

Anexo

-

**Sustracción Internacional de
Niños**

-

**Protocolo Iberoamericano
sobre Cooperación Judicial
Internacional**

ÍNDICE

1. Introducción.....
2. La Sustracción Internacional de Niños y los Derechos Humanos
3. Objeto.....
4. Definiciones.....
5. Ambito de aplicación.....
6. Principios clave en la materia
7. El Proceso de restitución
9. Oposición de excepciones de restitución.....
10. Difusión y capacitación.....

1. Introducción

Con el objetivo de garantizar la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita y velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes, surgió la necesidad de generar un documento complementario que integre el Protocolo Iberoamericano de Cooperación Judicial Internacional, tomando como marco normativo básico la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980) y la Convención Interamericana sobre Sustracción Internacional de Menores (1989) (en adelante las “Convenciones sobre sustracción internacional de niños”), que permita un marco de referencia para todos los Jueces integrantes de la Cumbre Judicial Iberoamericana y sirva como una herramienta orientadora para que, en uso de sus facultades y en estricto ejercicio de su independencia y autonomía, encuentren más elementos de consulta y guía de actuación para mejorar la calidad de las decisiones en materia de restitución internacional de menores en tribunales extranjeros y en los Sistemas Judiciales Iberoamericano.

2. La Sustracción Internacional de Niños y los Derechos Humanos

A nivel internacional y desde la perspectiva de protección a los menores de edad, los Estados han promovido convenios y tratados internacionales que resultan imprescindibles para la protección efectiva y específica de los niños.

Dentro de los diversos instrumentos y órganos internacionales que tutelan esos derechos, además de los Convenios de sustracción internacional de menores, se pueden enunciar, los siguientes Convenios de derechos humanos: La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y [Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.]

3. Objeto

El presente Protocolo tiende a satisfacer el Interés Superior del Niño, que se concreta en garantizar la restitución inmediata en los casos de traslado o retención de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en el resto de los Estados parte.

Con ello trata de combatir la sustracción y retención ilícita de los menores, a través de un sistema de cooperación entre los Estados, facilitando, mediante una acción

autónoma de urgencia, la pronta restitución del menor al lugar de su residencia habitual. El propósito es restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida y que fuera turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.[Ver posible repetición con la introducción]

4. Definiciones

- a. **Traslado o retención ilícita:** El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:
- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
 - b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.
- El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.¹
- a. **Residencia habitual:** Se entiende como un concepto de puro hecho que difiere en particular del concepto de domicilio².
- b. **Derecho de custodia:** comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia³.
- c. **Derecho de visita:** comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.⁴

5. Ámbito de Aplicación

El ámbito de protección jurídica de las Convenciones sobre sustracción internacional de niños se extiende a la persona que no haya cumplido dieciséis años de edad, al momento de ser desplazada o retenida ilícitamente de su centro habitual de vida. Si al momento de ser desplazada la persona de su centro habitual de vida o retenida ilícitamente o estando pendiente el proceso judicial, hubiera cumplido los dieciséis años de edad, cesa la aplicación de Las Convenciones sobre sustracción internacional de niños.

¹ Art. 3 de la Convención de La Haya y art. 4 de la Convención Interamericana.

² Parr. 66, Informe Perez Vera

³ Art. 5 a) Convención de La Haya y art. 3 a) de la Convención Interamericana.

⁴ Art. 5 b) Convención de La Haya y art. 3 b) de la Convención Interamericana.

6. Principios clave en la materia

- a. **Interés superior del niño:** constituye una orientación axiológica, principio rector de interpretación y, en su caso, de integración en los procesos de restitución internacional de menores, el interés superior del niño, considerándose tal, a los efectos del presente Protocolo: “el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.”⁵
- b. **Decidir sobre la restitución y no sobre la custodia:** el énfasis, en materia de sustracción internacional de menores, debe darse en torno a la decisión acerca de la restitución o no del niño, correspondiendo dilucidar ante el juez del Estado de su residencia habitual toda cuestión relativa a su guarda y custodia.
- c. **Urgencia:** para lograr los objetivos de Las Convenciones sobre sustracción internacional de niños de sustracción internacional de niños los Estados deben aplicar los procedimientos de urgencia de que dispongan. Las autoridades administrativas y judiciales deben actuar con urgencia y procurar resolver los casos dentro del término de 6 semanas.

7. El proceso de restitución

a. Urgencia

- i. Se debe aplicar procedimiento más urgente disponible.
- ii. Ante la ausencia, de un marco procesal que favorezca una decisión con la celeridad y urgencia, acorde a las pautas establecidas en las Convenciones sobre sustracción internacional de niños (aproximadamente 6 semanas), se recomienda impulsar una norma de carácter procesal propia y eficaz (según correspondiere en el ámbito legislativo y/o judicial), que guiada por el supremo interés superior de la niñez, respete los principios de una tutela judicial efectiva, debido proceso, intermediación, conciliación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad, economía procesal (celeridad, concentración y de ser posible limitación de la a fase recursiva), oralidad, acceso limitado al expediente y cooperación. A tal efecto, se recomienda

⁵ Tomado de art. 2 Ley modelo Interamericana

tener en cuenta las directivas de la Ley Modelo desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño.

b. Medidas cautelares para la protección del niño:

- i. reviste importancia fundamental que el niño/a o adolescente, sujeto de derechos en el proceso de restitución internacional, pueda ser protegido de nuevos traslados ilícitos y en tal sentido resulta necesario adoptar medidas conducentes a tal fin, como ser la prohibición de salida del país, custodia policial en el domicilio donde reside el niño, retención de documentación del niño (pasaporte), entre otras medidas.
- ii. el juez que toma conocimiento del caso, y a petición de la parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente, puede disponer medidas anticipadas para asegurar la protección del niño y la del adulto que lo acompaña si así correspondiera.

c. El Rol del Juez en el proceso

- i. El juez debe actuar como verdadero “director del proceso”, con impulso del procedimiento e iniciativa probatoria. Ello requiere un proceso por audiencias o con alguna dosis de oralidad. Debe procurar ejercer la función de conciliación en búsqueda de lograr un acuerdo amistoso, por medio de un lenguaje simple, explicando a las partes los derechos que se ventilan.
- ii. Atento a la complejidad propia de estos casos, se recomienda contar con jueces especializados para resolverlos, disponiendo de apoyo multidisciplinario. A tales efectos, dado la baja cantidad de casos de sustracción internacional que se presentan anualmente, se sugiere como buena práctica la concentración de competencias en esta materia. Ello garantizará una mayor especialización y unidad de criterio en la materia, en atención al principio tuitivo del niño sustraído o retenido ilegalmente.
- iii. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en la materia.

d. Sentencia

- i. Se recomienda tener presente, al momento de dictar resolución, se tenga en cuenta que es al niño a quien se restituye al lugar de su residencia habitual, el que puede ir acompañado por el sustractor o el peticionante.

- ii. Es conveniente que se dicte “sentencia exhortativa”, vale decir que la misma contenga una invitación a las partes a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación cabe dirigir, en caso de pronunciamiento del Tribunal de Segunda Instancia (o Tribunal de Apelación) al juez de ejecución, quien deberá restituir al menor, implementando de ser necesario medidas adecuadas contra eventuales riesgos de ocultamiento o nuevo traslado del niño.

8. Oposición de excepciones a la restitución

- a. Es necesario subrayar que las excepciones al principio de restitución del menor, deben ser aplicadas como tales. Esto implica, ante todo, que deben ser interpretadas de forma restrictiva para así lograr el óptimo funcionamiento de las Convenciones sobre sustracción internacional de niños. De otro modo se desvirtuaría su efectividad y aniquilaría la seguridad jurídica que estos brindan.
- b. La carga de la prueba corresponde en principio a quien se opone a la restitución. Ello en la inteligencia de que permite mantener el equilibrio entre las personas desposeídas del menor y el sustractor que ha elegido la jurisdicción para lograr que esta se resuelva.
- c. Deben ser rechazadas aquellas pruebas inconducentes a la resolución puntual del caso de sustracción, pues la admisión de tales probanzas (generalmente vinculadas a la cuestión de fondo de custodia) solo generarán dilaciones innecesarias al trámite, atentando contra el interés del niño que se pretende proteger.
- d. Regreso seguro: El tribunal no podrá denegar la restitución de un niño basándose en lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 y literal b) del artículo 11 de la Convención Interamericana de 1989, si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del mismo tras la restitución.⁶ Para ello el juez está facultado a ordenar medidas de protección tanto para el niño como para los padres, las cuales pueden ser coordinadas a través de las Autoridades Centrales o Jueces de la Red Internacional de La Haya.
- e. Corresponde rechazar el pedido de restitución en los casos en que probadas las excepciones que en forma limitada prevén las Convenciones sobre

⁶ Art. 18.2 Ley modelo interamericana

sustracción internacional de niños, no sea posible garantizar el regreso seguro del niño.

9. Herramientas de cooperación Judicial Internacional

- a. Se observa la necesidad de incrementar el uso de las nuevas tecnologías a fin de favorecer la proximidad y la celeridad en la realización de diligencias de diversa naturaleza jurídica. A tales efectos, se estima conveniente promover el uso de la videoconferencia y de las comunicaciones judiciales directas (en adelante “CJD”) como valiosas herramienta para contribuir a lograr una administración de Justicia ágil, eficiente y eficaz, así como fomentar el conocimiento y uso del Iber@.⁷
- b. Se recomienda que los jueces consideren la posibilidad de utilizar la videoconferencia, las comunicaciones judiciales directas y el uso del Iber@, cuando sea conveniente para agilizar la tramitación de los casos de aplicación de las Convenciones de Sustracción Internacional de Niños.
- c. Considerando la relevancia de IberRed y de la Red de Jueces de la Conferencia de la Haya en la mejora de la cooperación judicial internacional, se invita a los Sistemas Judiciales a participar activamente en estas redes, a divulgar y fomentar su utilización.
- d. Se recomienda que los Sistemas Judiciales mantengan una relación amplia y fluida con las Autoridades Centrales, la que debe desarrollarse en un clima de cooperación y comunicación permanente para la eficiencia y eficacia de la Cooperación Judicial Internacional⁸.
- e. Comunicaciones judiciales directas
 - i. Las comunicaciones realizadas a través de teléfono, por medio de Iber@, correo electrónico o enlace de video directamente entre los jueces de distinta jurisdicción se han venido desarrollando en los últimos quince años especialmente en el marco de la Red Internacional de Jueces de La Haya, y entre los puntos de contacto en materia civil y los enlaces de las autoridades centrales en IberRed y particularmente en casos de sustracción internacional de niños. El otro campo que también registra un grado de desarrollo en las CJD es el de la insolvencia transfronteriza.
 - ii. A dichos fines se sugiere difundir y aplicar en lo interno de los Poderes Judiciales que integran la Cumbre Judicial Iberoamericana

⁷ Ver Capítulo V, Protocolo Iberoamericano de Cooperación Judicial.

⁸ Ver Capítulo VI.B.2, Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial.

el documento aprobado en el marco del trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Red Internacional de Jueces de La Haya, relativo a los 'Lineamientos emergentes y Principios generales sobre Comunicaciones Judiciales', cuyo contenido, además de fijar pautas para el desarrollo de la Red de Jueces, establece los principios, salvaguardas y mecanismos que se deben tener en cuenta a la hora de realizar la CJD. (Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial). (agregar link del protocolo)

- iii. Si en algún Estado existe preocupación acerca del adecuado fundamento jurídico de las comunicaciones judiciales directas dentro de su ordenamiento jurídico o procedimiento, se recomienda que se adopten los pasos precisos para que existan las bases jurídicas que se consideren necesarias.
- iv. En ocasiones, el uso de las comunicaciones judiciales directas puede apoyarse en fundamentos jurídicos no legislativos tales como tradiciones jurídicas, consentimiento de las partes, orden constitucional, directrices internas del poder judicial, reglamentos de juzgados y tribunales, obligaciones implícitas basadas en convenios internacionales, etc. Por ello se invita a los Estados a considerar tales prácticas para que puedan ser utilizadas como fundamento y apoyo, en su caso, del uso de las comunicaciones judiciales directas.
- v. Los Puntos de Contacto de IberRed en materia civil son facilitadores en esta labor y podrían constituirse en intermediarios para incentivar las comunicaciones judiciales directas entre sus homólogos nacionales y sus homólogos extranjeros, proveyendo el contacto inicial entre dichas autoridades.

10. Difusión y capacitación

- a. La divulgación de los mecanismos como IberRed (incluidos su Reglamento, Guía de Buenas Prácticas, etc.), el Iber@, el uso de la videoconferencia y los instrumentos y productos de la Conferencia de La Haya en Derecho internacional Privado, en lo relacionado a los aspectos civiles de la sustracción de menores y su restitución, se hace imperiosa para lograr una eficiente y eficaz aplicación de los instrumentos normativos en el ámbito de la cooperación judicial transnacional. La preparación y actualización continua de los Jueces y Juezas en estas materias constituye una acción de suma

trascendencia para alcanzar una adecuada y eficaz cooperación judicial internacional en la materia.⁹

- b. Recomendamos la capacitación permanente en Las Convenciones sobre sustracción internacional de niños del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; de 1996 y 2007 de La Haya Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental, de Medidas de Protección de los Niños y sobre Alimentos, para una efectiva aplicación y comprensión de estos instrumentos. Dicha capacitación debe incluir a los operadores judiciales, así como a los abogados, por lo que en este último caso se propone a los Colegios de Abogados de la región realizar actividades en este sentido.¹⁰
- c. La formación de los operadores de justicia reviste importancia fundamental, al punto de que corresponde a los Poderes Judiciales de los Estados contar con un plantel permanente de capacitadores y un cronograma de cursos y seminarios a ser desarrollados en forma continua. No existe otra herramienta más eficaz que la formación de jueces y operadores de justicia, para la correcta aplicación e interpretación de Las Convenciones sobre sustracción internacional de niños. Dentro de esta capacitación, corresponde la difusión de importantes herramientas como el Informe Explicativo de la Profesora Eliza Perez Vera, las Guías de Buenas Practicas, el Boletín de los Jueces de la Haya, la base de datos de INCADAT, entre otros.

9 conclusión del Encuentro de Punto de Contacto y Enlaces de IberRed sobre sustracción internacional menores y su restitución, que tuvo lugar en Cartagena de Indias, del 15 al 17 diciembre de 2014

¹⁰ En este mismo sentido la VI Reunión Plenaria de Puntos de Contacto y Enlaces de IberRed que tuvo lugar en Panamá del 23 al 25 de febrero de 2015