dirigida por una organización internacional a uno, varios o todos los Estados miembros. Por consiguiente, los Estados no están obligados *stricto sensu* a utilizar el formulario modelo contenido en esa Recomendación: incluso se ha puesto gran cuidado en evitar presentarlo como anexo al Convenio. Las razones de esta forma de actuar son evidentes. Ante todo, dada la falta de experiencia internacional previa en el campo cubierto por el Convenio, cabe pensar que al cabo de unos años la aplicación práctica de las disposiciones convencionales llevará a aconsejar la introducción de ciertas modificaciones en el formulario aprobado. Ahora bien, parece preferible no someter una eventual revisión del texto a los trámites que exigiría el derecho internacional público en materia de revisión de tratados internacionales. Por lo demás, es posible sostener que al margen de una futura acción concertada de la Conferencia en este punto, la adaptación del formulario recomendado a los Estados podrá asimismo ser obra de los contactos bilaterales emprendidos por las Autoridades centrales, en ejecución de la obligación general recogida en el artículo 7, apartado 21, letra i. Por otra parte, una consecuencia directa de la decisión de no hacer obligatorio el uso del formulario modelo es que el Convenio incluye una enumeración de los datos que deben constar necesariamente en cualquier demanda dirigida a una Autoridad central (artículo 8).

49 La segunda observación se refiere al ámbito de aplicación y al contenido del formulario recomendado. En efecto, aun cuando el Convenio regula también aspectos importantes relacionados con el derecho de visita, el formulario propuesto se limita a ofrecer una solicitud modelo con vistas al retorno del menor. Dato que muestra la polarización del interés de la Conferencia en la solución de los problemas planteados tras el traslado del menor, al mismo tiempo que se hace hincapié en el carácter original de la vía elegida para lograrlo. Y es que, es precisamente porque esta vía es nueva, por lo que ha parecido aconsejable incluir una indicación relativa a su modo de utilización.

²¹ Cf. *infra*, comentario al artículo 12 del Convenio.

50 En cuanto al formulario mismo, su contenido desarrolla de forma muy precisa los elementos exigidos por el Convenio; no obstante, quisiera llamar la atención sobre dos puntos menores. En primer lugar, respecto a la mención "fecha y lugar del matrimonio" de los padres del menor en cuestión: en la medida en que no va seguida, entre paréntesis, de la expresión "si procede", parece que se da un tratamiento excepcional y discriminatorio a la situación de los hijos naturales. Por lo demás, la ausencia de dicha expresión al lado de la referencia a la fecha y al lugar de nacimiento del niño concuerda mal con la precisión de la que hace gala en este punto el artículo 8 del Convenio cuando añade, refiriéndose a la fecha de nacimiento, "cuando sea posible obtenerla".

51 Por otra parte, existe una falta de concordancia entre el texto francés y el texto inglés, en lo que se refiere a los "informes relativos a la persona de la que se alega que ha sustraído o retenido al menor". Al respecto, parece preferible atenerse al texto inglés, más completo, sobre todo en cuanto a la mención de la nacionalidad del presunto secuestrador, un elemento que a veces será decisivo para la localización del menor.

IV ESTRUCTURA Y TERMINOLOGIA

A *La estructura del Convenio*

52 Los artículos 1, 2, 3 y 5 definen el ámbito de aplicación material del Convenio, precisando sus objetivos y los requisitos para poder considerar que el traslado o el no retorno de un menor son ilícitos. El artículo 4 se refiere al ámbito de aplicación personal del Convenio, mientras que el artículo 35 determina su aplicación en el tiempo. Los artículos 6 y 7 tratan de la creación de las Autoridades centrales y sus obligaciones. Los artículos 8, 27 y 28 se refieren a la facultad de someter un asunto a las Autoridades centrales y los documentos que pueden adjuntarse o completar una demanda que les haya sido presentada. Los artículos 9 a 12 y 14 a 19 tratan de las distintas vías instauradas para lograr el retorno de un menor, así como del alcance jurídico de una resolución al efecto. Los artículos 13 y 20 se refieren a las excepciones a la obligación general de devolver el niño. El artículo 21 establece los deberes específicos asumidos por los Estados respecto al derecho de visita. Los artículos 22 a 26 y 30 (así como los artículos 27 y 28 anteriormente mencionados) se refieren a ciertos aspectos técnicos relacionados con el procedimiento y los gastos que puedan resultar de las demandas presentadas en aplicación del Convenio. Los artículos 29 y 36 reflejan el punto de vista no exclusivo que rigió en la elaboración del Convenio precisando, por un lado, la acción directa posible de los particulares ante las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes, fuera del marco de las disposiciones convencionales, y por otro lado la facultad reconocida a los Estados contratantes de derogar convencionalmente las restricciones a las que puede estar sujeto el retorno del menor de conformidad con el presente Convenio. Los artículos 31 a 34 hacen referencia a los Estados plurilegislativos y a las relaciones con otros convenios. Por último, los artículos 37 a 45 contienen las cláusulas finales.

B *Terminología utilizada por el Convenio*

53 Fiel a una larga tradición de la Conferencia de la Haya, el Convenio ha evitado definir los términos utilizados, con excepción de los contenidos en el artículo 5 sobre los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita, indispensables para determinar el ámbito de aplicación material del Convenio. Ámbito material que será examinado en su contexto. Aquí sólo queremos referirnos a un aspecto que afecta a la terminología y que, a nuestro entender, merece un breve comentario. Se trata de la falta de concordancia entre el título del Convenio y la terminología utilizada en el texto del mismo. En efecto, mientras que el primero utiliza la expresión "sustracción internacional de menores", las disposiciones convencionales recurren a perífrasis o, en todo caso, a expresiones menos precisas, tales como "traslado" o "no retorno". La explicación está en relación directa con la delimitación del ámbito del Convenio. En este punto, como se ha señalado anteriormente (véanse N1 12 a 16), el estudio del problema que aborda el Convenio pone de manifiesto que en lo que se refiere tanto a las relaciones normalmente existentes entre "secuestrador" y "menor" como a las

intenciones del primero, estamos muy lejos de los delitos tipificados con el nombre de "secuestro", "kidnapping" o "enlèvement". Así pues, dado que se está lejos de los problemas propios del derecho penal, se ha evitado utilizar en el texto del Convenio términos que puedan tener un significado equívoco.

Por el contrario, ha parecido aconsejable utilizar el término "sustracción" en el título del Convenio, debido a su uso habitual en los medios de comunicación y a su resonancia en la opinión pública. No obstante, para evitar cualquier equívoco, el propio título precisa, como lo hacía ya el título del anteproyecto, que el Convenio sólo tiene por objeto regular los "aspectos civiles" del fenómeno en cuestión. Si a lo largo de este Informe utilizamos de vez en cuando términos como "sustracción" o "secuestrador", tal como, por lo demás, aparecen en el formulario modelo, es porque permiten a veces una redacción más fácil; en cualquier caso, habrá que entenderlos con todos los matices que su aplicación comporta al problema específico al que se refiere el Convenio.

SEGUNDA PARTE - COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS DEL CONVENIO

CAPÍTULO I – Ámbito de aplicación del Convenio

54 El capítulo primero define el ámbito de aplicación material y personal del Convenio (ámbito de aplicación *ratione materiae* y *ratione personae*). No obstante, para tener una perspectiva global del ámbito convencional, es preciso asimismo tener en cuenta el artículo 34 relativo a las relaciones con otros convenios, el artículo 35 que fija su ámbito de aplicación en el tiempo y los artículos 31 a 33 que se refieren a la aplicación del Convenio en los Estados plurilegislativos.

Artículo 1- Los objetivos del Convenio

a Observaciones generales

55 El artículo expone en dos párrafos los objetivos convencionales, de los que ya hemos hablado de forma bastante amplia en la primera parte de este Informe. Por lo tanto es evidente que la falta de paralelismo entre el título y el contenido del Convenio va más allá de una cuestión puramente terminológica²². En cualquier caso, es preciso reconocer que los términos utilizados en el título, a pesar de su falta de rigor jurídico, poseen un poder evocador y una fuerza que llaman la atención, algo que es fundamental.

56 En lo referente a la naturaleza de los casos regulados, se impone hacer una observación de alcance general. Aun cuando el Convenio no incluye ninguna disposición que proclame el carácter internacional de las situaciones consideradas, semejante conclusión resulta tanto del título como de los distintos artículos. Ahora bien, en el presente caso, el carácter internacional resulta de una situación de hecho, es decir de la dispersión de los miembros de una familia por distintos países. Una situación puramente interna en el momento de su nacimiento puede por tanto caer dentro del ámbito de aplicación del Convenio por el hecho, por ejemplo, de que uno de los miembros de la familia se haya trasladado al extranjero con el menor o del deseo de ejercer un derecho de visita en otro país en el que resida la persona que pretende tener dicho derecho. Por el contrario, la diferencia de nacionalidad de las personas afectadas no implica necesariamente que se esté ante un caso internacional al que se deba aplicar el Convenio, aunque se trata de un indicio claro de una posible internacionalización, en el sentido en el que se ha descrito.

b Letra a

57 El objetivo de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita ya ha sido ampliamente comentado. Por lo demás, el Decimocuarto período de sesiones no ha modificado en

²² Véase al respecto el Informe de la Comisión especial, N°52.

absoluto el contenido literal de la fórmula aprobada por la Comisión especial. Así pues, aquí nos limitaremos a hacer dos breves aclaraciones sobre su redacción. La primera se refiere a la caracterización de los comportamientos que el cumplimiento de este objetivo querría evitar. En resumen, como ya sabemos, se trata de cualquier conducta que altere las relaciones familiares existentes antes o después de una resolución judicial, utilizando a un menor que, de este modo, se convierte en instrumento y principal víctima de la situación. En este contexto, la referencia a los menores "retenidos de forma ilícita" pretende incluir los casos en los que el menor que se encontraba en un lugar distinto del de su residencia habitual - con el consentimiento de la persona que ejercía normalmente su custodia- no es devuelto por la persona con la que residía provisionalmente. Se trata de la situación típica que se produce cuando el traslado del menor es consecuencia de un ejercicio abusivo del derecho de visita.

58 En segundo lugar, el texto comentado precisa que los niños cuyo retorno se intenta garantizar son aquellos que han sido trasladados o retenidos "en cualquier Estado contratante". Semejante precisión tiene un doble sentido. Por una parte, en cuanto a la disposición contenida en el artículo 4, delimita el ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio a los menores que, teniendo su residencia habitual en uno de los Estados contratantes, son trasladados o retenidos en el territorio de otro Estado contratante.

59 Pero tales palabras tienen también un sentido totalmente distinto. En efecto, de esta forma, el objetivo del Convenio analizado, considerado en sí mismo o en relación con la disposición del artículo 2, se convierte en general, es decir aplicable a todos los menores que, en las condiciones descritas, se encuentran en un Estado contratante. No obstante, existirá siempre una diferencia en la situación jurídica entre los menores que tenían su residencia habitual, antes del traslado, en otro Estado contratante y los demás menores. Y es que, la situación de los primeros deberá ser resuelta mediante aplicación directa de las disposiciones convencionales. En cambio, la obligación de los Estados para con los demás menores es mucho más matizada en la medida en que resultaría (abstracción hecha de la legislación interna) del deber consagrado por el artículo 2, que podría ser descrito como el deber de tomar las medidas adecuadas para evitar que sus territorios se conviertan en lugares de refugio de posibles "secuestradores".

c Letra b

60 El objetivo convencional perseguido en esta letra resulta claro en la redacción que se le ha dado durante el Decimocuarto período de sesiones²³. Respecto a su ámbito de aplicación, ahora es evidente que las situaciones consideradas son las mismas que aquellas a las que se aplica el Convenio, es decir las situaciones internacionales que ponen en relación a dos o varios Estados contratantes. La precisión no es inútil, sobre todo si se tiene en cuenta que el texto del anteproyecto permitía otras interpretaciones, especialmente su referencia a situaciones internas.

61 En cuanto a cuál sea el alcance que se ha querido dar al objetivo consagrado en este párrafo, se impone distinguir entre derecho de custodia y derecho de visita. En lo que al derecho de custodia se refiere, se puede afirmar que el Convenio no ha tratado de desarrollarlo de forma autónoma. Así pues, es en la obligación general recogida en el artículo 2, así como en la regulación del retorno del menor - basada, como se verá en el marco del comentario del artículo 3, en el respecto de un derecho de custodia efectivamente ejercido y atribuido por el derecho del Estado de la residencia habitual- donde hay que encontrar la continuación de la disposición al respecto. En cambio, el derecho de visita ha tenido un destino más favorable y las bases sobre las que debe construirse su respeto efectivo aparecen, al menos en grandes líneas, en el contexto del artículo 21.

²³ Cf. Doc. Trab. N°2 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) y Acta N°2.

Artículo 2 - Obligación general de los Estados contratantes

62 En estrecha relación con los objetivos amplios y flexibles del artículo 1 *b*, este artículo consagra una obligación general de comportamiento de los Estados contratantes; se trata pues de una obligación que, contrariamente a las obligaciones de resultado, normalmente incluidas en los convenios, no exige realizaciones concretas sino, más simplemente, la adopción de una actitud determinada con vistas a llegar a tales realizaciones. En este caso, la actitud, el comportamiento exigido a los Estados se traduce en adoptar "todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio". El Convenio trata así, al mismo tiempo que salvaguarda el carácter *self-executing* de los restantes artículos, de animar a los Estados contratantes a inspirarse en sus normas para resolver las situaciones similares a aquellas de las que se ocupa, pero que no entran dentro de su ámbito de aplicación *ratione personae* o *ratione temporis*. Por una parte, ello debería llevar a una consideración cuidadosa de las disposiciones convencionales cuando el Estado proyecte la modificación de la legislación interna en materia de derechos de custodia o de visita; por otra parte, la ampliación de los objetivos del Convenio a casos no cubiertos por su normativa debería influir en la acción de los tribunales y traducirse en una disminución del recurso a la excepción de carácter público a la hora de pronunciarse sobre relaciones internacionales que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio.

63 En su última frase, además, el artículo precisa una de las medidas consideradas, subrayando la importancia atribuida por la Conferencia a la utilización de procedimientos rápidos en las causas relativas a los derechos de custodia o de visita. No obstante, la disposición no impone a los Estados la obligación de aprobar nuevos procedimientos en su derecho interno; la concordancia establecida entre el texto francés y el texto inglés pretende precisamente evitar semejante interpretación, que el texto francés original hacía posible. Por tanto, la disposición que comentamos se limita a pedir a los Estados contratantes que, en las cuestiones que se refieran a la materia objeto del Convenio, utilicen los procedimientos más rápidos que existan en su propio ordenamiento jurídico.

Artículo 3 - El carácter ilícito de un traslado o de una retención

a Observaciones generales

64 La totalidad del artículo 3 constituye una disposición clave del Convenio, ya que de su aplicación depende la puesta en marcha de los mecanismos convencionales con vistas al retorno del menor; en efecto, el Convenio sólo impone la obligación de devolver al menor cuando ha habido un traslado o un no retorno considerado como ilícitos por el Convenio. Ahora bien, al señalar los requisitos que debe cumplir una situación para que su alteración unilateral pueda ser calificada de ilícita, este artículo pone indirectamente de manifiesto las relaciones que el Convenio pretende proteger; dichas relaciones están basadas en un doble elemento: *primo*, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor; *secundo*, el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado. Analicemos con más detenimiento el tenor de los requisitos mencionados.

b El elemento jurídico

65 En cuanto al elemento que podríamos denominar jurídico de las situaciones consideradas, las relaciones que el Convenio pretende defender son aquellas que ya están protegidas, al menos por la apariencia de un título válido sobre el derecho de custodia, en el Estado de la residencia habitual del menor; es decir por el derecho del Estado en el que dichas relaciones se desarrollaban antes del traslado. La afirmación anterior exige ciertas precisiones sobre dos puntos concretos. El primer aspecto que es preciso considerar se refiere al derecho cuya violación determina la existencia de un traslado o no retorno ilícitos, de acuerdo con el Convenio. Se trata, como se acaba de decir, del derecho de custodia: en efecto, aun cuando en el transcurso del

Decimocuarto período de sesiones se plantearon los problemas que pueden derivarse de la violación de un derecho de visita, sobre todo cuando el titular de la custodia traslada al menor al extranjero, la opinión mayoritaria fue que no se puede asimilar dicha situación a los traslados ilícitos que se intentan prevenir²⁴. Este ejemplo, y otros similares en los que la violación del derecho de visita altera notablemente el equilibrio de la situación establecida por una resolución, son ciertamente la prueba de que las resoluciones relativas a la custodia de los menores deberían ser siempre susceptibles de revisión. Pero tal problema escapa al esfuerzo de coordinación emprendido por la Conferencia de la Haya; se habría llegado a resultados discutibles si, a través de la igual protección concedida a los derechos de custodia y de visita, la aplicación del Convenio hubiese conducido, en el fondo, a la sustitución de los titulares de uno por los titulares del otro.

²⁴ Cf. Doc. Trab. N°5 (Propuesta de la delegación canadiense) y Acta N°1.

66 La segunda cuestión a analizar se refiere al derecho elegido para apreciar la validez inicial del título invocado. No nos detendremos aquí sobre el concepto de la residencia habitual: se trata en efecto de un concepto familiar a la Conferencia de la Haya, en la que se entiende como un concepto de puro hecho que difiere en particular del concepto de domicilio. Por lo demás, la elección del derecho de residencia habitual como criterio determinante de la legalidad de la situación transgredida por la sustracción, es lógica. En realidad, a los argumentos que han actuado en favor de atribuirle un papel dominante en materia de protección de menores, como en el Convenio de la Haya de 1961, viene a añadirse la propia naturaleza del Convenio, es decir su ámbito limitado. En este sentido, es preciso hacer dos consideraciones: por una parte, el Convenio no trata de resolver definitivamente la custodia de los menores, lo que debilita considerablemente los argumentos favorables a la ley nacional; por otra parte, las normas convencionales descansan en gran medida en la idea subyacente de que existe una especie de competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio relativo a su custodia. Desde otra perspectiva, hay que llamar también la atención sobre el hecho de que el Convenio habla del "derecho" del Estado de la residencia habitual, alejándose así de la tradición arraigada en los Convenios de la Haya sobre la ley aplicable, elaborados a partir de 1955, que someten la regulación del tema del que tratan a una ley interna determinada. Es cierto que en esos casos el término "ley" debe asimismo entenderse en su sentido más amplio, que cubra tanto las normas escritas y consuetudinarias - sea cual sea su rango- como las precisiones aportadas por su interpretación jurisprudencial. No obstante, el adjetivo "interna" implica la exclusión de cualquier referencia a las normas de conflicto de la ley designada. Así pues, si el Convenio ha abandonado la fórmula tradicional para hablar del "derecho de la residencia habitual", la diferencia no puede ser puramente terminológica. En efecto, como prueban los trabajos preparatorios²⁵, desde el principio, la intención fue ampliar el abanico de las disposiciones que deben ser tenidas en cuenta en este contexto. De hecho, en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones, hubo incluso una propuesta tendente a explicitar en este artículo que la referencia al derecho de la residencia habitual se extendía a sus normas de derecho internacional privado; si la propuesta fue rechazada, se debió a que la Conferencia estaba convencida de que semejante inclusión era superflua y resultaba implícita dado que el texto no excluye ni directa ni indirectamente las normas en cuestión²⁶.

67 Las consideraciones anteriores nos muestran que la invocación del derecho de la residencia habitual del menor es todo lo amplia que puede ser. Del mismo modo, las fuentes de las que puede proceder el derecho de custodia que se pretende proteger son todas aquellas que puedan fundamentar una reclamación en el marco del sistema jurídico en cuestión. Al respecto, el apartado 2 del artículo 3 considera algunas de esas fuentes – las más importantes sin duda- pero subrayando el carácter no exhaustivo de la enumeración; en efecto, dicho apartado establece que "el derecho de custodia mencionado en a) puede resultar ..", haciendo así hincapié en la posible existencia de otros títulos no recogidos en el texto. Ahora bien, como se verá en los párrafos siguientes, las fuentes elegidas cubren un amplio abanico jurídico; por tanto, la precisión de su carácter parcial debe ser entendida sobre todo como tendente a favorecer una interpretación flexible de los conceptos utilizados, que les permita abarcar el máximo posible de hipótesis.

68 La primera de las fuentes a las que hace alusión el artículo 3 es la ley, cuando dice que la custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho. Esto nos lleva a insistir en uno de los rasgos característicos del Convenio, en concreto su aplicabilidad a la protección de los derechos de custodia ejercidos antes de cualquier resolución en la materia. El punto es importante dado que no se puede ignorar que, desde el punto de vista estadístico, los casos en los que el menor es trasladado antes de que se haya dictado una resolución respecto a su custodia son bastante frecuentes. Por lo demás, en tales situaciones, las posibilidades existentes al margen del Convenio de que el padre desposeído pueda recuperar al menor son casi nulas, salvo que recurra a su vez a vías de hecho siempre perjudiciales para el menor. A este respecto, al incluir estos casos en su ámbito de aplicación, el Convenio ha progresado de forma significativa en la solución de problemas reales

²⁵ Cf. el Informe de la Comisión especial, N°62, *supra*, p. 90.

²⁶ Cf. Doc. Trab. N°2 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) y Acta N°2.

que anteriormente escapaban en gran medida a los mecanismos tradicionales del derecho internacional privado.

En cuanto a saber cuál es, según el Convenio, el sistema jurídico que puede atribuir el derecho de custodia que se desea proteger, es preciso volver a las consideraciones desarrolladas en el párrafo anterior. Así pues, la custodia *ex lege* podrá basarse o en la ley interna del Estado de la residencia habitual del menor o en la ley designada por las normas de conflicto de dicho Estado. La aplicación de la primera opción es totalmente clara; en cuanto a la segunda, implicaría por ejemplo que el traslado, por su padre francés, de un hijo natural que tuviese su residencia habitual en España donde vivía con su madre, siendo ambos de nacionalidad francesa, también debería ser considerado como ilícito de acuerdo con el Convenio, mediante aplicación de la ley francesa designada como competente por la norma de conflicto española en materia de custodia y al margen de que la aplicación de la ley interna española hubiese probablemente desembocado en otra solución.

69 La segunda fuente de derecho de custodia, prevista en el artículo 3, es la existencia de una resolución judicial o administrativa. Dado que el Convenio no añade ninguna precisión, hay que entender, por una parte, que el término "resolución" se utiliza en su sentido más amplio, de forma que cubre cualquier resolución o elemento de resolución (judicial o administrativa) en relación con la custodia de un menor y, por otra parte, que las resoluciones en cuestión pueden haber sido dictadas tanto por los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor como por los de un tercer Estado²⁷. Es más, en esta última hipótesis, es decir cuando el derecho de custodia se ejercía en el Estado de la residencia habitual del menor sobre la base de una resolución extranjera, el Convenio no exige que haya sido formalmente reconocida. En consecuencia, a los efectos considerados, debe bastar con que la resolución sea considerada como tal por el derecho del Estado de la residencia habitual, es decir que presente, en principio, las características *mínimas* para poner en marcha un procedimiento con vistas a su homologación o reconocimiento²⁸; esta interpretación amplia se ve confirmada, por otra parte, por la redacción del artículo 14 del Convenio.

70 Por último, de acuerdo con el artículo 3, el derecho de custodia puede resultar "de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado". En principio, los acuerdos previstos pueden ser simples transacciones privadas entre las partes respecto a la custodia de los menores. El requisito de que esté "vigente" según el Derecho del Estado de la residencia habitual fue introducido en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones en sustitución de la exigencia de tener "fuerza de ley" que figuraba en el anteproyecto. La modificación obedece no sólo a un deseo de clarificación sino también de flexibilización en la medida de lo posible de los requisitos exigidos para la aceptación de un acuerdo como fuente de la custodia protegida por el Convenio. En cuanto al tema concreto de saber lo que es un acuerdo "vigente" según un derecho determinado, somos de la opinión de que se debe incluir bajo esta denominación cualquier acuerdo que no esté prohibido por dicho derecho y que pueda servir de base a una pretensión jurídica ante las autoridades competentes. Ahora bien, volviendo al sentido amplio que se da a la noción de "derecho del Estado de la residencia habitual del menor" en el artículo 3, el derecho en cuestión puede ser tanto la ley interna de dicho Estado como la ley designada por sus normas de conflicto: la elección entre ambas alternativas corresponde a las autoridades del Estado de que se trate, si bien el espíritu del Convenio parece inclinarse por la que, en cada caso, legitime la custodia efectivamente ejercida. Por otra parte, el Convenio no precisa en absoluto los requisitos de fondo o de forma que deben cumplir tales acuerdos, por lo que éstos variarán según el tenor del derecho implicado.

71 Aunque aplacemos el estudio de la persona que puede ser titular de un derecho de custodia al comentario del artículo 4, consagrado al ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio, conviene hacer hincapié aquí en el hecho de que el Convenio pretende proteger todas las modalidades del ejercicio de la

²⁷ Esta interpretación se basa en los trabajos que han conducido a la adopción de un texto similar al actual, en el seno de la Comisión especial. Ver Informe de la Comisión especial, N°64, *supra*, p. 191-192.

²⁸ En relación con el interés de que el Convenio incluyera tal supuesto, ver el Doc. trab. N°58. "Document de clarification présenté par la délégation italienne".

custodia de menores. En efecto, de conformidad con el artículo 3, el derecho de custodia puede haber sido atribuido, sola o de forma conjunta, a la persona que solicita que se respete su ejercicio. No podía ser de otra forma en una época en la que las legislaciones internas introducen progresivamente la modalidad de custodia conjunta, considerada como la más adaptada al principio general de la no discriminación en razón del sexo. Por lo demás, la custodia conjunta no siempre es una custodia *ex lege* en la medida en que los tribunales son cada vez más favorables, si las circunstancias lo permiten, a dividir entre los dos padres las responsabilidades inherentes al derecho de custodia. Ahora bien, en la óptica adoptada por el Convenio, el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, es asimismo ilícito: en este caso concreto, la ilicitud no procedería de una acción contraria a la ley sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos del otro progenitor, también protegido por la ley, e interrumpido su ejercicio normal. La verdadera naturaleza del Convenio aparece más claramente en estas situaciones: el Convenio no pretende determinar a quién corresponderá en el futuro la custodia del menor, ni si será necesario modificar una resolución de custodia conjunta dictada sobre la base de datos que han sido alterados posteriormente; más simplemente trata de evitar que la resolución posterior se vea influenciada por un cambio de las circunstancias introducido unilateralmente por una de las partes.

c El elemento de hecho

72 El segundo elemento que caracteriza las relaciones protegidas por el Convenio es que el derecho de custodia, presuntamente violado por el traslado, sea ejercido de forma efectiva por su titular. En efecto, puesto que se ha elegido un enfoque del tema que se aleja del puro y simple reconocimiento internacional de los derechos de custodia atribuidos a los padres, el Convenio ha hecho hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc. que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva situación. Este enfoque se refleja en la limitación del ámbito de aplicación del Convenio a los derechos de custodia efectivamente ejercidos. Además, esta concepción está justificada en el marco de las relaciones internacionales por un argumento adicional conectado con el hecho de que, en este contexto, es relativamente frecuente que existan resoluciones contradictorias poco aptas para servir de base a la protección de la estabilidad de la vida de un menor.

73 En realidad, esta concepción ha sido escasamente cuestionada. No obstante, se presentaron varias propuestas²⁹ con vistas a suprimir del artículo 3 cualquier referencia al ejercicio efectivo de la custodia debido a que, de esa forma, se imponía al demandante la carga de la prueba sobre un punto que, a veces, será difícil de establecer. La situación parecía aun más complicada si se tenía en cuenta que el artículo 13, dedicado a las excepciones posibles a la obligación de devolver al niño, exige, esta vez del "secuestrador", la prueba de que la persona desposeída no ejercía efectivamente la custodia que ahora reclama. Ahora bien, es precisamente la comparación de ambas disposiciones la que permite poner claramente de manifiesto la verdadera naturaleza del requisito previsto en el artículo 3. En efecto, este requisito, al delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, sólo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor; en general, esta circunstancia debe resultar bastante fácil de probar. Por lo demás, el carácter no formal de esta exigencia resulta del artículo 8 cuando, entre los datos que deben constar en la demanda presentada ante las Autoridades centrales, se indica simplemente en el apartado *c* "los motivos sobre los que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor". En cambio, el artículo 13 del Convenio (12 del anteproyecto) nos coloca ante una verdadera carga de la prueba a cargo del "secuestrador": en efecto, es él quien debe probar, para evitar el retorno del menor, que el titular del derecho de custodia no lo ejercía efectivamente. Así pues, cabe llegar a la conclusión de que el conjunto del Convenio está basado en la presunción no explícita de que la persona que está al cuidado del menor ejerce efectivamente su custodia;

Véanse Doc. de trabajo n°1 (Proposal of the United States delegation) y n°10 (Proposal of the Finnish delegation), así como el Acta n°3.

dicha idea deberá ser destruida, en virtud de la inversión de la carga de la prueba que es propia de toda presunción, por el "secuestrador", si quiere evitar que el menor sea devuelto.

74 No obstante, el Convenio incluye expresamente en su ámbito de aplicación la situación que se plantea cuando la custodia no ha podido hacerse efectiva debido precisamente al traslado del menor; en este sentido se manifiesta el último inciso de la letra *b* del artículo 3. En teoría, la idea subyacente concuerda perfectamente con el espíritu del Convenio; en consecuencia, sólo desde un punto de vista práctico, cabría preguntarse si tal adición era necesaria³⁰. Desde esta perspectiva, los supuestos que tal precisión trata de cubrir se refieren a dos situaciones posibles, de las que una entraría claramente dentro del ámbito de aplicación del Convenio mientras que la otra, a falta de la norma en cuestión, exigiría probablemente una interpretación excesivamente forzada de las disposiciones convencionales. Se trata, por una parte, de los casos planteados cuando una primera resolución respecto a la custodia no puede hacerse efectiva por el traslado del menor; ahora bien, en la medida en que dicha resolución siga, dentro de un plazo razonable, a la ruptura de la vida familiar común, se puede considerar que el titular de la custodia, la había ejercido previamente y, por consiguiente, la situación descrita cumpliría todos los requisitos que delimitan el ámbito de aplicación del Convenio. Por el contrario, en el caso de una resolución relativa a la custodia dictada por los tribunales de la residencia habitual del menor que modifique una resolución anterior, cuya aplicación haya resultado imposible debido a la acción del secuestrador, puede suceder que el nuevo titular de la custodia no la haya ejercido en un plazo dilatado: las dificultades que se plantearían en semejantes situaciones, y tal vez en otras no recogidas en estas líneas, para invocar el Convenio, son obvias. En conclusión, aun cuando cabe esperar que el recurso a esta disposición no sea frecuente, hay que reconocer que su inclusión en el Convenio puede resultar útil.

Artículo 4 - Ambito de aplicación *ratione personae*

75 Este artículo sólo delimita el ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio respecto de los menores protegidos. No obstante, por razones sistemáticas, abordaremos también en su contexto los otros aspectos del problema, es decir los posibles titulares de los derechos de custodia y de visita y las personas que podrían ser consideradas como "secuestradores", según el Convenio.

a Los menores protegidos

76 El Convenio se aplica a los menores de dieciséis años que tuvieran "su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita". En relación con la exigencia de la residencia habitual, se impone volver a las consideraciones que se hacían respecto a la naturaleza del Convenio, que nos llevaban a la conclusión de que un convenio de cooperación entre autoridades sólo alcanza plena eficacia si las relaciones consideradas se producen entre Estados contratantes.

77 La edad límite para la aplicación del Convenio suscita dos cuestiones importantes. La primera, la cuestión de la edad *stricto sensu* apenas fue debatida. El Convenio establece la edad de dieciséis años, consagrando así una noción de menor más restrictiva que la admitida en otros Convenios de la Haya³¹. El motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa.

³⁰ Cf. Doc. trab. N.º2 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) y los debates sobre este punto en las Actas Nos. 3 y 13.

³¹ Por ejemplo: *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de los menores, de 24 de octubre de 1956* (artículo primero); *Convenio relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto de los menores, de 15 de abril de 1958* (artículo primero); *Convenio sobre competencias de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961* (artículo 12); *Convenio relativo a la competencia de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones en materia de adopción, de 15 de noviembre de 1965* (artículo primero).

En cuanto a la determinación del momento en el que tal edad impide la aplicación del Convenio, éste consagra la más restrictiva, entre las distintas opciones posibles; en consecuencia, no se podrá llevar a cabo o aprobar ninguna acción o resolución respecto a un menor tras su decimosexto cumpleaños.

78 El segundo problema se refiere a la situación de los menores de dieciséis años que tienen derecho a fijar su lugar de residencia. Dado que este derecho forma parte por lo general del derecho de custodia, se presentó una propuesta en el sentido de no aplicar el Convenio en tales ³². No obstante, la propuesta fue rechazada utilizando distintos argumentos, entre los que cabe citar: 1) la dificultad de elegir el sistema jurídico que debería consagrar la existencia de tal posibilidad, puesto que existen al menos tres posibilidades que son, respectivamente, la ley nacional, la ley de la residencia habitual antes del traslado y la ley del Estado de refugio; 2) la excesiva limitación que esta propuesta supondría para el ámbito de aplicación del Convenio, especialmente en relación con el derecho de visita; 3) el hecho de que la facultad de decidir el lugar de residencia de un menor sólo es un elemento posible del derecho de custodia que no agota su contenido. Por otra parte, la decisión tomada al respecto no puede ser aislada de la disposición del artículo 13, apartado 21, que brinda a las autoridades competentes la posibilidad de tener en cuenta la opinión del menor sobre su retorno en cuanto éste alcanza una edad y una madurez suficientes; en efecto, esta norma permite a las autoridades judiciales o administrativas considerar que la opinión del menor es siempre determinante, cuando se trate del retorno de un menor que tenga capacidad de decidir respecto a su lugar de residencia. Se puede llegar así a la aplicación automática de una disposición facultativa del Convenio, pero esta consecuencia parece preferible a la reducción global de su ámbito de aplicación.

b Los titulares de los derechos de custodia y de visita

79 Los problemas que al respecto plantean uno y otro derecho son sensiblemente distintos. En primer lugar, en relación con el derecho de visita, es evidente que, por la propia naturaleza de las cosas, sus titulares siempre serán personas físicas cuya determinación dependerá de la ley aplicable a la organización de este derecho. En principio, estas personas formarán parte del círculo familiar del menor y se tratará normalmente del padre o de la madre.

80 En cambio, también las personas jurídicas pueden ser titulares de un derecho de custodia de acuerdo con el Convenio. A tal respecto, el artículo 3 prevé la posibilidad de la atribución del derecho de custodia "a una institución o cualquier otro organismo", utilizando conscientemente una expresión imprecisa y amplia. En efecto, en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones, la inclusión en el ámbito del convenio de los supuestos en los que la persona del menor es confiada a una institución se aceptó sin debate. Ahora bien, dado que hay organismos distintos de las instituciones que tienen menores a su cargo, se ha ampliado la expresión utilizada para dar cabida tanto a los organismos que tienen personalidad jurídica como a aquellos que están vinculados a la organización estatal y que carecen de personalidad jurídica independiente.

³² Cf. Doc. Trab. N°4 (Propuesta de la delegación belga) y Acta N°4.

c *Los posibles "secuestradores"*

81 El Convenio no contiene ninguna disposición expresa con esta finalidad. No obstante, de su conjunto se extraen dos consideraciones que clarifican este aspecto del ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio. La primera se refiere a las personas físicas que pueden ser responsables del traslado o del no retorno de un menor. Sobre tal cuestión, el Convenio mantiene el punto de vista adoptado por la Comisión especial de no atribuir dichas acciones exclusivamente a los progenitores³³. Y es que, siendo el concepto de familia más o menos amplio según las distintas concepciones culturales, es preferible atenerse a una visión amplia que permita, por ejemplo, calificar de sustracción de un menor, de acuerdo con el Convenio, los traslados realizados por un abuelo o un padre adoptivo.

82 La segunda observación se refiere a la posibilidad de que una "institución o cualquier otro organismo" actúe como "secuestrador". Al respecto, es difícilmente imaginable que un organismo cualquiera pueda trasladar, mediante la fuerza o la astucia, a un menor desde un país extranjero al propio país. Por otra parte, si un menor ha sido confiado, por resolución judicial o administrativa (es decir, en caso de internamiento forzoso del menor) a un organismo en el país de su residencia habitual, el progenitor que pretenda obtener la titularidad de un derecho de custodia sobre ese menor tendrá pocas posibilidades de poder ampararse en el Convenio. En efecto, dado que los organismos considerados ejercen en principio sus propias competencias - al margen del eventual reconocimiento de la patria potestad³⁴-, semejante pretensión no entraría dentro del ámbito del Convenio dado que la custodia, de acuerdo con el mismo, le correspondería al organismo en cuestión.

Artículo 5 - Ciertas expresiones utilizadas en el Convenio

83 Siguiendo una tradición muy arraigada de la Conferencia de la Haya, el Convenio no define los conceptos jurídicos de los que se sirve. No obstante, en este artículo, precisa el sentido en el que se utilizan los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita, dado que una interpretación incorrecta de su alcance podría poner en peligro los objetivos del Convenio.

³³ Un enfoque más restrictivo se podía encontrar inicialmente en Informe Dyer, citado *supra*, titulado *Informe sobre el secuestro internacional de un menor por uno de sus progenitores*.

³⁴ Véase al respecto, Tribunal Internacional de Justicia, Arrêt du 28 novembre 1958, Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, *Recueil des arrêts* 1958, p. 55 y ss.

84 En cuanto al derecho de custodia, el Convenio se limita a señalar que incluye "el derecho relativo al cuidado de la persona del menor", al margen de los posibles mecanismos de protección de sus bienes. Se trata pues de un concepto más restrictivo que el de "protección de los menores"³⁵, a pesar de los intentos hechos en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones para introducir la idea de "protección" con vistas sobre todo a cubrir los casos de los menores confiados a instituciones u organismos. No obstante, dado que todos los esfuerzos hechos para precisar el concepto de derecho de custodia respecto a esas situaciones fracasaron, es preciso atenerse al concepto genérico mencionado más arriba. El Convenio trata de precisarlo haciendo hincapié, como indicio del "cuidado" a que se refiere, en el derecho de decidir el lugar de residencia del menor. No obstante, cuando el menor, pese a serlo desde el punto de vista jurídico, tiene la facultad de fijar él mismo su lugar de residencia, el contenido del derecho de custodia se determinará en función de los demás derechos relativos a su persona.

Por otra parte, aun cuando en este artículo no se diga nada respecto a la posibilidad de que la custodia sea ejercida por su titular solo o de forma conjunta, es evidente que tal posibilidad se contempla en el precepto. En efecto, una norma clásica del derecho de los tratados exige que la interpretación de sus términos se realice en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y la finalidad del tratado³⁶; ahora bien, el texto del artículo 3 no deja lugar a dudas en cuanto a la inclusión de la custodia conjunta entre las situaciones que el Convenio pretende amparar. Por otra parte, saber cuándo existe una custodia conjunta es una cuestión que debe ser establecida en cada caso a la luz del derecho de la residencia habitual del menor.

85 En relación con el derecho de visita, la letra *b* de este artículo se limita a señalar que incluye "el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual". La intención del Convenio no es por supuesto excluir todas las demás modalidades del derecho de visita; simplemente, se ha querido subrayar que este concepto se extiende también al derecho denominado de alojamiento, una modalidad del derecho de visita que la persona que tiene la custodia del menor teme de manera especial. Además, dado que esta norma explicativa no califica en absoluto ese "otro lugar diferente" al que se puede llevar al niño, hay que concluir que el derecho de visita, de acuerdo con el Convenio, incluye también el derecho de visita transfronterizo.

³⁵ Véase por ejemplo el *Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961*.

³⁶ En este sentido, el artículo 31, apartado primero, del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969.

86 Se formuló una propuesta con vistas a incluir en este artículo una definición de las autoridades judiciales o administrativas a las que se hace referencia a lo largo del Convenio³⁷. Las dificultades encontradas tanto para la localización de un punto de vista sistemático como para encontrar una redacción amplia que incluyera todos los casos posibles aconsejaron su no inclusión. En todo caso, es claro que se trata, como ya se ha subrayado³⁸, de las autoridades competentes para decidir tanto de la custodia como de la protección de los menores según la ley interna de cada Estado contratante. Por lo demás, precisamente debido a las diferencias entre esas leyes, se habla siempre de autoridades "judiciales o administrativas" con el fin de incluir a todas las autoridades competentes en la materia, independientemente de la calificación jurídica que se les dé en cada Estado.

CAPITULO II - AUTORIDADES CENTRALES

Artículo 6 - Creación de las Autoridades centrales

87 El papel desempeñado por las Autoridades centrales, piezas claves en la aplicación del Convenio, ha sido ya ampliamente expuesto³⁹.

En relación con los Estados que pueden nombrar más de una Autoridad central, la idea que ha prevalecido es que el criterio determinante debía ser la existencia de varias organizaciones territoriales en materia de protección de menores. En consecuencia, a los Estados federales y plurilegislativos se han añadido los Estados "con organizaciones territoriales autónomas", expresión que debe ser interpretada en un sentido amplio.

Artículo 7 - Obligaciones de las Autoridades centrales

88 Este artículo resume el papel de las Autoridades centrales en la puesta en práctica del sistema instaurado por el Convenio. El artículo está estructurado en dos apartados; el primero, redactado en términos generales, establece una obligación global de cooperación mientras que el segundo enumera, de la letra *a* a la letra *i*, algunas de las principales funciones que las Autoridades centrales deben cumplir. Ambos son el resultado del consenso entre, por una parte las delegaciones que deseaban Autoridades centrales fuertes con competencias de acción e iniciativa amplias y, por otra parte, las delegaciones que veían esas Autoridades centrales como simples mecanismos administrativos para facilitar la actuación de las partes. Ahora bien, puesto que tales actitudes eran el reflejo de las profundas diferencias existentes entre los sistemas representados en la Conferencia, la solución que cabía adoptar debía tener la flexibilidad necesaria para que cada Autoridad central pueda actuar de acuerdo con el derecho en el que está llamada a integrarse. Así pues, aun cuando el Convenio precisa las principales obligaciones encomendadas a las Autoridades centrales, deja en manos de cada Estado contratante la determinación de las medidas adecuadas para su cumplimiento. Por lo demás, es en este sentido en el que hay que interpretar la frase que introduce el segundo apartado, cuando especifica que las Autoridades centrales deben ejercer las funciones enumeradas "ya sea directamente o a través de un intermediario"; así pues, le corresponde a cada Autoridad central elegir entre una u otra opción, en función de su propio derecho interno y dentro del espíritu del deber general de cooperación que le impone el apartado primero.

89 Como acabamos de señalar, la norma incluida en el *apartado primero* enuncia la obligación general de cooperar impuesta a las Autoridades centrales, con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos del Convenio. Dicha cooperación debe desarrollarse a dos niveles: ante todo las Autoridades centrales deben

³⁷ Véanse Doc. trab. N°7 (*Proposal of the United States delegation*) y Actas Nos. 4 y 14.

³⁸ Véase *supra* N 45.

³⁹ Véanse *supra* Nos. 43 a 48.

cooperar entre ellas; pero, además, deben promover la cooperación entre las autoridades competentes en la materia en sus Estados respectivos. La realización efectiva de esta promoción dependerá en gran medida de la capacidad de acción que cada derecho interno conceda a las Autoridades centrales.

90 Las funciones detalladas en el *apartado segundo* tratan de seguir, en sus grandes líneas, las distintas fases de la intervención de las Autoridades centrales en un caso tipo de traslado de menores. No obstante, es obvio que esta enumeración no es exhaustiva: por ejemplo, dado que la intervención de las Autoridades centrales exige que dicha intervención haya sido solicitada previamente, bien directamente por el demandante o bien por la Autoridad central de otro Estado contratante, en el segundo caso, la Autoridad central ante la que se haya presentado inicialmente la demanda deberá transmitir la demanda a la Autoridad central del Estado en el que se suponga que se encuentra el niño. Ahora bien, dicha obligación no está especificada en el artículo 7 sino más adelante, en el contexto del artículo 9. Por otra parte, es evidente también que las Autoridades centrales no están obligadas a cumplir, en todos los supuestos, cada una de las obligaciones enumeradas en el presente artículo; en efecto, son las circunstancias del caso concreto las que determinarán los trámites a cumplir por parte de las Autoridades centrales: por ejemplo, no se puede sostener que una Autoridad central esté obligada a "localizar" al menor cuando el demandante sepa con exactitud dónde se encuentra.

91 Además de la localización del menor, cada vez que resulte necesario (letra *a*), la Autoridad central debe tomar o hacer que se tomen las medidas provisionales útiles para prevenir "que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas" (letra *b*). La redacción de este subapartado pone de nuevo de manifiesto un hecho señalado anteriormente: la capacidad de acción de las Autoridades centrales puede variar de un Estado a otro. En cuanto al fondo, las medidas provisionales que se han considerado giraron particularmente en torno a la idea de evitar un nuevo desplazamiento del menor.

92 La letra *c* consagra el deber de las Autoridades centrales de tratar de encontrar una solución extrajudicial al asunto. En efecto, según la experiencia expuesta por ciertos delegados, el número de casos que es posible resolver sin tener que recurrir a los tribunales es considerable. Ahora bien, una vez más, es la Autoridad central la que, en esas etapas previas a un eventual procedimiento judicial o administrativo, dirige la evolución del problema; así pues, a ella le corresponde decidir en qué momento han fracasado los intentos llevados a cabo para garantizar la "restitución voluntaria" del menor, o para facilitar una "solución amigable".

93 La letra *d* se refiere a los intercambios de informaciones relativas a la situación social del niño. Esta obligación se encuentra supeditada al criterio de las Autoridades centrales implicadas en cada caso. En efecto, la introducción de la expresión "si se estimase conveniente" prueba que no se ha querido imponer una obligación rígida en la materia: la posibilidad de que no haya informaciones que facilitar, así como el temor de que puedan ser utilizados en el contexto de tácticas dilatorias de las partes, son algunos de los argumentos que aconsejaron tal actitud. Por otra parte, se rechazó una propuesta por la que se permitía condicionar la transmisión de ciertas informaciones a que se mantuviera su carácter confidencial⁴⁰.

94 La obligación impuesta a las Autoridades centrales de facilitar información sobre el contenido del derecho de su Estado para la aplicación del Convenio aparece en la letra *e*. Tal deber se refiere especialmente a dos aspectos: por una parte, en el caso de que el traslado haya tenido lugar antes de que se haya dictado una resolución relativa a la custodia del menor, la Autoridad central del Estado de la residencia habitual de este menor podrá expedir una certificación sobre el contenido del derecho de dicho Estado, con vistas a la aplicación del Convenio; por otra parte, la Autoridad central deberá informar a los particulares respecto al funcionamiento del Convenio y de las Autoridades centrales, así como sobre los posibles procedimientos a seguir. En cambio, la posibilidad de ir más allá, es decir de obligar a las Autoridades centrales a asesorar jurídicamente en casos concretos, no se contempla en la norma.

⁴⁰ Véanse Doc. trab. N°9 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) y Acta N°5

95 Cuando, para lograr el retorno del menor, sea preciso hacer intervenir a las autoridades judiciales o administrativas del Estado donde se encuentra, la Autoridad central debe iniciar ella misma - si ello es posible según su derecho interno - o favorecer la apertura de un procedimiento; dicha obligación se extiende también a los procedimientos que resulten necesarios para la organización o el ejercicio efectivo del derecho de visita (letra *f*).

96 En los casos en los que la Autoridad central no pueda recurrir directamente a las autoridades competentes en su propio Estado, debe conceder o facilitar al demandante la obtención de la asistencia gratuita, de conformidad con el artículo 25 (letra *g*). Hay que señalar que la expresión "en su caso" en este subapartado se refiere a la falta de recursos económicos del demandante, sobre la base de los criterios establecidos por la ley del Estado en el que se solicite la asistencia; así pues, no se refiere a consideraciones abstractas relativas a la conveniencia o no de concederla.

97 Al final del proceso seguido por este párrafo, la letra *h* recoge, entre las obligaciones de las Autoridades centrales, la puesta en práctica de las medidas administrativas necesarias y pertinentes en cada caso para garantizar el retorno sin peligro del menor.

98 Por último, la letra *i* señala una obligación de las Autoridades centrales que no afecta directamente a los particulares sino al propio Convenio: se trata del deber de "mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación". Esta obligación va a actuar en dos niveles: por una parte, en el plano de las relaciones bilaterales entre Estados partes en el Convenio; por otra parte, a nivel multilateral, tomando parte llegado el caso en las comisiones reunidas al efecto por la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya.

CAPITULO III - RESTITUCION DEL MENOR

Artículo 8 - El acceso a las Autoridades centrales

99 De conformidad con el *apartado primero*, se puede presentar una solicitud con vistas a conseguir el retorno de un menor ante cualquier Autoridad central; a partir de ese momento, ésta estará obligada a cumplir todas las obligaciones convencionales. Esto significa que el solicitante es libre de dirigirse a la Autoridad central que estime más adecuada; no obstante, por motivos de eficacia, el texto hace una mención expresa de la Autoridad central de la residencia habitual del menor, si bien dicha mención no debe ser interpretada en el sentido de que las demandas ante las demás Autoridades centrales vayan a ser excepcionales.

100 Dado que el uso del formulario modelo tan sólo es recomendado, era indispensable incluir en el texto del Convenio los elementos que debe contener una solicitud presentada ante una Autoridad central para que ésta sea admisible, así como los documentos facultativos que se pueden adjuntar o que puedan completar dicha demanda. Los elementos que debe contener cualquier solicitud dirigida a una Autoridad central, en este contexto, se enumeran en el *apartado segundo* del artículo 8. Se trata básicamente de los datos que permiten la identificación del menor y de las partes afectadas, así como de los que pueden contribuir a la localización del menor (letras *a*, *b* y *d*). En relación con la fecha de nacimiento del menor, el Convenio señala que sólo se hará constar "cuando sea posible obtenerla". Con esta precisión, se ha pretendido favorecer la acción del demandante que ignore dicho dato; no obstante, en cualquier caso deberá facilitar indicios respecto a la edad del menor dado que, según lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio, tal extremo puede determinar la inadmisión de la demanda de acuerdo con el artículo 27.

Además, es preciso que la demanda haga constar "los motivos en que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor" (letra *c*). Esta es una exigencia lógica que permitirá, por lo demás, la aplicación del artículo 27 que confiere a las Autoridades centrales la facultad de desestimar las solicitudes claramente infundadas. Los motivos alegados deben, en principio, referirse a los dos elementos, el jurídico y el de hecho,

recogidos en el artículo 3. Por lo demás, dado que el elemento jurídico puede basarse en el contenido del derecho de la residencia habitual del menor, en una resolución o en un acuerdo, se hubiera podido pensar en exigir un apoyo documental en esta fase inicial. No obstante, el Convenio ha elegido una vía distinta y coloca tal prueba entre los documentos que, de forma facultativa, pueden adjuntarse a la demanda o completarla. La razón es que la obtención de los documentos en cuestión será a veces difícil; además, puede exigir de un tiempo valioso para la localización rápida del menor. Por lo demás, cada vez que la Autoridad central logra obtener la entrega voluntaria del menor o una solución amistosa del caso, tales documentos pueden resultar accesorios.

101 En este sentido, las dos primeras letras del *apartado tercero* en relación con la documentación facultativa que puede adjuntarse, o completar en un momento posterior, a la demanda, se refieren a los documentos sobre los que se fundamenta la reclamación de restitución del menor. En relación con este extremo, hay que señalar, en primer lugar, que la exigencia de que las copias de cualquier resolución o acuerdo estén legalizadas no es contraria a lo dispuesto en el artículo 23, que establece que "no se exigirá ninguna legalización ni otras formalidades análogas, en el contexto del presente Convenio". Se trata simplemente de comprobar copias o documentos, privados en origen, para garantizar su conformidad con los originales y asegurar, de este modo, su libre circulación.

En segundo lugar, la prueba del contenido del derecho del Estado de la residencia habitual del menor se puede establecer bien con una certificación, bien con una declaración responsable, es decir mediante documentos que incluyan declaraciones solemnes que comprometan la responsabilidad de sus autores. En cuanto a saber quién puede realizar tales declaraciones, el Convenio ha elegido una fórmula amplia que debe facilitar la tarea del demandante (letra *f*). Así pues, además de las Autoridades centrales y de las demás autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del menor, las declaraciones en cuestión pueden proceder de cualquier persona cualificada, por ejemplo de un notario, de un abogado o de instituciones científicas.

Por otra parte, hay que subrayar que, en una fase posterior, es decir cuando las autoridades judiciales o administrativas del Estado de refugio intervienen, éstas pueden solicitar, de conformidad con el artículo 15, la presentación de algunos de los documentos considerados como facultativos en el momento de recurrir a las Autoridades centrales.

Por último, el Convenio admite la posibilidad de que la demanda vaya acompañada o sea completada por "cualquier otro documento pertinente" (letra *g*). En principio, dado que la demanda es presentada por el titular de la custodia que ha sido desposeído, será éste quien podrá aportar dichos documentos complementarios. No obstante, ello no impide que si la demanda es transmitida a otra Autoridad central, la Autoridad central a la que se recurrió en primer lugar pueda adjuntar a la demanda, especialmente, informaciones sobre la situación social del menor -si dispone de ellas y las considera útiles- en virtud de la función que le atribuye el artículo 7, apartado 2*d*.

Artículo 9 - Transmisión de la demanda a la Autoridad central del Estado en el que se encuentra el menor

102 Una consecuencia directa de la libertad de la que goza el demandante de dirigirse a la Autoridad central de su elección, es la obligación que pesa sobre ésta de transmitir la demanda a la Autoridad central del Estado en el que tiene motivos para creer que se encuentra el menor; tal obligación se va a presentar asimismo cuando la Autoridad central que conozca de un caso a través de otra Autoridad central, llegue a la conclusión de que el menor se encuentra en un país distinto. Se trata de una función que viene a completar el cuadro esbozado en el artículo 7, dado que tiene relación directa con la obligación de cooperar entre Autoridades centrales que establece el apartado primero de dicho artículo.

Ahora bien, aunque el sentido del artículo 9 es claro, su redacción no resulta muy lograda. Y es que, "La Autoridad central requirente" a la que se refiere este artículo sólo existe cuando la demanda presentada de conformidad con el artículo 8 ha sido transmitida a *otra* Autoridad central en virtud del propio artículo 9. En consecuencia, la obligación de informar a una "Autoridad central requirente" sólo existe cuando la demanda

ha sido transmitida a una tercera Autoridad central, al no encontrarse el menor en el Estado de la segunda Autoridad central implicada. En cambio, la obligación de transmitir una demanda en virtud de este artículo incumbe a *toda* Autoridad central, independientemente del hecho de que sea la primera en recibir la demanda o resulte implicada por otra Autoridad central, ya que esta disposición debe considerarse aplicable a las dos hipótesis que intenta cubrir.

Artículo 10 - La restitución voluntaria del menor

103 La función de las Autoridades centrales recogida en el artículo 7, apartado 2c, "tomar todas las medidas apropiadas para garantizar la restitución voluntaria del menor", tiene en este artículo un tratamiento preferente que pone de manifiesto el interés atribuido al recurso a esta vía. En el texto del Convenio, se ha suprimido la frase que introducía esta disposición en el anteproyecto y que situaba en el tiempo ("antes de la apertura de cualquier procedimiento judicial o administrativo") la obligación establecida. La razón de tal supresión se encuentra en la dificultad de ciertos sistemas jurídicos para aceptar que una autoridad pública, como la Autoridad central, pueda actuar antes de la presentación de una demanda ante las autoridades competentes; ahora bien, el texto de la disposición convencional no impide que las Autoridades centrales de los demás Estados actúen de la manera descrita. En cualquier caso, no se trata de una obligación rígida, en un doble sentido: por una parte, los esfuerzos para la entrega voluntaria del menor pueden proseguir tras la presentación de la demanda ante las autoridades judiciales o administrativas, si dichos esfuerzos se iniciaron antes; por otra parte, en la medida en que la iniciativa con vistas al retorno del menor no se transfiere a esas otras autoridades, es la Autoridad central la que debe decidir si las tentativas para alcanzar dicho objetivo han fracasado.

Por lo demás, resulta claro que los trámites previstos en este artículo no deben prejuzgar la acción de las Autoridades centrales para impedir un nuevo traslado del menor, de conformidad con el artículo 7, apartado 2b.

Artículo 11 - La utilización de procedimientos de urgencia por las autoridades judiciales o administrativas

104 La importancia del factor tiempo en todo el tema aparece de nuevo en este artículo. Si el artículo 2 del Convenio impone a los Estados contratantes la obligación de utilizar procedimientos de urgencia, el *apartado primero* de este artículo reproduce dicha obligación respecto de las autoridades del Estado al que haya sido llevado el menor que deben resolver sobre su restitución. La obligación en cuestión tiene una doble vertiente: por una parte, la de utilizar los procedimientos más rápidos que existan en el propio sistema jurídico y, por otra parte, la de dar un tratamiento prioritario, en la medida de lo posible, a las demandas en cuestión.

105 En su afán por animar a las autoridades internas a dar la máxima prioridad a los problemas planteados por los traslados internacionales de menores, el *apartado segundo* establece un plazo no vinculante de seis semanas, tras el cual el demandante o la Autoridad central del Estado requerido pueden solicitar una declaración sobre los motivos del retraso. Además, cuando la Autoridad central del Estado requerido haya recibido la respuesta, tendrá de nuevo una obligación de información, ya sea para con la Autoridad central del Estado requirente o para con el demandante si éste ha presentado directamente la demanda. En resumen, la importancia de esta disposición no se puede medir por la exigibilidad de las obligaciones que consagra sino por el hecho mismo de que llama la atención de las autoridades competentes sobre el carácter decisivo del factor tiempo en las situaciones consideradas y porque fija el plazo máximo que debería tardarse en adoptar una resolución al respecto.

Artículos 12 y 18 - Obligación de restituir al menor

106 Estos dos artículos se pueden analizar juntos dado que, a pesar de su distinta naturaleza, presentan cierto carácter complementario.

El artículo 12 constituye una pieza fundamental del Convenio dado que en él se precisan las situaciones en las que las autoridades judiciales o administrativas del Estado en el que se encuentra el menor están obligadas a ordenar su retorno. Por tal motivo, conviene señalar una vez más que la restitución no voluntaria de un menor se basa, según el Convenio, en una resolución adoptada por las autoridades competentes al respecto en el Estado requerido; en consecuencia, la obligación de retorno de la que trata este artículo se predica de estas autoridades. A tal efecto, el artículo distingue dos hipótesis: la primera se refiere al deber de las autoridades cuando se ha recurrido a ellas dentro del año siguiente al traslado o no retorno ilícitos de un menor; la segunda se refiere a las condiciones que rodean dicho deber cuando la presentación de la demanda es posterior al plazo antes mencionado.

107 En el apartado primero, el artículo presenta una solución única al problema planteado por la determinación del período durante el cual las autoridades deben ordenar el retorno inmediato del menor. El problema es importante puesto que si el retorno del menor debe decidirse en su propio interés, es cierto que cuando está integrado en un nuevo ambiente, su retorno sólo debería tener lugar tras un análisis del fondo del derecho de custodia, lo que nos situaría fuera del objetivo convencional. Ahora bien, las dificultades que encuentra cualquier intento de traducir el criterio de la integración del menor en una norma objetiva han llevado a la fijación de un plazo, tal vez arbitrario, pero que constituye la respuesta "menos mala" a las preocupaciones expresadas en este punto.

108 Con el planteamiento adoptado, ha sido preciso afrontar una pluralidad de cuestiones: *en primer lugar*, el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo; *en segundo lugar*, la extensión del plazo y, *en tercer lugar*, el momento de expiración del plazo. En lo referente al primer punto, es decir la determinación del momento en el que empieza a correr el plazo, el artículo hace alusión al traslado o no retorno ilícitos; la concreción de la fecha decisiva en caso de retención debe ser entendida como la fecha en la que el menor hubiese tenido que ser devuelto al titular de derecho de custodia o en la que éste negó su consentimiento a una extensión de la estancia del menor en otro lugar distinto del de su residencia habitual. En segundo término, la consagración del plazo único de un año, abstracción hecha de las dificultades encontradas en cuanto a la localización del menor, constituye una mejora sustancial del sistema previsto en el artículo 11 del anteproyecto elaborado por la Comisión especial. En efecto, de esta manera, se ha clarificado la aplicación del Convenio al eliminar las dificultades inherentes a la prueba de los problemas suscitados por la localización del menor. En tercer lugar, en lo que se refiere al *terminus ad quem*, el artículo consagra el momento de la presentación de la demanda, en lugar de la fecha de la resolución, ya que el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio.

En resumen, cada vez que las circunstancias que acabamos de analizar se dan en un caso específico, las autoridades judiciales o administrativas deben ordenar el retorno inmediato del menor, a menos que comprueben la existencia de una de las excepciones previstas en el propio Convenio.

109 El apartado segundo obedece a la necesidad, experimentada a lo largo de los trabajos preparatorios⁴¹, de flexibilizar las consecuencias de la adopción de un plazo estricto pasado el cual no sería posible ampararse en el Convenio. La solución finalmente adoptada⁴² amplía sensiblemente el ámbito de aplicación del Convenio al consagrar, durante un período indefinido, una verdadera obligación de devolver al menor. En cualquier caso, no se puede ignorar que dicha obligación desaparece si se llega a probar que "el menor ha quedado integrado en su nuevo medio". La disposición no precisa en absoluto quién debe probar este extremo; no obstante, parece lógico pensar que esa tarea le corresponde al secuestrador o a la persona que se

⁴¹ Véase Informe de la Comisión especial N°92.

⁴² Véanse Doc. Trab. N°25 (Propuesta de la delegación de la República Federal de Alemania) y Actas Nos. 7 y 10.

opone al retorno del menor, sin perjuicio del poder de apreciación de las autoridades internas al respecto. En cualquier caso, la prueba o la comprobación del nuevo arraigo del menor abre la puerta a la posibilidad de un procedimiento más largo que el previsto en el apartado primero. En definitiva, tanto por estos motivos como porque el retorno tendrá lugar siempre, por la propia naturaleza de las cosas, mucho después de un año de la sustracción, el Convenio no habla en este contexto de restitución "inmediata" sino simplemente de restitución.

110 Un problema común a las dos situaciones analizadas es la determinación del *lugar* donde hay que entregar al menor. A este respecto, el Convenio no aceptó una propuesta en el sentido de que el retorno se haría siempre hacia el Estado de la residencia habitual del menor antes de su traslado. Sin duda alguna, una de las razones subyacentes a la idea de restituir al menor, es la preocupación por evitar que la competencia "natural" de los tribunales del Estado de su residencia se vea escarnejada por una vía de hecho; no obstante, la inclusión de semejante precisión en el texto del Convenio hubiese hecho su aplicación innecesariamente rígida. En efecto, no hay que olvidar que lo que se pretende proteger mediante la lucha contra las sustracciones internacionales de menores es su derecho a no ser separados de cierto entorno que, en ocasiones, será fundamentalmente familiar. Ahora bien, si el demandante ya no vive en el Estado de la residencia habitual anterior al traslado, el retorno del menor a dicho Estado plantearía problemas prácticos difíciles de resolver. Así pues, hay que interpretar que el silencio del Convenio al respecto permite que las autoridades del Estado de refugio devuelvan al menor directamente al demandante, con independencia del lugar de su residencia actual.

111 El apartado tercero del artículo 12 introduce una idea totalmente lógica, que responde a preocupaciones de economía procesal, en virtud de la cual las autoridades que entienden de una causa pueden suspender el procedimiento o desestimar la demanda cuando tienen razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado. Los medios por los que estas autoridades pueden llegar a dicha convicción no están recogidos en el artículo; por consiguiente, dependerán del derecho interno del Estado en cuestión.

112 Por último, el *artículo 18* hace constar que nada en este capítulo limita las competencias de la autoridad judicial o administrativa competente para ordenar el retorno del menor en cualquier momento. Redactada sobre la base del artículo 15 del anteproyecto, esta disposición, que no impone ninguna obligación, subraya el carácter no exhaustivo, complementario, del Convenio. En efecto, esta norma viene a autorizar a las autoridades competentes para que ordenen el retorno del menor amparándose en otras disposiciones más favorables a tal fin. Esto puede producirse, sobre todo, en las situaciones previstas en el apartado segundo del artículo 12, es decir cuando, habiéndose recurrido a la autoridad más de un año después de que se produjera el traslado del menor, el retorno puede ser denegado si el menor se ha integrado en su nuevo entorno social y familiar.

Artículos 13 y 20 - Posibles excepciones a la restitución del menor

113 En la primera parte del presente Informe hemos comentado ampliamente la justificación, el origen y el alcance de las excepciones previstas en los artículos analizados ⁴³. Por tanto aquí nos limitaremos a formular algunas consideraciones respecto a su tenor literal. En términos generales, hay que insistir en que las excepciones previstas en los dos artículos en cuestión no son de aplicación automática en el sentido de que no determinan forzosamente el no retorno del menor; por el contrario, la naturaleza misma de estas excepciones estriba en dar a los jueces la posibilidad - no de imponerles la obligación- de denegar dicho retorno en ciertas circunstancias.

114 En cuanto al *artículo 13*, el párrafo introductorio del apartado primero, señala que la carga de la prueba de las circunstancias enunciadas en los subapartados *a* y *b* corresponde a la persona que se opone al retorno del menor, es decir a una persona, institución u organismo que a veces no coincidirá con el

⁴³ Véanse *supra* Nos. 28 a 35.

secuestrador. Es cierto que la solución elegida se limita a precisar una máxima jurídica, según la cual el que alega un hecho (o un derecho) debe probarlo; no obstante, al adoptar esta óptica, el Convenio ha pretendido equilibrar la posición de la persona desposeída en relación con el secuestrador que, en principio, ha podido elegir la jurisdicción que le convenía.

115 Las excepciones recogidas en la letra *a* responden a que la conducta del presunto titular del derecho de custodia permite dudar de la existencia de un traslado o de una retención ilícitos, según el Convenio. Por una parte, se trata de situaciones en las que el que tenía a su cargo a la persona del menor no ejercía efectivamente el derecho de custodia en el momento del traslado o del no retorno. El Convenio no incluye ninguna definición de lo que cabe entender por "ejercicio efectivo" de la custodia, pero la disposición se refiere de forma expresa al cuidado de la persona del menor; así pues, si se compara el texto con el de la definición del derecho de custodia recogida en el artículo 5, se puede llegar a la conclusión de que existe custodia efectiva cuando su titular se encarga del cuidado de la persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles en cada caso concreto (enfermedad, estancia de estudios, etc.). En consecuencia, la determinación del carácter efectivo o no de la custodia de un menor debe decidirse por el juez en cada supuesto.

Por lo demás, si se relaciona este párrafo con la definición de traslado o retención ilícitos del artículo 3, se llega a la conclusión de que la prueba de que la custodia no era efectiva no constituye una excepción a la obligación de entregar al niño, cuando el titular desposeído la custodia, no la ejercía de forma efectiva debido precisamente a la acción del "secuestrador". En efecto, la delimitación de las situaciones protegidas que se contiene en el artículo 3 preside todo el Convenio y ninguno de sus artículos puede interpretarse de manera contradictoria con dicha delimitación.

Por otra parte, la conducta del titular del derecho puede asimismo alterar la calificación de la acción del "secuestrador" en el caso de que hubiese dado su consentimiento o aprobación con posterioridad al traslado, al que se ahora opone. Esta precisión hizo posible la supresión de toda referencia al ejercicio de "buena fe" del derecho de custodia, con lo que se evitó que el Convenio pueda ser utilizado como instrumento de un posible "regateo" entre las partes.

116 Las excepciones previstas en la letra *b* se refieren a situaciones en las que la sustracción internacional de un menor ha tenido realmente lugar pero en las que su retorno sería contrario a su interés, tal y como se entiende en este subapartado. Cada uno de los términos utilizados en la disposición refleja el delicado compromiso alcanzado en el transcurso de los trabajos de la Comisión especial y que se mantuvo sin cambios; por consiguiente, no se pueden deducir, *a contrario*, interpretaciones extensivas del rechazo, durante el Decimocuarto período de sesiones, de propuestas encaminadas a incluir una referencia expresa a la imposibilidad de alegar esta excepción cuando el retorno del menor pudiera perjudicar sus perspectivas económicas o educativas⁴⁴.

117 No hay nada que añadir a los comentarios ya hechos respecto al apartado segundo del presente artículo (especialmente, *supra* nº 31).

En cuanto al apartado tercero, contiene una disposición de carácter muy distinto; se trata, en efecto, de una disposición procesal cuya finalidad es, por una parte, equilibrar la carga de la prueba impuesta a la persona que se opone al retorno del menor y, por otra parte, reforzar la utilidad de las informaciones facilitadas por las autoridades del Estado de la residencia habitual de éste. Tales informaciones, que pueden proceder de la Autoridad central o de cualquier otra autoridad competente, pueden resultar especialmente valiosas para que las autoridades requeridas comprueben la existencia de las circunstancias sobre las que se basan las excepciones previstas en los dos primeros apartados de este artículo.

⁴⁴ Véanse Doc. trab. N°12 (*Proposal of the United States delegation*) y N°42 (*Proposition de la délégation hellénique*), así como el Acta N°8.

118 La posibilidad reconocida en el *artículo 20* de no devolver a un menor cuando tal restitución no sea permitida por "los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales", ha sido ubicada de manera significativa en el último artículo del capítulo; de esta forma, se ha querido destacar el carácter claramente excepcional que siempre debe tener su aplicación. En relación con el contenido de esta disposición, nos limitaremos a formular dos observaciones: en primer lugar, aunque su tenor literal recuerda mucho la terminología de los textos internacionales en materia de protección de los derechos humanos, la norma no se refiere a los desarrollos alcanzados en el plano internacional; muy al contrario, sólo se refiere a los principios admitidos en el derecho del Estado requerido, ya sea por vía del derecho internacional general o convencional, ya sea por vía legislativa interna. En consecuencia, para poder denegar un retorno sobre la base de este artículo, será preciso que los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan; no basta con que el retorno sea incompatible, o incluso claramente incompatible, con dichos principios. En segundo lugar, la invocación de tales principios no deberá en ningún caso ser más frecuente ni más fácilmente admitida de lo que lo sería para resolver situaciones puramente internas. Lo contrario sería en sí mismo discriminatorio, es decir opuesto a uno de los principios fundamentales más generalmente reconocido en los derechos internos. Ahora bien, el estudio de la jurisprudencia de los distintos países demuestra que la aplicación por parte del juez de la legislación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales se lleva a cabo con una prudencia que cabe esperar se mantenga respecto a las situaciones internacionales cubiertas por el Convenio.

Artículo 14 - Flexibilización de la prueba del derecho extranjero

119 Dado que el Convenio hace depender el carácter ilícito de un traslado de menores de que se haya producido violando el ejercicio efectivo de un derecho de custodia atribuido por el derecho de la residencia habitual del menor en cuestión, es obvio que las autoridades del Estado requerido deberán tener en cuenta dicho derecho para decidir sobre su retorno. En este sentido, la disposición incluida en el artículo 13 del anteproyecto ⁴⁵ según la cual dichas autoridades "tendrán en cuenta" el derecho de la residencia habitual del menor, podía considerarse superflua. No obstante, la disposición destacaba por una parte que no se trataba de aplicar un derecho sino de utilizarlo como instrumento en la apreciación de la conducta de las partes; de otra parte, en la medida en que era aplicable a las resoluciones que podían servir de fundamento al derecho de custodia violado, hacía que el Convenio apareciese como una especie de *lex specialis*, en virtud de la cual las resoluciones en cuestión tendrían en el Estado requerido un efecto indirecto que no podía estar condicionado por la obtención de un exequátur o de cualquier otra modalidad de reconocimiento de las resoluciones extranjeras.

Dado que el primer aspecto resultaba forzosamente de otras disposiciones convencionales, el contenido actual del artículo 14 sólo se ocupa del segundo. El artículo se presenta, pues, como una disposición facultativa relativa a la prueba del derecho de la residencia habitual del niño, en virtud de la cual las autoridades competentes "podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas oficialmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables". No es preciso insistir en la importancia práctica que esta norma puede tener para conseguir las decisiones rápidas que están en la base de mecanismo convencional.

Artículo 15 - Posibilidad de solicitar una decisión o una certificación de las autoridades de la residencia habitual del menor

120 Este artículo responde a las dificultades que las autoridades competentes del Estado requerido pueden tener para resolver sobre la demanda de retorno de un menor sin estar seguras de cual sería la

⁴⁵ Véase Informe de la Comisión especial, Nos. 102-103.

aplicación al caso concreto del derecho de su residencia habitual. En tal caso, las autoridades en cuestión pueden solicitar la presentación por parte del demandante de una decisión o una certificación hecha por las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor. Sobre este extremo, sólo haremos dos observaciones. La primera se refiere al carácter no vinculante de la solicitud, en el sentido de que el retorno del menor no puede condicionarse a que se cumpla; en efecto, esta conclusión se impone a la vista tanto del tenor literal del artículo (que habla de "solicitar" y no de "exigir") como de la posibilidad, reconocida por la misma disposición, de que la obtención de los documentos solicitados no sea posible en el Estado de la residencia del menor. Ahora bien, en relación con este último punto, la obligación que el artículo impone a las Autoridades centrales de ayudar al demandante a obtener la decisión o la certificación debe facilitarle la labor dado que la Autoridad central puede expedir una certificación relativa a su derecho en materia de custodia, según el artículo 8f. En segundo lugar, el contenido de la decisión o la certificación debe referirse al carácter ilícito, en el sentido del Convenio, del traslado o del no retorno; en nuestra opinión, esto significa que una u otra deberán pronunciarse sobre los dos elementos previstos en el artículo 3, y constatar por tanto que el traslado ha interrumpido una custodia efectiva y legítima *prima facie*, según el derecho de la residencia habitual del menor.

Artículo 16 - Prohibición de resolver respecto al fondo del derecho de custodia

121 Para facilitar el cumplimiento del objetivo convencional relativo al retorno del menor, este artículo intenta evitar que se tome en el Estado de refugio una resolución sobre el fondo del derecho de custodia. A tal fin, prohíbe a las autoridades competentes de dicho Estado que resuelvan al respecto si son informadas de que el menor afectado ha sido trasladado o retenido de forma ilícita, de acuerdo con el Convenio. Esta prohibición desaparecerá cuando quede probado que no procede devolver al menor, de conformidad con el Convenio, o cuando haya transcurrido un período razonable sin que se haya presentado ninguna demanda en aplicación del Convenio. Las dos circunstancias que pueden poner fin al deber consagrado en este artículo son muy distintas, tanto por su justificación como por sus consecuencias. En efecto, es totalmente lógico prever que la obligación desaparece en cuanto se comprueba que las condiciones para el retorno del menor no se cumplen, ya sea porque las partes han llegado a un acuerdo amistoso, ya sea porque procede estimar una de las excepciones previstas en los artículos 13 y 20; además, en tales casos, la resolución respecto al fondo del derecho de custodia resolverá el litigio de forma definitiva.

En cambio, dado que la "información" que puede justificar una prohibición de resolver, ha de proceder de la presentación de una petición de retorno del menor, directamente por el demandante, o de una comunicación oficial de la Autoridad central del mismo Estado, es difícil imaginar casos en los que la información no irá seguida de una petición y que no estén incluidos en la primera hipótesis. Por lo demás, si semejantes situaciones existen, lo ambiguo de la expresión "período razonable" puede llevar a la adopción de una resolución antes del vencimiento del plazo de un año previsto en el artículo 12, apartado primero; en tal supuesto, la resolución adoptada coexistiría con la obligación de devolver al menor de acuerdo con el Convenio, lo que plantearía un problema del que trata el artículo 17.

Artículo 17 - Existencia de una resolución relativa a la custodia en el Estado requerido

122 La génesis de este artículo muestra claramente el objetivo que persigue: la Primera comisión aprobó inicialmente una disposición que daba prioridad absoluta a la aplicación del Convenio, haciendo prevalecer la obligación de devolver al menor sobre cualquier otra resolución relativa a la custodia, dictada o susceptible de ser reconocida en el Estado requerido. Al mismo tiempo, aceptó la posibilidad de una reserva que hubiese permitido denegar dicho retorno cuando éste resultara incompatible con una resolución existente en el Estado de refugio, anterior a la sustracción⁴⁶. El texto actual es pues el resultado de un compromiso con vistas a

⁴⁶ Doc. trab. N°53, párrafo 2 (*Proposal of the United Kingdom delegation*), N°32, artículo XG (*Proposal of the Netherlands delegation*) y N°19 (*Proposal of the Japanese delegation*), así como el Acta N°12.

eliminar una reserva en el Convenio, sin reducir el grado de aceptabilidad del mismo por parte de los Estados ⁴⁷. En este sentido, se modificó la disposición original subrayando que no será obstáculo para el retorno del menor la *sola* existencia de una resolución y brindando al juez la posibilidad de tener en cuenta los motivos de dicha resolución para decidir respecto a la demanda de retorno.

123 La solución incluida en el artículo concuerda perfectamente con el objetivo convencional de desanimar a los posibles secuestradores que no podrán proteger su acción ni mediante una resolución "muerta", anterior al traslado pero nunca ejecutada, ni mediante una resolución obtenida posteriormente y que, en la mayoría de los casos, resultará fraudulenta. Por consiguiente, la autoridad competente del Estado requerido deberá considerar la demanda de retorno como prueba de que se ha producido un elemento nuevo que le obliga a cuestionar una resolución no efectiva, o adoptada sobre la base de criterios abusivos de competencia o, aún, que no respeta los derechos de defensa de todas las partes afectadas. Por otra parte, dado que la resolución relativa al retorno del menor no afecta el fondo del derecho de custodia, los motivos de la resolución que pueden ser tenidos en cuenta se limitan a los que afectan a "la aplicación del Convenio". En cuanto a la situación provocada por una resolución dictada por las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor antes de su "sustracción", concediendo la custodia al "secuestrador", normalmente sería resuelta por la aplicación del artículo 3 del Convenio, ya que la existencia del derecho de custodia reclamado debe ser apreciada de conformidad con el derecho de dicho Estado.

Artículo 19 - Alcance de las resoluciones sobre el retorno del menor

124 La presente disposición expresa la idea sobre la que descansa todo el Convenio; de hecho, ya nos hemos ocupado de ella en varias ocasiones a lo largo de este Informe, tanto para justificarla como para comentarla. Este artículo se limita a precisar el alcance del retorno del menor que el Convenio intenta garantizar; un retorno que, para poder ser "inmediato" o "rápido", no debe prejuzgar el fondo del derecho de custodia y que pretende precisamente evitar que una resolución posterior sobre ese derecho pueda ser influenciada por un cambio en las circunstancias, introducido de forma unilateral por una de las partes.

CAPÍTULO IV - DERECHO DE VISITA

Artículo 21

125 Ante todo, es preciso reconocer que el Convenio no trata de establecer una regulación exhaustiva del derecho de visita, algo que sin duda hubiese sobrepasado los objetivos convencionales. En efecto, incluso si la atención prestada al derecho de visita responde a la convicción de que debe ser el corolario normal del derecho de custodia, en relación con las metas del Convenio bastaba con garantizar la cooperación de las Autoridades centrales en lo relativo a su organización o a la protección de su efectivo ejercicio. Por otra parte, el tiempo particularmente corto que le ha dedicado la Primera comisión es tal vez el mejor indicador del alto grado de consenso alcanzado en torno al mismo.

⁴⁷ Véanse Doc. trab. N°77 (Propuesta del Presidente, apoyada por el Ponente y por las delegaciones de la República Federal de Alemania, de Australia, de Canadá, de España, de Finlandia, de Francia, de Irlanda, del Reino Unido y de Suiza) y el Acta N°17.

126 Como acabamos de señalar, el artículo descansa en su conjunto sobre la cooperación entre Autoridades centrales. Una propuesta encaminada a introducir, en un nuevo apartado, la competencia exclusiva en materia de derecho de visita de las autoridades y de la ley del Estado de la residencia habitual del menor fue rechazada por una amplia mayoría⁴⁸. Así pues, la organización y protección del ejercicio efectivo del derecho de visita siguen siendo consideradas por el Convenio como una función esencial de las Autoridades centrales. En este sentido, el apartado primero consagra dos puntos importantes: por un lado, la libertad de los particulares para recurrir a la Autoridad central de su elección y, por otro lado, el objeto de la demanda dirigida a la Autoridad central puede ser la organización de un derecho de visita, es decir su establecimiento, o la protección del ejercicio de un derecho de visita ya determinado. Ahora bien, sobre todo cuando la solicitud se refiere a la organización del presunto derecho o cuando su ejercicio se enfrenta a la oposición del titular de la custodia, el recurso a procedimientos legales se impondrá muy a menudo; a tal efecto, el apartado tercero del artículo considera la posibilidad, para las Autoridades centrales, de iniciar o favorecer dichos procedimientos, directamente o mediante intermediarios.

127 Los problemas abordados en el apartado segundo son de carácter muy distinto. Se trata de garantizar el ejercicio pacífico del derecho de visita, sin que ponga en peligro el derecho de custodia. Desde esta perspectiva, la disposición contiene elementos importantes para alcanzar dicho objetivo. En el centro mismo de la solución esbozada, hay que situar, una vez más, la cooperación de las Autoridades centrales, una cooperación que trata tanto de facilitar el ejercicio del derecho de visita, como de garantizar el cumplimiento de cualquier condición a la que dicho ejercicio pudiera estar sujeto.

Entre los medios concretos para garantizar el ejercicio del derecho de visita, el artículo 21 sólo contempla uno, cuando señala que la Autoridad central debe tratar de "eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho"; en especial, dichos obstáculos pueden ser legales o derivados de posibles responsabilidades de tipo penal. El resto se deja a la cooperación entre las Autoridades centrales, considerada como el mejor método para lograr que se cumplan las condiciones impuestas al ejercicio del derecho de visita. En efecto, este cumplimiento constituye para el titular de la custodia la única garantía de que dicho ejercicio no perjudicará sus propios derechos.

⁴⁸ Véanse Doc. trab. N°31 (*Proposal of the Danish delegation*) y Acta N°13.

128 En cuanto al modo en que las Autoridades centrales vayan a organizar la cooperación con vistas a garantizar el carácter "inocente" del ejercicio de un derecho de visita, el Convenio no da ejemplos que hubiesen podido interpretarse de forma restrictiva. Así pues, a título puramente indicativo, se puede mencionar, como lo hacía el Informe del anteproyecto ⁴⁹, que conviene evitar que el menor figure en el pasaporte del titular del derecho de visita y que, en caso de visita "transfronteriza", sería bueno que éste se comprometiese ante la Autoridad central del Estado de la residencia habitual del menor a devolverlo en una fecha precisa indicando el o los lugares donde tiene intención de vivir con el menor. Una copia de dicho compromiso sería posteriormente transmitida tanto a la Autoridad central de la residencia habitual del titular del derecho de visita como a la del Estado en el que ha declarado que vivirá con el menor. De este modo se podría conocer en todo momento la localización del niño y poner en marcha el procedimiento para garantizar su retorno, tan pronto como expire el plazo establecido. En cualquier caso, es obvio que ninguna de las medidas propuestas puede, por sí sola, garantizar el ejercicio correcto del derecho de visita; de todos modos no creemos que este Informe pueda ir más allá: las medidas concretas que puedan tomar la Autoridades centrales implicadas dependerán de las circunstancias del caso y de la capacidad de acción reconocida a cada Autoridad central.

CAPITULO V - DISPOSICIONES GENERALES

129 Este capítulo contiene una serie de disposiciones heterogéneas por la materia que tratan, pero que era preciso abordar fuera de los capítulos anteriores. Se trata, por una parte, de ciertas disposiciones procesales comunes a las causas relativas, tanto al retorno del menor, como a la organización del derecho de visita y, por otra parte, de la regulación de los problemas planteados por la aplicación del Convenio en los Estados plurilegislativos, así como de sus relaciones con otros convenios y de su ámbito de aplicación *ratione temporis*.

Artículo 22 - "Cautio judicatum solvi"

130 De acuerdo con la clara tendencia favorable a la supresión convencional de las medidas procesales discriminatorias para con los extranjeros, este artículo declara que ninguna fianza, ningún depósito, bajo la denominación que sea, podrá ser impuesto en el contexto del Convenio. El texto merece dos breves comentarios. El primero se refiere al ámbito de aplicación *ratione personae* de la prohibición consagrada; en este punto, la solución elegida es sumamente generosa, tal como lo exigía un convenio construido sobre la idea subyacente de la protección de los menores ⁵⁰. En segundo lugar, la fianza o depósito del que los extranjeros quedan exentos son los que, en cada sistema jurídico y bajo distintas denominaciones, tienen por objeto garantizar que cumplirán el contenido de las resoluciones en cuanto se refiere al pago de los gastos y costas derivados de un juicio. En un afán de coherencia, el artículo precisa que la norma se aplica sólo en relación con los "procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio", evitando una fórmula más amplia que hubiese podido ser interpretada como aplicable, por ejemplo, a los juicios directamente relacionados con la determinación de fondo del derecho de custodia. Por otra parte, se deduce claramente de cuanto antecede que el Convenio no prohíbe que se exijan otras fianzas o depósitos posibles, especialmente las fianzas impuestas con vistas a garantizar el ejercicio correcto de un derecho de visita.

Artículo 23 - Exención de legalización

131 Este artículo reproduce al pie de la letra el texto del artículo paralelo del anteproyecto, que se limitaba a expresar en una disposición separada una idea contenida en todos los Convenios de La Haya en

⁴⁹ Véase Informe de la Comisión especial, N° 110.

⁵⁰ Véase la construcción más restrictiva que se contiene en el artículo 14 del *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia*. Convenio adoptado también en la Decimocuarta sesión de la Conferencia.

que se encuentra implicada la transmisión de documentos entre los Estados contratantes. De su redacción abierta se deduce que la norma no exime sólo de las "legalizaciones diplomáticas" sino de cualquier otra exigencia de este tipo; no obstante, queda excluida de la disposición la posible exigencia de legalización de las copias o documentos privados, de acuerdo con la ley interna de las autoridades de que se trate.

Artículo 24 - Traducción de documentos

132 En cuanto a las lenguas a utilizar en las relaciones entre Autoridades centrales, el Convenio ha mantenido la solución contenida en el anteproyecto; en virtud de dicha solución, los documentos se remitirán en su lengua original, acompañados de una traducción a alguna de las lenguas oficiales del Estado requerido o, cuando dicha traducción resulte difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés⁵¹. En este punto, por lo demás, el Convenio admite la posibilidad de formular una reserva, de acuerdo con el artículo 42, en virtud de la cual un Estado contratante podrá oponerse a la utilización de una de las lenguas utilizables en sustitución de las lenguas oficiales; evidentemente, la reserva no podrá excluir la utilización de las dos lenguas previstas a tal fin. Por último, hay que subrayar, por una parte que el sistema establecido pretende ser un sistema de facilidad *mínimo*, que puede ser mejorado por otros convenios que excluyan entre los Estados partes cualquier exigencia de traducción, y por otra, que sólo se refiere a las comunicaciones entre Autoridades centrales. En consecuencia, las demandas y los demás documentos remitidos a las autoridades judiciales o administrativas internas deberán cumplir las normas impuestas por la ley de cada Estado en materia de traducción.

Artículo 25 - Asistencia judicial y jurídica

133 La disposición amplía el ámbito de asistencia jurídica en una doble perspectiva: por un lado, mediante la inclusión entre los eventuales beneficiarios, junto a los nacionales de los Estados partes, a las personas que tengan su residencia habitual en estos Estados y, por otro lado, mediante la ampliación de la asistencia prevista al asesoramiento jurídico, un aspecto que no siempre está cubierto por los distintos sistemas estatales de asistencia judicial⁵².

Artículo 26 - Gastos derivados de la aplicación del Convenio

134 El principio expresado en el apartado primero, según el cual cada Autoridad central asumirá sus propios gastos en la aplicación del Convenio, no encontró oposición. Implica ante todo que una Autoridad central no puede reclamar tales gastos de otra Autoridad central. La determinación de cuáles sean los gastos previstos, dependerá de los servicios realmente ofrecidos por cada Autoridad central, de acuerdo con las posibilidades de acción que le reconozca la ley interna del Estado de que se trate.

⁵¹ Una solución parcialmente diferente se consagra en el artículo 7 del *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia*, citado *supra*.

⁵² Véanse en un sentido similar, los artículos 1 y 2 del *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia*, citado *supra*.

135 En contraste con la facilidad con que se aceptó el contenido del apartado primero, el apartado segundo se refiere a uno de los puntos más controvertidos en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones y que se resolvió finalmente mediante la aceptación de la reserva que figura en el apartado tercero de este mismo artículo. En efecto, sólo se pudo poner fin a la controversia entre las delegaciones que querían garantizar al demandante la gratuidad total en la aplicación del Convenio (incluida la exención de los gastos y costas no cubiertos por el sistema de asistencia judicial y jurídica que podrían resultar de un juicio o, eventualmente, de los gastos causados por la participación de un abogado), y las delegaciones favorables a la solución contraria contemplada en el anteproyecto⁵³, incluyendo una reserva en favor de las segundas. La razón es que, dado que los distintos criterios tenían sus raíces en la estructura de los sistemas jurídicos implicados, cualquier intento de hacer prevalecer en términos absolutos una postura respecto a otra, hubiese llevado a la exclusión *a priori* del Convenio de cierto número de Estados, un resultado que nadie deseaba⁵⁴. En cambio, el acuerdo fue total en lo que se refiere a la norma incluida en la última frase del apartado segundo, que autoriza a las Autoridades centrales a "exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor".

136 El apartado cuarto incluye una disposición de carácter totalmente distinto, en virtud de la cual las autoridades competentes internas pueden trasladar al "secuestrador" o a la persona que impide el ejercicio de un derecho de visita, el pago de ciertos gastos desembolsados por el demandante o en su nombre, especialmente "los gastos de viajes, todos los costes o pagos efectuados para localizar al menor, las costas de la representación judicial del demandante y los gastos de la restitución del menor". No obstante, dado que se trata de una norma simplemente facultativa que respeta el poder de apreciación de los tribunales en cada caso, su alcance parece ser sobre todo simbólico, como eventual elemento de disuasión de conductas contrarias a los objetivos convencionales.

Artículo 27 - Posibilidad de rechazar una solicitud

137 El sentido común indica que no se puede obligar a las Autoridades centrales a aceptar las solicitudes que se sitúen fuera del ámbito de aplicación del Convenio o que carezcan claramente de fundamento. En esos casos, la única obligación de las Autoridades centrales consiste en comunicar "inmediatamente al solicitante de los motivos de su decisión o a la Autoridad central por conducto de la cual se haya presentado la demanda, según el caso". Esto significa que el rechazo de una solicitud puede realizarse tanto por la Autoridad central directamente requerida por el solicitante, como por una Autoridad central requerida originalmente por otra Autoridad central.

Artículo 28 - Poder para actuar exigido por la Autoridad central

138 La disposición contenida en este artículo no es más que otra manifestación del punto de vista adoptado por el Convenio en todo lo relativo a la organización y las competencias de las Autoridades centrales. Dado que se quiere evitar que los Estados tengan que modificar su derecho para poder aceptarla, el Convenio tiene en cuenta el hecho de que, según el derecho de varios Estados miembros de la Conferencia, la Autoridad central podrá necesitar una autorización del solicitante. De hecho, el "formulario modelo" introduce, como ejemplo de documento eventualmente incorporado a la solicitud de retorno del menor (nota al n1 IX), una referencia al "poder para actuar otorgado a la Autoridad central"; ahora bien, tal poder deberá adjuntarse, cada vez que una Autoridad central lo exija, a los elementos previstos en el artículo 8 y a las solicitudes presentadas en aplicación del artículo 21.

⁵³ Artículo 22, apartado 2a del anteproyecto elaborado por la Comisión especial.

⁵⁴ Véanse Doc. trab. Nos. 51 y 61 (Propuestas de la delegación belga) y Nos. 57 y 67 (Propuestas de las delegaciones de los Estados Unidos, del Canadá y de los Países Bajos), así como las Actas Nos. 11 y 14.

Artículo 29 - Acceso directo a las autoridades internas competentes

139 El Convenio no trata de establecer un sistema exclusivo entre los Estados contratantes para lograr el retorno de los menores. Por el contrario, se presenta como un instrumento complementario con la finalidad de ayudar a las personas cuyo derecho de custodia o de visita ha sido violado. Por consiguiente, dichas personas pueden optar entre recurrir a las Autoridades centrales - es decir de utilizar los mecanismos propios del Convenio- o elegir la vía de la acción directa ante las autoridades competentes en materia de custodia y de visita del Estado en el que se encuentra el menor. En el segundo caso, es decir cuando las personas afectadas optan por recurrir directamente a las autoridades en cuestión, pueden incluso realizar una segunda elección e introducir su petición "en aplicación o no de las disposiciones del presente Convenio". En este último caso, es claro que las autoridades no estarán obligadas a aplicar las disposiciones del Convenio, a menos que el Estado las haya convertido en normas internas de acuerdo con el artículo 2 del Convenio.

Artículo 30 - Admisibilidad de los documentos

140 Mediante esta disposición, el Convenio ha pretendido resolver el problema existente en ciertos Estados miembros de la Conferencia en cuanto a la admisibilidad de los documentos. Así pues, se trata simplemente de facilitar la admisión por parte de las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes de las demandas presentadas directamente o por mediación de una Autoridad central, así como de los documentos que puedan unirse o ser facilitados por las Autoridades centrales. En efecto, no se debe interpretar este artículo como incluyendo una norma sobre el valor de prueba que haya que reconocer a dichos documentos: tal problema está totalmente fuera del ámbito convencional⁵⁵.

Artículos 31 a 33 - La aplicación del Convenio en relación con los Estados plurilegislativos

141 Estos tres artículos regulan la aplicación del Convenio en relación con los Estados que cuentan con sistemas jurídicos no unificados. A semejanza de los últimos convenios elaborados por la Conferencia de la Haya, se hace una distinción entre los Estados con varios sistemas de derecho de aplicación territorial y los Estados que cuentan con varios sistemas de derecho aplicables a distintas categorías de personas. Concretamente, las soluciones elegidas se inspiran en las adoptadas en los convenios elaborados en el transcurso del Decimotercer período de sesiones de la Conferencia⁵⁶.

En lo que se refiere al primer grupo de Estados, el artículo 31 señala cómo hay que entender, por una parte, la referencia a la residencia habitual del menor y, por otra, la referencia al derecho del Estado de tal residencia. En cuanto al segundo grupo de Estados, el artículo 32 confía la determinación del derecho que hay que tener en cuenta a las normas vigentes en cada Estado.

Por último, respecto al contenido de estos dos artículos, es preciso señalar que su interés no se limita a los Estados directamente contemplados; en efecto, las normas en cuestión deberán ser tenidas en cuenta por cualquier Estado contratante en sus relaciones con ellos, por ejemplo cada vez que un menor sea trasladado de uno de tales Estados a otro Estado, tenga o no un sistema de derecho unificado.

142 Por otra parte, el artículo 33 delimita los casos en los que los Estados plurilegislativos están obligados a aplicar el Convenio, excluyendo las situaciones en las que un Estado que tenga un sistema de derecho unificado no estuviese obligado a hacerlo. En resumidas cuentas, este artículo se limita a declarar que el Convenio sólo es aplicable en las relaciones internacionales, al tiempo que califica como relaciones internas todas aquéllas que tienen lugar dentro de un Estado, sea o no plurilegislativo.

⁵⁵ Véanse artículo 26 del anteproyecto, Doc. trab. N°49 (*Proposal of the United States delegation*) y Acta N°11.

⁵⁶ Véase, en particular, el Informe del Sr. von Overbeck sobre el Convenio sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales. *Actes et documents de la Trizième session*, tomo II, p. 374 y ss.

Artículo 34 - Relaciones con otros convenios

143 Este artículo ya se ha comentado en la primera parte del presente Informe (nº 39 y 40).

Artículo 35 - Ambito de aplicación *ratione temporis* del Convenio

144 En el transcurso del Decimocuarto período de sesiones se propusieron varias soluciones a la cuestión de determinar si el Convenio debía aplicarse a las sustracciones que se hubiesen producido entre dos Estados contratantes con anterioridad a su entrada en vigor, o sólo a aquellas que hubiesen tenido lugar con posterioridad a dicha fecha. La primera era sin duda la más generosa, puesto que preveía la aplicación del Convenio a cualquier "sustracción", independientemente del momento en que se hubiera realizado ⁵⁷. No obstante, esta decisión fue seguida más tarde de la aceptación de la posibilidad, para cualquier Estado contratante, de hacer una declaración a fin de limitar la aplicación del Convenio a las "sustracciones" que se hubieran producido con posterioridad a su entrada en vigor en ese Estado ⁵⁸. De este modo, la situación quedaba muy abierta, a la vez que se reconocía a cada Estado la posibilidad de limitar la aplicación del Convenio, si lo estimaba necesario. Ahora bien, resulta claro que la existencia de declaraciones de este tipo en el contexto de un convenio de aplicación marcadamente bilateral planteaba problemas técnicos. Para resolverlos, la primera Comisión se pronunció finalmente en favor de la solución contraria a la adoptada en primer lugar, es decir en favor de la solución más restrictiva. Así pues, ésta es la que aparece en el artículo 35, según el cual el Convenio sólo se aplica entre los Estados contratantes "en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor entre esos Estados" ⁵⁹. Por otra parte, del conjunto de las disposiciones convencionales (y en particular del artículo 12, apartado 2), cabe deducir que no existe límite alguno para iniciar el procedimiento siempre que el menor no haya cumplido los dieciséis años, de conformidad con el artículo 4. En efecto, el inicio del procedimiento con posterioridad a la expiración del período de un año previsto en el apartado primero del artículo 12 no hace más que matizar la obligación de hacer volver al menor, admitiendo que tal obligación no existe cuando se comprueba que el menor se ha integrado en su nuevo entorno.

145 La disposición tiene sin duda el mérito de ser clara. No obstante, no se puede ignorar que su aplicación está destinada a frustrar las expectativas legítimas de algunos particulares afectados. Ahora bien, dado que en definitiva se trata de una restricción a la obligación de devolver al niño, nada se opone a que dos o varios Estados acuerden entre ellos derogarla de conformidad con el artículo 36, es decir que se pongan de acuerdo para aplicar el Convenio de forma retroactiva.

Por lo demás, la disposición sólo se refiere a las disposiciones convencionales relacionadas con el retorno del menor. En efecto, la regulación convencional del derecho de visita sólo se puede alegar, por la propia naturaleza de las cosas, en relación con una denegación de su ejercicio que se haya producido o siga produciéndose con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio.

Artículo 36 - Posibilidad de limitar convencionalmente las restricciones al retorno del menor

⁵⁷ Véanse Doc. trab. N°53 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) y Acta N°13.

⁵⁸ Véanse Doc. trab. N°68 (Propuesta de la delegación del Canadá) y Acta N°15.

⁵⁹ Véanse Doc. trab. N°81 (Propuesta del Presidente con el apoyo de las delegaciones de Austria, República Federal de Alemania, Suiza y el Reino Unido) y el Acta N°18. Una propuesta verbal de la Ponente, en el sentido de extender el Convenio a las situaciones nacidas en el año anterior a su entrada en vigor, no fue adoptada.

146 De acuerdo con los principios generales en los que se inspira el Convenio y sobre la base de la experiencia de otros Convenios de la Conferencia de La Haya⁶⁰, este artículo admite la posibilidad de que dos o varios Estados contratantes acuerden derogar en sus relaciones mutuas las disposiciones del Convenio que puedan implicar restricciones al retorno de los menores, especialmente las contempladas en los artículos 13 y 20. Esto demuestra, por una parte, el carácter de compromiso de ciertas disposiciones convencionales y la posibilidad de adoptar criterios más favorables al objetivo principal del Convenio en las relaciones entre Estados de concepciones jurídicas muy homogéneas y, por otra parte, como ya se ha señalado en varias ocasiones a lo largo del presente Informe, que el Convenio no está inspirado por ninguna idea de exclusividad en su ámbito de aplicación. Si tales convenios complementarios se celebran, habría que evitar un eventual efecto negativo, temido por ciertas delegaciones: el de que fuera del ámbito de aplicación geográficamente restringido de tales acuerdos, los Estados partes tengan la tentación de hacer una interpretación amplia de las restricciones incluidas en este Convenio, debilitando su alcance⁶¹.

CAPITULO VI - CLAUSULAS FINALES

147 Las cláusulas contenidas en los artículos 37 a 45 del Convenio están redactadas de conformidad con las disposiciones adoptadas en los últimos períodos de sesiones de la Conferencia de la Haya. Así pues, no es necesario proceder a su comentario detallado, por lo que nos limitaremos a formular algunas breves observaciones sobre las mismas.

La primera se refiere a la adaptación de las cláusulas finales a la decisión adoptada en relación con la apertura condicionada del Convenio a Estados no miembros de la Conferencia. Dado que este punto ya se ha abordado anteriormente⁶², basta con señalar aquí que el carácter semi-cerrado del Convenio procede del mecanismo de la declaración de aceptación por los Estados partes y no de la existencia de restricciones impuestas a los Estados que pueden adherirse (artículo 38).

148 En cuanto al "grado" de aceptación del Convenio por los Estados que tienen dos o varias unidades territoriales en las que se aplican sistemas de derecho distintos a las materias regidas por el Convenio, el artículo 40 prevé que tales Estados podrán declarar - en el momento de la firma, de la ratificación, de la aceptación, de la aprobación o de la adhesión- que el Convenio se aplica a todas o sólo a algunas de las unidades territoriales en cuestión. Dicha declaración podrá ser ampliada en todo momento por otra declaración. Por el contrario, una modificación de la declaración encaminada a restringir la aplicación del Convenio debería ser considerada como una denuncia parcial, de conformidad con el artículo 44, apartado 3. Según el artículo 39, la misma solución se aplica para los territorios representados en el plano internacional por ciertos Estados; en efecto, aunque tales situaciones estén llamadas a desaparecer como consecuencia lógica de la aplicación progresiva del principio que proclama el derecho de los pueblos a la autodeterminación, la Conferencia ha considerado deseable mantener una cláusula que aún puede resultar útil.

149 Por último, conviene decir unas palabras respecto al artículo 41, dado que la disposición es totalmente nueva en un Convenio de la Haya: se introdujo, al igual, por lo demás, que en el otro Convenio aprobado en el curso del Decimocuarto período de sesiones, es decir el *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia*, a petición expresa de la delegación australiana. La finalidad de este artículo es precisar que la ratificación del Convenio por un Estado no afectará a la distribución interna de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo entre sus autoridades.

⁶⁰ Por ejemplo el *Convenio relativo al procedimiento civil, de 1 de marzo de 1954*.

⁶¹ Véanse, en relación con este artículo, los Doc. trab. N?70 (Propuesta de las delegaciones gelba, francesa y luxemburguesa) y N?80 (*Proposal of the United States delegation*), así como las Actas Nos. 15 y 18.

⁶² Véase *supra* N?42.

La cosa parece evidente y así es cómo hay que entender la intervención del jefe de la delegación canadiense durante los debates de la Cuarta comisión donde se decidió la introducción de esta disposición en los dos Convenios (véase Acta n1 4 de la Sesión plenaria); la delegación canadiense, expresando abiertamente la opinión de gran número de delegaciones, estimaba inútil la introducción de este artículo en ambos Convenios. No obstante, el artículo 41 se adoptó en gran medida para dar satisfacción a la delegación australiana, para la que la ausencia de dicha disposición parecía plantear una dificultad constitucional insuperable.

150 En cuanto al problema de las reservas, el Convenio sólo permite las previstas en los artículos 24 y 26. No se admitirá ninguna otra reserva. Por otra parte, el artículo 42 señala, como es habitual, que un Estado podrá "retirar, en cualquier momento, una reserva que hubiera formulado".

151 Por último, conviene subrayar la especial importancia de la obligación de notificación asumida por el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de Holanda (artículo 45), en el marco de un convenio como éste, especialmente si se considera el papel que juegan las declaraciones de aceptación de las posibles adhesiones.

Madrid, abril de 1981
ELISA PÉREZ-VERA