SUSTRACCIÓN DE NIÑOS / PROTECCIÓN DE NIÑOS

Doc. Info. Nº 6

mayo de 2011

HccH
HAGUE CONFERENCE ON
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONFÉRENCE DE LA HAYE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

LEY MODELO SOBRE NORMAS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS DESARROLLADA POR UN GRUPO DE EXPERTOS CONFORMADO POR LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO Y PRESENTADA EN LA SEGUNDA REUNION DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES "PROGRAMA INTERAMERICANO DE COOPERACIÓN PARA PREVENIR Y REPARAR CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES POR UNO DE SUS PADRES", BUENOS AIRES, ARGENTINA, 19 – 21 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Documento Informativo Nº 6 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños

Oficina Permanente
6, Scheveningseweg 2517 KT La Haya Países Bajos
teléfono +31 (70) 363 3303 fax +31 (70) 360 4867
correo electrónico secretariat@hcch.net sitio web http://www.hcch.net

"LEY MODELO SOBRE NORMAS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS"[1]

Con la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita y de velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en un Estado se respeten en el Estado nacional, se ajustarán las normas procesales internas según el siguiente Proyecto.

Los plazos breves de decisión, en aplicación del interés superior del niño, contribuyen al cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y a la mejor preservación de los derechos a no ser trasladado o retenido ilícitamente de un Estado a otro y a la visita cuando los referentes adultos de los niños viven en países diferentes.

Art. 1.- Objeto. Será objeto del proceso regulado en la presente ley, determinar si ha existido traslado y/o retención ilícitos de un niño, toda vez que se haya verificado en violación a un derecho de guarda o de custodia y a preservar el derecho de visita. Asimismo asegurar el tratamiento conforme a los principios de los convenios citados, la resolución de los casos en forma rápida y en caso de accederse a la restitución, que la misma se realice en forma segura para el niño.

Sin perjuicio del *nomen juris* previsto por la legislación nacional, a los efectos de esta ley se entiende por derecho de guarda o de custodia, aquel comprensivo del derecho de cuidado y a decidir sobre el lugar de residencia del niño – incluyendo su traslado al extranjero - de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual. Tal derecho puede resultar de una aplicación de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

Este derecho, debe haber sido ejercido en forma efectiva, ya sea individual o conjuntamente, por padres, tutores, guardadores o instituciones, inmediatamente antes del hecho. Se considera incluso que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del niño.

El niño, en consecuencia, debe haber sido desplazado ilícitamente de su centro habitual de vida, encontrándose en otro Estado.

Queda expresamente excluida, la decisión sobre el fondo del asunto de la guarda, la que es materia privativa, de la Jurisdicción del Estado de residencia habitual del niño. Mientras tramita la solicitud de restitución, quedan en suspenso los procesos tendientes a resolver sobre el fondo de la guarda o custodia, que puedan encontrarse en trámite.

Se considera niño a efectos de este proceso, toda persona que no haya cumplido los dieciséis años de edad. Tal expresión comprende ambos géneros.

Art. 2.- Normas procesales y criterio interpretativo. El procedimiento estará regido por la Constitución, los tratados internacionales en materia de Sustracción Internacional de Menores ratificadas por el Estado, la presente Ley, las leyes nacionales de protección de niños niñas y adolescentes y las leyes procesales.

Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, el

[1] La ley modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. El grupo de expertos fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), y participaron del mismo: la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel Gonzalez (Estados Unidos), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Nuñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá), y la Dra. Luz María Capuñay Chavez (Perú).

derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.

Art. 3. Competencia. Se determinará conforme a las normas generales, con especial aplicación de los principios de concentración y especialización, tanto en primera instancia como en apelación.

Art. 4. Legitimación Activa. Será titular de la acción de restitución, aquel padre, tutor, guardador u otra persona, institución u organismo que fuere titular del derecho de guarda o el derecho de custodia, conforme el régimen jurídico del país de residencia habitual del niño, inmediatamente antes de su traslado o retención.

Art. 5. Legitimación pasiva. Estará legitimado pasivamente, aquel que es denunciado por quien detenta la titularidad activa, como la persona que ha sustraído o retiene en forma ilegítima al niño cuyo desplazamiento-retención, constituye la causa de la solicitud.

Art. 6. **Asistencia o representación del niño**. De conformidad con las leyes de protección vigentes, se podrá designar un abogado Defensor al niño, que lo asista y represente según la evolución de sus facultades, apreciado a criterio del tribunal que entiende en la causa.

Art. 7. **De la intervención del representante de la Causa Pública.** Se dará cuenta en al representante de la Causa Pública que comparecerá ante el tribunal a los efectos de ser noticiado de las resultancias del proceso y a ejercer los actos que le competen. Su ausencia no implicará dilación del trámite.

Art. 8.- Autoridad Policial. La autoridad Policial prestará sin demoras la colaboración en cuanto le sea requerida.

Artículo 9.- Autoridad Central. A los efectos del cumplimiento de sus cometidos naturales atribuidos por el artículo 7 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores de 1980 y art. 7 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, se consagra que deberá ser informado por el Tribunal de las actuaciones y tendrá libre acceso a las mismas.

Art. 10. Fase preliminar. La demanda o solicitud de restitución, que deberá ajustarse a los requisitos establecidos en los arts. 8 de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y 9 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores se podrá presentar en forma directa ante el Tribunal competente, vía exhorto o carta rogatoria, o solicitud directa ante la Autoridad Central (art. 8 Convención Interamericana).

El tribunal competente tomará conocimiento inmediato, pasando a disponer las más urgentes medidas para la localización y protección del niño, en su caso.

Verificada la localización, lo comunicará de inmediato al estado requirente vía Autoridad Central o a través del organismo que haga sus veces.

La Autoridad Central del Estado solicitará o adoptará las medidas adecuadas tendientes a la conseguir la restitución voluntaria del niño.

A partir de dicha noticia, en caso que se hubiere solicitado la previa localización del niño, comenzará a correr un plazo de 30 días a efectos de la correspondiente presentación de demanda o solicitud de restitución, para el caso de que ésta no se hubiese deducido. Vencido el mismo, las medidas adoptadas liminarmente, caducarán de pleno derecho.

La documentación que se acompañe a la demanda o solicitud de restitución, con el fin de acreditar la legitimación activa del requirente (normas sustantivas, copia de sentencia o convenio homologado) y demás recaudos, deberá presentarse traducida en caso de así corresponder, no requiriéndose su legalización (art. 23 de la Convención de la Haya).

Art. 11. Procedimiento. Una vez presentada la demanda o solicitud de restitución, el tribunal procederá a la calificación de las condiciones de admisibilidad y titularidad activa, según las definiciones de los artículos primero y cuarto de esta Ley.

A los efectos de esta última, el peticionante deberá acreditar la verosimilitud de su derecho, demostrando sumariamente en el escrito inicial que se encuentra en el ejercicio de la guarda o custodia, de conformidad con lo dispuesto con el artículo primero.

La presentación de la demanda o solicitud de restitución ante el tribunal competente del país donde se halle el niño marcará la fecha de iniciación de los procedimientos a los efectos establecidos en el art. 12 incisos 1º y 2º de la Convención de La Haya y 14 de la Convención Interamericana.

Art. 12.1.- Si el Tribunal rechaza liminarmente la demanda o solicitud de restitución, la resolución admite el recurso de Apelación, interpuesto dentro de tercero día de noticiado.

12.2.- Admitida la demanda, en veinticuatro horas el tribunal despachará mandamiento de Restitución; citará de excepciones por el término de diez días al requerido; dispondrá las medidas cautelares necesarias a los efectos de la protección -sujeción del niño al país -, o bien, modificará o mantendrá las adoptadas inicialmente; designará un Curador o Defensor al niño; designará un Defensor o representante para el requirente en caso de que por motivos económicos debidamente acreditados en la solicitud, no pueda trasladarse al país y notificará la decisión al Ministerio Público. Comunicará tal decisión a la Autoridad Central a sus efectos.

No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconvenciones que obsten a la prosecución del trámite.

Art. 13. Oposición de excepciones. La defensa del demandado deberá realizarse en escrito fundado en el que deberá acompañarse toda la prueba de que haya de valerse. Es válida la oposición cuando se exprese y demuestre que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable;

c) se compruebe que el propio menor con edad y grado de madurez suficiente para tener en cuenta su opinión se exprese de forma contraria a la restitución.

Asimismo podrá denegarse la restitución cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

El tribunal rechazará sin sustanciar toda excepción fuera de las enumeradas en el presente artículo.

Art. 14.- Si no fueren opuestas excepciones, quedará firme el mandamiento de restitución y se dispondrá hacer efectiva la misma comunicándolo a la Autoridad Central.

Opuestas que fueren, se sustanciarán con un traslado al requirente por el término de seis días.

Art. 15.- Contestada la demanda o vencido el término, se convocará a audiencia dentro del término de tres días de haber sido puestos los autos al Despacho al efecto. En dicha providencia, el tribunal se expedirá sobre los medios probatorios ofrecidos por las partes, rechazando in límine toda aquella prueba inadmisible, inconducente o manifiestamente impertinente.

La resolución que admita o deniegue el despacho de diligencias probatorias no será recurrible.

El número de testigos, se limitará a tres por cada parte.

Art. 16.- La audiencia, será presidida por el tribunal, no dejará de celebrarse por la ausencia de los citados.

En ella se tentará la conciliación, la que verificada se hará constar en acta y será homologada por el Juez. En caso contrario, será oído el representante de la Causa Pública y se resolverán en su caso, las cuestiones procesales que obsten a la decisión final. Se procederá a la fijación de los puntos en debate, se diligenciarán los medios probatorios dispuestos, a cuyo fin la audiencia podrá ser prorrogada hasta por setenta y dos horas.

Se oirá al niño cuando a juicio del tribunal esté en condiciones de formarse un juicio propio, brevemente a las partes y al representante de la causa pública si se hallare presente.

A los fines de su dictado, podrá el tribunal prorrogar la audiencia hasta por veinticuatro horas.

Art. 17.- **Segunda Instancia**. La Sentencia Definitiva será pasible del Recurso de Apelación interpuesto dentro de tercero día y sustanciado con un traslado por idéntico plazo a las partes, al representante de la causa pública y al Defensor del niño en su caso.

El mismo será concedido con efecto suspensivo[2].

Los autos serán elevados dentro del término de veinticuatro horas de evacuados los traslados.

El Tribunal de Alzada se expedirá, dentro de sexto día. Podrá hacerlo en audiencia o dictarse decisión anticipada.

La segunda instancia debe tramitarse dentro de los plazos máximos establecidos en los artículos del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989.

Art. 18.1. Del contenido de la sentencia. Se ordenará la restitución en todo caso cuando se tratare de niño menor de 16 años, que haya sido trasladado o retenido ilícitamente en violación de un derecho de custodia, efectivamente ejercido al momento del hecho en el país de su residencia habitual.

[2] La suspensión de la ejecución de la sentencia se justifica por el corto plazo previsto para que el Tribunal de Apelaciones dicte el fallo definitivo. Sin embargo, cada Estado al momento de legislar internamente sobre la materia podrá establecer el efecto devolutivo de la apelación en caso de considerar que de acuerdo a la realidad de su sistema procesal no sería posible que el Tribunal de Apelaciones dicte sentencia en el brevísimo plazo previsto en la Ley Modelo.

18.2. Restitución segura. El tribunal no podrá denegar la restitución de un niño basándose en lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 y literal b) del artículo 11 de la Convención Interamericana de 1989, si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del mismo tras la restitución.

18.3. Si ha transcurrido un lapso mayor a un año entre la fecha de la solicitud o demanda de restitución y la de sustracción o retención ilícitos, podrá asimismo ser ordenada la restitución, según las circunstancias del caso, salvo demostración durante el proceso de que el niño ha quedado integrado a su nuevo ambiente, y en este caso, si a juicio del Juez la permanencia en éste resulta favorable a su prioritario interés. En caso contrario, podrá siempre ordenar la restitución (art. 18 de la Convención de La Haya y artículo 17 de la Convención Interamericana).

Art. 19.- **Impugnaciones.** Serán pasibles del Recurso de Apelación, únicamente la Sentencia que disponga el rechazo liminar - en cuyo caso la apelación no se sustancia- y la Sentencia Definitiva.

En segunda instancia podrá convocarse a audiencia o dictarse decisión anticipada, en este último el plazo para deducir el recurso de aclaración y ampliación será de 48 horas, debiéndose decidir dentro de las 48 horas.

Contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá recurso alguno.

Artículo 20.- **Visita**. La solicitud que tiene por objeto hacer efectivo el derecho de visitas por parte de sus titulares en los casos previstos en los Convenios Internacionales de Restitución, seguirán el procedimiento establecido en la presente ley.

El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al niño por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

No son requisitos necesarios para la procedencia de la solicitud de visitas en el marco de los Convenios Internacionales de Restitución, la existencia de un traslado o retención ilícitos previos, ni la existencia de un régimen de visitas establecido previamente.

Art. 21. Comunicaciones judiciales directas.

Se designará un Juez de Enlace con el cometido de facilitar las comunicaciones judiciales directas sobre los asuntos en trámite comprendidos por la presente ley entre los Tribunales Extranjeros y los Tribunales Nacionales.

Las consultas podrán ser recíprocas, se realizarán por intermedio del Juez de Enlace y se dejará constancia de las mismas en los respectivos expedientes, con comunicación a las partes.