

# Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 15 de julio de 1989

DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO  
Universidad Complutense de Madrid

## SUMARIO

*1. Noticia preliminar. 1. El marco histórico de la codificación americana. 2. La situación actual. II. El proceso de gestación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. 1. Antecedentes y trabajos paralelos. 2. Las influencias externas. 3. El caso norteamericano. III. Ambito material. 1. Consideraciones generales. Objeto de la Convención. 2. Presupuestos de la restitución. 3. Límites materiales a la aplicación: las reservas. IV. Naturaleza de la Convención. V. Ambito personal. 1. Regla de base. 2. La protección del interés del menor. VI. Ambito territorial. 1. Vigencia espacial. 2. La Convención Interamericana frente al Convenio de La Haya. 3. La Convención Interamericana frente a otros convenios bilaterales o multilaterales. VII. Ambito temporal. 1. Vigencia de la Convención en el tiempo. 2. Relación con el ámbito personal. VIII. Mecanismo de restitución. 1. Legitimación activa. 2. Autoridades competentes: A) Los criterios de atribución de la competencia; B) La Autoridad Central. 3. Procedimiento: A) Carácter prioritario del procedimiento; B) Requisitos de la acción; C) La actividad de las autoridades; D) Excepciones a la restitución. IX. Mecanismo de localización. X. España frente a la Convención: problemas ante una eventual incorporación. 1. Cuestiones generales de codificación. 2. Aspectos particulares respecto a la Convención.*

## I. Noticia preliminar

### 1. El marco histórico de la codificación americana

Antes de entrar al estudio de la Convención que sirve de título al presente trabajo, se hace necesario acercar algunos elementos básicos que permitan forjar una idea global de la evolución histórica que la ha precedido, a fin de poder precisar el marco jurídico en el cual se desenvuelve, su situación crítica y sus posibilidades. Estamos en presencia aquí de un proceso codificador de raigambre regional-continental que se remonta, en sus primeros instrumentos aún dotados de vigor, a las últimas décadas de siglo XIX. Es en esa época cuando, al influjo de las concepciones universalistas y en pleno auge del ideal de la codificación, comienza a tomar forma en el continente americano un fenómeno que va a recorrer un camino diferente del surcado por el más universal — aunque en sus comienzos limitado a Europa — emprendimiento regulador del D. I. Pr., protagonizado por la Conferencia de La Haya. Se había llegado al convencimiento de la posibilidad y la bondad intrínseca de establecer una regulación de todas las materias que conforman el tráfico privado externo, válida para todos los Estados de América, cuyas expresiones fundamentales fueron, o son, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 <sup>(1)</sup> y el Código Bustamante de 1928 <sup>(2)</sup>. El mismo A. Sánchez de Bustamante y Sirvén veía a la codificación panamericana como un realizable primer paso hacia una codificación mundial a la que calificaba de “ideal a distancia” <sup>(3)</sup>. La

(1) Una visión panorámica de esta particular dimensión de la codificación iberoamericana del D.I.Pr. se recoge en G. RAMÍREZ, *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su comentario*, Buenos Aires, 1888, M. ARGUAS, “The Montevideo Treaties of 1889 and 1940 and their Influence on the Unification of Private International Law in South America”, en el libro centenario de la ILA, *The Present State of International Law and Other Essays*, Deventer, 1973, pp. 345-360, C.A. ALCORTA, *Los Tratados de Montevideo de 1889*, Montevideo, 1931, P. CONTUZZI, “I trattati di Montevideo del 1889 e la codificazione del diritto internazionale privato presso gli stati dell'America Meridionale”, *Il Filangeri*, 1889, t. I, pp. 521 ss., R. ZUCCHERINO, *Los Tratados de Montevideo*, La Plata, 1873, y E. RABEL, “The revision of the treaties of Montevideo on the law of conflicts”, *Michigan Law Review*, 1940-41, pp. 517-525. También puede consultarse el *Bull. Soc. Lég. Comp.*, 1947-1948, donde se encuentran interesantes trabajos sobre los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante de H. BATIFFOL, E. COUTURE y Q. ALFONSIN, R. GONZALEZ MUNOZ, J. MATTOS, J. C. REBORA y J. R. XIRAU.

(2) Existieron otros intentos, como los Tratados de Lima (1878), los Tratados Centroamericanos (1897 y 1901) y los Acuerdos Bolivianos (1911), pero sus respectivos ámbitos materiales y espaciales son muy reducidos o directamente nulos. De la copiosa bibliografía que ha merecido especialmente el Código Bustamante, puede verse —por todos— A. S. de BUSTAMANTE y SIRVEN, *El Código de Derecho Internacional Privado y la Sexta Conferencia Panamericana*, La Habana, 1929 y J. SAMILEBEN, *Derecho Internacional Privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, vol. I (trad.), Buenos Aires, 1983.

(3) A. SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, *Derecho Internacional Privado*, I, La Habana, 1931, p. 47.

historia, no obstante la elevada talla doctrinaria de estos textos, no se desarrolló como la soñaron sus *hacedores*, extremo claramente demostrado al observar los pobres, y en algunos casos peculiares, cuadros de Estados parte. En efecto, los ocho Tratados firmados en Montevideo en 1889 sólo recibieron la incorporación total de Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, mientras que Colombia hizo lo propio respecto a cuatro y Ecuador a uno, presentándose la *nota curiosa* de la adhesión de varios países europeos, España entre ellos, al Tratado de Propiedad Literaria y Artística. Los de 1940 vinculan nada más que a Argentina, Paraguay y Uruguay, salvo, respecto al primero de estos países, los Tratados de Asilo y Refugio Político, de Propiedad Intelectual y de Derecho Penal Internacional. Por su parte, el Código Bustamante tampoco muestra un cuadro demasiado favorable, con una vigencia total y efectiva limitada a Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú, parcial respecto a Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela, y prácticamente nula en Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador y El Salvador, merced al carácter general de las reservas que se efectuaron con motivo de su ratificación. No obstante, las soluciones contenidas en estos instrumentos, especialmente en el Código Bustamante, han sido muchas veces tenidas en cuenta por los tribunales de los países que no son parte, por razones de conveniencia y justicia<sup>(4)</sup>. Fueron muchos los factores y las circunstancias que jalonaron este proceso<sup>(5)</sup>, pero es indudable que la codificación "global" debía abrir paso a otro periodo, basado en una metodología más realista y menos ambiciosa.

## 2. La situación actual

Así es como da inicio, alrededor de 1950, una nueva etapa que se caracterizará por la paulatina toma de conciencia sobre la necesidad de utilizar un mecanismo de regulación del D. I. Pr. hasta entonces reservado, en el ámbito americano, al Derecho internacional público, consistente en la adopción de convenciones singulares sobre temas específicos previamente identificados, similar al empleado por la Conferencia de La Haya de D. I. Pr. Este proceso se situó en el marco jurídico de la Organización de los Estados Americanos (OEA), especialmente en el seno del

(4) H. BATIFFOL, "La quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, pp. 244-245.

(5) Entre las muchas obras que lo describen, pueden consultarse: M. VIEIRA, "Le droit international privé dans le développement de l'intégration latinoaméricaine", *R. des C.*, t. 130 (1970-II), pp. 393-413, J. SAMTLEBEN, *op. cit.*, pp. 3-35 y 53-67, H. VALLADAO, "Le droit international privé des Etats américains", *R. des C.*, t. 81, 1952-II, pp. 91-110, W. GOLDSCHMIDT, "Derecho Internacional Privado Latinoamericano", *La Ley (Argentina)*, t. 151, 1973, pp. 1087-1113, T. B. de MAEKELT, *Normas Generales de D. I. Pr. en América*, Caracas, 1984, pp. 35-44, H. SOMERVILLE SENN, *Uniformidad del D. I. Pr. convencional americano*, Santiago de Chile, 1965, pp. 9-19 y J. E. RITCH, "Codification of the Private International Law of the American Countries", *Inter-American Law Review*, 1965, pp. 395-418 (español: 419-442).

Consejo Interamericano de Jurisconsultos (CIJ) en un principio, y en el Comité Jurídico Interamericano (CJI) más tarde<sup>(6)</sup>. La idea que se mantuvo subyacente en todo este desarrollo fue la de lograr una síntesis entre las distintas codificaciones de D. I. Pr. vigentes en el continente, es decir, además de los ya mencionados Tratados de Montevideo y Código Bustamante, las compilaciones de sentencias anotadas con una gran trascendencia práctica en los Estados Unidos de Norteamérica: los *Restatement of the Law of Conflict of laws*, en sus dos versiones de 1934 y 1969<sup>(7)</sup>.

Ahora bien, no parece aventurado afirmar que el punto concreto y decisivo de partida del cambio de metodología se produjo el 23 de abril de 1971, cuando la Asamblea General de la O.E.A. reunida en San José de Costa Rica, hizo suya una recomendación del C.J.I. y convocó — mediante Resolución AG-Res. 48 (I-O-71) — a una Conferencia Especializada Interamericana sobre D. I. Pr. que no se reuniría sino hasta el 14 de enero de 1975 en la ciudad de Panamá<sup>(8)</sup>. A esta reunión le sucederían las de Montevideo (1979 y 1989) y La Paz (1984), aprobándose un importante número de convenciones que, al menos en teoría, se informan de los criterios brindados por los instrumentos vigentes antes mencionados. La participación activa de los Estados Unidos, expresada mediante propuestas de temas para el debate y presentación de anteproyectos de convenciones, ha alimentado visiones optimistas respecto a la posibilidad de alcanzar regulaciones de distintos sectores del D. I. Pr. que sean válidas para todos los países americanos, incluyendo los que tienen ordenamientos de origen anglosajón. Dicha actitud no se ha correspondido con las dudas norteamericanas a la hora de plantearse la ratificación de alguna convención interamericana, a las cuales sigue mostrándose generalmente reacción, postura diferente a la que ha ido tomando respecto a los convenios celebrados en el marco de la Conferencia de La Haya de D. I. Pr.<sup>(9)</sup>.

(6) Vid. J. SAMTLEBEN, *op. cit.*, pp. 35-44 y G. PARRA-ARANGUREN, "La Revisión del Código Bustamante", *Codificación del D. I. Pr. en América*, Caracas, 1982, pp. 199-295.

(7) G. PARRA-ARANGUREN, *op. y loc. cit.*, J. J. CAICEDO CASTILLA, *Estudio comparativo del Código Bustamante, los Tratados de Montevideo y el Restatement of the Law of Conflict of Laws*, Washington D. C., 1964, y K. H. NADELMANN, "Need for revision of the Bustamante Code on Private International Law", *A. J. I. L.*, vol. 65, 1971, pp. 782-793. Resultan muy ilustrativos los *Documentos de la Organización de los Estados Americanos sobre D. I. Pr.*, Washington, 1973 (Documento OEA/Ser. Q/II.9, CIJ-15).

(8) G. PARRA-ARANGUREN, "La Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre D. I. Pr.", *loc. cit.*, pp. 297-318, T. B. de MAEKELT, Conferencia Especializada de D. I. Pr. (CIDIP I), Caracas, 1979, y J. SAMTLEBEN, "Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht", *Rabels Z.* 1980, pp. 257-320. Es de gran utilidad: G. CHALITA y M. B. NOODT TAQUELA, *Unificación del D. I. Pr.*, CIDIP I, II y III, Buenos Aires, 1988.

(9) A. M. VILLELA, "L'unification du droit international privé en Amérique Latine", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 253-255. Un comentario sobre la actitud norteamericana frente a la CIDIP puede verse en J. SAMTLEBEN, "Die Interamerikanischen...", *loc. cit.*, pp. 309-310.

De cualquier manera, en nuestra opinión, la influencia fundamental que recibe prácticamente toda la labor realizada por la CIDIP es la de la Conferencia de La Haya, sin perjuicio de la existencia de otras fuentes<sup>(10)</sup>. En efecto, si se comparan los intereses de política legislativa, las materias reguladas y, sobre todo, los resultados concretos de esas regulaciones, aparecerán muchas más coincidencias que divergencias en la obra de ambos organismos<sup>(11)</sup>. Esta influencia, que se presenta como una nota constante a lo largo de todo el proceso de codificación "gradual y progresiva", junto a la participación de varios países americanos<sup>(12)</sup> en la Conferencia de La Haya, hace surgir una vez más el planteamiento que gira en torno a la dialéctica universalismo-regionalismo en lo que refiere a la codificación del D. I. Pr., planteamiento al que habremos de volver en las últimas consideraciones del presente trabajo.

## II. El proceso de gestación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

### 1. Antecedentes y trabajos paralelos

La Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre D. I. Pr (CIDIP IV) reunida en Montevideo del 9 al 15 de julio de 1989, concluyó una regulación sobre la sustracción internacional de menores titulada Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, la Convención). De esta manera se avanza en un camino que, en el ámbito iberoamericano, fuera iniciado con los convenios que sobre el mismo objeto celebrara Uruguay con Argentina el 31 de julio de 1981<sup>(13)</sup> y con Chile el 15 de octubre del mismo año (con posterioridad, el 7 de febrero de 1985, Uruguay firmó otro convenio del mismo tenor con Perú). Precisamente, han sido la tenaz dedicación de destacados juristas uruguayos y la labor minuciosa del Instituto Interamericano del Niño (I.I.N., organismo especializado de la O.E.A. con sede en Montevideo), los principales motores que permitieron arribar a la conclusión de la citada convención. Puede decirse que Uruguay ha desempeñado en el ámbito americano respecto a toda esta temática el *leader role*, similar al jugado por

(10) A. M. VILLELA opina que "les Etats américains... se sont inspirés dans presque tous les cas, de textes conventionnels obtenus dans des instances européennes... non seulement sous le point de vue des titres adoptés mais aussi de la teneur des textes conventionnels", (loc. cit., p. 259).

(11) Tal como hemos señalado con ocasión de celebrarse las Jornadas sobre D. I. Pr. convencional en el sistema español: problemas de incorporación y aplicación (León, 29 y 30 de mayo de 1988).

(12) Argentina, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Surinam, Uruguay y Venezuela, son los países que revisten el doble carácter de miembros de la O.E.A. y de la Conferencia de La Haya de D. I. Pr.

(13) Un sucinto comentario del "Convenio sobre Protección Internacional de Menores" (así se titula) y el texto del mismo pueden verse en E. TELLECHEA BERGMAN, *D. I. Pr. y Derecho Procesal Internacional*, Montevideo, 1982, pp. 193-218.

Francia en el seno del Consejo de Europa y la Conferencia de La Haya de D. I. Pr.

Con anterioridad a este proceso, la protección internacional del menor en el ámbito iberoamericano se contenía en textos de alcance más general como, además de los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante, la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares aprobada por la CIDIP II (Montevideo, 1979). El conveniente tratamiento autónomo de lo que podría definirse como el "estatuto del menor" aparece por primera vez en la CIDIP III (La Paz, 1984) con la firma de la Convención Interamericana sobre Adopción Internacional de Menores, continúa en CIDIP IV con la Convención en examen y la relativa a Obligaciones Alimentarias (ésta refiere principalmente a menores pero no exclusivamente), previéndose en el temario de la CIDIP V convocada por la Asamblea General de la O.E.A. (14) — con fecha y sede a determinar — la consideración de "los aspectos civiles del tráfico de menores" y del "Derecho internacional de la familia con especial referencia a la guarda, filiación e instituciones de protección de menores".

Cabe mencionar que en la Exposición de motivos del Proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores aprobado por el C.J.I. el 30 de enero de 1986 en Río de Janeiro (15), después de evaluar las condiciones sociales que hacen necesaria una respuesta jurídica al problema, se llegó a la conclusión de caracterizar como insuficientes los mecanismos existentes hasta ese momento en la región, tanto en las legislaciones nacionales cuanto en las internacionales. Así se calificó a la jurisdicción de emergencia para conocer en asuntos relativos a la protección de menores que están en el territorio de un país, conferida en los instrumentos antes citados, y la utilización de otras "vías" como la extradición, la ejecución de sentencias extranjeras de guarda y el exhorto (16).

## 2. *Las influencias externas*

Si se observa cada uno de los pasos del proceso seguido para llegar a firmar una convención interamericana reguladora de los supuestos de *legal kidnapping*, podrá verse con facilidad la influencia recurrente y decisiva de la obra producida por el Consejo de Europa y, especialmente, por la Conferencia de La Haya. En particular, es obvio señalar la docencia ejercida por el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (en adelante, el Convenio de La Haya). En efecto, los convenios bilaterales celebrados por Uruguay, los proyectos de convenciones aprobados por el C.J.I. el 30 de enero de 1986 y por la Reunión del Grupo de Expertos sobre Secues-

(14) Resolución AG/RES. 1024 (XIX-0/89), de 18 de noviembre.

(15) Documento OEA/Ser. K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. 4/88 add. 1, de 5 de junio.

(16) La exposición de motivos recoge en este punto las opiniones vertidas por el relator, Roberto MAC LEANUG ARTECHE.

tro y Restitución de Menores y Obligaciones de Alimentos organizada por el I.N.I. que tuvo lugar en San José de Costa Rica del 22 al 26 de mayo de 1989<sup>(17)</sup> y, sobre todo, el texto mismo de la Convención finalmente adoptada por la CIDIP IV, beben de esa fuente y recogen sus criterios generales<sup>(18)</sup>.

Cabe señalar que no constituye el objetivo central del presente trabajo la realización de un análisis comparativo de estos textos, aunque habremos de señalar los caracteres comunes y las escasas peculiaridades que muestra la Convención Interamericana, siempre con el ánimo de observar la proyección de las opiniones vertidas en la noticia preliminar sobre este caso concreto.

### 3. El caso norteamericano

Parece importante no concluir este epígrafe sin una mención de la regulación del secuestro internacional de menores en los Estados Unidos, habida cuenta de la ratificación que ha hecho este país del Convenio de La Haya, y de la importante aplicación práctica de esta regulación. La misma se basa principalmente en dos instrumentos — uno privado en sus orígenes y el otro público — que tienen la finalidad común de facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias "extranjeras" — internacionales e interestatales el primero, sólo interestatales el segundo — relativas a custodia de menores. Se trata de la *Uniform Child Custody Jurisdiction Act (UCCJA)* dictada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* y la *American Bar Association* y adoptada luego por todos los Estados norteamericanos, y de la *Parental Kidnapping Prevention Act (PKPA)* contenida en la *Social Security Act* de 1980<sup>(19)</sup>. Las estadísticas

(17) Documento OEA/Ser. K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. 17/89, de 14 de junio.

(18) Refuerza esta opinión un análisis del trabajo preparado por D. OPERTTI BADAN para la Reunión de Expertos, *Restitución Internacional de Menores (Aspectos Civiles)*, Documento OEA/Ser. K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. 20/89, de 29 de junio, y la Exposición de motivos del proyecto del C. J.I. cit., p. 8. En el mismo sentido, las publicaciones del I. I. N.: *Perspectivas de la IV Conferencia Especializada de D. I. Pr. Su temática de menores*, por R. HERBERT, Montevideo, 1988, y *D. I. Pr. de familia y minoridad (Prestación Internacional de Alimentos. Restitución Internacional de Menores. Bases para Futuras Convenciones Interamericanas)*, por E. TELLECHEA BERGMAN, Montevideo, 1988.

(19) Vid. L. A. BALONA, "The Uniform Child Custody Jurisdiction Act and Its Effect on the Internat Kidnapping of Children", *Florida Int. Law Jour.*, vol. II, 1986, núm. 1, pp. 1-25 y J. HOFF, *Legal Remedies in Parental Kidnapping Cases: A Collection of Materials*, 1986, publicado por la American Bar Association, y, para un completo estudio de la regulación norteamericana a la luz del Convenio de La Haya, N. PARISI, "La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore: il Diritto Statunitense e la Convenzione dell'Aja del 1980", *Pubblicazioni della Università di Pavia. Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, vol. 53, 1988, pp. 79-95 y C. S. HELZICK, "Returning U. S. Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction", *Boston Int. Law Jour.*, vol. 5, 1987, núm. 1, pp. 118-152.

norteamericanas demuestran el recurso cada vez mayor de los particulares a estas vías a fin de obtener la restitución de menores<sup>(20)</sup>. Esta regulación y la de los convenios "uruguayos" son los únicos antecedentes específicos de reglamentación de los supuestos de *legal kidnapping* en el continente americano, debiendo anotarse su diferente naturaleza, como tendremos ocasión de ver más adelante.

### III. *Ambito material*

#### 1. *Consideraciones generales. Objeto de la Convención*

En la definición del ámbito material de la Convención Interamericana se presentó la misma tensión que existió en los trabajos preparatorios para el Convenio de La Haya<sup>(21)</sup> entre el deseo de solucionar las situaciones de hecho y el de respetar las relaciones jurídicas que se pueden encontrar en la base de esas situaciones. La solución adoptada por la CIDIP IV es similar a la de La Haya, en el sentido de establecer también un "equilibrio bastante frágil" donde predomina el primer término del binomio en cuestión<sup>(22)</sup>, lo que se pone de manifiesto desde el título mismo de la convención. Con el mismo criterio, el primer artículo señala como objeto de la convención el de "asegurar la pronta restitución de menores...", a lo que se adiciona un lacónico "Es 'también' objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares"<sup>(23)</sup>. Pero se excluye, en principio, toda discusión sobre la regularidad en el ejercicio de estos derechos, centrandó la cuestión en el restablecimiento de una situación anterior, en lo que constituye, según la certera caracterización que realizara H. Batiffol refiriéndose al Convenio de La Haya, "un nouvel appel à l'adage séculaire *spoliatus ante omnia restituitur*"<sup>(24)</sup>. Sin embargo, la elección de esta postura en el ámbito americano no fue pacífica, pudiéndose encontrar a lo largo del proceso de elaboración posiciones extremas, como la consagrada en el proyecto del C.J.I. y mantenida hasta último momento por algunas delegaciones que eliminaba toda referencia a la protección de los derechos de guarda y de visita. La inclusión de esa referencia fue hecha persiguiendo la doble finalidad de facilitar las posibilidades de ratifica-

(20) Vid. A. SHAPIRA, "Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases", *R. des C.*, t. 214 (1989-II), pp. 127-250, en especial 177-188.

(21) Vid. E. PEREZ VERA, "Rapport Explicatif", *Conférence de la Haye, Actes et Documents de la Quatorzième Session*, t. III, pp. 426-473, especialmente p. 428.

(22) Una profunda crítica a esta solución puede verse en S. ALVAREZ GONZALEZ, "Secuestro Internacional de Menores ("legal kidnapping") y cooperación internacional: la posición española ante el problema", *P. J.*, núm. 4, 1986, pp. 9-32, en especial pp. 22-23.

(23) Cf. art. 1º Convenio de La Haya.

(24) *Op. cit.*, pp. 232-233. H. BATIFFOL concluye esta idea afirmando: "Il s'agit, dirait-on en matière patrimoniale, du possesseur seulement".

ción y ejercer un efecto preventivo frente al traslado y retención ilegal de menores<sup>(25)</sup>. De cualquier modo, la protección concreta del derecho de visita consagrado en el art. 21<sup>(26)</sup> aparece a todas luces como deliberadamente superficial y secundario, circunstancia que, si bien puede ser criticable, se corresponde perfectamente con el objetivo principal de la Convención. Una solución diferente sólo hubiera sido posible si la decisión de política legislativa también lo hubiera sido<sup>(27)</sup>. En suma, puede afirmarse que la CIDIP IV se ha inclinado por un instrumento que gire en torno a la idea del retorno inmediato, sin que ello prejuzgue la cuestión de fondo subyacente, según lo establecido expresamente por su art. 15 recogiendo el criterio (más amplio) del art. 19 del Convenio de La Haya.

Hemos hecho ya una referencia al título de la Convención Interamericana, el cual se limita a la expresión "restitución internacional de menores", tal como figuraba en los proyectos elaborados por el C.I.I. y por la reunión de expertos. Al respecto, la Comisión de la CIDIP IV encargada de este tema estimó por amplia mayoría que el término secuestro presenta connotaciones de carácter criminal y que al eliminarlo se hace innecesaria cualquier referencia a que se tratan los aspectos civiles<sup>(28)</sup>, afirmación que resulta, al menos, opinable. La misma debe analizarse en su contexto, donde convive con la norma del art. 26, que dice: "La Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito". De esta suerte, se incorpora un criterio de Derecho penal<sup>(29)</sup>, original de esta Convención, que viene a acotar la esfera de competencia de las autoridades del Estado requerido. Esta incorporación provocó una reserva expresa de la delegación de Panamá, que consideró contradictorio "el espíritu de la Convención" de limitarse a regular los aspectos civiles de la restitución y vulnerados el principio tradicional según el cual la calificación de la infracción debe sujetarse a la *lex loci delicti commissi* y la garantía del debido proceso. Aún obviando emitir un juicio sobre el contenido de esta reserva, puede decirse que una mención como la del art. 26 hubiera necesitado de un mayor abundamiento a fin de evitar las dudas que una formulación tan llana puede hacer surgir frente a

(25) Al menos, eso es lo que expresa el *Informe del relator de la Comisión I sobre el tema Secuestro y Restitución de Menores*, Documento OEA/Ser. K/XXI.4, CIDIP-IV doc. n° 39/89, de 14 de julio, p. 3, Ambos objetivos son loables, pero no parecen guardar una relación muy estrecha con el contenido de las normas en cuestión.

(26) Cf. art. 21 Convenio de La Haya.

(27) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 465.

(28) *Informe del relator...*, *cit.*, p. 3.

(29) Sobre las implicancias penales del secuestro internacional de menores, es aconsejable ver el trabajo de D. VIGONI, "Profillo penalistico in tema di rapimento internazionale di minori da parte di un genitore", *Pubblicazioni della Università di Pavia* ..., *cit.*, pp. 97-140, donde se encontrará una limitada pero interesante aplicación del método comparativo al estudio de este problema.

un caso concreto — por ejemplo, si debe haber o no una sentencia firme en el fuero penal — o directamente, ser dejada de lado para un tratamiento más riguroso y efectivo mediante una convención *ad hoc* <sup>(30)</sup>. Aparentemente, la solución de la CIDIP en este punto se inscribe dentro de la tendencia general de lograr la pronta restitución del menor cualesquiera que sean las circunstancias del caso, evitando demoras producidas por un eventual planteamiento de prejudicialidad en el ámbito penal respecto del civil. En la Exposición de motivos del proyecto del C.J.I. (antecedente del art. 26) no se brinda una justificación de la inclusión de una norma de esta naturaleza, considerando que “se explica por sí misma y no requiere mayor comentario” <sup>(31)</sup>, aún cuando en el mismo texto se reconoce que “no puede haber delito de secuestro por parte de uno de los progenitores del menor” <sup>(32)</sup>. Por su parte, el Convenio de La Haya desestima cualquier alusión al Derecho penal <sup>(33)</sup>, opinión que compartimos.

## 2. Presupuestos de la restitución

Para que proceda la restitución o, dicho en otros términos, para que se ponga en funcionamiento la Convención, es menester que se produzca el traslado (a un Estado parte) o la retención (en un Estado parte) “ilegal” de un menor con residencia habitual en un Estado parte (art. 1). La calidad de ilegal es calificada en el art. 4, que reproduce en versión libre el 3, a) del Convenio de La Haya, al considerar como tal el traslado o retención “cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”.

En cuanto a la “residencia habitual”, se obvia, con buen criterio, una innecesaria <sup>(34)</sup> calificación como la que aparece en los respectivos arts. 2 de las convenciones bilaterales que celebró Uruguay con Argentina, Chile y Perú, y que consiste en definirla como el lugar donde el menor “tiene su centro de vida”. La utilización de esta conexión, con amplio consenso a nivel internacional, resulta congruente con otro emprendimiento de envergadura en el ámbito de la CIDIP: la Convención Interamericana sobre Adopción Internacional de Menores (CIDIP III).

(30) Cf. D. OPERTTI BADAN, *op. cit.*, pp. 7-8.

(31) *Doc. cit.*, p. 11.

(32) *Ibid.*, p. 7. Esta afirmación, basada en la jurisprudencia, merece matizaciones.

(33) Como explica A. DYER, “the interest of the child might not be served well by depending on the threat of criminal prosecution to deter parents from engaging in kidnapping; the threat is often hard to back up because of the reluctance of courts and administrative authorities to use penal sanctions in the family context” (Cf. “International Child Abduction by Parents”, *R. des C.*, t. 168 (1980-III), p. 255).

(34) Así la define la exposición de motivos del proyecto del C. J. I., *Doc. cit.*, p. 9.

Los derechos a que se refiere el art. 4 son los de "custodia o guarda" y de "visita", los que son calificados en el art. 3, reproduciendo la definición acordada a esos términos en el art. 5 del Convenio de La Haya. De este modo se busca prevenir un eventual conflicto de calificaciones, basado en la diferente inteligencia que tienen tales derechos en los distintos ordenamientos nacionales.

### 3. *Límites materiales a la aplicación: las reservas*

En el art. 31 de la Convención de Montevideo se consagran dos límites a la facultad genérica otorgada a los Estados de formular reservas al momento de firmar, ratificar, o adherir a la misma, consagración a la que se llegó luego de no pocas discusiones. Uno de los límites es rígido, por cuanto exige que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas. El otro, que juega complementariamente al primero, es flexible o determinable, ya que consiste en la obligación de que las reservas no sean incompatibles con el objeto y fines de la Convención. Es lícito pensar que estos límites, en el ámbito americano, son una manifestación de lo que podríamos llamar "síndrome de Bustamante", es decir, que se configuran como una prohibición de reservas de carácter general, del tipo de las que hicieron prácticamente inoperativo el Código Bustamante para varios países<sup>(35)</sup>, pero admitiendo — en aras de mayores posibilidades en cuanto a su ratificación — la formulación de las mismas. Otra es la solución del Convenio de La Haya, mucho menos permisivo con las reservas, limitándolas en forma taxativa a dos cuestiones que evidentemente no son de naturaleza sustancial: el idioma utilizado en las demandas de restitución y la obligación de asumir determinados gastos por parte de los Estados contratantes (art. 42 en relación con los arts. 24, 2.º y 26, 3.º).

## IV. *Naturaleza de la Convención*

Si se observa el tratamiento que ha tenido en el ámbito internacional el legal *kidnapping* en sus diferentes aspectos, puede advertirse la existencia de una lógica relación lineal entre el centro de gravedad elegido en cada caso y la naturaleza del instrumento que lo regula. En este sentido, podemos encontrar convenios que disciplinan el Derecho aplicable y/o la competencia de las autoridades (judiciales y/o administrativas), o bien el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras, tanto en el marco de la protección de menores *lato sensu* cuanto en el ámbito más estricto de la custodia de menores<sup>(36)</sup>. Sin embargo, la Convención de Montevideo no entra en ninguna de estas categorías, no siendo suficientes para caracterizarla las referencias que hace al Derecho aplicable en el art. 4 — a fines de calificar como ilegal un traslado o una retención y a la compe-

(35) *Vid. supra*, punto I.1. *Vid.*, por todos, J. M. RUDA, "Reservations to treaties", R. des C., t. 146 (1975-III), pp. 95-218.

(36) Las mismas opciones se le presentaron a la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de La Haya, según explica A. DYER, *op. cit.*, pp. 251-253.

tencia de las autoridades en el art. 6, y habiéndose descartado expresamente — desde el proyecto del C.J.I. (37) — el mecanismo señalado en tercer término.

Como ya hemos señalado, la decisión de política legislativa escogió como vía de respuesta al problema planteado por la sustracción internacional de menores la regulación de la pronta restitución de los mismos, la cual se constituye en objetivo primordial de la Convención (art. 1), dejando de lado las cuestiones de fondo relacionadas con ella. Esta presenta, así, una naturaleza *sui generis*, configurándose como un instrumento autónomo que se mueve entre los parámetros de la protección del interés del menor y la cooperación entre autoridades (38). Podría decirse que este tipo de reglamentación no encaja exactamente en el ámbito tradicional del D.I. Pr. y que, atendiendo a la celeridad con la cual quiere dotar al instrumento, es razonable que esto suceda (39).

Como es obvio, estas afirmaciones son también válidas para el Convenio de La Haya, aunque es preciso mencionar que cuando se habla del carácter autónomo del mismo, a menudo se está haciendo referencia a la delimitación de su ámbito material respecto a otros convenios — en especial, el Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961, y el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 —, estableciendo la compatibilidad entre todos ellos pero la prevalencia de aquél en atención a las soluciones rápidas que ofrece según su art. 34 (40).

(37) Vid. punto II.1 y nota 15.

(38) Vid. la opinión de J. C. FERNANDEZ ROZAS relativa al carácter del Convenio de La Haya, en J. D. GONZALEZ CAMPOS y otros, *D. I. Pr., Parte especial*, vol. II, 3ª ed. revisada, Oviedo, 1990, pp. 95 ss. Vid., asimismo, S. ALVAREZ GONZALEZ, *loc. cit.*, pp. 21-23.

(39) Como bien indica P. BENVENUTI, "se i tribunali dello Stato in cui è condotto il bambino si pongono il problema della legge applicabile, la procedura si allungherà nel tempo in maniera considerevole e il rapitore potrà avere con maggiore facilità partita vinta, dal momento che, quanto più la procedura si prolunga, tanto più la nuova situazione si stabilizzerà, così da divenire sempre meno rispondente all' "interesse del bambino" il riportarla allo stato originario" (Cf. "I lavori della Conferenza dell'Aja di Diritto internazionale privato in materia di "rapimento internazionale dei bambini da parte dei propri genitori", *Riv. Dir. Int. pr. proc.*, vol. XV, 1979, p. 599).

(40) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 436, y D. RINOLDI, "L'interesse del minore nelle convenzioni internazionali concernenti la sua sottrazione da parte di un genitore", *Pubblicazioni della Università di Pavia... cit.*, pp. 141-217, especialmente, pp. 152-164. A su vez, N. WATTE, en "Les nouvelles Conventions de la Haye et de Luxembourg en matière d'enlèvement international et de garde des enfants", *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, pp. 5-30, realiza un interesante estudio sobre el juego "complementario" de ambos. Vid., en el mismo sentido, Ph. REYMOND, "Convention de La Haye et Convention de Strasbourg: Aspects comparatifs des conventions concernant l'enlèvement d'un enfant par l'un de ses parents", *Rev. dr. suisse*, t. 100, 1981, pp. 329-345.

Sin embargo, debe mencionarse que se han alzado algunas voces advirtiendo sobre la "posible producción de cierto caos" en esta materia, generado por la "proliferación de instrumentos sobre el mismo objeto" (41). Un entendimiento de este tipo es sólo parcialmente aplicable si nos referimos a la Convención de Montevideo (42).

## V. *Ámbito personal*

### 1. *Regla de base*

En el art. 1 de la Convención Internamericana queda claramente establecido que su ámbito personal se restringe a aquellos menores que tengan su residencia habitual en un Estado parte y sean trasladados e retenidos ilegalmente a (o en) otro Estado parte. El art. 2, por su parte, introduce una calificación autárquica: es la que define el sujeto de la misma como "toda persona que no haya cumplido dieciseis años". Algunas delegaciones mantuvieron una firme postura acorde con el proyecto del C. J. I. y con los acuerdos bilaterales antes citados, según la cual la regulación de la calidad de menor debía quedar librada a la ley del Estado de residencia habitual del mismo mediante una norma indirecta. El rechazo de este criterio, que tenía por finalidad extender la protección hasta el límite impuesto por cada ley nacional, motivó otra reserva expresa de Panamá, país que consideró a la inteligencia del art. 2 como contraria a los principios fundamentales de su orden público internacional. Debe notarse que el art. 2 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, aprobada también en Montevideo el 15 de julio de 1989, consagra como regla general que "se considerará menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años". La solución adoptada por la Convención, concordante con el proyecto de la Reunión de Expertos, responde a la intención de salvaguardar las directrices de previsibilidad y celeridad que presiden el proyecto" (43), razón por la cual se utiliza una norma directa. Sin embargo, no parece aventurado pensar que en realidad ha pesado decisivamente sobre la elección de esta solución el deseo de armonizarla con el criterio empleado en el Convenio de La Haya, aunque con otra formulación.

Los otros sujetos de la Convención reciben un tratamiento diferente. Los titulares de un derecho de custodia o guarda o de visita que pueden verse damnificados por un traslado o retención ilegal, son determinados expresamente en el art. 4: "padres, tutores o guardadores, o cualquier institución", y a ellos se les otorga la legitimación activa para instaurar el proceso de restitución (art. 5). En cambio, nada se establece respecto a las personas que pueden ser consideradas "secuestradoras", aunque una inter-

(41) J. A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, "Conferencia de La Haya de D. I. Pr. Las convenciones XXVIII y XXIX", *R. G. L. J.*, t. 82, 1981, pp. 233-234.

(42) Cf. A. M. VILLELA, *loc. cit.*, pp. 258-259.

(43) *Informe del relator... cit.*, p. 4.

pretación sistemática permite deducir la intención de la Convención de no limitar esta calidad sólo a los padres del menor (44).

## 2. La protección del interés del menor

El núcleo de la Convención es el interés del menor (45), aunque no se consagra una norma expresa al respecto, la que por otra parte es de difícil concreción. Debe tenerse en cuenta además que, como explica E. Pérez Vera (46), la existencia de una referencia de ese tipo traería aparejado el riesgo de la introducción de definiciones subjetivas provenientes de los particularismos obrantes en cada comunidad nacional. De todos modos, ese y no otro es el interés que subyace en las soluciones adoptadas en el texto de la CIDIP, encontrándose, en este sentido, en la misma línea que los otros instrumentos de carácter tuitivo antes mencionados. Se presenta aquí, como dijera A. Shapira, un "dilema" entre la consideración del bienestar del menor en relación con un derecho de guarda material y su armonización con la preocupación del D. I. Pr. de contener los secuestros internacionales de menores (47). No en vano se ha mencionado (48) que la invocación al interés superior del menor ha servido frecuentemente a los jueces para otorgar la guarda en litigio a la persona que lo había trasladado o retenido ilegalmente. En nuestra opinión, esta actitud jurisprudencial puede tener cabida en el marco de la Convención, mediante el juego del art. 11, b) — que excepciona a la autoridad interviniente de la obligación de ordenar la restitución del menor cuando existiere un riesgo grave de que la restitución pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico — en relación

(44) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 451.

(45) En torno a la situación de minoridad en el D. I. Pr. deben retenerse, con carácter general, las consideraciones realizadas por J. D. GONZALEZ CAMPOS en la obra dirigida por M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, 4ª ed., 1975, pp. 122-127. Asimismo, M. SIMON-DEPITRE, vº "Mineur (protection du)", *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, vol. II, Paris, 1969, pp. 336 ss. y J. C. FERNANDEZ ROZAS en J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, vol. II, 3ª ed., Oviedo, 1990, pp. 72-74. Un estudio más concreto se encuentra en A. E. von OVERBECK, "L. intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international privé de la filiation", *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-380.

(46) *Op. cit.*, p. 431, donde afirma que "nous ne pouvons cependant pas ignorer le fait que le recours, par des autorités internes, à une telle notion implique le risque de traduire des manifestations du particularisme culturel, social etc., d'une communauté nationale donnée et donc, au fond, de porter des jugements de valeur subjectifs sur l'autre communauté nationale d'où l'enfant vient d'être arraché".

(47) *Loc. cit.*, pp. 207-210. Un original punto de vista se encuentra en E. L. BLYNN, "Ture: International Child Abduction v. Best Interest of the Child: Comity Should Control", *The Univ. of Miami Inter-American Law Rev.*, vol. 18, 1986-1987, núm. 2, pp. 353-384.

(48) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 431; de la misma autora resultan de interés las consideraciones realizadas en su monografía, *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho Internacional Privado*, Granada, 1973, pp. 74-75. Asimismo Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1983, pp. 103 ss.

con el art. 25 — que consagra la excepción de orden público<sup>(49)</sup>, pues es de suponer que la idea imprecisa de “orden público” se concretará en esta materia a través de la noción, también imprecisa, de “interés del menor”<sup>(50)</sup>. Como bien enseña S. Alvarez González, esta actitud, que se presenta como una tendencia permanente en las autoridades requeridas, redundará en un aumento de supuestos de “secuestro”<sup>(51)</sup>. El dilema aludido puede desaparecer como tal si la noción de interés del menor es traducida especialmente como el derecho del menor a tener una situación estable, aunque resulta claro que su contenido no debe quedar limitado por este parámetro, toda vez que es el menor quien soporta en mayor grado las desaveniencias producidas en el seno de su familia, que lo constituyen muchas veces en objeto transaccionable de las disputas poniendo en real peligro su equilibrio emocional y su derecho a desarrollarse dignamente como persona<sup>(52)</sup>. En idéntico sentido, D. Rinoldi, luego de señalar que los instrumentos que se ocupan de la protección del menor giran necesariamente alrededor del interés del mismo y que, por lo tanto, este criterio debe considerarse en forma prioritaria respecto a cualquier otro, afirma que el interés del menor se configura como una suerte de “línea interpretativa” a la luz de la cual deben examinarse las excepciones a la restitución del menor<sup>(53)</sup>.

## VI. *Ambito territorial*

### 1. *Vigencia espacial*

La delimitación del ámbito territorial de la Convención de Montevideo, contenido bajo el epígrafe “Disposiciones finales” junto a las cláusulas llamadas diplomáticas, no mereció comentario alguno (en realidad no es ni mencionado) en el “Informe del relator”, tal vez porque se haya considerado que tratándose de disposiciones que se reproducen en todas las convenciones habiéndose configurado un esfuerzo superfluo ocuparse de las mismas. La lectura del antecedente inmediato de la Convención, el

(49) Cf. con arts. 13, b) y 20 del Convenio de La Haya, respectivamente.

(50) Un ejemplo en tal sentido, aunque en el ámbito mucho más amplio de los convenios bilaterales sobre ejecución de sentencias extranjeras, puede verse en S. OSCHINSKY, “*Le legal kidnapping et ses solutions en droit conventionnel*”, *Mélanges Vander Elst*, t. II, Bruselas, 1986, pp. 647-654, donde la autora se lamenta de las numerosas posibilidades de inaplicabilidad del Convenio de La Haya que se derivan de su mismo articulado.

(51) *Op. cit.*, pp. 14-17.

(52) Vid. A. DYER, “*Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents*”, *Conférence de La Haye, Actes...*, cit., p. 21.

(53) *Op. cit.*, pp. 173-178. Según este autor, el parámetro dell'interesse del minore está constituido por el transcorrere del tempo, agregando que “a ridosso della sottrazione tale interesse è ritenuto assicurato dalla restituzione del minore, coincidente con l'interesse della persona presso cui egli ritorna; via che ci si allontana dalla sottrazione si passa a ritenere che il miglior interesse del minore possa coincidere con la nuova situazione”.

proyecto de la Reunión de Expertos, permite deducir tal opinión, puesto que en el epígrafe mencionado establece: "Siguen disposiciones sobre cláusula federal, concordante o restricciones *vis a vis* otras convenciones (bilaterales o multilaterales) firmados en esta materia por los Estados Contratantes, vigencia, firma, ratificación, reservas, depósito del instrumento en la Secretaría General de la OEA etc." (54). No obstante ello, parece oportuno realizar algunos comentarios relativos a este apartado, teniendo en cuenta que la identificación con las normas de otras convenciones no es tan estrecha como podría inferirse de lo señalado más arriba; lo que obedece una vez más, debemos continuar insistiendo, a la influencia del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

El art. 32 de la Convención (55) contiene la cláusula federal que faculta a los Estados donde existan dos o más unidades territoriales en las cuales rijan diferentes regulaciones vigentes sobre la materia objeto de aquélla, a efectuar una declaración, modificable por otra ulterior, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, respecto a la o las unidades territoriales donde se aplicará la Convención. Las declaraciones modificatorias podrán, como es obvio, extender o restringir el ámbito espacial de vigencia de la Convención, produciéndose en este último caso un supuesto de denuncia parcial no previsto expresamente en el art. 37, contrariamente a lo que sí establece en el párrafo segundo del art. 44 el Convenio de La Haya (56). Por su parte, el art. 33 contiene sendas normas materiales de Derecho interregional, relativas a la inteligencia que debe darse en un Estado plurilegislativo a las referencias que se hagan a la residencia habitual en ese Estado y a la ley del Estado de la residencia habitual, las que deben entenderse como la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado y la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual, respectivamente (57).

## 2. *La Convención interamericana frente al Convenio de La Haya*

La preocupación de los delegados presentes en la CIDIP IV por la relación que existe entre los instrumentos mencionados en este epígrafe, preocupación puesta de manifiesto en repetidas ocasiones en el proceso de elaboración de la Convención Interamericana y que constituye el objeto de la tesis fundamental de nuestro trabajo, encuentra su consagración expresa en el art. 34. Dice el primer párrafo de este artículo: "Entre los Estados miembros de la OEA que fueran parte de esta Convención y del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles

(54) Doc. cit., p. 13.

(55) Cf. art. 40 Convenio de La Haya.

(56) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 472. Sobre el problema en particular es obligado referirse a la Tesis de doctorado de L. SANTOS ARNAU, *Les clàusules plurilegislatives dels convenis de la Conferència de Dret internacional privat de La Haya*, Barcelona, 1987.

(57) Cf. art. 31 Convenio de La Haya.

del secuestro<sup>(58)</sup> internacional de menores regirá la presente Convención". Es decir, la regla general es la prioridad de la Convención de Montevideo, elección que parece lógica, sobre todo porque se limita a "los Estados Miembros de la OEA", quedando fuera del supuesto los Estados que eventualmente adhieran a aquélla, los que por definición (art. 30) no son miembros de la Organización. A ellos parece estar dirigida, al menos en principio, la disposición del segundo párrafo del mismo artículo, que señala: "Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral el reconocimiento y la aplicación prioritaria del precitado Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980". Debe tenerse en cuenta que las posibilidades que brinda la Convención para la adhesión a la misma (no hablamos de posibilidades reales, sino de las objetivas que se desprenden del art. 30) son amplias, contrariamente a las que presenta el Convenio de La Haya en su art. 38, al disponer que los efectos de la adhesión se limitan a "las relaciones entre el Estado adherido y los Estados Contratantes que hayan declarado su aceptación de la adhesión", otorgando de este modo una naturaleza semicerrada al citado Convenio<sup>(59)</sup>.

Es aquí donde surge otra expresión del planteamiento central del presente trabajo — el cual será tratado con más detenimiento en otro punto — y que refiere a las posibilidades reales de adhesión por parte de terceros países a la Convención Interamericana<sup>(60)</sup>, habida cuenta de la existencia de un instrumento de carácter indudablemente más universal como el Convenio de La Haya. Mas, partiendo de la base que el interés de los países americanos es el de crear un mecanismo de carácter regional, lo que en otros casos se ha interpretado como un medio para afianzar la integración<sup>(61)</sup>, más que el de lograr que éste trascienda más allá de su propio ámbito — a pesar de la amplitud que hemos señalado —, el planteamiento debe girar en torno a los siguientes interrogantes:

— por los principios que la informan y la realidad social a la que intenta dar respuesta: ¿configura realmente la Convención Interamericana un instrumento "regional"?

(58) No resulta ocioso apuntar que mientras en el ámbito interamericano se habla de "secuestro", la versión española consigna la palabra "sustracción" (*enlèvement y abduction*, en las versiones oficiales de la Conferencia de La Haya), en una manifestación más del problema que presenta la traducción de los Convenios y que en forma precisa y cuidada ha tratado la Profesora Alegría BORRAS en las Jornadas de D. I. Pr. español celebradas en 1988 en León.

(59) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 472, sostiene que: "la nature semi-fermée de la Convention provient du mécanisme de la déclaration d'acceptation par les Etats parties et non pas de l'existence d'une restriction quelconque relative aux Etats pouvant y adhérer".

(60) Vid. P. NEUHAUS, "Las convenciones interamericanas sobre D. I. Pr. vistas por un europeo", *Anuario Jurídico Interamericano*, 1981, pp. 165-182.

(61) T. B. de MAEKELT, *Conferencia...*, cit., p. 10 y Normas Generales..., cit., p. 24. Cf. A. M. VILLELA, *loc. cit.*, p. 261, donde la profesora brasileña refuta con fundamentos sólidos las posturas optimistas.

— si no es así: ¿tiene justificación el costoso esfuerzo desplegado?

— ¿la justificación se base en el carácter semi-cerrado del Convenio de La Haya al que aludíamos?

— ¿puede ser que el ámbito sociológico americano, con todos los particularismos que existen en su seno, sea asimilable al europeo o, mejor dicho, sea susceptible de una suerte de “homologación” universal?

A todos estos interrogantes intentaremos acercar alguna respuesta en la parte final de este trabajo. Previamente, es menester continuar con el análisis de la Convención, poniendo de relieve la similitud de las soluciones consagradas, a fin de obtener una visión de conjunto que garantice conclusiones más rigurosas.

### 3. *La Convención interamericana frente a otros Convenios bilaterales o multilaterales*

La Convención de Montevideo adoptó en el art. 35<sup>(62)</sup> una postura de no restricción respecto a la vigencia de otros instrumentos actuales o futuros, bilaterales o multilaterales, entre los Estados partes, desechando una solución propuesta en el proyecto de convención presentado a la sesión plenaria que disponía la derogación de los Convenios bilaterales “uruguayos” en la medida en que los Estados partes de éstos ratificaran la Convención. Una norma expresa que reglamentara el problema de la coexistencia entre ambos ordenamientos, había sido reclamada por D. Opperti Badán diciendo: “la celebración de una futura convención interamericana sobre pronta restitución de menores obligará a adoptar previsiones acerca de los convenios bilaterales en vigor”<sup>(63)</sup>. La fórmula de no restricción se extiende también a las prácticas más favorables” que los Estados partes de la Convención pudieran observar en la materia.

## VII. *Ambito temporal*

### 1. *Vigencia de la Convención en el tiempo*

Hablar de vigencia en el tiempo de un instrumento internacional cualquiera significa hacer referencia a la regulación de las condiciones según las cuales el mismo comienza o finaliza su aplicabilidad a los supuestos de hecho que contempla. El sentido más amplio de esta afirmación, que está reglamentado en los arts. 36 y 37<sup>(64)</sup>, que establecen la fecha de entrada en vigor y la vigencia indefinida, salvo denuncia, respectivamente, no presenta demasiada importancia desde el punto de vista de nuestro análisis, siendo tratado de la misma manera en todas las convenciones de la CIDIP.

(62) Cf. art. 34, 2º

(63) *Op. cit.*, p. 16.

(64) Cf. arts. 43 y 44 del Convenio de La Haya.

Otro aspecto de la misma cuestión, el que contempla las situaciones de Derecho transitorio, no es reglamentado por la Convención, quedando de este modo abierta una posibilidad de producción de problemas en la delimitación del ámbito temporal respecto de otros instrumentos reguladores de la misma materia. Las normas del art. 34 — que dispone la preminencia de la Convención sobre el Convenio de La Haya — y la del art. 35 — que establece que la Convención no restringirá las disposiciones de otras convenciones — no alcanzan a solucionar esta cuestión, aunque brindan pautas interpretativas para determinados supuestos <sup>(65)</sup>.

## 2. Relación con el ámbito personal

Al tratar la regla de base de la Convención, decíamos que la formulación de la misma (art. 2) era diferente a la utilizada por el Convenio de La Haya (art. 4). En efecto, si bien el límite trazado al ámbito de aplicación personal en ambos instrumentos, dieciséis años, coincide, el Convenio lo fija de un modo negativo, al disponer que el mismo “dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años”. Esta expresión fue vista por A. Perugini como potencialmente favorable al “secuestrador”, toda vez que podría valerse de la misma para “trasladar o retener al menor indebidamente poco tiempo antes de cumplir 16 años y provocar así una ruptura familiar aún más profunda que la existente”, sosteniendo que la cuestión pasa por la elección de un valor preponderante entre “la edad del menor y su persona aislada del contexto” y los intereses de la familia. En consecuencia, señala, sólo en el primer caso podría introducirse una norma como la del Convenio de La Haya, mientras que si el centro de gravedad se situara en la familia, la norma podría disponer “la Convención se aplicará en toda su extensión cuando los hechos decisivos se hubieren realizado con anterioridad al cumplimiento de la edad de 16 años <sup>(66)</sup>”. En definitiva, se hizo caso omiso de estas consideraciones, dejando al intérprete la valoración de las condiciones de aplicabilidad de la Convención atendiendo a las circunstancias del caso concreto. De cualquier manera hay que tener en cuenta que, aunque no se reglamente el supuesto de que el menor cumpla los dieciséis años (es decir, deje de ser tal en los términos de la Convención) después de ser ilegalmente trasladado o retenido, el tema debe ser planteado a la luz de lo dispuesto en el art. 11 en el sentido de otorgar a la autoridad competente la facultad de tener en cuenta la opinión del menor valorando la edad y la madurez del mismo.

(65) Nos remitimos en esta materia a las consideraciones generales realizadas por F. MAJORS en torno al denominado “conflicto de convenciones”, donde ofrece un conjunto de respuestas concretas respecto a los Convenios de D. I. Pr. sobre la base de la norma contenida en el art. 30 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (Vid. *Les Conventions internationales en matière de droit privé*, vol. I, París, 1976, pp. 401-426).

(66) *Informe del relator...*, cit., p. 8.

## VIII. Mecanismo de restitución

### 1. Legitimación activa

La Convención, en los arts. 4 y 5, señala expresamente a los padres, tutores o guardadores, o cualquier otra institución, que ejercieren derechos sobre el menor de conformidad con la ley de la residencia habitual del mismo inmediateamente antes de ocurrir el hecho, como sujetos legitimados para solicitar la restitución. La mención de "cualquier otra institución" no aparece en los proyectos de Convención ni en los Convenios "uruguayos", aunque debe destacarse que ya en la Exposición de motivos del proyecto del C. J. I. <sup>(67)</sup> se consideró que el derecho de cualquier institución pública o privada, o del Estado mismo, estaba implícito en el de los tutores o guardadores. No obstante, la inclusión expresa de la locución mencionada no parece superflua. En cambio, debe señalarse que a nuestro juicio esta disposición limita innecesariamente, con la pretendida excusa de "evitar el abuso del derecho de la acción de restitución" <sup>(68)</sup>, la fórmula más amplia del art. 8 del Convenio de La Haya que designa como titulares de la acción a "toda persona, Institución u Organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención..." indebida.

Una redacción como esta hubiera contemplado mejor el que constituye tal vez el único presupuesto particular en el ámbito americano, y que consiste en la dolorosa situación de los hijos de los ciudadanos detenidos ilegalmente y "desaparecidos" en el transcurso de las dictaduras militares padecidas en las últimas décadas, sobre todo, en Argentina, Chile y Uruguay. Estos niños fueron entregados a supuestos padres entre los que cuentan en varios casos los propios represores, quienes proceden a menudo a trasladar a los menores para eludir la acción de la justicia instada habitualmente por los legítimos abuelos. Sin embargo, la Convención de Montevideo no parece contemplar esta situación, toda vez que la limitación de la legitimación activa consagrada en el art. 5 y la aparente legitimidad del derecho ejercido por sus "padres", hacen difícil sino imposible la aplicación de sus normas a este supuesto. Es de destacar que quienes podrían ser solicitantes de esta acción, por hipótesis no ejercían ningún derecho antes del desplazamiento y, por lo tanto, estarían alcanzados por la excepción a la restitución prevista en el art. 11, a). Dicho esto, la única alternativa que queda a los damnificados para valerse de la Convención es, paradójicamente, la que otorga el art. 26 para los supuestos de existencia de delito <sup>(69)</sup>.

(67) *Doc. cit.*, p. 9.

(68) *Informe del relator...*, cit., p. 6.

(69) En nuestra ponencia presentada junto al Profesor J. ALBORNOZ al IX Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, celebrado en Tucumán en agosto de 1987, señalamos que esta laguna existía en los convenios bilaterales "uruguayos" y que era subsanable en una eventual regulación multilateral.

## 2. Autoridades competentes

### A) Los criterios de atribución de la competencia

La norma del art. 5 de la Convención Interamericana, reguladora de la competencia internacional en materia de restitución de menores, ha sufrido una considerable evolución desde el parco precepto del proyecto del C. J. I. hasta la redacción del texto definitivo. Aquél se limitaba a consagrar como competentes a los jueces del Estado de la residencia habitual del menor, en forma coincidente a lo establecido en los convenios "uruguayos", privilegiando de este modo la vía judicial sobre la administrativa, extremo que puede considerarse una tradición en el ámbito iberoamericano<sup>(70)</sup>. No es ocioso comentar que la existencia, en este ámbito, de una Convención reguladora de la competencia — "Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras" de 24 de mayo de 1984, escasamente ratificada — no es óbice para el dictado de normas sobre competencia "directa", como bien lo reconoce el art. 8 de la misma<sup>(71)</sup>.

En el paso siguiente, es decir, el proyecto de la Reunión de Expertos, reparó en el carácter doblemente limitado de la norma del art. 5, a la luz de lo estipulado en el primer párrafo del art. 8 del Convenio de La Haya que dispone la competencia de la Autoridad central de la residencia habitual del menor o de cualquier otro Estado contratante en un plano de igualdad. En consecuencia, procedió a ampliar su extensión: de un lado, en lo que refiere a la naturaleza de la autoridad interviniente, utilizando la fórmula "autoridades del Estado Parte" — en lugar de "jueces del Estado" — y de otro, otorgando competencia — a opción del actor y sólo en caso de urgencia — "las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido" al momento de la demanda de restitución y a las autoridades del "Estado Parte donde se hubiere producido el acto o hecho ilícito que diera motivo a la reclamación". En el tercer párrafo del artículo se subraya la prioridad de las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor, confirmando así el carácter excepcional de los criterios alternativos<sup>(72)</sup>, los cuales brindan unas posibilidades que pueden servir al actor en algún caso concreto donde la demora sea equivalente al fracaso de su intento de recuperar al menor.

(70) Este criterio es juzgado positivamente por D. OPERTTI BADAN, *op. cit.*, pp. 20 y 29-30.

(71) R. HERBERT, *op. cit.*, pp. 17-18. Sobre el particular pueden verse también: W. GOLDSCHMIDT, "Jurisdicción internacional directa e indirecta", *Rev. Fac. D. y C. Pol. Univ. Católica Argentina*, agosto de 1980, pp. 9-26, y G. CHALITA y M. B. NOODT TAQUELA, "La jurisdicción indirecta en la Conferencia de La Paz de 1984 (CIDIP-III)", *El Derecho*, t. 119, pp. 987-995.

(72) En cambio, de la redacción del art. 8 del Convenio de La Haya no se desprende tal carácter, juzgando todos en un pie de igualdad (E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 455).

Debe ponerse de relieve además, la delimitación temporal de la competencia que destaca en el proyecto de la Reunión de Expertos, el cual señala expresamente: "son competentes... las autoridades del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual 'inmediatamente antes' de su desplazamiento o retención...". Todos estos criterios fueron reproducidos de forma casi textual en el texto finalmente adoptado en Montevideo (73), el cual prefirió ser aún más concreto al establecer la competencia de las "autoridades judiciales o administrativas", atendiendo especialmente a la realidad de la práctica norteamericana. En forma congruente con la multiplicidad de vías previstas, el art. 8 de la Convención ofrece expresamente a los legitimados distintas formas para instar el procedimiento de restitución, el cual podrá realizarse mediante exhorto o carta rogatoria, solicitud a la Autoridad Central o, directamente, por la vía diplomática o consular.

### B) *La Autoridad Central*

Como instrumento que se apoya en la cooperación entre los Estados, la Convención ordena en el primer párrafo de su art. 7 (74) a cada Estado Parte, la designación de una "Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones" que la misma establece. Esta solución coincide con la tendencia observable en la Conferencia de La Haya de D.I.Pr (75) ya puesta en práctica en otras convenciones concluidas por la CIDIP (76). No obstante la aparente obviedad de esta consagración, toda vez que la existencia de una Autoridad Central constituye, al menos a *priori*, un elemento coadyuvante de singular transcendencia a fines de lograr la restitución del menor, mereció un "extenso debate" en el seno de la Comisión (77). La discusión principal en este punto se refirió a si la designación de la Autoridad Central debía ser facultativa u obligatoria para los

---

(73) Cf. arts. 3, a) y 4 Convenio de La Haya, *ibid.*, pp. 30-31, donde el autor se muestra partidario de su incorporación.

(74) Cf. art. 6 Convenio de La Haya, el cual en su párrafo segundo prevé una "cláusula federal" que autoriza a designar más de una Autoridad Central a los Estados Federales, los plurilegislativos y los que tengan organizaciones territoriales autónomas, aunque siempre deberán contar con una Autoridad Central "primaria".

(75) Aunque centrado preferentemente en la práctica belga, resulta de interés el trabajo de M. VERWILGHEN y H. VAN HOUTTE, "Conflits d'autorités et de juridictions relatifs à la protection de la personne du mineur", *Rev. belge dr. int.*, vol. XV, 1980, pp. 397-431. Vid., asimismo, F. MOSCONI, *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*, Milán, 1965.

(76) Señaladamente, Convenciones Interamericanas sobre: Exhortos o Cartas Rogatorias de 30 de enero de 1975 y su Protocolo Adicional de 8 de mayo de 1979, Recepción de Pruebas en el Extranjero de 30 de enero de 1975 y su Protocolo Adicional de 24 de mayo de 1984, Cumplimiento de Medidas Cautelares de 8 de mayo de 1979, y Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero de 8 de mayo de 1979.

(77) *Informe del relator...*, cit., p. 7.

Estados Partes, lo que equivale a poner en tela de juicio la naturaleza indispensable de la misma. Del estudio de los precedentes puede colegirse una comprensión de este debate, ya que, mientras el proyecto del C.J.I. prescinde prácticamente de esta institución limitándose a mencionarla en algunos artículos, el proyecto de la Reunión de Expertos le brinda un tratamiento muy limitado. Otro es el criterio imperante en la Conferencia de La Haya, donde la eficacia misma del Convenio de 1980 parece descansar en el buen funcionamiento de la Autoridad Central (78).

En lo que hace a las funciones que corresponden a la Autoridad Central, la Convención de Montevideo prefirió introducir una regulación genérica de ellas, en vez de utilizar una descriptiva como la del art. 7 del Convenio de La Haya (79). En efecto, el art. 7 párrafo segundo de la Convención se limita a disponer la obligación de colaboración con la parte actora y con la autoridades competentes, sobre todo en lo referido a tramitación de documentos. Por su parte, el párrafo tercero ordena la cooperación y el intercambio de información entre las Autoridades Centrales, con el fin de garantizar los objetivos fijados por la Convención (80). En definitiva, puede afirmarse que la institución de Autoridades Centrales resulta en principio útil para conseguir una mejor aplicación de la Convención, mediante un funcionamiento armónico con las autoridades judiciales o administrativas, representando una vía más a utilizar en la restitución (arts. 8, 10 y 22) y en la localización de menores (arts. 18 y 19). Es muy importante mencionar en este punto que la CIDIP IV resolvió positivizar el unánime reconocimiento imperante entre los internacionalistas americanos sobre la valiosa labor desplegada por el I.I.N., mediante la atribución a este organismo de funciones de coordinación de las actividades de las Autoridades Centrales, de centralización de información relativa a la aplicación de la centralización de información relativa a la aplicación de la Convención y de cooperación con otros organismos internacionales competentes en la materia (art. 27). Esta norma viene a crear así una suerte de "Autoridad Central supranacional" que resulta característica de la Convención y que permite abrigar esperanzas respecto a su buen funcionamiento, habida cuenta de la experiencia y rigurosidad puestas de manifiesto por el I.I.N. en el tratamiento de esta materia y en todos los relacionados con menores. Además, la amplitud de la redacción del art. 27 no se diferencia demasiado de la del art. 7 antes comentado.

---

(78) Así lo puso de manifiesto E. PEREZ VERA al afirmar que "dans ses grandes lignes et dans une large majorité des cas, l'application de la Convention dépendra du fonctionnement des instruments qu'elle-même instituera à cette fin, c'est-à-dire des Autorités centrales", *op. cit.*, p. 438. Cf. en el mismo sentido A. E. ANTON, "The Hague Convention on International Child Abduction", *I. C. L. Q.*, t. 30, 1981, pp. 537-567, especialmente pp. 543 y 546-547.

(79) Sobre el método escogido por el Convenio de La Haya, vid. P. BENVENUTI, *op. cit.*, pp. 602-603.

(80) Cf. art. 7, 1º Convenio de La Haya.

### 3. Procedimiento

#### A) Carácter prioritario del procedimiento

En nuestra opinión, la piedra angular sobre la que descansa el procedimiento de restitución está contenida en el art. 16, en el cual, en un todo de acuerdo con el objetivo primordial de la Convención, se prohíbe a las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor se encuentra en virtud de un traslado o retención ilegal, decidir sobre el fondo del derecho de guarda, una vez que han sido informadas de la producción del hecho. La obligación cesa si se demuestra la inaplicabilidad de la Convención o si transcurre un "período razonable" sin que se inste el procedimiento previsto en la misma. La importancia de este precepto radica en la reafirmación del compromiso de los Estados Partes de priorizar la aplicación de este procedimiento especial sumario<sup>(81)</sup> de fuente internacional sobre otros que pudieran existir en materia de protección de menores. Curiosamente, la norma del art. 16, que reproduce el mismo artículo del Convenio de La Haya, no figuraba en los proyectos que precedieron a la Convención, siendo incorporada en la sesión plenaria en la cual se aprobó el texto definitivo. Debe quedar claro que en el Convenio de La Haya la norma en cuestión juega complementariamente con la del art. 17, que establece que ni la mera existencia de una decisión de fondo sobre la custodia del menor ni la seguridad de que esa decisión ha de ser reconocida en el Estado requerido, alcanzan para obstar a la restitución, admitiendo, no obstante, que la autoridad competente considere los motivos de la decisión al aplicar el Convenio<sup>(82)</sup>.

El art. 14, 1.º de la Convención Interamericana establece un plazo de caducidad para la acción de restitución el cual, en concordancia con todos los precedentes (art. 12, 1.º Convenio de La Haya, proyectos del C.I.I. y de la Reunión de Expertos y Convenios "uruguayos") se fija en un año a contar desde la fecha del traslado o retención ilegal. Atendiendo a las dificultades que pueden producirse en la determinación de esta fecha, el mismo artículo indica como criterio subsidiario el del momento de la precisa y efectiva localización del menor. Pero la virtualidad real del plazo previsto queda de manifiesto en el tercer párrafo del artículo al brindársele a la autoridad competente la posibilidad de obviarlo si se lo requieren las circunstancias del caso, "a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno". Esta disposición junto a la del art. 17<sup>(83)</sup> que establece que la restitución del menor puede ordenarse en cualquier momento a pesar de los plazos indicados, están en un todo de acuerdo con el espíritu de la Convención y dan al procedimiento una flexibilidad sufi-

(81) D. OPERTTI BADAN, *op. cit.*, p. 35, señala que "las facultades del juez exhortado son, en rigor, las de prestar su cooperación al exhortante; por ende, es un trámite sumario".

(82) La redacción final de esta norma se debió al interés de evitar reservas, según indica E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 464.

(83) Cf. art. 18 Convenio de La Haya.

ciente para que la autoridad competente opere la adecuación de sus preceptos a la realidad del caso concreto.

La mención del "período razonable" en el art. 16 abre un campo para la apreciación judicial que deberá utilizar como parámetro el plazo de un año fijado en el art. 14, por recoger éste el mismo supuesto que aquél, es decir, la situación anterior al inicio del procedimiento, y no el de 45 días que establece el art. 13 y que refiere a la situación posterior a la resolución que dispone la restitución del menor.

#### B) *Requisitos de la acción*

El art. 9 de la Convención<sup>(84)</sup> contiene extensas normas donde se regulan el contenido mínimo de la acción (ap. 1) y los documentos que deben presentarse al momento de ejercerla. La redacción básica del artículo proviene del proyecto del C.J.I. y recoge la estructura utilizada en el *Convenio de La Haya*, más detallada que los escuetos postulados presentes en los Convenios "uruguayos". Coincidiendo con el sistema de pluralidad de vías para el ejercicio de la acción, en el art. 9 se menciona expresamente el binomio "solicitud o demanda" cuando se refiere al contenido y a los documentos exigidos, criterio que, pese a ser utilizado en el proyecto de la Reunión de Expertos, había sido abandonado en el seno de la Comisión I de la CIDIP IV<sup>(85)</sup> prefiriendo distinguir entre los requisitos de una y otra. La obligatoriedad del cumplimiento de estos requisitos, que se desprende de la utilización del término "deberá" (el art. 8 del Convenio de La Haya habla de la documentación que "podrá" acompañarse), se ve matizada razonablemente por lo dispuesto en el art. 9, 3.º que faculta a la autoridad competente a prescindir de alguno de ellos en aras del cumplimiento del objetivo principal de la Convención, es decir la restitución del menor.

El mismo ánimo de favorecer la restitución informa al art. 9, 4.º que exige del requisito de legalización a los exhortos, solicitudes y documentos acompañados, pero sólo cuando se tramiten por vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central — norma que ya existía en otros instrumentos de CIDIP sobre cooperación judicial internacional —. La ampliación de esta norma a los casos en que se utilice la vía judicial fue propuesta con poco éxito por D. Operti Badán<sup>(86)</sup>. De prosperar esta opinión, la solución hubiera quedado más acorde a la establecida en el art. 23 del Convenio de La Haya que elimina de su contexto toda legalización u otras formalidades análogas con la salvedad, claro está, de las que puedan corresponder a copias y documentos privados según la ley interna de las autoridades competentes<sup>(87)</sup>.

(84) Cf. art. 8 Convenio de La Haya.

(85) Vid. el Proyecto de Convención presentado a la sesión plenaria, Documento OEA/SER. K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. n.º 36/89 de 14 de julio e *Informe del relator*, cit., p. 7.

(86) *Op. cit.*, p. 34.

(87) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 467.

En forma congruente, el art. 23 de la Convención de Montevideo<sup>(88)</sup> consagra la gratuidad de los exhortos o solicitudes y de las medidas que se adopten en el marco de la misma como así también la exclusión de cualquier tipo de exacción al respecto. Lógicamente, la parte solicitante tiene derecho a intervenir por sí o por intermedio de apoderado en las diligencias y trámites a cumplir en el Estado requerido (art. 24) como un modo más de coadyuvar al feliz desenlace de la restitución, pero los gastos que esta actividad le comporte estarán a su cargo (art. 25, 2.º). No obstante, en el párrafo siguiente se otorga a las autoridades competentes la facultad de disponer, "atendiendo a las circunstancias del caso", que sea el "secuestrador" quien soporte todos los gastos ocasionados, aunque la regla general del art. 13 2.º establece que los gastos de traslado estarán a cargo del actor, saldo que carezca de recursos económicos<sup>(89)</sup>.

La función de los requisitos mencionados en el art. 9 es la de establecer unas exigencias mínimas para la puesta en marcha del procedimiento de restitución, mediante la acreditación del cumplimiento de presupuestos personales, materiales y legales, así como el acercamiento a la autoridad competente de cualquier elemento fáctico o circunstancial que le pueda ayudar en su cometido. En consecuencia, de acuerdo al espíritu de este artículo, la valoración que realice la autoridad competente sobre los extremos acreditados por el solicitante deberá, en caso de duda, inclinarse por su acogida.

### C) *La actividad de las autoridades*

Según lo preceptado en el mencionado art. 24 de la Convención, la realización de las diligencias y trámites que deben desplazarse en jurisdicción del Estado requerido está a cargo de las autoridades competentes, sin perjuicio de la intervención de la parte interesada. Esta también podrá ocuparse de transmitir el exhorto o solicitud al órgano requerido, posibilidad que se adiciona a la utilización de las vías comentadas (art. 22). Ahora bien, primer cometido de la autoridad requerida consiste, según lo dispone el art. 10, 1.º de la Convención<sup>(90)</sup>, en intentar la restitución voluntaria del menor que se encuentra en su Estado en virtud de un traslado o retención ilegal. Puede suponerse que por la configuración misma de los supuestos de *legal kidnapping* la voluntad del "secuestrador" rara vez será la de acceder a la devolución del menor y así parece desprenderse de los términos que utiliza la norma en cuestión cuando indica que tal obligación concurre sólo en la medida en que "sea pertinente". Si la restitución voluntaria no procede — y si se reúnen los presupuestos necesarios — la autoridad competente deberá conocer personalmente al menor, ordenar las medidas tuiti-

(88) Cf. art. 26 Convenio de La Haya.

(89) Esta salvedad no existe en los convenios entre Uruguay, por un lado, y Argentina y Perú, respectivamente, por el otro, que mantienen llanamente el criterio según el cual los gastos corresponden al accionante, extremo sobre el que hablamos llamado la atención en el Congreso citado en nota 69.

(90) Cf. art. 10 Convenio de La Haya.

vas que estime necesarias y, en su caso, la restitución (art. 10, 2.º), ejerciendo en todo momento un control que impida la salida del menor del Estado requerido (art. 10, 3.º). Debe tenerse en cuenta en este punto que la formulación tan simple de este artículo choca a menudo en la práctica con una tendencia de los tribunales a proteger al nacional en detrimento de los derechos que asisten al padre, tutor o guardador extranjero. Precisamente, uno de los supuestos más comunes de sustracción internacional de menores consiste en la actitud de uno de los miembros de una unión mixta de trasladar (o retener) al menor al país de su nacionalidad, alentado por el entendimiento de que sus leyes y, sobre todo, sus tribunales se inclinarán por la solución que más le favorezca<sup>(91)</sup>. Esta situación puede presentar un grado de injusticia aún mayor si la autoridad competente sucumbe ante la seducción que suele ejercer sobre ella la existencia de un "conflicto de civilizaciones", que se manifiesta cuando el país de origen del progenitor extranjero es considerado "menos civilizado" que el país del foro<sup>(92)</sup>. Es de esperar que en ámbito de aplicación de la Convención Interamericana las autoridades no ejerzan actitudes como la descrita que, además de ser dialécticamente cuestionables, desvirtúan por completo los intereses subyacentes en sus disposiciones.

Cabe mencionar, por último, que la actividad de la autoridad requerida debe ser correspondida por la preocupación de la autoridad requirente, que no debe limitarse a transmitir la solicitud a aquélla. Por el contrario, previendo la posibilidad de un accionar temerario por parte de la parte interesada, el art. 13 dispone que si pasan cuarenta y cinco días desde que la autoridad requirente hubiere recibido la resolución que ordena la restitución sin haber tomado las medidas necesarias para trasladar al menor, las medidas dictadas por la autoridad requerida — incluida la de restitución — quedan sin efecto.

#### 4. Excepciones a la restitución

Frente a la obligación genérica de restituir contenida en el art. 10, la Convención de Montevideo contempla diversas excepciones que facultan a la autoridad requerida a no ordenar el retorno del menor. De un lado, en el art. 11, encontramos excepciones de carácter especial que atienden a circunstancias particulares relativas al solicitante de la restitución o al propio menor, y, de otro lado, en el art. 25, aparece una cláusula de orden público dotada de cierto contenido específico<sup>(93)</sup>. El art. 11<sup>(94)</sup> tiene su antecedente en el proyecto de la Reunión de Expertos, que a su vez modificó

(91) Vid. B. DESCHENAUX, "La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, du 25 octobre 1980", *Ann. suisse dr. int.*, XXXVII, 1981, pp. 119-128.

(92) J. C. FERNANDEZ ROZAS, *op. cit.*, pp. 95-96. Vid. del mismo autor, "Los movimientos migratorios y la nueva configuración del tráfico externo", *Anuario I. H. L. A. D. I.*, vol. 8, 1987, pp. 49-74, esp. pp. 72-74.

(93) Vid. D. RINOLDI, *op. cit.*, p. 199.

(94) Cf. art. 13 Convenio de La Haya.

sustancialmente la norma prevista en el proyecto del C. I. J., incorporando con escasas diferencias el texto del art. 13 del Convenio de La Haya. En consecuencia, las causales especiales previstas también son tres: a) inexistencia de un ejercicio "efectivo" del derecho sobre el menor por parte del solicitante al momento del traslado o de la retención<sup>(95)</sup>, o consentimiento posterior; b) existencia de un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico<sup>(96)</sup>; y c) oposición del menor a regresar, siempre y cuando la autoridad requerida valore positivamente la edad y madurez del mismo. La concurrencia de las causales a) y b) deben ser demostradas por la persona o institución que se oponga a la restitución dentro de un plazo de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciera saber a quien lo retiene (art. 12). Tal demostración no es vinculante para la autoridad requerida, quien la apreciará a la luz de las circunstancias que concurren en el caso concreto y del derecho aplicable y los antecedentes jurisprudenciales o administrativos obrantes en el Estado de la residencia habitual del menor<sup>(97)</sup>. Para ello podrá valerse de la asistencia de las Autoridades Centrales o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte, debiendo resolver dentro de un plazo de sesenta días calendario contados a partir de la recepción de la oposición. Puede constatarse la flexibilidad de estas disposiciones y la amplitud de criterio otorgada a la autoridad requerida, lo que concuerda a la vez con los objetivos de la Convención y con el carácter sumario del procedimiento de restitución.

Respecto a la consideración de la opinión del menor, debe mencionarse que su inclusión no fue pacífica, aunque finalmente se impuso una fórmula similar a la del Convenio de La Haya. De esta manera el menor se convierte en intérprete de su propio interés<sup>(98)</sup>, lo cual requiere una actitud muy cuidadosa por parte de la autoridad en la valoración de todos los elementos que componen el caso, toda vez que la oposición del menor "maduro" no puede, por sí sola, dejar sin efecto la aplicación de la Convención.

La referencia al orden público internacional del Estado requerido contenida en el art. 25<sup>(99)</sup>, presenta una redacción más específica que la tradicional fórmula genérica que incluía el proyecto del C.J.I. En efecto, el parámetro utilizado en la Convención consiste en "los principios fundamentales... consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño", frente a los cuales la restitución deberá aparecer como "manifiestamente violatoria" para que prospere la

(95) Vid. supra punto VIII.1, la relación entre esta norma y el art. 5.

(96) No se incluye aquí la referencia a "una situación intolerable" mencionada por el Convenio de La Haya.

(97) Cf. art. 14 Convenio de La Haya.

(98) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 433.

(99) Cf. art. 20 Convenio de La Haya, del cual F. J. ZAMORA CABOT opina que incorpora una "afirmación clara y tajante del Orden Público verdaderamente internacional" ("El Proyecto de Convención de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños: primeras impresiones", *La Ley*, 1981, pp. 938-941). Cf. A. E. ANTON, *op. cit.*, pp. 551-552.

excepción. Si bien la mencionada especificidad establece un límite a la posibilidad de las autoridades requeridas de frustrar una restitución en base a interpretaciones particularistas<sup>(100)</sup>, no es menos cierto que entre las excepciones del art. 11 y el orden público se dejan muchas vías de escape para lograr la no aplicación de la Convención, resultando comprensible la queja de S. Oschinsky<sup>(101)</sup>. No escapa a nuestro entendimiento que tales excepciones responden a un ánimo transaccional que persigue mejores expectativas de ratificación, pero consideramos que no hubiera estado de más la incorporación de un artículo como el 36 del Convenio de La Haya, que faculta a los Estados Contratantes a derogar, mediante acuerdos mutuos, las restricciones “a las que podría estar sometido el regreso del niño”, en clara alusión a las excepciones.

### IX. Mecanismo de localización

Como otra expresión del espíritu de cooperación entre autoridades<sup>(102)</sup>, la Convención de Montevideo introduce una suerte de procedimiento auxiliar previo al de restitución, que existía, con una formulación más limitada, en los Convenios “uruguayos”. Los sujetos legitimados son los mismos que en el procedimiento de restitución, quienes tienen la facultad de requerir directamente o mediante las autoridades de su Estado — el de residencia habitual del menor — a las autoridades competentes de otro Estado Parte donde presumiblemente se encuentra el menor, la localización del mismo. Para ello deberá acompañarse toda la información posible para facilitar esta tarea, resultando de particular transcendencia los datos relativos al presunto “secuestrador” y a los lugares donde puede haber trasladado al menor (art. 18). La autoridad requerida deberá — de acuerdo con los principios que informan a la Convención — recibir estos antecedentes con un criterio amplio y flexible y, en caso de localizar al menor, deberán “adoptar en forma inmediata todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción” (art. 19). Es decir, que el objeto de este procedimiento consiste en obtener una medida cautelar de manera que el damnificado por el traslado o retención ilegal no se vea burlado por el accionar del “secuestrador”. Teniendo en cuenta la naturaleza del procedimiento, el art. 20 concede al requirente un plazo de sesenta días calendarios, contados a partir de la comunicación que informa que se ha producido la localización a las autoridades del Estado requirente, para que interponga la correspondiente solicitud de restitución, vencido el cual las medidas que se hubieren adoptado “podrán quedar sin efecto”. Nótese que no se impone a la autoridad requerida la obligación de levantar las medidas, dejándole a ésta la posibilidad de disponer según las exigencias marcadas por las circunstancias del caso. De todos modos, aún cuando las medidas orde-

(100) H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 234.

(101) *Vid. supra nota 50.*

(102) Cf. D. OPERTTI BADAN, *op. cit.*, p. 42.

nadas queden sin efecto, no existe obstáculo alguno para el posterior ejercicio de la acción de restitución, aunque debe suponerse que difícilmente, en circunstancias más o menos normales, el requirente deje pasar el plazo sin solicitar la restitución.

## X. España frente a la Convención: problemas ante una eventual incorporación

### 1. Cuestiones generales de codificación

El ámbito sociológico en el cual se producen las situaciones irregulares que intenta remediar el Convenio de La Haya no "difiere en esencia" de la presentación de la cuestión en el continente americano<sup>(103)</sup>. En efecto, los presupuestos tenidos en consideración para la sanción del Convenio de 1980<sup>(104)</sup> coinciden en términos generales con los que expresara el Profesor Mac Lean en su relato ante el C.J.I. en la sesión de enero de 1986, recogidos luego por la CIDIP IV. El aumento del número de secuestros de menores por parte de sus padres u otras personas que tienen o pretenden tener sobre ellas algún derecho, las particulares características de las uniones mixtas — en las cuales se produce a menudo un conflicto de civilizaciones entre componentes de diferente nivel cultural, social y económico — el desarrollo de las comunicaciones que provoca una mayor internacionalización de la vida privada, la disminución de los controles para el franqueo de las fronteras, aparecen, de este modo, como condiciones que se presentan en mayor o menor medida a uno y otro lado del Océano Atlántico. Entonces, ¿hay principios regionales?<sup>(105)</sup> ¿existe un grado de particularismo "americano" que esta Convención o las otras de la CIDIP se preocupen por respetar? Es evidente que del análisis de los textos de estas convenciones no puede inferirse una respuesta afirmativa. Antes bien, las peculiaridades, escasas, que presenta la Convención Interamericana, y que hemos puesto de relieve a lo largo de este trabajo, no parecen encarnar principios regionales que deban ser tenidos en cuenta inevitablemente en la codificación del D. I. Pr. americano. Por el contrario, se manifiestan, en todo caso, como cuestiones de técnica legislativa pasibles de recibir diferentes opiniones. Todo esto que venimos diciendo hace dirigir nuestra mirada hacia la necesidad de realizar una discusión profunda sobre la cuestión, advirtiendo cuáles son los pasos que se dan cada vez que se procura establecer una reglamentación de algún aspecto del tráfico privado externo en el continente americano. Nos referimos a la existencia de estudios previos de carácter sociológico, de prácticas judiciales y administrativas, de tendencias de política legislativa, de clasifica-

(103) *Ibid.*, p. 13.

(104) S. ALVAREZ GONZALEZ, *op. cit.*, p. 11.

(105) La respuesta, al menos *a priori*, debiera ser positiva. Así lo afirma, en un profundo análisis axiológico, M. A. CIURO CALDANI, al abogar por "la preservación de las características de la región latinoamericana" ("América Latina en la encrucijada del valor", Investigación y docencia, F. D. U. N. Rosario, núm. 14, 1989, pp. 3-7).

ción, de temas necesitados de una regulación prioritaria etc., y, en materias de contenido económico, de la realidad del sector, en nada asimilable a la de otras regiones del mundo. En este sentido debe mencionarse que en el desarrollo previo de la Convención sobre Restitución Internacional de Menores — concretamente, antes de la Reunión de Expertos de San José de Costa Rica — el I.I.N. preparó un cuestionario sobre los temas “Secuestro y restitución de menores” y “Obligaciones de alimentos”<sup>(106)</sup>, al estilo de los empleados por la Conferencia de La Haya, para que cada país respondiera sobre diferentes interrogantes de índole sociológica, legislativa y jurisprudencial. Lamentablemente esta loable iniciativa, que se inscribe en la infatigable actividad desempeñada por el Instituto, no demuestra haber sido tomada en cuenta en forma decisiva. La pregunta núm. 31 del cuestionario viene a refrendar nuestra línea de afirmaciones al demandar a los Estados miembros de la O.E.A. si consideraban “conveniente al adopción de una Convención interamericana en la materia que sea compatible con las previsiones de la Convención de la Conferencia de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, de 25 de Octubre de 1980, como forma de ir a un ordenamiento uniforme para resolver este tipo de problemas”. Coincidente y coetáneamente se expresaba D. Opperti Badán, llamando la atención sobre la importancia de lograr una “conciliación entre la vocación universalista del Convenio de La Haya y el ámbito regional de la Convención interamericana”<sup>(107)</sup>, poniendo de relieve, una vez más, la preocupación que obraba en el ánimo de los juristas americanos. Ahora bien, no es fácil concluir que los problemas a resolver en América sean idénticos — y, por lo tanto, requieran un tratamiento jurídico similar — que los que tienen lugar, por ejemplo, en el ámbito europeo.

A todo esto debemos adicionar que no es lo mismo hablar de identidad jurídica iberoamericana (latinoamericana, si se prefiere) que de identidad jurídica americana *lato sensu*. Si aquélla es complicada de determinar — a no ser que se la establezca por referencia común al mundo exterior —, tanto más lo será ésta, toda vez que conviven en su seno ordenamientos pertenecientes a distintas “familias jurídicas”<sup>(108)</sup>. T. B. de Maekelt, siguiendo la metodología de la “apreciación compleja” para crear grupos de derechos preconizada por K. Zweigert<sup>(109)</sup>, llega a hablar de un grupo autónomo latinoamericano<sup>(110)</sup>, como ya lo habían hecho —

(106) Doc. OEA/Ser. y. XXI.4, CIDIP-IV Doc. n° 13/89, de 3 de marzo.

(107) *Op. cit.*, p. 16.

(108) Sobre el concepto de familia jurídica, vid. R. DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1980, pp. 10-14.

(109) Cf. K. ZWIEGERT, “Méthodologie du droit comparé”, *Mélanges Maury*, t. I, Paris, 1960, pp. 579-596.

(110) “Reflexiones sobre Derecho Comparado”, *Libro homenaje a J. Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, pp. 217-244. Allí afirma que en el Derecho latinoamericano se encuentra una diferencia de “estilo”, que se manifiesta, por ejemplo, en la utilización preponderante de la conexión domiciliar en el ámbito de los derechos personales.

aunque con otras concepciones metodológicas — autorizados comparatistas españoles<sup>(111)</sup> y latinoamericanos<sup>(112)</sup>. Es decir que, desde esta perspectiva, podría hablarse de tres tipos de relaciones internacionales iusprivatistas en la materia que estamos comentando: las que se producen dentro del marco iberoamericano, las que presentan a su vez elementos iberoamericanos y de algún ordenamiento de raíz anglosajona — pero dentro de los Estados miembros de la O.E.A. —, y las que se conforman por elementos intra y extracontinentales — potencialmente reguladas por el Convenio de La Haya. Obviamente, con un panorama tan complejo, se hace imposible esbozar respuestas simples o apresuradas<sup>(113)</sup>.

El comentado art. 33 de la Convención de Montevideo<sup>(114)</sup> nos coloca ante una realidad que ya pusiéramos de relieve<sup>(115)</sup>. Pareciera que esta norma viene a relativizar en cierta medida el esfuerzo desplegado para alcanzar la sanción de un texto americano sobre restitución internacional de menores. Tal afirmación no debe entenderse como una limitación a esta materia; más bien, todo lo contrario. Una justificación basada en el argumento histórico según el cual la codificación del D. I. Pr. iberoamericana precedió — al menos en resultados concretos — a la europea, si bien es cierta, no resulta suficiente en la hora actual. Es menester buscar razones más convincentes y, una vez halladas, obrar con rigurosidad y sin voluntarismo<sup>(116)</sup>. Con las cosas como están, tal vez no hubiera sido

(111) F. de SOLA CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho Comparado*, Barcelona, 1954, pp. 175-176 y 233-274; J. CASTAN TOBENAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid, 1956, p. 23; y J. M. CASTAN VAZQUEZ, "El Código Civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano", A. D. C., 1982, pp. 8-9.

(112) Por su parte, A. M. VILLELA, después de señalar algunos de los problemas que se producen en el seno de este grupo de países, pone el acento en las dificultades operadas cuando éstos se encuentran frente a frente con los países de *common law*, y afirma que "l' O.E.A. ... englobe autant des pays d'expression anglaise, directement influencés par le système juridique britannique que les États-Unis d'Amérique qui allient à leur origine anglo-saxonne, la complexité de leur formation fédérale", en lo que constituye "un nouveau facteur qui complique encore la question" (*op. cit.*, pp. 252-253). Esta idea es compartida también por el jurista español F. de SOLA CAÑIZARES, loc. cit., p. 176, quien afirmaba — ya en en 1954 — "cada día se acentúa la penetración del *common law* en Iberoamérica".

(113) Vid. R. HERBERT, *op. cit.*, pp. 13-16, donde luego de analizar algunas diferencias entre el "sistema angloamericano de los Estados Unidos de Norteamérica" y "el sistema neo-romanista continental de los países latinoamericanos", indica como solución útil para la nueva etapa codificadora llevada a cabo por la O.E.A. produzca convenciones operativas, "una flexibilización metodológica, la introducción de criterios teleológicos y un mayor margen de atribuciones a la actividad del juez".

(114) Vid. *supra*, punto VI.2.

(115) Vid. "Jornadas sobre D. I. Pr. convencional en el sistema español" (León, mayo de 1983), loc. cit.

(116) Ya que no se trata, como criticara A. M. VILLELA, "de produire des conventions à tout prix, pour le simple plaisir d'attester une production quantitativement significative" (*op. cit.*, p. 260).

una mala solución recomendar a los países miembros de la O.E.A. que ratifiquen o adhieran al Convenio de La Haya, solución que puede parecer exagerada pero que no es nada novedosa, pues ya ha sido utilizada respecto a otros instrumentos multilaterales provenientes de distintos foros<sup>(117)</sup>. En tal sentido habrá que tener en cuenta que, como hemos señalado<sup>(118)</sup>, el mecanismo de adhesión previsto en el art. 38 del Convenio de La Haya tiene efectos limitados a los Estados parte que la acepten. No en vano J. D. González Campos llamaba la atención en las Jornadas de D. I. Pr. de León de 1989 sobre la crisis por la que transita la codificación internacional del D. I. Pr., poniendo en la balanza, de un lado, los ingentes esfuerzos — de diversa índole — que exige el desarrollo de este mecanismo de producción jurídica, y, de otro, las limitaciones a que está sometida y los escasos resultados que se obtienen la mayoría de las veces. En todo caso, ¿no convendría propender a una incorporación paulatina de los países americanos a la Conferencia de La Haya<sup>(119)</sup>? Para que ello sea posible, debe producirse una actitud aperturista de la misma que estaría en consonancia con el espíritu universal que debe animarla.

Cabe mencionar, a la luz de la "crisis" de la codificación internacional multilateral y sin ánimo de entrar en consideraciones de fondo sobre el tema, el recurso siempre presente a los acuerdos bilaterales. En este sentido y dentro del ámbito concreto de la sustracción internacional de menores, es notorio el ejemplo de Francia que ha celebrado convenios bilaterales con Marruecos (10 de agosto de 1981), Egipto (15 de marzo de 1982), Túnez (18 de marzo de 1982) y Portugal (20 de julio de 1983), además de otros convenios bilaterales sobre protección de menores en los cuales se recogen normas sobre restitución, similares a las utilizadas por el Convenio de La Haya. Esta actitud no impidió a Francia ratificar éste, ilustrando la compatibilidad entre ambos métodos. El mismo camino parece recorrer, en América, Uruguay. Ahora bien, no obstante las menores dificultades que en principio ofrece el método de reglamentación bilateral, está lejos de constituir la panacea y no está exento de dificultades a la hora de su aplicación práctica.

---

(117) Nos referimos a las resoluciones 1, 2, 3 y 4 de la CIDIP IV, que recomiendan la ratificación o adhesión de los países miembros de la O.E.A. de las Convenciones sobre Factoraje Internacional y sobre Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa, 28 de mayo de 1988), de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980), sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y sobre Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (La Haya, 22 de diciembre de 1986), respectivamente.

(118) Vid. supra, punto VI.2. Para D. OPERETTI BADAN, *op. cit.*, p. 48, el mero hecho de que la gran mayoría de los Estados americanos deban someterse a la "condición adicional" de la aceptación de sus eventuales adhesiones, justifica por sí mismo "el esfuerzo de codificación regional ... en lo que hace a la materia de pronta restitución de menores".

(119) Vid. supra, nota 12.

## 2. Aspectos particulares respecto a la Convención

Para precisar qué actitud deberá tomar España respecto a la Convención que comentamos, constituye un ineludible paso previo tomar en cuenta las opiniones que suscitó el tema de la ratificación por parte de este país del Convenio de La Haya. Frente a algunas que la propugnaban<sup>(120)</sup>, se alzaron otras decididamente contrarias, antes y después de la ratificación<sup>(121)</sup>. Estas se basan en la necesidad de salvaguardar los intereses nacionales y en la exigencia — incumplida — de realizar estudios sociológicos previos para medir las consecuencias que tal actitud provocaría. Se trata de una postura escéptica pero realista que hunde sus raíces en la contemplación — nada abúlica, por cierto — de que los fuertes movimientos migratorios centrifugos sufridos por España durante décadas, en los últimos años se ha ido revirtiendo, situación en la cual “la defensa de los intereses familiares de nuestros nacionales no parece concordar con la filosofía del Convenio de La Haya, que al favorecer el retorno inmediato del menor... hace que *de facto* las posibilidades de recuperación del mismo... sean una utopía”<sup>(122)</sup>.

El estudio de una eventual adhesión de España a la Convención no constituye una cuestión baladí, teniendo en cuenta que dentro de la política de incorporación masiva a tratados de D. I. Pr. desarrollada por este país de un tiempo a esta parte, señaladamente, durante 1987, se produjo la adhesión a dos convenios de la CIDIP: las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero. Como es fácil observar, la afinidad entre éstas y la primera estriba en el basamento común en la cooperación internacional, lo que hace menos desdeñable aún este análisis.

Ahora bien, ¿le interesa a España formar parte de un instrumento que lo vincule con los países americanos en esta materia? En primer lugar, siguiendo con el planteamiento hecho más arriba, la situación desfavorable a los intereses españoles apuntada por S. Alvarez González si bien resulta aplicable al ámbito europeo — espacio primario del Convenio de La Haya — no lo es en cambio al americano. En este caso, el flujo migratorio se

---

(120) Por ejemplo, la de F. J. ZAMORA CABOT, quien sostenía que existía una “verdadera voluntad de que entre vigor lo más pronto posible” y que “España debe participar de esa voluntad” (*op. cit.*, p. 941).

(121) Antes, se manifestó con vehemencia S. ALVAREZ GONZALEZ, *loc. cit.*, pp. 29-32. La opinión contraria posterior a la ratificación se lee entre líneas en J. C. FERNANDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 96.

(122) S. ALVAREZ GONZALES, *loc. cit.*, p. 30. Recuérdesse que, como mencionáramos en III. 1, este autor coherentemente ataca el método del Convenio de La Haya, señalando que: “la entrada a conocer del fondo del derecho de visita y de custodia debe preconizarse en ausencia de resolución dictada, sin que en ningún caso sea precedida del retorno del menor”.

produce — sobre todo en los últimos diez años — en un solo sentido, tratándose de nacionales iberoamericanos que acuden a España con la ilusión, frecuentemente vana, de un mejor horizonte socio-económico. Como en aquel caso, la “práctica restrictiva del país de acogida” (123) obliga al retorno involuntario. Desde esta doble perspectiva que brindan, de un lado, la política convencional seguida por España en otros casos, y, de otro, los datos sociológicos, pareciera que una eventual adhesión española a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, se presenta en principio favorable para este país. Claro que con el mismo argumento, no sería así para los países iberoamericanos de fuerte emigración. Por lo pronto, la jurisprudencia española no parece ser reacia a la cooperación internacional en esta materia con los países iberoamericanos, según se desprende del Auto T.S. (Sala 1.ª) de 15 de diciembre de 1987 (124). En él se concedió el *exequatur* a una sentencia dictada por Tribunal argentino que ordenaba la restitución de una menor de nacionalidad argentina retenida en España por su madre. Sin entrar a considerar la procedencia de los argumentos empleados por el T.S. para justificar la restitución, vale la pena resaltar la actitud aperturista, no obstante la existencia de un pronunciamiento español (dictado por el Juez de Primera Instancia de Alcobendas) que atribuye la guarda y custodia de la menor a la madre, aunque no debe perderse de vista la nacionalidad argentina tanto de ella como del padre.

En segundo lugar, se aprecia que la situación actual es bien diferente a la que se produjo con respecto a la adhesión de España a los Tratados de Montevideo de 1889 y al Código Bustamante. En ambos casos hubo importantes opiniones que se ocuparon de destacar las ventajas de esas eventuales adhesiones (125), aunque no faltaron opiniones eclécticas (126) ni quienes abogaran en su contra (127). Esta última postura resultó refrendada por la actitud adoptada por España frente a estas codificaciones americanas, con la única excepción del Tratado de Propiedad Literaria y Artística de 11 de enero de 1989 (128). Con todo, la postura de los países iberoame-

(123) *Ibid.*

(124) R. E. D. I. 1990-14-Pr. y nota de D. P. FERNANDEZ ARROYO.

(125) Vid. especialmente M. de la PLAZA y NAVARRO, “La codificación del D. I. Pr. en las Conferencias de Montevideo. La adhesión de España”, R. L. J., t. 113, 1908, pp. 176-178; M. de LASALA LLANAS, “Posibilidad de accesoión de España al Código Americano de D. I. Pr. (Código Bustamante)”, R. D. P., vol. 21, 1934, pp. 221-228, y “¿Puede adherirse España al Código Bustamante?”, R. D. P., vol. 22, 1935, pp. 217-221; e I. BEATO SALA, “Sobre la accesoión o adhesión de España al Código Americano de D. I. Pr., denominado Código Bustamante”, R. G. L. J., t. 167, 1935, pp. 603-616.

(126) J. QUERO MOLARES, “La adhesión de España al Código americano de D. I. Pr.”, R. G. L. J., t. 166, 1934, pp. 695-721.

(127) F. de CASTRO, “¿Debe adherirse España al Código Bustamante?”, R. D. P., vol. 22, 1935, pp. 1-6, y “De nuevo sobre la pretendida adhesión de España al Código Bustamante”, *idem*, pp. 306-307.

(128) Vid. supra punto I.1.

ricanos frente a la incorporación de países extracontinentales, distaba de ser unánime <sup>(129)</sup>.

En tercer, debe tenerse en cuenta que al ratificar el Convenio de La Haya, España se ha colocado en situación de quedar ligado por la misma con países americanos. De hecho, ya está vinculada de este modo con Canadá y Estados Unidos. Esto viene a demostrar que, además de favorable, la adhesión a la Convención de Montevideo sería coherente y le permitiría cubrir un área de países que difícilmente se adhuc.an al Convenio de La Haya. Debe apreciarse, sin embargo, que las ratificaciones de los convenios de la CIDIP por los países de la OEA no son precisamente masivas <sup>(130)</sup>, lo que viene a relativizar, en cierta medida, lo anterior.

Por último, queda por señalar el mencionado recurso a la regulación bilateral, referida en este caso al *legal kidnapping* y a relaciones entre España y Estados iberoamericanos considerados individualmente. A las posibilidades de éxito de esta opción le asisten, básicamente, dos argumentos. Por un lado, los convenios de carácter bilateral permiten centrar la discusión en las necesidades concretas de las partes en cuestión, evitando las consideraciones demasiado generales que aparecen, como resultado de intrincadas negociaciones, en los acuerdos multilaterales. Por otro lado, aquéllos no debieran presentar las dificultades para su posterior ratificación que tienen éstos. En los últimos años, España parece haber optado por esta vía en otras materias que también están basadas en la idea de cooperación internacional, dentro del concreto ámbito espacial al que estamos haciendo referencia. Muestra de ello son el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil con México, hecho en 1989, el Convenio sobre cooperación jurídica en materia civil con Brasil, hecho en el mismo año, los convenios sobre cooperación judicial en materia civil que se están negociando con Venezuela y Cuba (país que no es miembro de la OEA desde su discutida expulsión en 1962) y el Convenio sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos con Uruguay, hecho en 1988. Más allá de las ciertas críticas que se puedan realizar, tanto a la política convencional desarrollada por España en general cuanto al contenido de algunos de estos instrumentos en particular, resulta manifiesto el interés español por potenciar los mecanismos de producción jurídica de alcance bilateral. Con la entrada en vigor de los citados convenios y la posterior puesta en práctica por las autoridades judiciales y administrativas, podrá observarse con mayor claridad la real transcendencia práctica de una eventual decisión en este sentido en lo que refiere a la restitución internacional de menores.

(129) Vid. J. SAMTLEBEN, *Derecho...*, cit., pp. 73-76.

(130) A. M. VILLELA, loc. cit., p. 257, y T. B. de MAEKELT, *Normas...*, cit., pp. 54-55.