

Universidad de Lima
Facultad de Derecho



INCORPORACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS PROCESOS ESTABLECIDOS POR LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR EL PERÚ EN LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Víctor Manuel Cruz Serpa

Código 20051653


Asesora

Mónica Verónica Milagros Terry Gamarra De Schneider

Lima – Perú

Agosto 2018





**INCORPORACIÓN Y APLICACIÓN DE
LOS PROCESOS ESTABLECIDOS POR LOS
TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS
POR EL PERÚ EN LA RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD**

TABLA DE CONTENIDO

Tabla de contenido.....	iv
Introducción	1
Capítulo I: Conceptos previos	5
1.1.La globalización	5
1.2.El progreso de la familia globalizada	8
1.3.Problemas particulares.....	11
1.3.1.Restitución del <i>status quo</i>	12
1.3.2.Autorización de viaje.....	13
1.3.3.La corrupción dentro de los agentes del Estado	15
Capítulo II: Conceptualización histórica de los Derechos del Niño	17
2.1.Inicio	17
2.2.Avances hacia la conceptualización de los derechos de los niños.....	19
2.3.Hacia un cambio y un enfoque nuevo.....	21
2.3.1.El rango de edad de un menor de edad	22
2.3.2.Los derechos humanos en general	24
2.3.3.Eliminación de la desigualdad entre los niños por el tipo de unión de los padres.....	25
2.3.4.Declaración de los Derechos del Niño.....	27
Capítulo III: La Convención sobre los Derechos deL Niño	34
3.1.Introducción	34

3.1.1.Primer Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados	36
3.1.2.Segundo Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía	41
3.1.3.Tercer Protocolo Facultativo relativo a un Procedimiento de Comunicaciones.....	46
3.2.Análisis de la Convención	47
3.2.1.Antecedentes históricos de la familia	47
3.2.2.El principio del interés superior del niño.....	51
3.2.3.Sobre la prevención de la separación de la familia.....	54
3.2.4.Sobre la responsabilidad de los padres	57
Capítulo IV:El Convenio de la Haya DE 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	60
4.1.Primeros pasos hacia el Convenio de La Haya.....	60
4.2.Restricción del ámbito de aplicación del Convenio.....	62
4.3.Objetivos del Convenio	65
4.4.Importancia del interés superior del niño en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	67
4.5.Cooperación entre las autoridades de los estados parte.....	69
4.6.Articulación del Convenio de Restitución con otras convenciones y tratados internacionales.	70
4.7.Autoridades centrales en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	72

4.8.La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y su relación con el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	75
4.9.Análisis comparativo de los artículos de mayor relevancia del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.....	76
4.10.Adecuación de la normativa nacional	132
Capítulo V: Implementación del Convenio en el Derecho Interno peruano	137
5.1.Teorías sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional.....	137
5.1.1.Corriente dualista	137
5.1.2.Corriente monista	139
5.1.3.Corriente de la coordinación o integración.....	140
5.2.Jurisprudencia internacional	141
5.3.El Convenio de La Haya en el Perú.....	144
Capítulo VI: Análisis de la jurisprudencia nacional	148
6.1.Resumen del proceso	148
6.1.1.Demanda	148
6.1.2.Resolución N° 1: Auto admisorio de la demanda.....	151
6.1.3.Contestación de la demanda por parte de la demanda I.....	152
6.1.4.Contestación de la demanda por parte de la demanda II	153
6.1.5.Dictamen fiscal	155

6.1.6.Sentencia de primera instancia	156
6.1.7.Recurso de apelación contra la sentencia	157
6.1.8.Dictamen fiscal	158
6.1.9.Sentencia de segunda instancia.....	159
6.1.10.Recurso de casación.....	160
6.1.11.Dictamen fiscal	161
6.1.12.Sentencia casatoria.....	162
6.1.13.Conclusiones	164
Conclusiones	167
Recomendaciones	174
Referencias	176
Bibliografía	183
Anexos	190
Anexo N° 1: Entrevista a la doctora Cecilia Gonzales	191
Anexo N° 2: Convenio sobre los aspectos civiles de la sustraccion internacional de menores.....	196
Anexo N° 3: Convencion interamericana sobre restitucion internacional de menores	208
Anexo N° 4: Formulario de denuncia.....	221

INTRODUCCIÓN

En la actualidad vivimos en un mundo globalizado donde las nuevas oportunidades permiten y facilitan la libre movilidad entre ciudadanos de diferentes países. En esta coyuntura, el número de matrimonios entre ciudadanos nacionales y extranjeros se ha incrementado de manera notable. Sin embargo, de la misma forma el riesgo de desacuerdos y separaciones entre las parejas también ha crecido de forma proporcional. Esto puede traer consigo nuevos conflictos en los que muchas veces estarán involucrados niños. En ese sentido, existe la posibilidad de que uno de los padres, sin el consentimiento del otro, decida retornar a su país de origen con su hijo o hijos, situación esta que generará la retención o traslado ilícito de un menor de edad. Frente a esta posible contingencia, urge una protección especial para los niños.

La problemática expuesta resalta la importancia de la protección del principio del interés superior del niño. Ante estos casos de retención o traslado ilícito de un menor de edad en los que más de un Estado se encuentre involucrado, la comunidad internacional se ve en la necesidad de elaborar un tratado internacional para restituir al menor de edad, a la situación previa al traslado o retención ilícita a la que fue sometido.

La presente investigación está dividida en seis capítulos, en los que se abordarán contenidos que buscan compatibilizar los objetivos de los diferentes tratados con el principio máximo del interés superior del niño. Se le entregará al lector la información necesaria para que pueda comprender a cabalidad todo lo que involucra la necesidad de una pronta restitución del menor de edad.

En el Capítulo I se proveen los conceptos básicos necesarios (globalización, *status quo*, entre otros) para entender el uso que se les dará durante el desarrollo de la tesis.

El contenido del Capítulo II está centrado en el análisis de la evolución de los derechos humanos enmarcados en el progreso del concepto de familia logrado con la llegada de la era industrial. En particular, concede especial importancia a la situación de los

niños y la percepción que los adultos tenían de ellos, de cómo progresivamente estos comenzaron a tener relevancia social y cómo se genera la normativa, doctrina y jurisprudencia sobre sus derechos. En el capítulo también se desarrollan las tres grandes etapas de la evolución del concepto de los derechos del niño: desde la existencia de estos derechos, pasando por la doctrina de la situación irregular hasta llegar al concepto actual del principio del interés superior del niño.

En el Capítulo III se hace un estudio profundo del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, lo que exige previamente el análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptado el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Se analizan los tres protocolos facultativos de este último instrumento internacional: el protocolo facultativo relativo a la participación los niños en los conflictos armados y el protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, ambos aprobados en el año 2000; así como también el protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones ante el Comité de los Derechos del Niño, aprobado en el año 2011. El análisis de los principales artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño que enmarcan el principio del interés superior del niño, así como también la prevención de la separación de la familia y la responsabilidad de los padres para con sus hijos menores de edad, también están incluidos en este capítulo.

En el Capítulo III se analiza el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores a lo largo de ocho secciones:

- Se precisan los elementos precedentes al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y las sesiones celebradas previamente para su posterior adopción en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980.
- Se determina el ámbito de aplicación del convenio, ya que para su correcta aplicación es necesario establecer los elementos fundamentales que en todos los casos deben coincidir.

- Se analizan los objetivos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores enunciados en su primer artículo, siendo esta la base para la redacción y la posterior comprensión y aplicación correcta del convenio.
- Se resalta la necesidad de comprender la importancia que tiene el interés superior del niño en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- Se advierte que por tratarse de un convenio internacional, es necesaria la cooperación entre estados que se encuentran suscritos a este. Específicamente de aquellos estados en los que fue trasladado el menor y en donde se encontrará en el momento de la solicitud de restitución.
- Se analiza la relación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores con diversos tratados.
- Se desarrolla el concepto de Autoridad Central que establece el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores como un elemento fundamental para la correcta aplicación de este en aquellos casos que cumplan con los requisitos establecidos.
- Se realiza un estudio de los principales artículos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

En el Capítulo IV se analiza la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, debido a que el Perú se encuentra suscrito tanto a ella como al Convenio de La Haya y ambos instrumentos internacionales deberían estar incorporados a la legislación peruana.

En el Capítulo V se comparan las dos principales corrientes clásicas y la corriente moderna que exponen la incorporación y relación de los convenios con el derecho interno de los estados, así como la tendencia de la jurisprudencia internacional. Además, se analiza la aplicación de los tratados en nuestro país según lo señalado tanto por la Constitución Política del Perú como por nuestro Tribunal Constitucional.

Finalmente, en el Capítulo VI se hace un análisis de la jurisprudencia nacional sobre la base de dos procesos sobre restitución internacional de un menor de edad de edad.

Mediante este trabajo se analiza jurídicamente la implicancia legal de la incorporación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores en la legislación peruana para la resolución de los casos de sustracción internacional de niños. En ese sentido, se hace un análisis de ambos tratados para encontrar la relación entre ellos y sus principales diferencias.

Del mismo modo, también se analiza la relevancia del principio del interés superior del niño en el momento de buscar la solución al conflicto entre los padres o tutores. El trabajo finaliza con recomendaciones a implementar para mejorar el proceso de restitución internacional en el Perú.



CAPÍTULO I: CONCEPTOS PREVIOS

Para lograr una comprensión a plenitud del presente trabajo es necesario definir algunos conceptos básicos de los que se harán uso a lo largo de la tesis.

1.1. La globalización

Hoy en día las personas pueden movilizarse alrededor del mundo y cambiar de residencia con relativa facilidad. Un claro ejemplo de esto es el caso de Venezuela, cuyos ciudadanos, por la situación en la que se encuentra su país, se han visto forzados a viajar alrededor de todo Sudamérica. Gracias a la facilidad con la que las personas pueden trasladarse de un país a otro, el intercambio cultural entre los países y sus ciudadanos también es más sencillo. Estas razones justifican el análisis previo de la globalización y sus efectos en la sociedad para entender la necesidad de tratados que protejan a los menores de edad del traslado ilegal y de la correcta implementación de estos tratados en el Perú.

Existen dos palabras que muchas veces son usadas como sinónimos: la “globalización” y la “mundialización”. Sin embargo, estas tienen dos connotaciones distintas. *

Por mundialización, se entiende ahora, la tendencia que lleva a la organización de un único gobierno mundial. El acento se coloca sobre la dimensión política de la unificación del mundo. En su forma actual, tal tendencia fue desarrollada por diversas corrientes estudiadas por los internacionalistas. (Schooyans, s/f)

Puesto que no es de interés para la presente tesis analizar la mundialización, si bien es cierto los tratados internacionales son un elemento que busca la uniformización del trato jurídico de un hecho específico, esto difiere de la búsqueda de la unificación de los estados. Por lo tanto, nos enfocaremos en la globalización.

A diferencia del término *mundialización*, la palabra *globalización* posee una connotación esencialmente política.

“La palabra *globalización* adquiere una connotación fundamentalmente económica. La multiplicación de los intercambios y la mejora de las comunicaciones internacionales estimulan a hablar de una integración de los agentes económicos a nivel mundial. Las diversas actividades económicas serían divididas entre los diferentes Estados o regiones. El trabajo sería dividido: a unos les corresponderían, por ejemplo, las tareas de extracción, a otros, aquellas de transformación. Finalmente, en la cúspide del sistema de toma de decisiones, se encontrarían aquellos avocados a las tareas de producción tecnológica y de coordinación mundial. Dicha visión de la *globalización* es francamente liberal. Sin embargo, con una cierta reserva: aunque sean preconizadas de manera amplia la libre circulación de bienes y capitales, lo mismo no se da con respecto a la libre circulación de personas.” (Schooyans, 2001.)

La *globalización* es un fenómeno transcendental en la historia humana que ha acercado a los diversos países por medio del intercambio de bienes, conocimientos, productos, información y cultura.

En las últimas décadas, esta integración mundial se ha acelerado de forma exponencial debido a los grandes avances en el transporte, la tecnología, las comunicaciones, la ciencia y la industria. Esto se ve reflejado en la cantidad de tratados regionales de libre comercio que se han ido firmando a lo largo de los años.

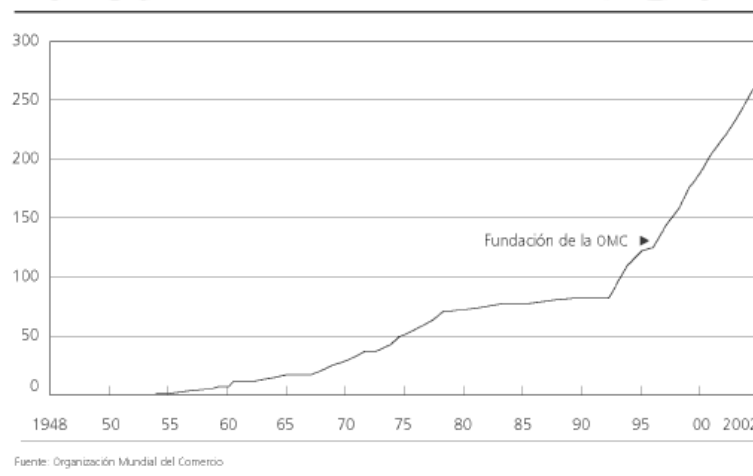


Figura 1.1: La evolución mundial de los tratados regionales de libre comercio (Córdoba, 2012)

La globalización se puede considerar como un catalizador y una consecuencia del progreso humano. Pero también es un proceso caótico que requiere ajustes y plantea desafíos y problemas importantes. Esto último principalmente por la diferencia cultural, social y política en la que se hallan los países involucrados en este intercambio generado por la globalización. En el momento de migrar dichas actividades y posturas a otro Estado, no existe un marco legal que regule estas actividades.

Como señala Ottone (2004) “El proceso de globalización en curso no se identifica con los procesos de mundialización e internacionalización instalados desde hace tiempo en la historia y los que a nivel del intercambio comercial han tenido en determinados momentos una intensidad comparable a la actual y según algunos autores incluso superior.” (p. 2)

El nuevo elemento dentro de la globalización en la que nos encontramos es la contradicción que se encuentra dentro del conjunto de la actividad humana.

“En realidad, la globalización no tiene un propósito inherente, sino que es, simplemente, una fuerza de la naturaleza. Como la gravedad, constituye una consecuencia inevitable de la evolución sobre cómo interactúan los seres humanos. Lo que importa no es si ocurrirá o no la globalización, sino cómo podemos aprovecharla para maximizar sus beneficios, y así eliminar o minimizar sus aspectos negativos potenciales”. (De Ferranti, 2002, p. 3)

Castell (2000) plantea una hipótesis similar sobre la globalización cuando señala que “es un proceso histórico, económico, social y cultural en marcha que forma parte íntima de nuestra sociedad” (p. 46).

Según lo hasta aquí expuesto, no se debe regular la globalización y la celeridad con la que ingresa a un país, sino todo lo contrario: se debe dejar que fluya a su ritmo, regulando exclusivamente los nuevos elementos que trae consigo, como nuevos procesos económicos, innovaciones empresariales y relaciones sociales. Si todo esto es regulado

correctamente, los países que se *globalicen* lograran un gran crecimiento económico y social en beneficio de todos sus connacionales.

No podemos dejar de reconocer que si bien la globalización es un fenómeno casi exclusivo del ámbito económico, lo cierto es que también es posible percibirlo, de una u otra forma, tanto en el ámbito social como en el familiar. La expresión del fenómeno global en este último ámbito es la existencia de parejas y familias conformadas por personas de distintas nacionalidades, incluso distintas de la nacionalidad del país de origen donde se encuentran. Si estas parejas decidieran procrear un hijo, este tendría una tercera nacionalidad.

La globalización es pues un proceso irreversible que los países deben supervisar y, de ser necesario, regular para obtener el mayor provecho para la sociedad. Por ello, es necesaria la implementación de tratados internacionales sobre temas como el comercio internacional, derechos humanos y la familia.

1.2. El progreso de la familia globalizada

Gracias a la globalización, las personas dejaron de creer en verdades absolutas. Las distancias y las diferencias horarias ya no tienen mayor relevancia porque las 24 horas del día tenemos acceso toda clase de información. Se puede estar informado de todo lo que ocurre alrededor del mundo y de las diversas opiniones sobre un mismo tema, lo cual crea nuevos conceptos en cada una de las personas. En otras palabras, se busca tener la mayor cantidad de información para tener un punto de vista según nuestra realidad. En la actualidad, quien posea y maneje la información tendrá el poder en la sociedad.

Ese afán “aglutinante” de información también trajo consigo la proliferación de noticias falsas en las redes sociales. Tal como señala Mosseri (2017), vicepresidente de *Facebook*:

Sabemos que, igual que nosotros, las personas quieren ver información confiable en Facebook. La información falsa y los rumores hacen mal a nuestra comunidad y vuelven el mundo un lugar menos informado. Todos tenemos la responsabilidad de frenar la propagación de noticias falsas.

En nuestros días, las personas están liberadas de imposiciones sociales en términos de significados, valores y estilos de vida. A ello contribuye la influencia de los medios de comunicación, como la televisión por cable e internet, que transporta la pluralidad del mundo hacia las personas, haciendo más cercanas otras culturas.

Los medios de comunicación masiva contribuyen en gran parte a fijar las maneras de pensamiento de la sociedad; a establecer la agenda de los asuntos políticos, sociales, económicos que se discuten. (...) Son un poder porque poseen los instrumentos y los mecanismos que les dan la posibilidad de imponerse; que condicionan o pueden condicionar la conducta de otros poderes, organizaciones o individuos con independencia de su voluntad y de su resistencia. (Carpizo, 1999, p. 78)

Una consecuencia de esa influencia de los medios de comunicación son las migraciones, cada vez más habituales e influyentes en los modos de vida de las personas. Tipos peculiares de migraciones son la “temporal”, como es el caso del turismo, y la migración “definitiva”, como es el caso de una familia reconstituida de migrante, multicultural y multilingüe, que se puede definir como familia moderna.

Actualmente se pueden encontrar parejas y familias de variados estilos de vida y de diversa composición, como es el caso de las familias recompuestas, es decir, las nuevas familias compuestas por padres divorciados y con hijos de la pareja anterior. Estas familias no son mal vista por la sociedad: han ido aumentando debido a la globalización, que ha logrado unificar culturas y religiones alrededor del mundo. También tenemos a las familias monoparentales, las cuales solo se componen de un padre y un hijo.

Con el ingreso de la mujer a la fuerza laboral, el abandono de la dependencia económica de esta hacia el hombre y la creencia en el matrimonio como medio para establecerse en la sociedad, el mayor impacto de la globalización ha sido el cambio del rol

que la mujer ha experimentado en el contexto social. En ese sentido, las mujeres han podido ver, gracias a la información disponible a través del internet y de las redes sociales, que no son personas subordinadas que se dedican únicamente a la atención de los esposos o los hijos. En este caso, se observa que la información “llegó” y fue capaz de abolir creencias milenarias, lo que prueba a su vez que su poder es impresionante. Ahora, las mujeres buscan desarrollarse más como personas y profesionales que como madres y amas de casa.

Otra consecuencia de la globalización y como resultado del acceso a la información es la constante presión económica con que se vive en la actualidad. A las personas no les basta un salario mínimo: cada día tienen una mayor necesidad de cosas materiales y convierten las metas personales en logros financieros. El efecto de esta globalización se observa también en la búsqueda de la equidad entre las economías, una de cuyas principales consecuencias es la adopción, a nivel mundial, de una moneda como punto referencial, que en este caso vendría a ser el dólar estadounidense.

Debido a la globalización, el concepto de familia ha sufrido inmensas transformaciones. Con acceso a tanta información y contacto con tantos individuos, las personas se creen incapaces de compartir sus vidas con una sola persona. La razón: ya no importa tanto el futuro, sino el momento presente y la felicidad que con él venga. El matrimonio como tal ha mutado, ha perdido la insolubilidad y su importancia, todo lo cual ha traído consigo la facilidad de divorciarse y el poco señalamiento social que esto implica.

Un ejemplo del cambio que ha sufrido la definición de familia es el reconocimiento que ha comenzado a tener la unión de personas del mismo sexo, siendo que en la actualidad países como Argentina y Chile ya han reconocido este tipo de unión. Quienes lamentablemente no verán reconocido esos derechos en nuestro país, más aun, cuyos hijos menores y familiares tendrán recortado sus derechos fundamentales en el Perú.

Por lo que respecta a nuestro país, es importante destacar que a nivel histórico esta expansión de la globalización ha logrado transformar a una institución tan seria como el matrimonio. En ese sentido, su polo opuesto, el divorcio, aparece por primera vez de forma

nominativa en 1852 para referirse a la separación de cuerpos: “Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial” (Código Civil de 1852, art. 191°). Menos de ciento sesenta años después, tras ser sometido a un tratamiento especial, el divorcio pasó a considerarse como un proceso de tipo no contencioso factible de tramitarse ante un notario o municipalidad: “La presente Ley tiene por objeto establecer y regular el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias” (Ley N° 29227, 2008, art. 1).

Es indiscutible que todos los aspectos de la familia -composición, ingresos económicos, estudios- y la vida -comunicación, relaciones con terceros, trabajos, viajes continuos- de sus integrantes se han modificado por la información y, en general, por el concepto de globalización. De aquí que sea importante la protección de los miembros de las familias modernas, en especial de los hijos menores de edad, en todos los países. Por lo que respecta al Perú, debemos dejar de ampararnos exclusivamente en normas de carácter territorial promulgadas en el ámbito interno, ya que en la actualidad es necesaria la adhesión a tratados internacionales que protejan a todas las personas de nacionalidad peruana y también a aquellos que se encuentran de paso por el país, miembros de todos los estados partes, para fomentar la unión entre estados mediante la eliminación de las fronteras.

1.3. Problemas particulares

En los tratados internacionales sobre la restitución internacional de un menor de edad se pueden encontrar elementos y criterios capaces de generar un nuevo problema que no necesariamente beneficie al menor de edad.

1.3.1. Restitución del *status quo*

La locución en latín *status quo* significa “en el estado en que” (WordReference, s/f), locución que está relacionada con el estado de los hechos o cosas.

El concepto inicial de *statu quo* tiene su origen en la expresión diplomática *in statu quo ante bellum* que significa “como era antes de la guerra” y era para recuperar el poder de liderazgo que existía antes de la guerra. (WordReference, s/f)

En la actualidad, en el momento de redactar los tratados internacionales, los estados hacen referencia al *status quo* como criterio base para la aplicación de los tratados, en particular en aquellos casos en los que se busca respetar y proteger la armonía y paz dentro de cada uno de los estados miembros y los derechos de sus ciudadanos.

El *status quo* puede ser visto en diferentes contextos. En el caso que nos compete, es el estado antes del traslado o retención del menor de edad. Esto significa que el menor debe volver al estado en el que se encontraba antes de salir de forma irregular del país de residencia habitual.

Si bien es cierto que en principio se puede entender que la restitución al *status quo* busca el bienestar del menor y evitarle algún trauma generado por el traslado ilícito, muchas veces este traslado abrupto e indebido sucede como consecuencia de que el menor está sufriendo algún tipo de maltrato por la persona, natural o jurídica, que tiene el derecho de su custodia. Que no necesariamente se encuentran dentro de las causas excepcionales previstas con los Convenios.

Como se verá más adelante, los tratados internacionales que versan sobre la restitución internacional de un menor de edad establecen dentro de su articulado la posibilidad de negarse la restitución del menor de edad. Así, si se prueba que el niño está sufriendo algún tipo de maltrato, se contravenga alguna norma del país al que se solicita la restitución del menor o que esta restitución signifique la violación de alguno de los derechos humanos del niño, los estados pueden negar la restitución del menor de edad.

Es por ello que es necesario realizar un análisis crítico de las situaciones que buscan regular estas normas internacionales, que si bien tiene un fin noble y correcto, el establecer el *status quo* como una directriz no es necesariamente, en muchos casos, la más adecuada para el menor de edad. En ese sentido, debe tomarse el restablecimiento del *status quo* como una consecuencia de la búsqueda de la protección del interés superior del niño y no como el propósito de este tratado internacional.

1.3.2. Autorización de viaje

El traslado de un menor de edad fuera de nuestro país está regulado en el Capítulo VIII del nuevo Código de los Niños y Adolescentes (2000). Sin embargo, este capítulo solo cuenta con dos artículos que a su vez establecen el mismo número de posibilidades para el traslado del menor de edad con uno de los padres, artículos que son ineficientes porque no cubren todas las situaciones posibles.

Analicemos, seguidamente, ambos artículos del aludido código.

Artículo 111°.- Para el viaje de niños o adolescentes fuera del país solos o acompañados por uno de sus padres, es obligatoria la autorización de ambos padres con certificación notarial.

En caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento, debiendo constar en el permiso notarial haber tenido a la vista la partida de defunción o la de nacimiento correspondiente.

En caso de que el viaje se realice dentro del país bastará la autorización de uno de los padres.

Como se puede apreciar, el artículo 111° hace alusión al caso más sencillo: aquel en el que ambos padres están de acuerdo y a favor del viaje del menor de edad fuera de

país. En este caso solo es necesario un permiso notarial del padre que no viajará con el menor.

Sin embargo, en caso de que solo uno de los padres esté de acuerdo o se encuentre como no habido, el siguiente artículo, el 112º, establece que el juez es el indicado para dar el permiso de salida del menor del país, por lo que se debe acudir a la vía judicial:

Artículo 112º.- Es competencia del juez especializado autorizar el viaje de niños o adolescentes dentro del país cuando falten ambos padres, y fuera del país por ausencia o disentimiento de uno de ellos, para lo cual el responsable presentará los documentos justificatorios de la petición.

En caso de disentimiento de uno de los padres o de existir oposición al viaje, se abrirá el incidente a prueba y en el término de dos días resolverá el juez, previa opinión fiscal. La oposición que formule alguno de los padres se inscribirá en el Libro de Oposición de Viaje de los Juzgados Especializados, el que caduca al año.

Es en este último artículo en el que se presentan dificultades. Por un lado, si bien la vida judicial establece plazos, estos suelen extenderse en demasía por desinterés del padre que se opone, por la carga laboral del juez o simplemente porque el interés de la parte demandada es alargar el proceso mediante el cuestionamiento de cada uno de las decisiones y haciendo uso de cualquier medida dilatoria, como apelaciones y recursos de excepciones. Por otro lado, en caso de imposibilidad de ubicar a uno de los padres, si bien este está vivo, o a su familia, también aquí se deberá proceder judicialmente, aunque el tiempo para lograr la salida del menor de nuestro país es sumamente largo.

En ambos casos, el viaje termina realizándose, muchas veces, de forma ilícita y sin el permiso respectivo, lo que supone la violación de las normas que obliga a una de las partes a presentar la solicitud de restitución del menor de edad. Esto podría haberse evitado si se hubiera obtenido el permiso respectivo de forma más sencilla y eficiente.

Considero que si bien es cierto es imposible regular aquellos viajes de los menores que son realizados de forma lícita, es necesario enfocarnos en los viajes ilícitos que muchas

veces involucra la trata de personas. Por consiguiente, es necesario dividir los esfuerzos en dos áreas. Por un lado, en crear un proceso extremadamente corto para solicitar el permiso judicial, proceso que debe reducir en por lo menos un tercio el tiempo que actualmente toma. Por otro, reforzar las fronteras para evitar que los menores de edad puedan salir de país sin el permiso de ambos padres. Esto último se puede lograr de forma disuasiva mediante el incremento de las penas y, asimismo, con controles fronterizos más estrictos.

1.3.3. La corrupción dentro de los agentes del Estado

La corrupción de funcionarios públicos en el Perú no es un fenómeno nuevo: se viene dando a lo largo de las últimas décadas. Esta corrupción también se percibe en la obtención de los permisos notariales y judiciales para el traslado de un menor de edad fuera del país. En ese sentido, existen casos en los que el permiso notarial para el traslado de un menor de edad residente en Lima se obtuvo en una ciudad muy alejada y ajena a la residencia del menor o de los padres. También hay casos en los que la autoridad de un distrito judicial distinto al de los padres concedió la autorización para el traslado del menor de edad fuera del país. Llama la atención que, en cualquier caso, el permiso haya sido tramitado en una provincia lejana a la de residencia del menor y si se analiza profundamente los casos, se puede advertir que fueron realizados de manera irregular.

Lamentablemente, estas situaciones se repiten a lo largo y ancho del Perú, lo que incrementa notablemente las solicitudes de restitución de menores de edad que fueron trasladados de forma irregular fuera del país. Por lo tanto, es necesario un cambio dentro de las entidades del Estado para eliminar la corrupción o, al menos, reducirla.

Una forma de lograrlo es reformando la competencia de los jueces para las solicitudes de permiso de viaje de un menor de edad. En ese sentido, considero que el juez del distrito judicial donde reside el menor debe ser el único competente para conceder el permiso judicial. Del mismo modo, debe considerarse como agravante para la tipificación del secuestro del menor de edad el ser miembro de la Administración Pública. Esto último considerando que, por ser miembro de la Administración Pública, tiene acceso a

información y herramientas confidenciales, que pudieron ser usadas inadecuadamente par a un fin ilícito.



CAPÍTULO II: CONCEPTUALIZACIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En el presente siglo los derechos de los niños han evolucionado debido a los cambios en su conceptualización. Esta transformación generó nuevas normas, doctrina y jurisprudencia para los derechos de los niños enmarcados en los derechos humanos. En relación con el desarrollo histórico de los derechos humanos, en particular de los derechos de los niños, Valencia (1994) afirma:

se puede dividir en tres grandes etapas: primero un largo periodo de ausencia casi total de derechos de los niños, enmarcado por principios seculares de sujeción del niño a la voluntad paterna y de su marginación y ocultamiento de la sociedad; seguido por la etapa doctrinal de la situación irregular, iniciada con la creación del Tribunal de Chicago (p. 8).

La visión jurídica actual de los derechos del niño está enmarcada por la doctrina de la protección integral del niño que surge con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.1. Inicios

La primera etapa de la evolución de los derechos del niño se extendió hasta el nacimiento del llamado “derecho de menores” y la proclamación de la Declaración de Ginebra en 1924. Más tarde se enriqueció con la Declaración de los Derechos del Niño en 1959. Esta primera etapa se podría considerar como la más oscura de la infancia, ya que al niño no se le tiene consideración en absoluto. Un claro ejemplo de la ausencia de esta consideración a la infancia se puede apreciar en las representaciones artísticas de los pasajes bíblicos: Jesús pide que los niños se acerquen a él, pero se nota claramente que los supuestos niños no son

otra cosa que adultos reducidos en tamaño sin un solo rastro característico de la infancia en ellos. Como lo expresó Aries (1987):

El pintor no dudará en dar a la desnudez del niño, en los pocos casos en que aparece desnudo, la musculatura del adulto. Así, en el Salterio de San Luis, de Leyden, fechado a finales del siglo XII o principios del siglo XIII, Ismael, poco después de su nacimiento, tiene los abdominales y los pectorales de un hombre. A pesar de un mayor sentimiento en la representación de la infancia, el siglo XIII permanecerá fiel a ese procedimiento. (p. 9)

Lo expresado por el aludido autor se puede entender sí se analiza de manera conjunta la consideración de que los niños no eran hombres completos desde el ángulo demográfico de la época, donde la tasa de sobrevivencia de los primeros era muy baja. Prueba de esto es que en el siglo XIX se acostumbraba enterrar a los infantes sin bautizo en casa, bajo el umbral de la vivienda o en la chacra.

Este sentimiento de indiferencia respecto a una infancia demasiado frágil, en la que las pérdidas son muy numerosas, no está tan alejado, en el fondo, de la insensibilidad de las sociedades romana o china que practicaban el abandono de los niños. (Aries, 1987, p. 124)

A principios de la era moderna, como lo señala el mismo Aries (1987, p. 124), en las clases populares los niños vivían mezclados con los adultos desde que se les consideraba capaces de desenvolverse sin ayuda de sus madres o nodrizas, pocos años después de un tardío destete, aproximadamente a partir de los siete años. Desde ese momento, los niños entraban de golpe en la gran comunidad de los hombres y compartían con sus amigos, jóvenes o viejos, los trabajos y los juegos cotidianos. El movimiento de la vida colectiva arrastraba en una misma oleada las edades y las condiciones, sin dejar a nadie un momento de soledad ni de intimidad. En esas existencias colectivas no quedaba espacio para un sector privado. La familia cumplía una función: la transmisión de la vida, de los bienes y de los apellidos, pero apenas penetraba en la sensibilidad.

La educación no era algo esencial para el niño y más bien se consideraba que desde que caminaba este debería aprender de manera práctica al lado de un adulto. Se convirtió así en un compañero natural del adulto y sin una consideración particular como la que le se tiene actualmente.

En el antiguo Perú los niños no tenían ninguna consideración, un ejemplo de ello lo encontramos en los Comentarios reales del Inca Garcilaso de la Vega, quien señala que recién transcurrido los dos primeros años y medio de vida “les trasquilaban el primer cabello con que habían nacido, que hasta entonces no tocaban en él, y les ponían el nombre propio que había de tener” (2016, p. 186). Esto se puede entender por la alta mortandad infantil que había en la época.

2.2. Avances hacia la conceptualización de los derechos de los niños

“Este interés nuevo por la educación se implantó poco a poco en el núcleo de la sociedad y la transformó completamente. La familia dejó de ser únicamente una institución de derecho privado para la transmisión de los bienes y el apellido, y asumió una función moral y espiritual: será la que forme los cuerpos y las almas” (REPES, 2004, p.8).

Entre la progenie física y la institución jurídica existía un vacío que colmará la educación. El interés por los niños inspira nuevos sentimientos, un nuevo afecto que la iconografía del siglo XVII ha expresado con insistencia ya cierto: el sentimiento moderno de la familia. (Aries, 1987, p. 126)

De este modo se puede entender la vasta diferencia entre el concepto actual que tenemos de infancia y el de aquella época, donde la mortandad infantil y su fragilidad generaban una nula consideración por parte de la sociedad.

La segunda etapa se inicia con el surgimiento del denominado “derecho de menores” y la proclamación de la Declaración de Ginebra en 1924. La Declaración de los Derechos del Niño en 1959 nutrió aún más la evolución de los derechos de los niños.

Se trata en realidad, de una doctrina jurídica, que poco tiene de doctrina y nada de jurídica, si por jurídico entendemos -en el sentido iluminista- reglas claras y preestablecidas de cumplimiento obligatorio para los destinatarios y para aquellos responsables por su aplicación. Esta doctrina constituye en realidad, una colcha de retazos del sentido común que el destino elevó a categoría jurídica. Su misión consiste, en realidad, en legitimar la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo son definidos en situación irregular. En este sentido las hipótesis de entrada en el sistema carecen de la menor taxatividad. (García, 1994, p. 21)

En esta segunda etapa los menores de edad no eran considerados como un bien para la sociedad, sino un mal necesario hasta que cumplieran la mayoría de edad. Eso sí: se creyó necesario la imposición de medios correctivos para aquellos menores de edad que no se encuentren enmarcados en lo que se creía en ese entonces el *status quo* de la infancia.

Esta segunda etapa llegó a su fin el 20 de noviembre de 1989, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo este el punto de quiebre para la *Doctrina de la Situación irregular de los menores* y el inicio de la *Doctrina de la protección integral*. (Valencia, 1999, p. 20)

El gran logro de esta segunda etapa fue incluir el reconocimiento del menor de edad dentro del gran conjunto de derechos humanos, siendo esto el paso inicial para la posterior protección de sus derechos fundamentales.

En el Perú, el primer conjunto de normas que intentaba regular de forma independiente a los niños fue el Código de Menores de 1962, fue aprobado el 02 de mayo de 1962 por la Ley N° 13968, teniendo como base la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 y la Declaración de Ginebra de 1925, estuvo vigente del 01 de julio de 1962 al 27 de junio de 1993.

Posteriormente, mediante RM N° 505-92-JUDS de fecha 14 de setiembre de 1992 se conforma una comisión para elaborar un "Código de los Niños y Adolescentes", que fue promulgada por Decreto Ley No. 26102 el 24 de diciembre y publicado el 29 del mismo mes, entrando en vigencia recién el 28 de junio de 1993.

Finalmente, el Nuevo Código de Niños y Adolescente fue promulgado el año 2000, con el cual se buscó y logró la reforma del Código de los Niños y Adolescentes, siendo aprobado en el Congreso de la Republica mediante Ley N° 27337 el 21 de julio del 2000, promulgado el 2 de agosto y publicado el 7 de agosto del mismo año.

2.3. Hacia un cambio y un enfoque nuevo

Como todo nuevo concepto, el llamado “derecho de los niños” no tuvo un contenido preciso en sus inicios. Con el paso del tiempo fue modificándose debido a la aparición de nuevas teorías e ideas sobre los derechos y deberes de los menores de edad. Influenciada por estas nuevas ideas, la sociedad también comenzó a cambiar y a considerar necesaria la adopción de nuevas normas para el trato igualitario de un menor de edad. Fue entonces cuando las instituciones públicas y privadas llegaron a un consenso sobre esta necesidad, que se inició con la búsqueda de la adopción de una convención internacional.

Para llegar a la adopción de esta convención fue necesario un arduo trabajo que consumió varias décadas. Al principio hubo aportes de instituciones públicas y privadas, a los que posteriormente se sumó la intervención de la sociedad organizada, con lo cual el tema alcanzó un grado de relevancia importante. Pero sería recién con la agrupación de estados en una comunidad internacional con similares intereses que se pudo abrir la discusión sobre un proceso de conceptualización de normas en materia de los derechos del niño.

Personalmente, considero que existieron al menos tres directrices que fueron necesarias establecer antes de poder adoptar esta nueva Convención sobre los Derechos del Niño.

2.3.1. El rango de edad de un menor de edad

Entre los temas más sencillos de determinar encontramos la edad en la cual el niño cumple la mayoría de edad, dejando así de ser protegido por los derechos específicos del niño, la cual es de dieciocho años. Esto debido principalmente a que en las últimas décadas se ha creado, de la mano con diferentes corrientes psicológicas, conceptos sobre las etapas de la vida de un menor de edad. Es así que encontramos hasta cinco etapas comprendidas entre los 0 años y los 18 años.

La primera etapa es conocida con el nombre de *primera infancia*, tal como lo señala el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, conocida como Unicef (Unicef, s/f). Lo que ocurre con los niños y niñas en los primeros años de vida tiene una importancia fundamental tanto para su bienestar inmediato como para su futuro. Si en los primeros años de vida un niño recibe el mejor comienzo, probablemente crecerá sano, desarrollará capacidades verbales y de aprendizaje, asistirá a la escuela y llevará una vida productiva y gratificante. Sin embargo, debido a que a millones de niños y niñas alrededor del mundo se les niega el derecho a alcanzar todas sus posibilidades, es necesario que cada niño y niña reciba el mejor comienzo en su vida para su futuro y, en realidad, para el futuro de sus comunidades, de las naciones y del mundo entero.

La segunda etapa es la llamada *niñez temprana*, que abarca desde los tres hasta los seis años de edad. Las características de esta etapa son, entre las más resaltantes, las siguientes: 1) Los niños adquieren mayores destrezas físicas; 2) Tienen una mayor competencia intelectual; 3) Sus relaciones sociales se hacen más complejas; 4) La capacidad de lenguaje aumenta de manera evidente a medida que dominan las reglas de sintaxis y aprenden cómo mantener conversaciones; y 5) A nivel emocional, los niños comienzan a identificarse con los demás y a mostrar conciencia social.

La tercera etapa es la *niñez intermedia*, también conocida como “etapa escolar”, que abarca desde los seis hasta los once años. En esta etapa resalta la capacidad del niño para comprender no solo operaciones matemáticas y la estructura de frases complejas, sino

también la importancia de tener buenas relaciones interpersonales mediante su inclusión en un grupo de amistades.

La última etapa antes de llegar a la mayoría de edad es la *adolescencia*, que abarca desde los once hasta los diecisiete años. Como señala Torres, es una etapa crucial en la que se consolida la capacidad para pensar en términos abstractos, además de producirse cambios hormonales que pueden causar cierta labilidad emocional. Es en esta etapa en la que se observa la búsqueda de la propia identidad, ganando mucha influencia en la persona los círculos sociales a los que esta quiere pertenecer.

Es importante advertir que el tema controversial de determinar el inicio de la infancia no fue tratado por la Haya con la finalidad de facilitar la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se hubiera visto amenazada de haberse intentado establecer dicha edad.

Es un asunto complejo fijar una edad concreta para la adquisición de ciertos derechos o para la pérdida de ciertas medidas de protección. Supone buscar el equilibrio entre el concepto del niño como sujeto de derechos, cuyas capacidades evolutivas deben respetarse (artículos 5 y 14), y la obligación del Estado de proporcionarle una protección especial. (Hodgkin y Newell, 2004, p. 1)

Muchos factores han influido para alcanzar la actual situación de reconocimiento de los derechos de los menores de edad. Entre estos factores tenemos a los problemas propios de la infancia, como es el caso de los niños sin recursos económicos y los que son víctimas de las guerras. También existen factores de tipo externo que no necesariamente reflejan la problemática de la infancia, como por ejemplo, la definición de “niños antisociales”, los niños refugiados, la violencia o trato indebido de ellos, su participación en las guerras o cualquier otro tipo de explotación.

2.3.2. Los derechos humanos en general

En la época moderna la defensa a los derechos humanos, incluyendo aquellos dirigidos a salvaguardar a los niños, dieron origen a una serie de mecanismos de protección. Inicialmente, los estados crearon estos mecanismos para la protección de sus conciudadanos en su propio territorio y posteriormente para salvaguardarlos fuera de su territorio. Esto trajo consigo la búsqueda de instrumentos internacionales capaces de obligar a los estados a respetar y proteger activamente esos derechos mediante su aplicación uniforme a todas las personas que estuvieran en un conjunto de territorios. Fue así que aparecieron dos instrumentos internacionales que, si bien en principio tuvieron un mismo propósito, se diferenciaban en cuanto a la exigibilidad para sus respectivos cumplimientos. Según mi apreciación, uno de esos instrumentos es un paso previo para llegar al otro y formar así el camino a la meta final.

Primero tenemos a las declaraciones, reglas o directrices que son meramente recomendaciones para los estados, sin configurar una obligación para su cumplimiento. Por otro lado, tenemos a aquellos instrumentos internacionales que tienen carácter vinculante para las partes intervinientes: los llamados convenios, convenciones, pactos o tratados. Sobre estos instrumentos, Valencia (1999) dice:

“Desde el tratado de Wetsfalia, los Estados han aprobado un conjunto de instrumentos internacionales. No obstante, es gracias a la Organización de las Naciones Unidas, que se aprueba un conjunto de instrumentos internacionales de protección y promoción de derechos humanos, con un mayor consenso para su cumplimiento por parte de los Estados, siendo reconocido también los derechos a la Infancia”. (p. 19)

Por lo que se refiere a los derechos de los menores de edad, con la creación en 1919 de la organización *Save the Children* por Englantyne Jebb, se planteó a los estados la necesidad de elaborar un código que otorgara derechos a los niños y que fueran reconocidos por todos los países.

Jebb –citada por Valencia, 1999– consideraba necesaria la elaboración de derechos para los niños y trabajar por un reconocimiento universal de esos derechos para así obligar a todo aquel que de alguna u otra manera está en contacto con la niñez. Esta activista británica estaba convencida de que los niños eran los que pagan el precio más alto debido a las guerras y a una errónea política económica, por lo que consideró indispensable agrupar los derechos fundamentales de la infancia. Estos derechos fueron reconocidos y aprobados por el Consejo General de *Save the Children* en la célebre Declaración de los Derechos del Niño de 1923.

Posteriormente, la propuesta de *Save the Children* fue aprobada en 1924 por la Asamblea General de la Sociedad de Naciones. El documento adoptado es conocido con el nombre de Declaración de los Derechos del Niño, o también como la Declaración de Ginebra.

En la Declaración de Ginebra se expresa que los hombres y mujeres de todas las naciones deben dar a la infancia lo mejor y que todos los niños deben estar protegidos por sus derechos sin consideración de raza, nacionalidad o creencia (actualmente, si bien es cierto que hemos avanzado bastante hacia la igualdad, todavía se puede ver cierta discriminación, incluso en naciones de primer mundo). El documento establece, igualmente, que los niños deben tener un desarrollo normal tanto en el aspecto material como en el espiritual. Este último aspecto no debe entenderse en un plano estrictamente religioso, sino como un aspecto amplio, donde se le permita al niño desarrollarse como desee, sin crear barreras y limitaciones.

2.3.3. Eliminación de la desigualdad entre los niños por el tipo de unión de los padres

Un punto crítico y poco comentado es el trato diferenciado que tenían los niños en base a la relación que tenían los padres en el momento del nacimiento de aquellos. Fundamentalmente, se trataba de la diferencia entre los niños nacidos dentro de un matrimonio y aquellos nacidos fuera de este.

En ese sentido, se buscó un trato igualitario y justo entre los niños y hacia ellos. Así, habiendo logrado la meta anterior, es decir, la erradicación de la diferencia por el sexo, religión y raza, ahora se buscaba erradicar la desigualdad de oportunidades y derechos de un niño nacido dentro de un matrimonio y aquellos nacidos fuera del matrimonio. En relación con esta búsqueda, Valencia (1999) señala:

“Comenzaron un proceso de erradicación de los textos civiles de la desigualdad reconocida para los hijos nacidos fuera del matrimonio. Con lo que se buscó otorgar los mismos derechos a los niños matrimoniales como a los extramatrimoniales, aboliendo denominaciones discriminativas como los llamados hijos adulterinos o sacrílegos. Así mismo, reconociendo que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales. Su importancia radica en el desarrollo del concepto de anteponer a los niños a todo”. (p. 21)

Por lo que respecta al Perú, la desigualdad de trato para con los hijos nacidos fuera del matrimonio regía a mediados del siglo XIX. Esto se pudo apreciar con claridad dentro de la codificación de las normas en el Perú, comenzando por la norma sustantiva de la época, que en cuanto a la sucesión de bienes establecía una diferenciación entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los mal llamados “hijos naturales”, estos últimos sin derecho alguno sobre los bienes: “Los hijos ilegítimos no tienen ningún derecho a suceder en los bienes del padre, ni en los parientes de este; excepto los naturales reconocidos que gozarán de los derechos que en este código se les concede”. (Código Civil de 1852, art. 891°)

A mediados del siglo XX surgen cambios en nuestra normativa civil. En ese sentido, los hijos nacidos fuera de un matrimonio dejan de llamarse “hijos naturales” y pasan a ser considerados hijos ilegítimos: “Son hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio” (Código Civil de 1936, art. 348°). Aparte de esta gran diferencia para el trato de los hijos tanto legítimos como ilegítimos, también se pusieron de manifiesto diferencias para lo que tocaba al tema de la herencia, que si bien no fue del todo un trato extremo, siguió la línea del trato diferenciado: “Si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos

últimos recibirá la mitad de lo que perciba cada legítimo” (Código Civil de 1936, art. 762°).

Finalmente, siguiendo la tendencia y lineamientos de erradicar las diferencias entre los menores de edad, nuestra norma fundamental de 1979 establece la igualdad de derechos y prohíbe hacer mención al estado civil de los padres:

“Artículo 6.- El estado ampara la paternidad responsable.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad.” (Constitución Política del Perú, 1979, art. 6°)

2.3.4. Declaración de los Derechos del Niño

La Declaración de los Derechos del Niño fue aprobada el 20 de noviembre de 1959. Se trata de un instrumento fundamental para la promoción y protección de los derechos fundamentales de los menores de edad. La declaración reconoce a los niños y niñas como seres humanos capaces de desarrollarse física, mental, social, moral y espiritualmente con libertad y dignidad. Tiene el objetivo de orientar a los países partes en el cumplimiento y protección de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño actúa como una guía para los estados partes, las familias y todos los demás adultos que los rodean. De esta manera sirve para comprometer a los países en la promoción de los derechos de los menores de edad.

La declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución N° 1386 (XIV). Esta declaración se convirtió en la primera norma internacional en reconocer la protección al concebido: su preámbulo proclamaba que debido a la falta de madurez física y mental del niño, este necesitaba no solo de protección

y cuidado especiales, sino también de una debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. El texto de esta declaración mencionaba diez principios fundamentales para la adecuada protección del menor.

Para la presente tesis resultan importantes dos de esos diez principios fundamentales para la protección de los menores de edad. En ese sentido, es importante el segundo principio, el cual señala que el niño gozará de protección especial para poder desarrollarse física, mental y moralmente en forma saludable y normal, además de expresar que se deben promulgar leyes para ese fin, en las cuales se tomará siempre en consideración el interés superior del niño. También será importante el octavo principio, según el cual el niño debe figurar entre los primeros en recibir protección y socorro en todas las circunstancias.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración de los Derechos del Niño con el objetivo de que todos los niños del mundo pudieran gozar de los derechos y libertades que dicho documento proclamaba. A pesar de ello, pasaron treinta años para que la Organización de las Naciones Unidas adoptara, por primera vez, un instrumento con carácter vinculante, es decir, que generaba una obligación jurídica para los estados que lo ratifiquen o se adhieran a él. Al respecto, O'Donnell (2000) dice:

“En 1978, el gobierno de Polonia (...) presentó una propuesta a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para elaborar un proyecto de convenciones que se enfocara específicamente sobre los derechos del niño. Sin embargo, no se tomó en cuenta la magnitud y complejidad de la tarea que con dificultades recién pudo ser completada en 1989, a tiempo para el décimo aniversario del Año Internacional del Niño, En 1976, la 31° Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sometió a la discusión un informe presentado por el Consejo Económico y Social (...) sobre el Año Internacional del Niño y definió el año 1979 como el Año Internacional del Niño.” (p.25)

En un principio se acordó que la elaboración de una convención protectora de los derechos de los niños marcaría una distinción entre estos y los demás seres humanos. Esto

significaría que la infancia tendría derechos especiales y excluyentes a los derechos humanos en general, lo que violentaba el principio de igualdad consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, esta postura se superó posteriormente y se llegó a una nueva, en la que los derechos reconocidos no serían especiales sino específicos. Según Valencia (1999), esto supuso “que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de cuidado y asistencia especiales. Para esto, requiere derechos específicos, pues su naturaleza misma exige una mayor protección”. (p. 23). Fue así que la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Resolución N° 44/25, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, fecha en la cual también se celebraban los treinta años de la adopción de la Declaración de los Derechos del Niño y el décimo aniversario del Año Internacional del Niño.

En relación con todo el proceso histórico de los derechos de los niños, podemos señalar que existen dos doctrinas que enmarcan el derecho del niño: la primera es la doctrina de la situación irregular, que luego da paso a la doctrina de la protección integral.

La doctrina de la situación irregular nació a partir de dos aspectos distintos de un mismo hecho. En el primero de estos se consideraba que existía un impacto emocional producido por la imagen de un niño en abandono o en condiciones infrahumanas de vida. En el segundo aspecto, las personas adineradas veían en los niños abandonados un peligro para sus bienes, salud, moral y sus propios hijos. Todo esto resultó en la necesidad de un tratamiento especial para los niños que se encontraban en una “situación irregular”.

Este tratamiento diferenciado era necesario para atender y evitar males mayores en la sociedad. Así, se diferenciaban aquellos menores que se encontraban dentro de la familia y aquellos cuya situación irregular exigía un tratamiento jurídico especial. Sin embargo, se generó una corriente que no buscaba proteger los derechos de los menores de edad, sino que estaba más enfocada en sancionar los delitos que estos cometían, lo cual generó un mecanismo represivo de control social. Con todo, existía una clara diferencia entre un menor de edad adinerado en “situación irregular” y un menor de edad sin dinero en la misma situación. En el caso del primero, al realizarse un acto antisocial, el padre adinerado solucionaba esto con una donación económica o utilizando sus influencias, con lo que

lograba que el acto quedase impune. Completamente opuesta era la suerte del menor que no contaba con aquellos recursos.

“La Doctrina de la Situación Irregular es la determinación de las circunstancias en las que se ve envuelto el menor, tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material moral o padece de un déficit físico o mental.” (Valencia, 1999, p. 31)

Así por ejemplo, si un niño se encontraba dentro de una situación irregular y esta era superada, el menor de edad volvía a una situación regular, con lo que dejaba de ser del interés de esta doctrina y, por lo tanto, quedaba libre de las reglas de conducta, sanciones y a los pocos derechos que le reconoce una sociedad adulta, ya que se reducía su trato al área privada del entorno familiar. Así se entiende que los menores de edad no recibían mayor atención ni dedicación, salvo en las situaciones que iban contra el *status quo* de la sociedad en la que vivían. En ese sentido, Plácido (2015) dice que se colocaba al niño:

“En una suerte de limbo, donde el primer paso a la vida se daba cuando se desprendía del brazo de la nodriza y pasaba a ser uno más de la sociedad. Antes de ello no existía, nadie pensaba que este menor contenía ya toda su persona de hombre, como creemos en estos días.” (p. 67)

La doctrina de la situación irregular se enfocaba exclusivamente en regularizar esta anomalía, pero no planteaba una propuesta concreta para solucionar el problema del niño como ser humano: solo tenía un carácter correctivo y una función puramente asistencialista.

“En resumen, el paradigma de la Doctrina de la Situación Irregular tiene como idea general que los niños-delincuentes-abandonados deben ser objeto de control social y que los jueces de menores son herramientas de política de Estado de control respecto de los potenciales infractores del orden. En pocas palabras, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre niños y adolescentes en situación de dificultad. (García, 1994.”(p. 78)

Plácido (2015) resalta que “la Doctrina de la Situación Irregular, de compasión represión, legitimaba la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo, son definidos en situación irregular.” (p. 70) La posterior superación de esta doctrina fue posible a partir de la reestructuración del concepto de la infancia enfocado a solucionar la situación de los niños desde una visión integral pensada en términos humanos, sobre todo desde los propios intereses del niño. La doctrina de la protección integral fue precisamente el reflejo de esta superación.

La doctrina de la protección integral se sustenta en tres pilares fundamentales que dan origen al reconocimiento de los derechos del niño. Estos pilares son los derechos específicos del niño, el reconocimiento del niño como sujeto de derechos y el principio del interés superior del niño.

Los derechos específicos del niño son derechos que se atribuyen a la infancia sin llegar a ser derechos especiales, que podrían ser excluyentes e ir contra el principio de la igualdad consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos. Esto se debe a que la especificidad de los derechos del niño exige la adecuación, a través de normas, reglamentos, mecanismos y procedimientos, a favor de la infancia, entendiendo a los niños como sujetos en proceso de formación, lo que explica su protección prioritaria.

El reconocimiento del niño como sujeto de derecho tiene una gran importancia por sus consecuencias jurídicas, pero fundamentalmente por las nuevas alternativas que tienen los niños para acceder a espacios y nuevas condiciones de existencia. Este reconocimiento establece derechos como a la opinión, expresión, participación, entre otros.

El principio del Interés Superior del Niño es un principio jurídico fundamental para esta doctrina (...). “Lo que hace superior el interés de la infancia de cada niño en particular es que ninguna de las cosas que constituyen un bien, un valor, un derecho para la infancia, es privativo de los niños. Todos ellos nos entroncan con los intereses, aspiraciones, necesidades y derechos del conjunto de la humanidad. Esto, lejos de quitarle especificidad a los derechos de la infancia, los torna aún más significativos; toda vez que los reconoce como portadores de los intereses de

la sociedad, del conjunto de los seres humanos, de allí que toda negligencia, todo maltrato, toda mediocridad en el trato, en la relación profesional, en la atención de un niño, deviene en una negligencia, en un maltrato, en una violación de los intereses de este y de todo aquellos a quienes este niño representa, al conjunto de la sociedad”. (Valencia, 1999, p. 73)

El principio del interés superior del niño se conceptualiza por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, mediante Resolución N° 1386 (XIV) aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de la ONU durante el decimocuarto período de sesiones., que establece que en ningún caso se puede modificar o reemplazar ningún derecho garantizado por otros artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El aludido principio se sustenta en la ruptura de la visión clásica del derecho subjetivo, entendido como aquel que surge de una norma y brinda a la persona la posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo. El enfoque fue cambiando por una visión moderna que amplía la anterior definición marcada por una visión positivista del derecho, apoyada en la dignidad del ser humano en el derecho subjetivo. En ese sentido, los derechos subjetivos no serán *numērus clausus* limitados por la norma, sino que tutelan todos los intereses existentes del ser humano. Así, recogida esta visión y aplicada a los derechos específicos del niño y adolescente, surge el principio del interés superior del niño como instrumento para velar por la integridad y tutelar sus derechos.

La inclusión del interés superior del niño debe entenderse como un avance considerable hacia la uniformidad del enfoque de un menor de edad, ello no quiere decir, que todos los casos que involucren un menor de edad se vayan a resolver del mismo modo, sino que cada caso se debe analizar de una manera específica y enfocada al mejor resultado para el menor de edad. Al respecto, Valencia (1999) dice que “el concepto del Interés Superior del niño no debe plantearse solo desde un punto de vista legal, debe ser una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños”. (p. 31)

El concepto de interés superior del niño ha sido objeto de más estudios académicos que cualquier otro concepto de la Convención sobre los Derechos del Niño. En muchos casos, su inclusión en las legislaciones nacionales es anterior a la ratificación de la aludida Convención y no es un concepto nuevo dentro del ámbito de los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

“La declaración de los Derechos del niño de 1959 ya lo definía en su Principio 2: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, pensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, oral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. (Hodgkin y Newell, 2004, p. 41)

Considero que, el concepto del interés superior del niño y su correcta aplicación están en un grado avanzado de comprensión y entendimiento por parte de los operadores jurídicos de un mismo distrito judicial de nuestro país. Sin embargo, no se encuentra uniformizado a lo largo del territorio nacional, dado que existe una gran brecha entre ciudades como Lima y el resto de ciudades del interior del país.

Como se explicó en los párrafos anteriores, no es sencillo uniformizar la aplicación del interés superior del niño, pues se trata de un concepto abstracto que solo se puede concretar en cada caso donde se requiere su aplicación. En ese sentido, es necesario uniformizar los conceptos previos y capacitar a los operadores jurídicos para una correcta aplicación de este principio.

CAPÍTULO III: LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

3.1. Introducción

Mediante Resolución N° A/Res/31/169, la Organización de las Naciones Unidas proclamó al año 1979 como el Año Internacional del Niño mediante la de las Naciones Unidas debido a que la Asamblea General adoptó la Declaración de los Derechos del Niño en 1959. Con esto, la Organización de las Naciones Unidas tuvo la intención de recordarle al mundo que los niños aun no contaban con derechos y que en el caso de tenerlos muchas veces no eran protegidos. De aquí que se centrara en presionar internacionalmente a los estados parte para lograr un consenso, la colaboración y, finalmente, la elaboración del convenio internacional.

El 20 de noviembre de 1989, en la Cuadragésima Cuarta Asamblea General de las Naciones Unidas se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño. A lo largo de cincuenta y cuatro artículos, este documento establece los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los niños. Luego de ser ratificado por veinte países, entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990. Nuestro país lo ratificó el 4 de setiembre de 1990.

A la fecha, la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido firmada por 191 de 192 Estados, aunque hay algunas reservas sobre ciertos fragmentos del documento. Sólo Estados Unidos la ha firmado pero no ratificado. (Humanium, s/f).

Como se señala en un artículo de la *British Broadcasting Corporation*, conocida por las siglas BBC (Sparrow, 2013), existen tres razones por las cuales Estados Unidos no impulsa la ratificación de la Convención. La primera es que, al tratarse de un tratado internacional, las cortes federales son a las que les correspondería revisar cada uno de los

casos, siendo los estados excluidos, y la pérdida de la soberanía de cada Estado sobre sus normas disgusta a gran parte de los ciudadanos de Estados Unidos. En segundo lugar, se encuentra la necesidad que tendría Estados Unidos de revisar cada una de las leyes en cada Estado e igualmente las leyes Federales, siendo un trabajo complicado y que acarrearía mayores complicaciones para Estados Unidos. Finalmente, Estados Unidos, al encontrarse dentro de conflictos internacionales, no cree necesario crear un conflicto interno que se generaría por la búsqueda de la ratificación de la Convención. Ante todo ello solo cabe recordar que Estados Unidos demoró cuarenta años en ratificar el Convenio Internacional que prohíbe el genocidio.

La Convención representa el texto internacional más completo que existe en cuanto a la protección de derechos de los niños. A pesar de que otros instrumentos internacionales garantizan los derechos de los niños, la Convención es el único texto que abarca todos los aspectos de los derechos de los niños. La Unicef (2006) ha expresado que “la aceptación de la Convención por parte de un número tan elevado de países ha reforzado el reconocimiento de la dignidad humana fundamental de la infancia, así como la necesidad de garantizar su protección y desarrollo”. (p. 6)

La Convención se ha convertido así en el primer instrumento internacional sobre la infancia jurídicamente vinculante de la protección de los derechos de los niños. Su firma obliga a los países que la suscribieron a respetar y asegurar los derechos establecidos en nombre de los niños. Como instrumento, la Convención constituye el conjunto de los derechos civiles y políticos de los niños, así como también de sus derechos económicos, sociales y culturales. Del mismo modo, busca proteger y promover los derechos de los niños con necesidades especiales, los pertenecientes a minorías y de los niños refugiados, entre otros. En ese sentido, “no hay causa que causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”. (Unicef, 2006, p. 3).

Como señala la ONG Humanium –citada por Ibarrola, s/f, –, la Convención establece cuatro principios que deben regir la implementación de todos los derechos que

defiende: 1) La no discriminación; 2) El mejor interés del niño; 3) El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; 4) El respeto de la opinión del niño.

Además de la Convención sobre los Derecho del Niño se aprobaron tres protocolos facultativos, que tienen la función de complementar y llenar los vacíos que pueden haber quedado en el momento de la firma de los tratados internacionales. En ese sentido, solo los estados firmantes y que los hayan ratificado pueden suscribir los protocolos. Los dos primeros protocolos, el Protocolo facultativo sobre la participación de niños en conflictos armados y el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, fueron aprobados en el año 2000. Por su parte, el tercer protocolo, el Protocolo facultativo sobre el procedimiento de denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño, fue aprobado en el año 2011.

3.1.1. Primer Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados

Si bien es cierto que la Convención sobre los Derechos del Niño consideraba desde el principio el problema de la participación de los menores de edad en conflictos armados, el artículo 38° de esta convención solo establecía como condición para el reclutamiento que los niños estos sean mayores de 15 años:

Artículo 38

[...]

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.
3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

La adopción del primer Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados fue una medida necesaria para llenar el vacío y rectificar el artículo 38°.

El Primer Protocolo Facultativo tiene como objetivo fortalecer la aplicación de la Convención y aumentar la protección de los niños y niñas durante los conflictos armados. Al ratificarlo, los estados se comprometen a tomar todas las medidas posibles para asegurar que los miembros de sus fuerzas armadas menores de dieciocho años no participen directamente en las hostilidades. En ese sentido, el Protocolo señala que los niños y niñas menores de dieciocho años tienen derecho a una protección especial y que cualquier reclutamiento voluntario debe incluir una serie de garantías suficientes para su protección. Prohíbe también el reclutamiento obligatorio de ellos. Mediante el Protocolo, “Los Estados parte deben tomar también medidas jurídicas para prohibir que los grupos armados independientes recluten y utilicen en un conflicto a niños y niñas menores de dieciocho años”. (Unicef, s/f, párr. 3)

Después de recibir las primeras diez ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, el protocolo facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados se convirtió en un documento jurídicamente vinculante el 12 de febrero de 2002. Actualmente, 158 países han ratificado este protocolo facultativo, 22 no lo han firmado ni ratificado el protocolo y 15 lo han firmado, pero aún no lo han ratificado.

En el caso del Perú, en el Cuarto y Quinto Informe del Estado Peruano relativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (2013) se han señalado varios aspectos y actos realizados por el Estado con el fin de la correcta aplicación de este protocolo facultativo, que busca la erradicación de la participación de los niños en conflictos armados. En ese sentido, en los literales M (Edad mínima para el reclutamiento militar) y N (Protección contra la Participación de Niños en Conflictos armados de NNA) del Capítulo VIII (Medidas de protección especial) del aludido Cuarto y Quinto Informe, tales aspectos son los siguientes:

- Que en la Ley del Servicio Militar (Ley N° 29248), aprobada el 28 de junio de 2008, el Ministerio de Defensa informa que se ha dispuesto al servicio militar como una actividad de carácter personal y que todo peruano puede ejercer su derecho y deber constitucional de participar en la defensa.
- Asimismo, la Directiva N° 04/F-2/DIMOV/02.01.01, elaborada en el mes de junio de 2010, establece el llamamiento ordinario para el servicio militar acuartelado en el activo correspondiente a la II Etapa del año 2010. Señala que el servicio militar es prestado por varones y mujeres sin discriminación a partir de los 18 años de edad.
- La Directiva N° 05/F-2/DIMOV/02.01.01, presentada en el mes de octubre de 2010, que regula el llamamiento ordinario para el servicio militar no acuartelado en el activo, realizó el proceso de llamamiento ordinario del personal de tropa voluntario para el Servicio Militar no Acuartelado Masculino (Sanam), estableciendo la prestación de dicho servicio sin discriminación y a partir de los 18 años.
- También se señaló que en el Ministerio de Defensa se han realizado una serie de comunicaciones como las siguientes: el O/M012-DIRAC, de fecha 25 de octubre del 2010; el Oficio N° NC-45-ORM2-N°1080, de fecha 17 de noviembre de 2010; y el Mensaje JRSJ-081450, elaborado en el mes de abril de 2010, a todos los niveles de comando, regiones militares, brigadas y unidades a fin de garantizar que en virtud de la Ley N° 29248 y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, referente a la participación de niños o adolescentes en conflictos armados, se garantice la no recepción de personal menor a los dieciocho años de edad.
- De igual manera, la Fuerza Aérea del Perú, mediante Resolución Ministerial N° 560-2010-DE/FAP, de fecha 2 de junio de 2010, autoriza con eficacia anticipada, a partir del 1 de febrero del 2009, efectuar el llamamiento ordinario para el

Servicio Militar 2009, precisando que el servicio militar acuartelado se realiza entre los dieciocho y treinta años de edad.

- El Sector Defensa señala que se ha confeccionado piezas comunicacionales como afiches, volantes y se actualizó la página web, a fin de informar a la población sobre la edad mínima para el Servicio Militar.
- Por otro lado, desde el Ministerio de la Mujer y de Poblaciones Vulnerables (Mimp) se viene impulsando la propuesta de conformación del Grupo de Trabajo Intersectorial que se encargaría del diseño de estrategias para la atención de la población infantil y adolescente involucradas en reclutamientos indebidos por parte de las fuerzas armadas. Es decir, el alistamiento ilegal de niñas, niños y adolescentes por parte de grupos armados distintos de las fuerzas armadas.
- A fin de lograr la prohibición del reclutamiento y alistamiento de las niñas, niños y adolescentes, la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario (Conadih), órgano asesor del Poder Ejecutivo en materia de Derecho Internacional Humanitario, ha impulsado la adecuación del nuevo Código de los Niños y Adolescentes a lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos.
- El Ministerio de Justicia (Minjus) presentó un proyecto de ley que propone: a) Precisar en los artículos VII y VIII del Título Preliminar del nuevo Código de los Niños y Adolescentes, que entre las normas internacionales a tenerse en cuenta están la Convención sobre los Derechos del Niño, sus protocolos facultativos como instrumentos ratificados por el Estado peruano. b) La modificación del artículo 4° del nuevo Código de Niños y Adolescentes, que regula lo referente al derecho a la integridad personal, con el fin de precisar la obligación del Estado peruano de *velar porque ningún menor de dieciocho años participe en hostilidades del orden*. c) La modificación del artículo 39° del nuevo Código de Niños y Adolescentes con el objeto de disponer que la niña, niño o adolescente víctimas de la violencia armada, que *haya participado o no de la misma*, debe

recibir asistencia conveniente para su recuperación física, psicológica y su plena reinserción social; d) La inclusión de un tipo penal que sancione el reclutamiento y alistamiento de menores de dieciocho años en el Código Penal.

- Desde la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes (Dgna) del Ministerio de Mujeres y Poblaciones Vulnerables, se ha formulado el nuevo Plan Nacional por la Infancia y la Adolescencia (Pnaia) 2012- 2021, documento que señala lineamientos importantes para la promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a nivel nacional. Este documento establece como una de sus novedades la inclusión de un resultado esperado denominado *Niñas, Niños y Adolescentes no participan en conflictos internos*, resultado N° 23. Este último se instauraría como política nacional a fin de combatir esta problemática social.
- El Tribunal Constitucional (2009) resalta que en virtud del principio de protección especial:
“El niño, este tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado”. (STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, numeral 7 del fundamento §2)
- El Estado peruano, mediante la Ley del Servicio Militar (Ley N° 29248) del 28 de junio del 2008, ha establecido en el artículo 2° como edad mínima para prestar el servicio militar los dieciochos años de edad, en virtud a lo cual se busca la exclusión de niñas, niños y adolescentes de las actividades armadas.

- Asimismo, en el artículo 6° de la misma Ley del Servicio Militar, se establece la prohibición del reclutamiento forzoso como procedimiento de captación de personas para incorporarlas al servicio militar. Además, en su artículo 44° establece que el Servicio Militar Acuartelado es aquel que se cumple en forma permanente en las unidades, bases y dependencias de las instituciones de las fuerzas armadas, durante el tiempo previsto en la presente Ley. Es realizado por los seleccionados, entre los dieciocho y treinta años de edad. Dicha norma se viene cumpliendo en los tres institutos castrenses. El reglamento de la Ley N° 29248 (aprobado por Decreto Supremo N° 021-2009-DE-SG) reitera en su artículo 6° la prohibición establecida en la Ley N° 29248 de incluir en el servicio militar a menores de dieciocho años.

De este informe se puede entender que el Perú está avanzando hacia la meta que tiene la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, nos queda un gran camino por recorrer para su completa aplicación a nivel nacional.

3.1.2. Segundo Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía

El Segundo Protocolo Facultativo, ratificado por 126 estados, entró en vigor en enero de 2002. Nació debido a la explotación sexual y comercial de la infancia —como la venta de niños, la prostitución infantil, el turismo sexual infantil y la pornografía infantil—en el mundo. *

El Protocolo ofrece definiciones de delitos como “venta de niños”, “prostitución infantil” y “pornografía infantil”. También obliga a los gobiernos a criminalizar y castigar las actividades relacionadas con estos delitos. Exige castigos no solamente para quienes ofrecen o entregan niños y niñas para su explotación sexual, transferencia de órganos, obtención de beneficios o trabajos forzados, sino también para todo aquel que acepte a un niño o niña destinado a estas actividades. (Unicef, s/f, párr. 3).

Como señala el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia -citado por LeMoyné, s/f-, el texto también hace hincapié en el valor de la cooperación internacional y su importancia para combatir estas actividades realizadas a menudo más allá de las fronteras nacionales. Las campañas de concienciación, información y de educación públicas contribuyen también a proteger a la infancia contra estas graves conculcaciones de sus derechos.

En el caso del Perú, mediante el Cuarto y Quinto Informe del Estado peruano relativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (2016) se señalan varios aspectos y actos realizados por el Estado en busca de la correcta aplicación del protocolo facultativo, que busca la erradicación de la participación de los niños en conflictos armados. En ese sentido, en el literal G (Explotación y abuso sexual de niños, niñas y adolescentes) del Capítulo VIII (Medidas de Protección Especial) del aludido Cuarto y Quinto Informe, se señala lo siguiente:

- Que el Ministerio del Interior (Mininter) implementó el Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas (Reta) de la Policía Nacional del Perú a fin de contar con un padrón de los casos de trata de personas. Dicho sistema contiene indicadores sobre denuncias, diligencias policiales, lugares, hechos, identificación de personas y tipificación sobre la trata de personas de conformidad con la Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, aprobado mediante la Ley N° 28950.
- El Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas reportó entre los años 2004 y 2011 mil cuatrocientas treinta y cinco denuncias por casos de trata de personas. De estos, el 93% (1,334 casos) corresponden a mujeres y el 7% (101 casos) corresponden a varones.
- Según el reporte del Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas, del total de casos registrados entre los años 2004 y 2011, 75 corresponden al grupo etario de 0 a 13 años, y 583 casos corresponden al grupo etario 14 a 17 años. Asimismo, la proporción de casos según los fines denunciados

registran que el 59% fueron con fines de explotación sexual, el 30% de explotación laboral, el 10% con fines de mendicidad y el 0.4% con fines de venta de niños.

Del mismo modo, en el literal H (Erradicación del abuso sexual de niños, niñas y adolescentes) del citado Cuarto y Quinto Informe, se señala que:

- En el año 2005 se contaba con 42 *Centros Emergencia Mujer*, para el año 2011 se incrementó a 144 y para a enero del año 2012 son 175. Estos servicios que inicialmente atendían de manera preferencial a mujeres se fueron perfilando como servicios de atención a niños, niñas y adolescentes que sufren actos de violencia familiar o sexual, de manera que, a la fecha, más de una cuarta parte de la población atendida corresponde a menores de 18 años.
- En los años 2006 y 2007 el Ministerio del Interior señaló que fueron reportados 5,087 y 5,602 casos, respectivamente, de violación a la libertad sexual de niñas, niños y adolescentes. El mayor porcentaje de casos corresponde al sexo femenino, siendo los departamentos con mayor número incidencias: Lima, con 2,288; Arequipa, con 339; Ancash, con 231; y el Callao, con 261.
- Durante el año 2011, la Policía Nacional del Perú registró a nivel nacional 5,321 denuncias por violación a la libertad sexual, de las cuales el 76% (4,045) afectó a niñas, niños y adolescentes. De este rubro, el 94.6% (3,828) son mujeres y el 5.3% (217) son hombres. En ambos sexos, el grupo etario de mayor incidencia es el de 14 a 17 años.
- Para el año 2012, el número de denuncias registradas se incrementó en un 17% (6,240) y el porcentaje de casos de menores de edad disminuyó con respecto al total, pues alcanzó el 73.17% (4,566). Sin embargo, si se comparan los números apreciamos que hay un incremento del 5%. Con respecto al sexo de las víctimas, el mayor porcentaje sigue siendo femenino, con el 93.23% (4,257). El grupo etario

femenino de mayor incidencia es el de 14 a 17 años, mientras que en el de los hombres es el de 10 a 13 años.

- El Ministerio de Justicia, a través de los defensores públicos asignados a los juzgados de familia, atendió casos de violencia familiar que entre los años 2006 y 2010 se elevaron a 23,593 casos. En lo que respecta a la violación de la libertad sexual en las modalidades de violación de menores, violación de menores agravada y actos contra el pudor en menores de 14 años, atendió 3,165 casos.
- Para el año 2011, los defensores públicos asignados a los consultorios jurídicos populares atendieron casos de violación de menores de 27 hombres y 71 mujeres, violación de menores agravada de 8 hombres y 77 mujeres y actos contra el pudor en menores de 14 años de 3 hombres y 58 mujeres.
- Al primer semestre del año 2012 los defensores públicos asignados a los consultorios jurídicos populares atendieron casos de violación de menores (6 hombres y 31 mujeres), violación de menores agravada (15 hombres y 31 mujeres) y actos contra el pudor en menores de 14 años (9 hombres y 17 mujeres).

Por otro lado, en el literal I-5 (El Proyecto “El Estado y la Sociedad Civil Contra la Violencia, el Abuso Sexual y la Explotación Sexual Infantil-VAESI) del ya mencionado Cuarto y Quinto Informe, se expresa lo siguiente:

- Este proyecto fue financiado por Unicef y tuvo como objetivo contribuir a la prevención de la violencia, el abuso sexual y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes a través de una propuesta intersectorial e interdisciplinaria de los servicios públicos.
- Estuvo orientada a fortalecer el sistema público de intervención en casos de violencia, abuso sexual y explotación sexual de niños, niñas y adolescentes a través de tres líneas de acción que contemplan un marco lógico: prevención, atención integral a través de servicios públicos adecuados y reducción de la impunidad.

- Entre los principales logros obtenidos del Proyecto “El Estado y la Sociedad Civil Contra la Violencia, el Abuso Sexual y la Explotación Sexual Infantil”, el Poder Judicial ha efectuado un pleno jurisdiccional en la materia y ha desarrollado capacitaciones a los magistrados en la temática. Organizó el I Curso Taller *Protección Jurisdiccional de Derechos de los Niños víctimas de maltrato, abuso, explotación sexual y trata- Problemática, intervención y obstáculos de la práctica en el ámbito jurídico* llevado a cabo del 5 al 7 de noviembre de 2009.
- El Ministerio Público, implemento ocho cámaras Gesell o salas de entrevista única. Mediante Resolución N° 589-MP-FN-2009, de fecha 28 de abril de 2009, se aprueba la *Guía de Entrevista Única a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, abuso y explotación sexual infantil*, a través del cual se institucionalizó la propuesta y se dispuso la aplicación de la entrevista única en los casos de violencia sexual a niñas, niños y adolescentes.
- El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo ha suscrito códigos de conducta con empresas hoteleras para que participen activamente en la prevención de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes en el ámbito del turismo.
- Finalmente, la *Línea 100* del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables amplió su horario de atención. Actualmente, su servicio es de siete días a la semana durante las 24 horas del día.

Al igual que con la implementación del primero protocolo facultativo, se ha generado un gran progreso en la búsqueda de la erradicación de la prostitución infantil y uso de menores de edad en la pornografía. A pesar de ello, como vemos casi a diario en las noticias, no es suficiente: es necesario un mayor impulso por parte del Estado peruano para que se pueda llegar a la meta de este segundo protocolo facultativo.

3.1.3. Tercer Protocolo Facultativo relativo a un Procedimiento de Comunicaciones

El Tercer Protocolo facultativo sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones se da en base a la idea de que reforzará y complementará los mecanismos nacionales y regionales al permitir que el niño denuncie la violación de sus derechos.

El *Procedimiento de Comunicaciones* es también conocido como *Procedimiento de Quejas*. Lo puede usar una persona o grupo de personas que sienten que los derechos de un menor de edad han sido vulnerados. Se puede poner una queja y hacer que la revise un comité a nivel internacional.

Como señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017):

El Comité está compuesto por un conjunto de expertos independientes que monitorean o revisan si los gobiernos están cumpliendo con los compromisos que hicieron al ratificar la Convención. Ellos revisan los informes nacionales y las quejas, tomando decisiones y realizando recomendaciones sobre las acciones a seguir para mejorar una determinada situación.

En caso de que los derechos de un niño o niña hayan sido vulnerados y no sea posible encontrar una solución en su propio país, el Protocolo Facultativo de Procedimiento de Comunicaciones (PFPC) permite que las niñas, niños y adolescentes puedan poner una queja en las Naciones Unidas sobre el abuso, violencia y otras violaciones a sus derechos.

El Protocolo Facultativo de Procedimiento de Comunicaciones debe ser usado como *último recurso*. En ese sentido, la mejor solución para los problemas presentados por los menores de edad es recibir un buen apoyo de sistemas que los protejan y mantengan seguros en sus propias comunidades o países.

Uno de los objetivos claves del Protocolo Facultativo de Procedimiento de Comunicaciones es fomentar en los gobiernos la creación de soluciones para niñas, niños y adolescentes a un nivel local mediante un sistema legal amigable con la niñez, comisionados y defensores del pueblo. Sin embargo, la mayoría de los gobiernos prefieren

resolver los problemas de forma interna y no tener que ir a los comités internacionales para su revisión. En ese sentido, el Protocolo Facultativo de Procedimiento de Comunicaciones debe animar a los gobiernos a revisar, crear y mejorar los servicios y apoyo para niñas, niños y adolescentes en su propio país.

El Protocolo Facultativo de Procedimiento de Comunicaciones fue firmado por 50 estados participantes, pero solo fue ratificado por 24 estados y entró en vigor en abril del 2014. El Perú es uno de los estados que recientemente lo ha ratificado mediante Decreto Supremo N° 068-2015-RE, publicado el 5 de diciembre de 2015. El protocolo fue aprobado por el Congreso de la República del Perú el 21 de octubre de 2015.

3.2. Análisis de la Convención

3.2.1. Antecedentes históricos de la familia

La familia es la base fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños. El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención. El término *familia* debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos, de acogida, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.

Tal como la conocemos en la actualidad, la familia vio sus inicios durante la Revolución Industrial (fines del siglo XIX, mitad del siglo XX) con la creación de la escuela pública y las migraciones del campo a las ciudades industriales. Se distingue una clara diferencia entre los roles familiares, donde el hombre comienza a enseñar diferentes oficios a los hijos y las mujeres se encargan de cuidarlos y educarlos. Como señala Méndez –citado por Valencia (2014, p. 112)–, dicha concepción ha cambiado, ya que la familia moderna ya no constituye un ámbito apropiado para impartir enseñanza, y desde fines del siglo pasado se observa como fenómeno universal la transferencia de estas funciones a otros entes, públicos o privados. Sin embargo, la familia conserva un rol relevante e insustituible por los entes educativos que radica en su responsabilidad por la formación de la personalidad del individuo. Más tarde, “la familia deja de ser una entidad económica, y la idea de amor romántico como base del matrimonio había reemplazado al matrimonio como

contrato económico, desde entonces la familia ha cambiado aún mucho más”. (Giddens, 2000, p. 71).

En los años sesenta y setenta comienzan movimientos que buscan la liberación femenina que instan a las mujeres a buscar su desarrollo personal y profesional.

Al respecto, (...) el modelo de familia nuclear como un solo proveedor masculino fue sin duda el ideal de familia urbana durante la mayor parte del siglo XX. Los libros de textos escolares expresan esta imagen naturalizada de la vida familiar, desde comienzos de siglo XX hasta los años ochenta. Recién en los años noventa, los libros comienzan a incorporar mujeres que trabajan, y varones y mujeres que comparten los mismos juegos.” (Valencia, 2014, p. 113).

Valencia (2014) resalta que, posteriormente, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, los diversos estados que se encontraban inmersos en esta buscaron fomentar la participación de las mujeres en los trabajos que los hombres dejaron libres para ir a la guerra (p. 25). Esto fue el inicio de un cambio, ya que las mujeres, por primera vez, experimentaron la independencia de sus familias al encontrar trabajo y recibir salario.

Cuando los hombres volvieron a sus trabajos, las mujeres no desearon volver a su rol tradicional de ama de casa. Esto, de la mano con los avances tecnológicos y médicos y el alejamiento de los estados y familias de la religión, trajeron consigo una transformación importante en la familia tradicional. Esta nueva independencia incrementó considerablemente la separación de las familias y los divorcios, por lo que los estados se encontraron con la necesidad de brindar una protección específica a los niños. Así, en este panorama en el que muchos países incumplían sus leyes destinadas a proteger a la infancia, lo que trajo pobreza, acceso desigual a la educación y el abandono, todo lo cual afectó así tanto a niños de países pobres como ricos, por lo que la Convención fue necesaria.

En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se mencionan los principios fundamentales de las Naciones Unidas y las disposiciones de algunos tratados y declaraciones relativos a los derechos del hombre. Del mismo modo, reafirma la necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad y

subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia. Por lo que respecta a la protección y la asistencia, advierte la necesidad de una protección jurídica y no jurídica del niño antes y después del nacimiento, la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad.

El contenido de la Convención establece quienes pueden ser considerados como niños: "...todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 1º). Como se aprecia, no se establece el inicio de la niñez por tratarse de un tema muy controvertido que hubiese puesto en peligro la aprobación de la Convención.

La Convención hace hincapié, por otra parte, en la no discriminación cuando señala que los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin excepción alguna y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación. En ese sentido, Valencia (1999) destaca lo siguiente:

Uno de los elementos más resaltantes es la protección integral de la infancia, que se sustenta en tres fundamentos que conforman el corpus que da sustento a la disciplina jurídica del derecho del niño. Estos fundamentos son los derechos específicos del niño, el reconocimiento del niño como sujeto de derechos y el principio del interés superior del niño. (p. 97)

Es importante advertir que si bien todas las personas tienen derechos fundamentales, fue necesaria la creación de leyes específicas que protegieran de una manera distinta a los niños debido a sus condiciones tan particulares de edad y la necesidad de atender sus requerimientos con mayor eficiencia en razón de la gran importancia que tiene la etapa de la niñez en la vida humana. El reconocimiento de los niños como sujetos de derechos es el reconocimiento e igualdad de condiciones que los adultos tienen ante la ley y algunas consideraciones especiales por su condición de niños. Ser sujetos de derecho significa el reconocimiento de su participación como actor activo de cambio dentro de los

espacios sociales donde se desarrolla. En ese sentido, el texto de la Convención también establece la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos que ella reconoce (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 4°).

Para los fines de la presente tesis, entre los artículos más importantes de la Convención que están directamente relacionados con nuestro tema de investigación se encuentra el artículo 8°.

Así, el artículo 8° la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) expresa:

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

El contenido del artículo precedente busca la preservación de la identidad del niño, ya que establece que es obligación del Estado proteger y, si es necesario, restablecer la identidad del niño si este hubiera sido privado en parte o en todo de la misma como nombre, nacionalidad y vínculos familiares.

El Grupo de Trabajo que redactó la Convención introdujo este artículo a propuesta del delegado argentino, quien lo fundamentó en la necesidad de asegurar la rápida intervención del Estado cuando el derecho del niño a preservar su identidad hubiera sido violado. La Argentina, en aquel momento, se enfrentaba al problema de la desaparición de niños y bebés bajo el régimen de la Junta argentina durante los años setenta y ochenta. Mientras muchos de estos niños habían sido asesinados, otros habían sido adoptados por parejas sin hijos; eran necesarias medidas eficaces para localizar a estos niños y establecer su verdadera identidad (E/CN.4/1986/39, párrafos 33 a 49). Posteriormente, en diciembre de 1992, la

Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (resolución 47/133). (Hodgkin y Newell, 2004, p. 137)

Si bien es cierto que el artículo en mención solo describe tres aspectos de la identidad del niño, se debe tener en cuenta los siguientes artículos: el segundo, que se refiere a la no discriminación; el decimosexto, que se refiere a la protección contra las injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia y el domicilio; y el artículo trigésimo, que se refiere al derecho a tener su propia cultura, religión e idioma.

Es importante advertir, por otra parte, que respecto a las retenciones y traslados ilícitos la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) establece la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados ilícitos y la retención ilícita de niños en el extranjero, ya sea traslado por su padre o madre, o por una tercera persona (numeral 1, art. 11°). Asimismo, expresa que el niño tiene derecho a expresar su opinión y a que esta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afecten (numeral 1, art. 12°).

3.2.2. El principio del interés superior del niño

Respecto al principio del interés superior del niño, es importante conocer lo expresado por la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en su artículo 3°:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Según Cillero (1999), se puede entender la disposición del artículo 3° de la Convención

Como un principio que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el *Interés Superior del Niño* como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones. No porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. (p. 8)

Por su parte, la Convención propone otra solución. En ese sentido, formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos, es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares del derecho (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentren limitadas por esos derechos. En otras palabras, el principio del interés superior del niño es algo intrínseco al menor de edad, que si bien no es una norma en sí, es la medición del cumplimiento de los derechos de los niños en su conjunto. Al ser un principio, este debe ser aplicado de forma conjunta en los derechos de los niños y en las prioridades que el menor como persona requiere.

El principio del interés superior del niño le recuerda al juez o a la autoridad que al momento de buscar una solución jurídica el contenido de esta debe tener como eje los derechos de los niños sancionados legalmente. El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico

le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten. Al respecto, Cillero (1999) dice que el principio superior del niño puede ser concebido como

Un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados” (p. 24).

El principio del interés superior del niño señala que todas las medidas respecto al niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado cuando los padres, madres u otras personas responsables no tienen capacidad para hacerlo.

El concepto del interés superior del niño o interés del menor ha venido siendo utilizado desde el siglo XVIII en el Derecho Inglés. Por ejemplo, aparecen en la práctica de la *Chancery Court* a fines del s. XVIII y en el XIX la *Guardianship of Infants* de 1886 prescribía que el *child's welfare* fuera una *relevant consideration* juntos con otras. (Beloff, 2012, p. 37)

El principio del interés superior del niño fue definido por la doctrina de diversas formas. Sin embargo, en ningún caso se lo identifica con el fundamento de la autoridad parental, sino como pauta orientadora de las actividades estatales respecto del niño. Lamentablemente, esta indeterminación del interés superior del niño ha significado, en algunas ocasiones, la libre interpretación y discrecionalidad de los diferentes poderes estatales. Esto debilitó la tutela de los derechos que la propia Convención sobre los Derechos del Niño consagra en la medida en que se dejaba a los operadores judiciales la libertad para incorporar sus propias consideraciones, sin ser estas consensuadas a nivel doctrinario y a veces alejado de la intención que tiene el aludido principio

Es importante advertir que la doctrina de la protección integral es aquella que considera al niño como sujeto de derechos y, consecuentemente, deben respetarse los diferentes derechos humanos que tiene toda persona. Sin embargo, también se le reconocen

al niño derechos específicos que le corresponde a una persona en desarrollo. Al respecto, Chunga (1995) dice que “la doctrina de la protección integral busca la protección del menor por medio del Interés Superior del niño, para lo cual es necesario el desarrollo de políticas, programas y acciones específicas. (p. 62).

3.2.3. Sobre la prevención de la separación de la familia

El artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) tiene el siguiente contenido:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el

Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Como se observa, los estados partes velarán para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. Al respecto, Valencia (1990) dice que “el derecho del niño a vivir con su familia es un derecho básico, solo así podrá atender su normal desarrollo físico y mental”. (p. 132)

Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño basados en el derecho recogido en el numeral 1 del artículo 9° de la Convención, es decir, que “el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el Interés Superior del Niño”. Del mismo modo, el numeral 3 de este mismo artículo dispone que el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del Niño”. Esto se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, tutores legales, habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha.

La separación del niño de sus padres debería adoptarse como último recurso por la gravedad de sus efectos adversos, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo. La separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de modo que no se separe la familia.

Como bien ha señalado Unicef (2010), antes de recurrir a la separación el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar al niño, a menos que la separación sea necesaria para protegerlo. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres.

El propósito de las directrices sobre *las modalidades alternas de cuidado* es velar que los niños no estén de manera innecesaria dentro del *acogimiento alternativo*. Cuando en efecto sea indispensable, el acogimiento alternativo se deberá hacer en condiciones adecuadas que respondan a los derechos y el interés superior del niño.

Los menores de edad no deberán ser separados de sus padres en razón de una discapacidad del menor o de sus padres. La separación ha de ser considerada solo en casos que la asistencia familiar no sea suficiente para preservar la unidad familiar o cuando no sea completamente eficaz para evitar el riesgo de descuido, seguridad o abandono del niño. En caso de separación, el Estado debe garantizar que la situación del niño y su familia haya sido evaluada por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados, con la colaboración judicial apropiada, de conformidad con el artículo 9° de la Convención, a fin de asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño.

Cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones velarán por que el niño mantenga la relación con sus padres, su familia y sus lazos interpersonales (personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha). Cuando se separa a un niño de su familia, las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad, duración de las visitas y otras formas de contacto deben tener en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas, a menos que ello contravenga el interés superior del niño.

La preservación de la unidad familiar debería tenerse en cuenta al determinar el interés superior del niño en las decisiones relativas a la reunión de la familia en caso de que

la relación del niño con sus padres se vea interrumpida por la migración (de los padres sin el niño o del niño sin los padres).

3.2.4. Sobre la responsabilidad de los padres

El artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) expresa lo siguiente:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Valencia (1990) resalta que mediante este artículo:

Se reconoce que el Estado debe respetar la orientación adecuada, para el desarrollo del menor, que reciba por parte de sus padres, familiares, o la comunidad. Además como cuestión novedosa se señala, que la comunidad tiene responsabilidades, deberes y derechos frente al menor. (p. 149).

El artículo 5° enmarca las relaciones entre los niños, padres, familias y Estado, dándole a la familia una definición flexible que se relaciona con las diferencias culturales de cada país. Del mismo modo, la Convención señala que el niño es un sujeto de derechos, haciendo énfasis en que debe ejercerlos, y establece las responsabilidades de los padres respecto a sus hijos en relación con los derechos y deberes parentales que son necesarios para asumir dichas obligaciones. En ese sentido, los padres tienen el deber de impartir al niño dirección y orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Los estados partes y cada uno de los padres se encuentran obligados a impartirles conocimientos y ayudarlos en la comprensión sobre los derechos que sus menores hijos tienen y la manera cómo ellos pueden exigirlos en los casos donde estos derechos sean vulnerados por alguno de sus padres o por un tercero.

Como se señala en el debate general sobre *El papel de la familia en la promoción de los derechos del niño*, los derechos civiles del niño comienzan en el seno de la familia:

La familia es un agente esencial para crear conciencia de los derechos humanos y protegerlos e inculcar el respeto de los valores humanos, la identidad y el patrimonio cultural y otras civilizaciones. Es necesario considerar los medios adecuados de garantizar el equilibrio entre la autoridad de los padres y la realización de los derechos del niño, incluido el derecho a la libertad de expresión. (*Office of the High Commissioner for Human Rights*, 1994, p. 59).

La Convención se opone a aquellas situaciones en las que se otorgan a los padres derechos absolutos sobre los hijos, un hecho tradicional en muchas sociedades, pero que está cambiando en la mayoría de ellas. Los derechos y deberes de los padres se derivan de su responsabilidad por el bienestar del niño, lo que significa actuar en su interés superior. (Unicef, 2006, p. 101)

La Convención sobre los Derechos del Niño ni se opone a la familia, ni enfrenta al niño con sus padres. Por el contrario, define a la familia como *grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños*. Varios artículos hacen referencia a la responsabilidad fundamental de los padres y establecen límites estrictos para la intervención del Estado y la separación del niño de sus padres (artículos 3.2, 7, 9, 10, 18); uno de los objetivos de la educación es el de *inculcar al niño el respeto de sus padres* (artículo 29). (Unicef, 2006, p. 99)

Después del análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño y de sus tres protocolos facultativos, queda claro que la participación de los estados y, sobre todo, del peruano, no debe quedar en la simple suscripción de estos tratados y su cumplimiento. El camino a seguir por los estados es, partiendo de la firma de la Convención, promulgar leyes que busquen una mayor protección teniendo como objetivo seguir los pasos de la evolución social gracias a las nuevas tecnologías.

Es fundamental considerar que la Convención y sus tres protocolos facultativos son simplemente las directrices de la protección de los menores de edad. El Estado no puede quedar satisfecho con el simple cumplimiento de lo estipulado en los tratados. Es por ello que a pocos años de cumplirse tres décadas de la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño, necesitamos elaborar un nuevo texto normativo que incorpore las nuevas tecnologías y dé a conocer los nuevos peligros que estos traen consigo para los niños, siempre enfocado a la protección del interés superior del niño.



CAPÍTULO IV: EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

4.1. Primeros pasos hacia el Convenio de La Haya

El Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores fue adoptado en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, por el Decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado (...). (Pérez-Vera, 1982, p. 1)

El Decimocuarto período de sesiones de la Conferencia, que se desarrolló del 6 al 25 de octubre de 1980, confió la elaboración del Convenio a su Primera Comisión que tuvo como Presidente al profesor A. E. Anton (Reino Unido) y como Vicepresidente al decano Leal (Canadá); (...). Por otra parte, la profesora Elisa Pérez-Vera fue ratificada en su cargo de Ponente. D. Adair Dyer, Primer secretario de la Oficina Permanente, (...) se encargó de la dirección científica de la secretaría. (Pérez-Vera, 1982, p. 1)

En el transcurso de las trece sesiones de trabajo, la Primera Comisión procedió a una primera lectura del anteproyecto redactado por la Comisión Especial. De forma simultánea, nombró un Comité de redacción que, a medida que avanzaban los trabajos, reelaboraba los textos. Otras siete sesiones se dedicaron al debate del texto preparado por el Comité de redacción, así como al de las cláusulas sobre la aplicación del Convenio respecto a los Estados con sistemas jurídicos no unificados (“Application Clauses”) y del formulario modelo redactados, ambos, por Comités ad hoc. Las cláusulas finales, sugeridas por la Oficina Permanente, fueron incluidas en el anteproyecto elaborado por el Comité de redacción. (Pérez-Vera, 1982, p. 2)

Así se llegó al desenlace de un arduo camino, que hasta la actualidad viene siendo la base para todo tratado bilateral. Si bien es cierto tiene sus deficiencias, por tratarse del

primer tratado internacional ratificado casi a nivel mundial, es un gran paso hacia la protección de los menores de edad a nivel internacional.

Es importante indicar que el anteproyecto de este Convenio tuvo un apoyo mayoritario al finalizar la última cesión, manteniendo en la actualidad casi la totalidad de su contenido. Se consiguió la uniformización del trato que cada Estado brinda a un menor de edad que fuera sustraído de su país de residencia habitual. Como lo expresa Pérez-Vera (1982):

En su conjunto, el Convenio refleja un compromiso entre dos conceptos parcialmente distintos del objetivo a alcanzar. En efecto, se percibe en los trabajos preparatorios la tensión existente entre el deseo de amparar las situaciones de hecho alteradas por el traslado o el no retorno ilícitos de un menor y la preocupación por garantizar, sobre todo, el respeto de las relaciones jurídicas sobre las que pueden descansar tales situaciones. En este sentido, el equilibrio consagrado por el Convenio es bastante frágil. Por una parte, es claro que el Convenio no se refiere al fondo del derecho de custodia (artículo 19) pero, por otra parte, resulta asimismo evidente que el hecho de calificar de ilícito el traslado o el no retorno de un menor está condicionado por la existencia de un derecho de custodia que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretenden evitar. (p. 3)

Este Convenio es la confluencia de la búsqueda del retorno del menor de edad a su país de residencia y el respeto por las relaciones jurídicas entre los países miembros, todo ello sin tomar parte en la determinación de a quien le asiste el derecho de custodia de los interesados. Con ello se puede entender el enfoque en el momento de la redacción tan laxa en algunos aspectos.

Con la finalidad de evitar que se presenten solicitudes que vayan más allá de lo protegido por el Convenio, este incorporó en su texto una recomendación que contiene el formulario modelo de la demanda de retorno de los menores desplazados o retenidos de forma ilícita. Este formulario, al ser un modelo, es modificado por cada Estado parte. En el

caso peruano, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables es el ente encargado de crear el formulario de denuncia (este se adjunta como anexo 4 en la presente tesis).

Pérez-Vera (1982) resalta un dato curioso sobre el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de Edad:

“En esa ocasión, la Conferencia de La Haya se apartó de su práctica habitual, ya que los proyectos de Convenios aprobados en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones se abrieron a la firma de los Estados inmediatamente después de la sesión de clausura. Cuatro Estados firmaron el Convenio en aquel momento: Canadá, Francia, Grecia y Suiza (...).” (p. 1)

4.2. Restricción del ámbito de aplicación del Convenio

Al momento de la redacción de este tratado internacional se tuvo que determinar el ámbito de aplicación del Convenio, siendo ello un elemento importante y a la vez complicado por incorporar países con diferentes sistemas jurídicos, y más aún al reunir países donde la religión es relevante en el ámbito legislativo de un Estado.

Definitivamente una misión ardua establecerla cantidad de situaciones que el Convenio debería abarcar debido a que “la diversidad de circunstancias que pueden darse en cada caso concreto hace que cualquier intento de establecer una definición más precisa desde el punto de vista jurídico, esté abocada al fracaso” (Pérez-Vera, 1982, p. 3).

Antes de continuar con el análisis del Convenio de La Haya y con la finalidad de poder realizar un análisis a profundidad de dicho Convenio, es necesario definir ciertos conceptos que se van a usar más adelante:

- Tutor. Es aquella persona natural, distinta a sus padres, o persona jurídica que ha obtenido la custodia del menor de edad porque este es una persona legalmente incapaz.

- **Guardia o Custodia.** Es la tenencia o control físico que tienen los padres de forma individual o conjunta o una persona jurídica sobre sus hijos.
- **Patria Potestad.** Conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados.
- **Sustracción.** Se debe entender como el traslado o retención de un menor de edad de forma ilícita de su residencia habitual y sin el consentimiento de la persona que tiene la patria potestad o custodia del menor. La sustracción no debe analizarse desde el punto de vista del derecho penal.
- **Residencia habitual.** Es el lugar donde el menor de edad ha desarrollado un arraigo. Sin tener un periodo mínimo exacto para considerarse residencia habitual, esta debe entenderse como el lugar donde el menor desarrolla su vida de forma natural, asiste a una escuela, tiene familia o amigos. No debe confundirse ni con la nacionalidad del menor ni con la residencia legal.

Continuando con el análisis del Convenio, existen dos situaciones que son constantes en los casos aplicables al presente Convenio. Esta retención de los casos aplicables es importante, pues como se señaló en los párrafos anteriores se busca exclusivamente la restitución de un menor.

En primer lugar, se realiza el traslado de un menor de edad fuera de su residencia habitual, en el que podía encontrarse bajo el cuidado de una persona, usualmente el padre o la madre e incluso en algunos casos una persona jurídica, que a la vez poseía sobre el menor un derecho de guardia o custodia. Aquí es necesario incluir una situación diferente, pero con las mismas consecuencias: el viaje de un menor de edad al extranjero con el permiso inicial de la persona que tenía la custodia de aquel, pero que posteriormente no era devuelto a su residencia habitual. En ambos casos, como advierte Pérez-Vera (1982), la consecuencia es la misma:

El menor ha sido sustraído al entorno familiar y social en el que se desarrollaba su vida. Por lo demás, en este contexto, poco importa la naturaleza del título jurídico sobre el que descansaba el ejercicio del derecho de custodia sobre la persona del

menor: desde este punto de vista, la existencia o ausencia de una resolución relativa a la custodia no cambia en absoluto los aspectos sociológicos del problema. (p. 3)

En segundo lugar, el niño suele ser trasladado a un nuevo Estado sin la autorización del padre, madre o tutor porque el sustractor cree poder obtener el derecho de custodia sobre el menor de edad en el país donde lo ha trasladado. Por lo general, sucede que el sustractor es una persona relacionada con el menor, casi siempre un familiar directo, siendo en la mayoría de los casos el padre o la madre.

Es usual que la persona que tiene o retiene al niño, *el sustractor*, busque por todos los medios obtener una resolución judicial o administrativa del Estado donde él se encuentra, que legitime la situación de facto que acaba de crear. Sin embargo, si se considera improbable la obtención de una resolución favorable, es posible que opte por la inactividad. Con ello indirectamente traslada la iniciativa a la persona que fue privada del derecho.

En definitiva, podemos afirmar que el conflicto abordado por el Convenio adquiere relevancia jurídica debido a que los *sustractores* tienen la posibilidad real de establecer vínculos artificiales de competencia jurídica respecto al menor trasladado o retenido de forma ilícita. Al respecto, Pérez-Vera (1982) dice que sustractor, al cambiar la jurisdicción y, por ende, la ley aplicable, puede lograr una resolución judicial que le sea favorable (p. 78). Dicha resolución, sobre todo cuando coexista con otras dictadas por otras jurisdicciones, de contenido contradictorio, tendrá una validez geográficamente limitada, pero en cualquier caso aportará un título jurídico suficiente para *legalizar* una *situación de hecho* que ninguno de los sistemas jurídicos afectados buscaba.

El Convenio de La Haya es tajante en el momento de establecer la competencia en los casos de sustracción internacional de un menor de edad. Así, establece que el Estado competente para determinar si procede el retorno del menor es el Estado donde ha sido trasladado de forma ilícita, siempre y cuando la persona que lo solicita demuestre que al momento de la sustracción ha tenido la patria potestad o tutela del menor de forma activa.

4.3. Objetivos del Convenio

Como todo tratado internacional, primero es necesario determinar los objetivos que buscará el Convenio de La Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, delimitar los objetivos que este tendrá y establecer las consideraciones mínimas que debe tener. Al respecto, un elemento particular de las situaciones consideradas previamente es el hecho de que el *sustractor* busca que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado donde se ha trasladado. Para disuadir al sustractor de trasladar a un menor de edad fuera de su residencia habitual, es necesario lograr que sus acciones se vean limitadas de toda consecuencia práctica y jurídica.

Los objetivos del Convenio están enunciados en su artículo 1°. En ese sentido, este artículo consagra, en primer lugar, “el restablecimiento del *statu quo* mediante la ‘restitución inmediata’ de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante” (Pérez-Vera, 1982, p. 4). Esto debido a que fue imposible establecer convencionalmente, de forma unánime, la competencia respecto a la custodia. Es decir, al no poder decidir sobre quien debería ser el Estado que determine la custodia de un menor de edad trasladado de forma ilícita, se decidió resolver el impase de forma indirecta, esto es, luego del retorno del menor a su país de residencia habitual, el Estado recién podrá decidir sobre la custodia del niño.

El *status quo* hace referencia al estado en que se encontraba el menor de edad previo a la sustracción sufrida, lo cual también involucra el retorno del menor al país donde se encontraba su residencia habitual. Solo posteriormente al retorno del menor, el padre o madre que se lo llevó de forma ilícita puede solicitar ante la entidad competente su tenencia. Si presenta su solicitud antes del retorno, este quedará supeditado a la devolución de niño. No obstante, a pesar de que se busca restablecer el *status quo* no se trata de un acto automático: antes de determinar el retorno del menor, la autoridad judicial o administrativa debe verificar que ello se encuentre en concordancia con el interés superior del menor en mención.

Por otra parte, aunque el objetivo (...) “de ‘velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás

Estados contratantes' presenta un carácter autónomo, su relación teleológica con el objetivo 'retorno del menor' no es por ello menos evidente (...)" (Pérez-Vera, 1982, p. 4).

El objetivo es disuadir al posible *secuestrador*. El vocablo "secuestrador", según Pérez-Vela (1982):

No es el usado en los delitos del Derecho Penal. Debe ser entendido como sinónimo de: sustracción, traslado o retención Internacional o legal kidnapping, porque permite a veces una redacción más fácil; en cualquier caso, habrá que entenderlos con todos los matices que su aplicación es enmarcado al problema específico al que se refiere el Convenio de Sustracción de menores de edad. (p. 87)

El menor debe ser restablecido inmediatamente a la situación de la cual fue unilateralmente removido mediante una vía de hecho, o el respeto al derecho de custodia y visita, que no puede ser modificado por Estado donde ha sido trasladado el menor de edad. Desaparece así una de las causas más frecuentes de la sustracción de niños.

Siguiendo esta línea, el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no hace mención a la forma ni los métodos para hacer cumplir y respetar el derecho de custodia en los estados partes. Sin embargo, se debe entender como un camino indirecto a la protección del derecho de custodia la obligación contraída por los estados partes de devolver al menor de edad sustraído al Estado de residencia habitual.

El Convenio de La Haya ha tratado de solucionar el retorno de los menores de edad trasladados o retenidos de forma ilícita. Esto se debe a que la situación vulnerable de los menores de edad requiere soluciones urgentes que necesitan ser solucionadas por todos los sistemas jurídicos afectados en conjunto y de forma armónica.

Consideradas en su conjunto, todas esas circunstancias justifican el desarrollo que recibe en el Convenio la regulación del retorno del menor y conceden al mismo

tiempo, en el plano de los principios, cierta prioridad a este objetivo. Así pues, aun cuando en teoría los dos objetivos antes mencionados deben ser puestos en el mismo plano, en la práctica el deseo de garantizar el restablecimiento de la situación alterada por la acción del secuestrador es el que prevalece en el Convenio. (Pérez-Vera, 1982, p. 11).

En su artículo 1º, el aludido Convenio no busca resolver el problema de a que parte de los involucrados le corresponde el derecho de custodia o tenencia.

El principio no explícito sobre el que descansa el Convenio es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir, el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, tanto si éste ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la custodia –situación en la que el derecho de custodia violado se ejercía ex lege– como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo una resolución preexistente. (Pérez-Vera, 1982, p. 11).

Se puede afirmar, en consecuencia, que el Convenio cuenta con dos objetivos: uno que busca prevenir la ocurrencia de sustracciones de menores de edad, y el otro enfocado a conseguir el retorno del niño a su entorno, los cuales “responden en su conjunto a una concepción determinada del *Interés Superior del Menor*” (Pérez-Vera, 1982, p. 87)

4.4. Importancia del interés superior del niño en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Si bien ya se ha definido en un capítulo anterior el interés superior del niño, es necesario considerar su relación con el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. En ese sentido, el interés superior del niño es utilizado con frecuencia por los operadores de justicia siempre y cuando esté involucrado un menor de edad, razón por la cual se podría argumentar que el objetivo del Convenio relativo al retorno del menor de edad debería estar siempre subordinado en consideración de su interés.

Como explica Pérez-Vera (1982, p. 98), la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés superior del niño como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. Sin embargo, no se puede asumir que este silencio significa que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Por el contrario, ya en el preámbulo, los estados firmantes declaran estar “profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”. Justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, “deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos (...)”.

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

Como ha señalado Dyer (1977):

La opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada es que la verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida. (p. 21)

Con todo, existen ciertos casos donde la sustracción del menor no ha sido consecuencia de un capricho del sustractor, sino más bien a que este último ha sido testigo del maltrato que sufre el menor por parte de su padre, madre o un tercero. Al respecto, Pérez-Vera (1982) dice que la Convención admitió que el traslado de un niño:

Puede a veces estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por ello el Convenio reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato del menor de edad trasladado o retenido de forma ilícita. (p. 124)

Por lo expuesto, es necesario un análisis de lo acontecido recogiendo las declaraciones de cada una de las partes e inclusive del menor de edad siempre que sea posible, buscando garantizar el desarrollo integral del niño, así como alcanzar el mayor bienestar que le sea posible.

4.5. Cooperación entre las autoridades de los estados parte

El Convenio busca evitar los traslados internacionales de menores de edad mediante un trabajo en conjunto de las autoridades judiciales y administrativas de los estados partes.

Esta caracterización del Convenio puede realizarse también a través de un planteamiento negativo. Así, se puede comprobar ante todo que no se trata de un convenio relativo a la ley aplicable a la custodia de los menores. En efecto, las referencias relativas al derecho del Estado de la residencia habitual del menor, tienen un alcance limitado, dado que el derecho en cuestión sólo se tiene en cuenta para establecer el carácter ilícito del traslado (por ejemplo, en el artículo 3). En segundo lugar, el Convenio tampoco es un tratado sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de custodia. Tal opción fue descartada con plena conciencia, tras haber sido largamente debatida en el seno de la primera reunión de la Comisión especial. (Pérez-Vera, 1982, p. 9).

Si se buscara resolver el fondo de la controversia sobre la situación del menor, este tendría un plazo mayor, de acuerdo a la naturaleza que tiene la búsqueda del reconocimiento de una resolución extranjera, ya que estas resoluciones tienen un mayor número de excepciones que generan un incremento en los plazos para su resolución. Cuando se desplaza a un menor, el tiempo es de gran valor, ya que la crisis psicológica que el menor de edad sufre debido al traslado inicial se puede reproducir si la resolución concerniente a su retorno solo se llegase a dictar transcurrido un plazo considerable y no de forma inmediata.

El Convenio está enfocado al trabajo en conjunto de las autoridades de cada Estado y busca resolver exclusivamente los casos que cumplen los requisitos del Convenio y de los estados comprometidos que hayan ratificado el Convenio. Es por esta razón que no se puede considerar como un Convenio *universalista*, es decir, que se pueda aplicar a cualquier caso a nivel internacional, ya que el retorno del niño se fundamenta en la colaboración entre las autoridades de dos o más estados. “Cuando una persona se dirige a las Autoridades Judiciales o Administrativas de un Estado contratante amparándose en el Convenio, este debe aplicarlos beneficios convencionales, que excluye a ciudadanos de terceros países”. (Pérez-Vela, 1982, p. 97)

Sin embargo, a pesar de que el Convenio solo se puede aplicar en su totalidad cuando involucra a dos estados partes, las autoridades de cada Estado puede usarlo como fundamento para resolver casos similares que involucren menores de edad que hayan sido sustraídos de su residencia habitual. De aquí la importancia de que 98 estados –de Sudamérica y Norteamérica, así como los principales países de Europa y Asia– sean partes contratantes del Convenio.

4.6. Articulación del Convenio de Restitución con otras convenciones y tratados internacionales.

Con la finalidad de lograr su meta y a la vez la cooperación entre las autoridades, el Convenio consideró necesario establecer que era autónomo de otros tratados

internacionales que versaran sobre el mismo tema, es decir, la protección de menores de edad.

“Una de las primeras decisiones tomadas por la Comisión especial consistió en orientar sus trabajos en el sentido de un convenio independiente más que en elaborar un protocolo al Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores. Bajo este mismo punto de vista, tampoco podía limitarse a los modelos propuestos por los convenios relativos al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de custodia, incluido el modelo propuesto en el Convenio del Consejo de Europa”. (Pérez-Vera, 1982, p. 10).

Es necesario precisar que esta autonomía no significa que se logre solucionar todos los problemas que conlleva el traslado de un menor de edad fuera de su residencia habitual. En ese sentido, el Convenio busca exclusivamente solucionar solo el traslado ilegal del menor fuera de su entorno, dejando fuera de su alcance el problema del fondo: el derecho de custodia.

Siguiendo esa idea, el Convenio se encuentra forzado a convivir con las normas internas de cada país e internacionales, bien sean estas bilaterales o multilaterales, relativas a menores de edad y ejecución de resoluciones extranjeras de cada Estado contratante. El Convenio no busca ser invocado de forma exclusiva: por el contrario, busca cumplir los objetivos establecidos en su propio texto de la mano con las normas jurídicas, para de este modo permitir el retorno del menor de edad trasladado de forma ilícita, tal como se señala en el artículo 34° del Convenio.

El Convenio busca ser un medio destinado a aportar una solución eficaz para evitar la consolidación de la situación ilícita que representa el traslado del menor de edad de su entorno habitual sin el consentimiento de uno de sus padres o el no retorno de este. Esto en cuanto no se resuelva el fondo de los derechos de las partes. Sin embargo, este trabajo solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando haya un orden jerárquico para su aplicación idónea a fin de encontrar la mejor solución. Es por ello que solo se busca

solucionar el traslado del menor de edad, ya que para el caso de la custodia del menor, este debe ser resuelto por los tribunales competentes de forma posterior a la restitución del menor. Al respecto, es importante recordar lo expresado en el contenido del propio Convenio:

El presente Convenio tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el *Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de las Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores* entre los Estados parte en ambos Convenios.

Además, dado que se pretende evitar la posibilidad de que se aplaque la aplicación de las disposiciones convencionales invocando disposiciones que afectan al fondo del derecho de custodia, el principio previsto en el artículo 34 debería extenderse a cualquier disposición que afecte al derecho de custodia, sea cual sea su origen. Por el contrario [...] las partes pueden recurrir a cualquier norma que facilite el cumplimiento de los objetivos convencionales. (Pérez-Vera, 1982, p. 11).

En la presente tesis prescindo de mencionar el derecho de custodia, pues este no es tratado en ninguna instancia en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Me parece una postura correcta, ya que no se busca proteger los derechos del padre que tiene la custodia del menor sustraído, sino por el contrario, busca proteger exclusivamente los derechos del niño que se encuentra en una situación precaria debido a la vulneración de sus intereses su el derecho de mantener una estabilidad emocional y de aquello que conoce y a lo que se encuentra acostumbrado.

4.7. Autoridades centrales en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

El Convenio entre los estados partes busca la cooperación en dos sentidos diferentes: primero, entre las autoridades internas competentes, de forma directa en el ámbito de aplicación del Convenio; y segundo, con la creación de autoridades centrales en cada Estado, que canalicen y coordinen dicha cooperación.

El anteproyecto establecido por la Comisión especial consagraba de forma bastante clara la elección hecha en favor de la segunda opción y el propio Convenio sigue estando construido en gran medida sobre la intervención y las competencias de las Autoridades centrales. (Pérez-Vera, 1982, p. 12).

Conforme a lo establecido en el artículo 29° del Convenio, los particulares tienen la posibilidad de dirigirse directamente a las autoridades administrativas o judiciales competentes, por lo cual se podría considerar a este un sistema mixto. Si bien se crean las llamadas autoridades centrales para velar directamente por los derechos de los administrados, las autoridades judiciales y administrativas también se encuentran en la capacidad y obligación de colaborar entre sí.

Además, técnicamente hablando, es imposible dejar fuera del Convenio a las autoridades judiciales o administrativas internas en todo lo relacionado con la protección de los menores y dejarlo en manos de la autoridad central, siendo esta un ente creado y usado exclusivamente por el Convenio.

En el Convenio se hace mención a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas, a las que se les da el mismo rango como consecuencia de que en algunos estados contratantes la autoridad competente para ver los casos relacionados al presente Convenio es la autoridad administrativa, mientras que en la mayoría de los sistemas jurídicos la competencia en la materia corresponde a las autoridades judiciales. En el caso peruano, nuestro sistema jurídico faculta a las autoridades judiciales para determinar la restitución del menor de edad.

Conforme al artículo 19° del Convenio, las resoluciones respecto al retorno del niño no deben ser observados como un prejuizamiento del fondo del derecho de custodia. Se considera necesario que los responsables de tomar dicha decisión deberían ser las mismas autoridades que habitualmente son competentes en el derecho interno.

En la mayoría de los casos, la correcta aplicación del Convenio dependerá de los instrumentos que esta tenga para establecer a las autoridades centrales. Como se puede apreciar, no se ha establecido cual debe ser la estructura y la capacidad de acción de las

autoridades centrales, debido a la existencia de una gran diferencia organizacional dentro de los estados parte del Convenio, por lo que se da la libertad necesaria para que sean regidos por su ley interna.

En el artículo 7° del Convenio se traduce la aceptación de esta premisa con el reconocimiento de las tareas asignadas, en especial a las autoridades centrales: dichas tareas podrán ser llevadas a cabo directamente por estas últimas con el concurso de un intermediario. En el caso de la localización de un menor, se puede exigir la intervención de la policía, la adopción de medidas provisionales o la iniciación de procedimientos judiciales respecto de relaciones privadas que pueden caer fuera de las competencias susceptibles atribuidas a las autoridades administrativas por ciertas leyes internas.

No obstante, la autoridad central sigue siendo el destinatario de las obligaciones que el Convenio le impone en su condición de *organizador* de la cooperación deseada para la lucha contra los traslados ilícitos de menores de edad. En el caso de los estados federales y los estados pluri-legislativos o que tengan organizaciones territoriales autónomas, estas tendrán la libertad de designar más de una autoridad central.

Como señala Pérez-Vera (1982, p.110), esto ha generado un nuevo problema: si la persona que ha trasladado o retenido a un menor de edad se sirve de la extrema facilidad de las comunicaciones dentro de un Estado, el demandante o la autoridad central del Estado requirente podría verse obligado a repetir varias veces su demanda con vistas a lograr el retorno del menor de edad, existiendo la posibilidad que se excedan los plazos establecidos por el mismo Convenio. Un error en la elección de la autoridad central puede, por lo tanto, tener consecuencias decisivas para las pretensiones de las partes.

Para proporcionar una solución a esas situaciones y a otras similares, el Convenio prevé a los estados, conforme al artículo 6°, que establezcan más de una autoridad central. En ese sentido, designarán a la vez una *súper autoridad* central, que en general:

deberá servir de puente entre la Autoridad Central de su propio Estado que sea competente en cada caso específico, de un lado y, de otro lado, las Autoridades centrales de los demás Estados contratantes, se verá obligada a elegir entre

proceder a la localización del menor para poder transmitir la causa a la Autoridad Central adecuada o transmitir una copia de la demanda a todas las Autoridades Centrales del Estado, lo que provocará inevitablemente una multiplicación de los servicios burocráticos. En todo caso, lo que está fuera de duda es que dicha Autoridad Central desempeñará un papel fundamental en la aplicación del Convenio en las relaciones que afecten a los Estados anteriormente mencionados. (Pérez-Vera, 1982, p. 13)

4.8. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y su relación con el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Posteriormente a la suscripción y entrada en vigor de Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en el año 2001, el Perú suscribe la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores en la ciudad de Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989.

Posteriormente, el Perú la aprueba por Resolución Legislativa N° 28246 el 17 de mayo de 2004. Ratificada mediante Decreto Supremo N° 058-2004-RE el 09 de septiembre del mismo año. Entró en vigencia el 01 de abril del 2005.

Actualmente, nuestro país está suscrito tanto al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores como a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. En relación con estos instrumentos internacionales, es importante advertir que existe la posibilidad de que los estados se adhieran a uno solo de estos, como es el caso de Bolivia, que solo ha ratificado el segundo de estos instrumentos (17 de marzo de 1994). Ambos instrumentos, por otra parte, tiene algunas diferencias que si bien son poco sustanciales generan un conflicto en el momento de aplicarlos.

Así mismo se podrá realizar un análisis de la evolución doctrinal que ha sufrido la figura de la Restitución Internacional de niños desde la implementación del Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores hasta la actualidad.

Debido a que el Perú forma parte de ambos Convenios, y a su vez el Convenio Interamericano es un instrumento que se ha incorporado en el proyecto de ley modificatorio del Nuevo Código del Niño y Adolescente, Proyecto de Ley N° 495/2011-CR presentado por el grupo parlamentario “Alianza por el Gran Cambio”, por iniciativa del congresista Juan Carlos Eguren Neuenschwander. Es relevante realizar un análisis de la Convención Interamericana y sus artículos más importantes, realizando una comparación con el Convenio de la Haya, en búsqueda de la incorporación de nuevos elementos.

4.9. Análisis comparativo de los artículos de mayor relevancia del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

El Convenio no solo es importante por su contenido, sino también por ser la primera expresión conjunta que se refiere a la protección del niño en aquellos casos donde este haya sido trasladado de forma ilícita a otro Estado. Su importancia será mayor si se considera la participación de estados con diferentes sistemas judiciales. El Convenio busca proteger, por otro lado, al menor en los casos donde estén involucrados más de un Estado parte: establece qué Estado está facultado para resolver la solicitud de restitución teniendo como eje fundamental para ello el interés superior del niño.

“El Convenio tiene como finalidad proteger al menor de edad en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita”. (Gonzales, comunicación personal, 21 de junio, 2016, p. 1).

A continuación, analizaremos los artículos de mayor relevancia del Convenio relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores adoptado el 25 de octubre de 1980, que cuenta con cuarenta y cinco artículos divididos en seis capítulos, así como también los artículos correspondientes de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, que cuenta con treinta y ocho artículos divididos en siete capítulos. Para esta finalidad, se incorporarán los artículos de ambos tratados en dos columnas: el de la izquierda contendrá los artículos del Convenio relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, mientras que el de la derecha contendrá los artículos de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

CONVENIO DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (Entrada en vigor: 1 agosto del 2001)

Artículo 1

La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

- a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (Entrada en vigor: 11 de abril de 1994)

Artículo 1

La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. 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.

Tanto en el Convenio como la Convención, este artículo señala que la finalidad es garantizar la restitución inmediata de los menores de edad trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, así como velar por que los derechos de tenencia, custodia y de visitas vigentes en uno de los estados partes se respeten en los demás estados contratantes.

Es importante señalar que la *retención de forma ilícita* busca incluir también aquellos casos en los que el niño se encontraba en un lugar distinto del de su residencia habitual, gracias al consentimiento de la persona que ejercía normalmente su custodia y no es devuelto por la persona con la que residía provisionalmente, lo que generaba un ejercicio abusivo del derecho de visita.

Los niños cuyo retorno se intenta garantizar son aquellos que han sido trasladados o retenidos en cualquier Estado contratante, delimitando por un lado la aplicación *ratione personae* del Convenio a los menores de edad que teniendo su residencia habitual en uno de los estados contratantes son trasladados o retenidos en el territorio de otro Estado contratante.

Existe una diferencia entre los menores de edad que tienen su residencia habitual en un Estado contratante y un menor con residencia habitual en un Estado no contratante. En el primer caso, debe ser resuelto mediante la aplicación directa de las disposiciones de la Convención, mientras que en el segundo caso

La obligación de los Estados es mucho más matizada en la medida en que resultaría (abstracción hecha de la legislación interna) del deber consagrado por el artículo segundo, que podría ser descrito como el deber de tomar las medidas adecuadas para evitar que sus territorios se conviertan en lugares de refugio de posibles *secuestradores*. (Pérez-Vera, 1982, p. 16).

Los artículos aludidos tienen como primera prioridad eliminar la palabra “secuestro” y alejar ambos instrumentos de cualquier connotación penal para que solo sean considerados con la finalidad de regular cuestiones civiles. Buscan una eficaz cooperación

judicial internacional a fin de obtener una rápida restitución de menores de edad que fuesen trasladados ilegalmente de un Estado a otro.

“Artículo 2.- Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.”

La Convención Interamericana no contiene ningún artículo similar al anterior debido a que establece un procedimiento específico para los casos donde se presente una solicitud de restitución internacional de un menor de edad.

El artículo 2° del Convenio busca que los estados parte creen o modifiquen sus normas internas con la finalidad de solucionar aquellos casos similares a los que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Convenio, incluyendo, más no limitando, a los ámbitos de aplicación *ratione personae o ratione temporis*.

Debido a que se trata de un Convenio que incluye estados que poseen distintos sistemas jurídicos, hubiese significado una barrera muy difícil de superar la creación de un procedimiento especial que sea compatible con todos estos sistemas jurídicos. En el caso del Estado peruano, el procedimiento a seguir es el *proceso único*: “El Juez especializado, para resolver, toma en cuenta las disposiciones del Proceso Único establecido en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del presente Código y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil”. (Código de los Niños y Adolescentes, 2000, art. 161°)

En lo relacionado con el *proceso único*, desarrollado por el nuevo Código de Niños y Adolescentes (2000), los artículos más resaltantes son los siguientes:

Artículo 164.- Postulación del Proceso

La demanda se presenta por escrito y contendrá los requisitos y anexos establecidos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil. No es exigible el concurso de abogados para los casos de alimentos. Para su presentación se tiene

en cuenta lo dispuesto en la Sección Cuarta del Libro Primero del Código Procesal Civil.

Según este artículo, la acción correspondiente se deberá ejercitar por escrito, acompañados de los elementos probatorios, que permitan al juez especializado resolver de acuerdo a las pruebas que se ofrezcan y actúen en la etapa procesal correspondiente.

Estos elementos deben contener aquellos establecidos en los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil. Del mismo modo, en el caso de solicitar la restitución internacional del menor de edad, la solicitud deberá contener lo siguiente: la información relativa a la identidad del solicitante, de la persona que se alega ha sustraído o retenido al menor de edad y del niño; la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor de edad; toda la información disponible relativa a la localización del menor edad y la identidad de la persona con la que se supone que está este; una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes; una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado; y cualquier otro documento pertinente (todos estos requisitos están contenidos en el artículo 8° del Convenio de La Haya).

“Artículo 165 (Inadmisibilidad o improcedencia).- Recibida la demanda, el Juez la califica y puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia de conformidad con lo establecido en los Artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil”.

De acuerdo con este artículo, al recibir la solicitud mediante la mesa de partes única, el juez competente analizará y evaluará su procedencia, inadmisibilidad o improcedencia.

“Es evidente que tratándose de conflictos de naturaleza familiar, en los cuales se discuten derechos impostergables, es indispensable que los letrados que asuman el patrocinio de estos intereses, deben observar a plenitud las formalidades antes señaladas, con la finalidad de evitar dilataciones, que obviamente van a perjudicar los derechos del

niño o adolescente, toda vez que la normatividad procesal es de carácter imperativo.” (Rojas, 2015, p. 187).

En caso de que la solicitud de restitución internacional de un niño sea denegada, se deberá ser notificar de forma inmediata al solicitante los motivos de la denegatoria de la solicitud, conforme al artículo 27° del Convenio.

Artículo 168 (Traslado de la demanda).- Admitida la demanda, el Juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado de ella al demandado, con conocimiento del Fiscal, por el término perentorio de cinco días para que el demandado la conteste.

Conforme a este artículo, el juez especializado califica y evalúa la solicitud y contenido. Si considera que reúne los requisitos mínimos, emitirá el *auto admisorio*, mediante el cual da por admitida la demanda y los elementos probatorios ofrecidos oportunamente. Traslada la solicitud al demandado y le concederá un plazo de cinco días útiles para contestar la demanda.

Igualmente, es de observancia obligatoria la notificación al representante del Ministerio Público, con la finalidad que asuma su condición de *parte procesal* o *dictaminador*, según la naturaleza de la pretensión invocada por el demandante.

Artículo 170.- Audiencia.

Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el Juez fijará una fecha inaplazable para la audiencia. Esta debe realizarse, bajo responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, con intervención del Fiscal.

Este artículo establece que corrido el traslado al demandado dentro del plazo de cinco días, se determinará fecha única para la audiencia. De no haberse contestado la demanda, se declarará rebelde al demandado.

La audiencia se realizará dentro del término de diez días de recibido el recurso que contiene la absolución de la demanda, caso contrario se establecerá la responsabilidad funcional del magistrado.

Artículo 171.- Actuación

Iniciada la audiencia se pueden promover tachas, excepciones o defensas previas que serán absueltas por el demandante.

Seguidamente, se actuarán los medios probatorios. No se admitirá reconvencción.

Concluida su actuación, si el Juez encuentra infundadas las excepciones o defensas previas, declarará saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliatoriamente.

Si hay conciliación y ésta no lesiona los intereses del niño o del adolescente, se dejará constancia en acta. Ésta tendrá el mismo efecto de sentencia.

Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el Juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la Municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso. Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el Juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada.

En relación con este artículo Rojas (2015 dice que “la audiencia es el acto procesal por excelencia de mayor relevancia jurídica, el cual se encuentra revestido de formalidades y exigencias que deben cumplirse a plenitud, bajo la sanción de establecerse la nulidad del referido acto en caso de inobservancia”. (p. 192)

Una vez iniciada la audiencia, el emplazado podrá deducir tachas, excepciones o defensas previas, que deberán ser resueltas por el abogado del demandante, no siendo factible que se formule reconvencción alguna.

Por lo demás, es factible establecer la conciliación. En el caso de la restitución del menor de edad, sería la devolución de este sin necesidad de llegar a una sentencia por parte del juez. La conciliación debe constar en el libro de conciliaciones, que deberá ser firmado por el juez competente, el fiscal y las partes procesales.

Artículo 172 (Continuación de la audiencia de pruebas).- Si no pudiera concluirse la actuación de las pruebas en la audiencia, será continuada en los días sucesivos, sin exceder de tres días, a la misma hora y sin necesidad de nueva notificación.

El contenido de este artículo dispone que en el supuesto de no concluir la actuación de pruebas ofrecidas por las partes, es posible que se continúe su evaluación en los días subsiguientes, sin exceder el plazo de tres días consecutivos. Este breve término se debe a la consideración de la naturaleza sumarísima del proceso único, que busca proteger el interés superior del niño.

Artículo 173.- Resolución aprobatoria.

A falta de conciliación y, si producida ésta, a criterio del Juez afectara los intereses del niño o del adolescente, éste fijará los puntos controvertidos y determinará los que serán materia de prueba.

El Juez puede rechazar aquellas pruebas que considere inadmisibles, impertinentes o inútiles y dispondrá la actuación de las cuestiones que sobre esta decisión se susciten, resolviéndolas en el acto. Deberá también escuchar al niño o al adolescente.

Actuados los medios probatorios, las partes tienen cinco minutos para que en la misma audiencia expresen oralmente sus alegatos.

Concedidos los alegatos, si los hubiere, el Juez remitirá los autos al Fiscal para que en el término de cuarenta y ocho horas emita dictamen. Devueltos

los autos, el Juez, en igual término, expedirá sentencia pronunciándose sobre todos los puntos controvertidos.

El presente artículo regula la facultad del juez de declarar inadmisibles, improcedentes o inútiles determinados elementos de prueba que no tengan la finalidad de esclarecer los hechos controvertidos. Esta decisión se resolverá en el mismo acto, decisión que es posible impugnar de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 190° del Código Procesal Civil. El juez deberá escuchar la opinión del niño “si fuese necesario la concurrencia del adolescente, con el objeto de reunir los medios de prueba que considere imprescindibles para emitir la sentencia correspondiente”. (Rojas, 2015, p. 195).

Luego de evaluar las pruebas, el juez dispondrá que las partes y sus respectivos abogados hagan uso de los cinco minutos con los que cuentan para efectuar sus alegatos orales. Finalmente, se dispondrá que el expediente sea remitido al fiscal que corresponda, con el propósito que al término de cuarenta y ocho horas este emita su dictamen. Una vez este sea devuelto al juez se contará con otras cuarenta y ocho horas para emitir la resolución que ponga fin a los puntos controvertidos.

“Artículo 176 (Medidas cautelares).- Las medidas cautelares a favor del niño y del adolescente se rigen por lo dispuesto en el presente Código y en el Título Cuarto de la Sección Quinta del Libro Primero del Código Procesal Civil.”

Este artículo dispone que cuando se hace de conocimiento del juez competente la controversia en los casos no previstos, en los cuales el derecho e interés superior del niño se encuentre en riesgo o sean vulnerado de acuerdo con el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, y en el caso de la restitución del niño, en cumplimiento del artículo 7° del Convenio, el juez ordenará la adopción de medidas cautelares a favor del menor de edad.

Estas medidas tienen como objetivo garantizar el cumplimiento de una futura decisión judicial, cuyo procedimiento y formalidades se tramitan de acuerdo con los artículos 608° al 641° del Código Procesal Civil.

Artículo 177 (Medidas temporales)

En resolución debidamente fundamentada, el Juez dictará las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente.

El Juez adoptará las medidas necesarias para el cese inmediato de actos que produzcan violencia física o psicológica, intimidación o persecución al niño o adolescente.

El Juez está facultado en estos casos incluso para disponer el allanamiento del domicilio.

De acuerdo con el contenido de este artículo, el juez especializado tiene la posibilidad de disponer medidas de protección mediante decisión debidamente fundamentada para garantizar la plena vigencia de los derechos de los niños o adolescentes. También podrá establecer mecanismos que permitan eficazmente el cese de toda forma de violencia física o psicológica que afecte el desarrollo de los niños o adolescentes.

El proceso único está distribuido de la siguiente manera: admitida la demanda, el juez correrá traslado al demandado, con conocimiento del fiscal y este tendrá cinco días para contestar la demanda. El juez determinará la audiencia dentro de los diez días, la cual es improrrogable, y el plazo debe ser contabilizado desde recibida la demanda por el juez.

En caso de que no se actúen todas las pruebas en la audiencia única, se tendrá que establecer a la misma hora dentro de los tres días sucesivos útiles una nueva audiencia; se dará cinco minutos para los alegatos orales una vez finalizada la actuación de pruebas. Finalmente, el juez, de existir *autos*, los remitirá al fiscal para que dentro del plazo de cuarenta y ocho horas emita su dictamen. Retornados los *autos*, el juez, en igual término, expedirá sentencia pronunciándose sobre todos los puntos controvertidos.

El trámite descrito en el párrafo anterior dura, aproximadamente un mes. Sin embargo, el plazo determinado en la norma no se cumple debido a la gran carga procesal que tienen los jueces especializados, así como también a los actos jurídicos dilatorios de los que algunos demandados hacen uso para evitar una sentencia desfavorable.

Se ha visto la necesidad de modificar algunas leyes, como el Código Procesal Penal y la nueva Ley Procesal de Trabajo, con la finalidad de modernizar los procedimientos, prevaleciendo la oralidad del proceso con el objetivo de que haya mayor celeridad y eficacia. En el caso del nuevo Código del Niño y Adolescente, este no ha podido ser modificado debido a las trabas por parte de algunos grupos conservadores.

Seguidamente, retomamos nuestro análisis de los artículos más relevantes del Convenio relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Artículo 3

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Artículo 4

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor 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 ambos casos, estos artículos indican los requisitos que debe cumplir un traslado para ser considerado como ilícito. Respecto al Convenio relativos a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Pérez-Vera (1982) dice:

Al señalar los requisitos que debe cumplir una situación para que su alteración unilateral pueda ser calificada de ilícita, este artículo pone indirectamente de manifiesto las relaciones que el Convenio pretende proteger; dichas relaciones están basadas en un doble elemento: *primo*, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor; *secundo*, el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado. (p. 17)

Como se puede observar, las leyes de la residencia habitual del menor son un elemento fundamental para la Convención Interamericana y el Convenio de La Haya. Al momento de analizar una solicitud, solo serán consideradas las normas del Estado de residencia habitual, exista o no un conflicto sobre la legalidad del traslado del niño entre el derecho interno de estados parte.

Por otro lado, se señala que también se debe aplicar el *derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención*. Se señala “residencia habitual” y no domicilio, esto como un concepto de puro hecho que difiere en cuanto a la noción de cada uno de ellos.

Las normas aplicables son aquellas del Estado de residencia habitual. Las normas convencionales descansan en gran medida en la idea subyacente de que existe una especie de competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio relativo a su custodia.

Artículo 4

El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

“Artículo 2

Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.”

Del análisis de ambos artículos, se observa que la principal diferencia entre ambos tratados es que la Convención Interamericana, al omitir la última oración del artículo 4° del Convenio de La Haya (“El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años”) en los casos donde el traslado del niño se haya producido, siendo este menor de dieciséis años, pero que los haya cumplido durante la realización de los actos procesales o cuando la solicitud de la restitución del niño se haya presentado con posterioridad a los dieciséis años, deja a criterio de cada Estado requerido continuar o no con los tramites aunque el menor de edad haya cumplido los dieciséis años. Como resalta García M. (1990), “esta es una norma material sobre la calificación del menor de edad, sin embargo, dicha calificación no prejuzga, no modifica el límite de mayoría de edad que cada país pueda adaptar al respecto”. (p. 259)

El artículo 4° del Convenio de La Haya, al igual que el artículo 2° de la Convención Interamericana, delimitan el ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio respecto de los menores protegidos. En ese sentido, limitan la aplicación del Convenio de dos maneras.

En el primer caso, limita su aplicación a los dieciséis años de edad. El motivo es que una persona mayor de dieciséis años de edad ya cuenta con una voluntad propia, que resulta difícil de ignorar por los progenitores o por la misma autoridad judicial o administrativa.

En el segundo caso, el menor que cumple dieciséis años tiene el derecho a fijar su lugar de residencia. Al respecto, Pérez-Vera (1982) dice:

Dado que este derecho forma parte por lo general del derecho de custodia, se presentó una propuesta en el sentido de no aplicar el Convenio en tales. No obstante, la propuesta fue rechazada utilizando distintos argumentos, entre los que cabe citar: 1) la dificultad de elegir el sistema jurídico que debería consagrar la existencia de tal posibilidad, puesto que existen al menos tres posibilidades que son, respectivamente, la ley nacional, la ley de la residencia habitual antes del traslado y la ley del Estado de refugio; 2) la excesiva limitación que esta propuesta supondría para el ámbito de aplicación del Convenio, especialmente en relación con el derecho de visita; 3) el hecho de que la facultad de decidir el lugar de residencia de un menor sólo es un elemento posible del derecho de custodia que no agota su contenido. (p. 23)

Artículo 5

A los efectos del presente Convenio:

- a) El "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;
- b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Artículo 3

Para los efectos de esta Convención:

- a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;
- b) El "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

De acuerdo con estos artículos, ambos tratados consideran imprescindible la definición de los términos de custodia y derecho de visita. La finalidad de esto es no dejar ninguna duda al momento de determinar si el traslado del menor ha sido bajo el derecho de custodia o sobrepasando los límites establecidos por el derecho de visita.

El derecho de custodia o guarda es definido como el conjunto de derechos relativo al cuidado del menor, incluyendo el de decidir su lugar de residencia. Se señala que el derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente del de su residencia habitual.

Artículo 6

Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

Los Estados federales, los Estados en que esté vigente más de un sistema jurídico o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la Autoridad Central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la Autoridad Central de dicho Estado.

Artículo 7

Para los efectos de esta Convención cada Estado Parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. (...)

En el Convenio de La Haya se menciona la facultad que tienen los estados para nombrar a más de una autoridad central. La idea es que el criterio determinante debía ser la existencia de varias organizaciones territoriales en materia de protección de menores. En consecuencia, a los estados federales y plurilegislativos se han añadido los estados *con organizaciones territoriales autónomas*, expresión que debe ser interpretada en un sentido amplio.

Al igual que el Convenio de La Haya, la Convención Interamericana busca fomentar la interacción eficaz entre estados, por lo que insta a los estados parte a crear una autoridad central que será la responsable de cumplimiento del Convenio. Sin embargo, en el caso de la Convención Interamericana, debido a que solo está conformada por estados no federados, no incorpora la posibilidad de crear múltiples autoridades centrales para cumplir este rol dentro de un mismo Estado.

En el Perú, la autoridad central es la Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes, designada mediante Resolución Ministerial N° 206-2002-PROMUDEH, siguiendo lo dispuesto en el artículo 35°, inciso b) del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano aprobado por Decreto Supremo N° 012-98-PROMUDEH.

La Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes tiene entre otras funciones la de dirigir, coordinar y supervisar la política nacional en materia de niñez y adolescencia en concordancia con la normatividad vigente y los compromisos internacionales contraídos por el país. Por lo que resultó necesario designar a esta gerencia como el órgano que en representación del Promudeh realizará las funciones de Autoridad Central.

El 11 de julio del 2002 mediante Ley Orgánica N° 27779, se modifica la organización del Consejo de Ministros del Perú al transformarse en el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. Y posteriormente en el año 2012, se convirtió en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

Entre sus principales funciones se encuentran localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, y adoptar o harán que se adopten medidas provisionales; y garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable. (Gonzales, 2016, p. 1).

Artículo 7

Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;

Artículo 7

(...) En especial, la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención.

Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención.

e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;

f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;

g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;

h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;

i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

En el contenido de ambos artículos se señala la obligatoriedad de la cooperación internacional entre los estados y las autoridades centrales, así como la enumeración de las principales funciones que estos deben cumplir.

Debido a que existe una gran diferencia entre los sistemas jurídicos de los estados partes del Convenio de La Haya, se ha visto conveniente dejar en manos del Estado la determinación de las medidas necesarias para su cumplimiento. Cuando se hace mención a las principales funciones, estas pueden ser realizadas de forma directa o bien mediante delegación a un intermediario en función al derecho interno del Estado.

Entre las funciones señaladas encontramos que en el literal b) del Convenio, la autoridad central debe tomar las medidas provisionales para evitar que el menor sufra mayores daños o que las partes interesadas con un nuevo desplazamiento del menor de edad resulten perjudicadas. Del mismo modo, en su literal c) se establece como deber de las autoridades centrales tratar de encontrar una solución extrajudicial al problema, haciendo posible una solución fuera del proceso judicial sin la necesidad de recurrir a los tribunales. Sin embargo, la autoridad central se encuentra en la capacidad de decidir en qué momento considera que han fracasado los intentos de encontrar una solución amigable.

En el literal d) se mencionan los intercambios de información relativa a la situación social del niño. Al respecto, Pérez-Vera (1982) dice:

Esta obligación se encuentra supeditada al criterio de las Autoridades centrales implicadas en cada caso. En efecto, la introducción de la expresión si se estimase conveniente prueba que no se ha querido imponer una obligación rígida en la materia: la posibilidad de que no haya informaciones que facilitar, así como el temor de que puedan ser utilizados en el contexto de tácticas dilatorias de las partes, son algunos de los argumentos que aconsejaron tal actitud. (p. 27)

En el literal e) aparece la obligación de las autoridades centrales para *facilitar información sobre el contenido del derecho de su Estado para la aplicación del Convenio*. Se refiere específicamente a dos aspectos. En primer lugar, en caso de que el traslado haya tenido lugar antes de que se haya dictado una resolución relativa a la custodia del menor de edad, la autoridad central del Estado de la residencia habitual podrá expedir una certificación sobre el contenido del derecho de dicho Estado, con vistas a la aplicación del Convenio. En segundo lugar, la autoridad central deberá informar a los particulares sobre el funcionamiento del Convenio y de las autoridades centrales, así como también sobre los posibles procedimientos a seguir, sin que esto implique la posibilidad de obligar a las autoridades centrales a asesorar jurídicamente en casos concretos.

El literal f) señala que la autoridad central deberá iniciar un proceso judicial o administrativo con la finalidad de garantizar la restitución del menor de edad o los

procedimientos que resulten necesarios para la organización del ejercicio del derecho de visita. Por su parte, el literal h) recoge dentro de las obligaciones de las autoridades centrales la ejecución de medidas administrativas necesarias y pertinentes en cada caso para garantizar el retorno sin peligro del menor.

Por último, el literal i) invoca a las autoridades centrales a mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminarlos obstáculos que puedan oponerse a dicha práctica. Al respecto, Pérez-Vera (1982) dice:

Esta obligación va a actuar en dos niveles: por una parte, en el plano de las relaciones bilaterales entre Estados partes en el Convenio; por otra parte, a nivel multilateral, tomando parte llegado el caso en las comisiones reunidas al efecto por la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya” (p. 28).

Este compromiso no afecta a los particulares, solo a las autoridades centrales.

Por lo que respecta a la Convención Interamericana, si bien no existe una diferencia marcada entre los sistemas jurídicos de los estados parte, al igual que el Convenio de La Haya ha dejado a en manos de los estados parte la elección de las medidas necesarias para el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención.

En el caso del Estado peruano, el nuevo Código de los Niños y Adolescentes (2000), en su artículo 176°, señala: “Las medidas cautelares y medidas temporales favor del niño y del adolescente, estas se rigen por lo dispuesto en el presente código y en el Título Cuarto de la Sección Quinta del Libro Primero del Código Procesal Civil”.

Del mismo modo, el artículo 177° del aludido código precisa: “En resolución debidamente fundamentada, el Juez puede dictar las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente. Asimismo está facultado en estos casos incluso para disponer el allanamiento del domicilio”.

Artículo 8

Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

- a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
- c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

- e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes;

Artículo 5

Podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el Artículo 4.

Artículo 8

Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, de la siguiente forma:

- a. A través de exhorto o carta rogatoria;
- b. Mediante solicitud a la autoridad central,
- c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

Artículo 9

1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener:

- a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;

f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al Derecho vigente en esta materia de dicho Estado.

g) cualquier otro documento pertinente.

b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y

c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;

b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;

c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y

e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

3. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

En el primer párrafo del artículo 8° del Convenio de La Haya y en el artículo 5° de la Convención Interamericana se señala explícitamente quienes tienen el derecho de iniciar el procedimiento de restitución del menor de edad, artículos en los que también se hace referencia a personas e instituciones. Se mencionan taxativamente a los padres, tutores, guardadores o cualquier institución que ejerza el derecho de custodia, de forma individual o conjunta, inmediatamente antes de ocurrir el traslado ilícito. Se debe entender este listado como *númerus clausus*.

Si bien en el Convenio de La Haya existe un formulario modelo, este es solo una recomendación, razón por la cual fue necesario incluir los elementos mínimos que debe contener una solicitud presentada ante la autoridad central. Principalmente son requisitos que permiten la identificación del menor, dentro de los que se encuentran: la identificación del menor, de las partes afectadas, la posible localización del menor y los motivos en que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor.

Esta es una exigencia lógica que permitirá la aplicación del artículo 27° del Convenio que confiere a las autoridades centrales la facultad de desestimar las solicitudes claramente infundadas. Los motivos alegados deben, en principio, referirse a los elementos jurídicos y de hecho (recogidos en el artículo 3°).

Por lo demás, dado que el elemento jurídico puede basarse en el contenido del derecho de la residencia habitual del menor, en una resolución o en un acuerdo, se hubiera podido pensar en exigir un apoyo documental en esta fase inicial. No obstante, el Convenio ha elegido una vía distinta y coloca tal prueba entre los documentos que, de forma facultativa, pueden adjuntarse a la demanda o completarla. La razón es que la obtención de los documentos en cuestión será a veces difícil; además, puede exigir de un tiempo valioso para la localización rápida del menor. Por lo demás, cada vez que la Autoridad central logra obtener la entrega voluntaria del menor o una solución amistosa del caso, tales documentos pueden resultar accesorios. (Pérez-Vera, 1982, p. 29).

A diferencia de este proceso único para solicitar la restitución de un menor de edad, la Convención Interamericana señala tres procedimientos posibles para solicitar la restitución.

La primera vía es a través de exhorto o carta rogatoria, que conforme a lo dispuesto por el artículo 1° de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, se definen como sinónimos en el texto español. Las expresiones *commissions rogatoires*, *letters rogatory* y *cartas rogatorias* empleadas en los textos franceses, ingleses y portugueses, respectivamente, comprenden tanto los exhortos como las cartas rogatorias.

La segunda vía señala como inicio del procedimiento la presentación de la solicitud a la autoridad central, siendo en el caso peruano ante el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

La tercera vía señala, en base al país de residencia habitual del menor, que queda a discreción del interesado tramitarlo directamente en la embajada o consulado pertinente.

La Convención Interamericana considera necesario incorporar en un artículo posterior los elementos que debe incluir la solicitud mediante cualquiera de los tres métodos. Cabe señalar que estos elementos concuerdan plenamente con los señalados en el artículo 8° del Convenio de La Haya.

La solicitud debe incluir: la información relacionada al traslado o retención ilícita del menor de edad (como antecedentes y hechos que conllevaron al traslado de este); la información suficiente sobre la identidad del solicitante, del niño y de ser posible sobre la persona a la que se le imputa el traslado; la posible ubicación del niño; la fecha cuando se realizó el traslado o del vencimiento del plazo autorizado por el solicitante; y los fundamentos de derecho que apoyarían la solicitud de la restitución del niño.

Por otro lado, la demanda deberá ser acompañada por una copia completa y autentica de la resolución judicial, administrativa o acuerdo, de la comprobación de la *situación de hecho* del traslado del menor de edad. También debe incluir la documentación que acredite el derecho procesal de actor de la demanda. Esta última deberá incluir un certificado sobre el derecho vigente en esta materia emitido por la autoridad central del Estado de residencia habitual del niño. Sin embargo, deja a discreción de las autoridades competentes la posibilidad de prescindir de alguno de los requisitos.

Artículo 9

Si la Autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 y tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante.

El Convenio de La Haya señala que el demandante tiene la facultad de presentar su solicitud ante la autoridad central que le parezca conveniente. Sin embargo, la autoridad central que reciba esta demanda se encuentra en la obligación de tener conocimiento que el

menor de edad se encuentra en otro Estado y transmitir la solicitud a la autoridad central de este.

Tendrá la misma obligación en caso de que la autoridad central entre en conocimiento de una solicitud a través de otra autoridad central, y llegue a la conclusión que el menor de edad se encuentra en un país distinto. Se trata de una función que viene a completar el cuadro esbozado en el artículo 7º, dado que tiene relación directa con la obligación de cooperar entre autoridades centrales que establece el primer párrafo de dicho artículo.

En el caso de la Convención Interamericana, esta no tiene un artículo similar, ya que como se verá posteriormente, no es posible que se presente el caso debido a su artículo 6º, que señala que la solicitud de restitución se debe presentar en el Estado donde el menor ha tenido residencia habitual previa a la sustracción.

Artículo 10

La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

Artículo 10

El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor.

Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Artículo 9 y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor,

adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución.

En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del menor.

Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

Ambos tratados hacen mención e hincapié en lo señalado en el literal c) del artículo 7° del Convenio: “las autoridades centrales deben tomar las medidas apropiadas para garantizar la restitución voluntaria del menor”. Se resalta el trato preferente que debe tener esta vía voluntaria de restituir al menor a la presentación del pedido en vía judicial o administrativa. Sin embargo, no se trata de una obligación de la autoridad central. Como resalta Pérez-Vera (1982):

“Por una parte, los esfuerzos para la entrega voluntaria del menor pueden proseguir tras la presentación de la demanda ante las autoridades judiciales o administrativas, si dichos esfuerzos se iniciaron antes; por otra parte, en la medida en que la iniciativa con vistas al retorno del menor no se transfiere a esas otras autoridades, es la Autoridad central la que debe decidir si las tentativas para alcanzar dicho objetivo han fracasado.” (p. 46).

En el caso de la Convención Interamericana, esta señala en su artículo 10° que de haberse comprobado la veracidad de la información presentada, en cumplimiento del

artículo 9° de la Convención y de no obtenerse la devolución voluntaria del menor de edad, las autoridades judiciales o administrativas tomarán las medidas necesarias para asegurar la custodia provisional en las condiciones necesarias para su pronta restitución. Del mismo modo, su artículo 10° como prioridad de la autoridad judicial o administrativa la adopción de las medidas necesarias para impedir la salida del menor de edad del territorio de su jurisdicción. Al respecto, García M. (1990) dice:

Motivo de especial preocupación por parte de algunas delegaciones fue la necesidad de asegurar la notificación debida y oportuna frente a los casos que contempla el segundo párrafo del artículo, es decir cuando ante el fracaso de la restitución voluntaria el juez adopta las medidas necesarias para disponer el retorno del menor. Primó, sin embargo, la tesis que la persona que retiene ilegalmente al menor, debe presumirse notificada desde el momento en que el juez toma contacto personal con el menor, hecho este cuyas características de notoriedad hace innecesaria toda otra forma de comunicación. El párrafo segundo del artículo resulto aprobado por mayoría; el mismo incluye una modificación expresada en la frase y *si fuere procedente* que asegura el análisis exhaustivo de la situación, por parte del juez competente, antes de disponer la restitución del menor. (p. 265)

Artículo 11

Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la

Artículo 13

Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

Los gastos del traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de

Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante.

los recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

Mediante estos artículos se pretende dar la máxima prioridad a la búsqueda de solución para el pedido de restitución del menor de edad. En ese sentido, se impone a los estados contratantes, así como a las autoridades donde se encuentra el menor de edad y el Estado donde él resida la obligación de utilizar procedimientos de urgencia. Esto tiene una doble intención: por un lado, utilizar los procedimientos más rápidos que existan en el propio sistema jurídico; por otro, la de dar un tratamiento prioritario a las demandas de este tipo.

Como se ha señalado en el análisis del artículo 2° del Convenio, el nuevo Código de los Niños y Adolescentes de nuestro país ha establecido como procedimiento a seguir el proceso único, el cual se encuentra regulado por el artículo 161°, que dispone que el juez especializado para resolver tomará en cuenta las disposiciones del *proceso único* establecido en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del aludido código y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil. Sin embargo, los plazos establecidos por ley no son cumplidos por los motivos previamente señalados.

Cabe mencionar que existe el Proyecto de Ley N° 495/2011-CR, de fecha 9 de noviembre del 2011, que ha transitado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, así como por la Comisión de la Mujer y Familia, conforme lo establece el Reglamento del Congreso de la Republica. Este proyecto busca la reforma del nuevo Código de los Niños y

Adolescentes, cuyo anteproyecto final fue presentado en junio del 2011 por el congresista Juan Carlos Eguren Neuenschwander, presidente de la Comisión Especial. El proyecto del nuevo código está conformado por un título preliminar integrado por diez artículos, cuatro libros que comprenden trescientos diez artículos y dos disposiciones finales.

Si bien desde el 20 de noviembre de 2014 dicho proyecto se encuentra pendiente de discusión por el Pleno del Congreso de la República del Perú para su aprobación, hasta la fecha no ha sido posible, ya que no existe un consenso entre las bancadas parlamentarias para su aprobación, tal como lo señaló el congresista José Urquiza Maggia durante la Mesa de Trabajo *Avances y Proyecciones en la Defensa de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes* que se desarrolló el jueves 21 de enero del 2016.

De conformidad con este proyecto de ley, en el título II de la sección III se sustituye el proceso único actual por el proceso *contencioso* señalado en el artículo 200° y el *no contencioso* en el artículo 201°.

En el proceso contencioso, el juez especializado tiene conocimiento de los procesos de suspensión, pérdida, extinción o restitución de la patria potestad, régimen de tenencia, régimen de visitas, guarda, adopción, acción de contravención, protección de los intereses difusos que atañen al niño o adolescente.

En el proceso no contencioso, regulado por el Código Procesal Civil, el juez especializado resuelve los casos de tutela, consejo de familia, licencia para enajenar u obligar sus bienes, autorizaciones y aquellas señaladas por ley. La solicitud de restitución del menor podrá ser tramitada por este medio, con lo que se logra reducir considerablemente el plazo para obtener una resolución favorable.

Por otro lado, se agrega el Capítulo VIII, que desde el artículo 141° hasta el 150° señala lo relacionado exclusivamente a la sustracción internacional del niño y adolescente. Siendo este incorporado por primera vez en el Nuevo Código del Niño y Adolescente.

En el segundo párrafo del aludido capítulo se da un plazo máximo, no vinculante, de seis semanas, con lo que se busca que las autoridades le den la máxima prioridad a este

problema. Luego de transcurrido el plazo señalado, el demandante o la autoridad central del Estado pueden solicitar una declaración sobre los motivos del retraso. Finalmente, de existir *autos*, el juez los remitirá al fiscal para que dentro del plazo de cuarenta y ocho horas emita su dictamen. Devueltos los *autos*, el juez, en igual término, expedirá sentencia pronunciándose sobre todos los puntos controvertidos.

La importancia de esta disposición no se puede medir por la exigibilidad de las obligaciones que consagra sino por el hecho mismo de que llama la atención de las autoridades competentes sobre el carácter decisivo del factor tiempo en las situaciones consideradas y porque fija el plazo máximo que debería tardarse en adoptar una resolución al respecto. (Pérez-Vera, 1982, p. 47).

La Convención Interamericana agrega un plazo máximo de cuarenta y cinco días calendario para efectuar la restitución del niño desde que fuere recibida la resolución que dispone la entrega del menor de edad por la autoridad central de donde este se encuentre. Si se llega a exceder este plazo, se queda sin efecto la orden de restitución.

Se establece dos posibilidades para cubrir el costo del traslado del menor. En principio, estos gastos serán cubiertos en su totalidad por parte del solicitante, quien de no contar con los recursos económicos para efectuar el traslado, el Estado requirente se encargará de cubrir dichos gastos.

Artículo 12

Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos,

Artículo 6

Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención.

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la

la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo.

Artículo 14

Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias

del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

La Convención Interamericana, siguiendo el lineamiento inicial establecido en su artículo 4° en relación a la ley aplicable, señala en el presente artículo a las autoridades administrativas o judiciales del Estado donde el menor tuvo la residencia habitual, anterior al traslado ilícito, como las competentes para recibir una solicitud de restitución.

Esto difiere de lo señalado por el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ya que esta indica que el juez competente es el del país donde fue trasladado o es retenido ilícitamente. De proceder la restitución del menor de edad, la autoridad central del Estado de residencia habitual comunicará al Estado donde se encuentra el niño, para que sea ejecutada la sentencia. Al tratarse de la ejecución de una sentencia en base a un Convenio, este no necesita del proceso *exequatur*: el procedimiento jurídico internacional por el cual un Estado solicita a otro Estado el reconocimiento, la ejecución u homologación de una sentencia que se dictó en el Estado requirente a efectos de asegurar la eficacia extraterritorial de la misma. Esto está de conformidad con el contenido de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 26°)

Sin embargo, el actor se encuentra en la potestad de presentar su solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas donde se encuentre retenido el niño como consecuencia del desplazamiento ilícito. El juez que resuelve la solicitud de restitución internacional es el de la residencia habitual, ya que es el único competente para resolver en definitiva la solicitud de restitución. Por ejemplo, en el caso de un niño trasladado de forma ilícita desde La Paz, Bolivia –que solamente ha suscrito y posteriormente ratificado la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores– donde reside, a Lima, Perú, el demandante iniciaría el proceso ante el juez de la ciudad de Bolivia.

Se puede apreciar, a primera vista, que existe una contradicción entre ambos tratados en el momento de señalar la autoridad competente para determinar la restitución o no de un menor de edad. Esto es potencialmente un problema para los estados que están suscritos a ambos tratados internacionales. Sin embargo, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores evita cualquier tipo de conflicto y contradicciones entre ambos tratados internacionales:

Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención.

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980. (Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, 1989, art. 34°)

La importancia de estos artículos para ambos tratados reside en que señalan aquellos casos en los que las autoridades judiciales o administrativas del Estado donde se localiza el menor se encuentran en la obligación de ordenar el retorno inmediato de este.

Conforme al artículo 12° del Convenio de La Haya, al presentar la solicitud esta cae dentro de dos posibles situaciones: la primera, en la que se ha recurrido a las autoridades pertinentes dentro del año siguiente del traslado o no retorno ilícito de un menor de edad; y la segunda, en la que la solicitud fue presentada con posteridad a este plazo, pero con un problema: el retorno del menor debe decidirse en base a su propio interés, analizando si es que se encuentra integrado a su nuevo ambiente.

La concreción de la fecha decisiva en caso de retención debe ser entendida cuando el menor de edad tuvo que ser devuelto al titular de derecho de custodia, o en la que este negó su consentimiento a una extensión de la estancia del menor de edad en un lugar distinto del de su residencia habitual.

La extensión del plazo fue establecido en un año debido a las dificultades que se puedan presentar para encontrar la ubicación del menor. Finalmente, en el momento de expiración del plazo, el artículo 12° señala como *terminus ad quem* la presentación de la demanda, donde es posible que las acciones de las autoridades generen un retraso y también un perjuicio a las partes que buscan ampararse en el Convenio.

En el segundo párrafo del artículo 12° se hace mención a la posibilidad de restitución del menor de edad luego de un año, siempre y cuando se pruebe que no se ha generado un nuevo arraigo de este a su nuevo ambiente. Se debe entender que la tarea de demostrar la integración corresponde al *secuestrador*, sin perjuicio de la apreciación de las autoridades internas. El término “secuestrador” no es el usado en los delitos del derecho penal: debe ser entendido como sinónimo de sustracción, traslado o retención Internacional o *legal kidnapping*, porque permite a veces una redacción más fácil. En cualquier caso, habrá que entenderlos en todos los matices con que su aplicación enmarca el problema específico al que se refiere el Convenio de Sustracción de Menores de Edad

De ambas situaciones se desprende la necesidad de determinar el lugar donde se debe entregar el menor. El Convenio no hace mención alguna al respecto debido a que se deduce que el menor debe ser restituido al lugar de residencia habitual, entiéndase fundamentalmente a su familia. Sin embargo, si el demandante ya no vive en el Estado de la residencia habitual anterior al traslado, el retorno del menor a dicho Estado plantearía problemas prácticos difíciles de resolver. El Convenio permite al Estado donde se encuentra el menor decidir si devuelve el menor al demandante, independientemente del lugar de residencia.

La Convención Interamericana establece un plazo máximo de un año calendario para solicitar la restitución del menor, luego del cual prescribe el derecho del interesado. Sin embargo, establece como requisito para el inicio del cómputo del plazo que el paradero del menor sea conocido. Si esto no sucede, el plazo se computará desde el momento en que fuera preciso su paradero y efectivamente localizado.

Existe una excepción para la prescripción, según el cual, aún vencido el término de un año la autoridad requerida podrá disponer el retorno del menor si las circunstancias así lo justifican, a menos que ya exista un profundo arraigo del menor a su nuevo entorno, pues suscitaría un nuevo daño psicológico al niño.

Artículo 13

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera 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; o

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

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución,

Artículo 11

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o

b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

Artículo 12

La oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quién lo retiene.

Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de

Dentro de los sesenta días calendario siguiente a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.

Estos artículos no determinan forzosamente el no retorno del menor de edad. Por el contrario, la naturaleza misma de estas excepciones brinda a la autoridad la posibilidad de denegar dicho retorno en ciertas circunstancias. En las dos excepciones, la *carga de la prueba* corresponde a la persona que se opone al retorno del menor.

En el literal a) del artículo 13° del Convenio, se señala el caso de la persona que teniendo el derecho de custodia sobre el menor de edad, no lo ejercía efectivamente en el

momento del traslado. Si bien el Convenio no hace una definición de “*ejercicio efectivo*” de la custodia. Pérez-Vera (1982) dice al respecto:

“Si se compara el texto con el de la definición del derecho de custodia recogida en el artículo quinto, se puede llegar a la conclusión de que existe custodia efectiva cuando su titular se encarga del cuidado de la persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles en cada caso concreto (enfermedad, estancia de estudios, etc.). En consecuencia, la determinación del carácter efectivo o no de la custodia de un menor debe decidirse por el juez en cada supuesto.” (p. 51).

Las excepciones previstas en el literal b) del aludido artículo se refieren a situaciones en las que la sustracción internacional del niño ha tenido lugar, pero su retorno sería contrario a su interés. También indica que la autoridad judicial o administrativa podrá, asimismo, negarse a ordenar la restitución del menor de edad si comprueba que este se opone a la restitución cuando el niño haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Según Gonzáles (comunicación personal, 21 de julio, 2016), “el juez se encuentra en la obligación de negar su restitución, conforme lo establece el artículo 13 del Convenio de la Haya”. (p. 2)

A diferencia de la Convención de La Haya, la Convención Interamericana establece los plazos procesales para la mayoría de situaciones. En ese sentido, el artículo 12° señala como plazo ocho días hábiles para que el interesado proceda a presentar su oposición a la restitución del niño. Por otro lado, establece como requisito fundamental para analizar la oposición a la restitución del niño el que las autoridades judiciales o administrativas tengan conocimiento del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor. El plazo máximo para emitir la resolución correspondiente por parte de la autoridad judicial o administrativa es de sesenta días calendarios siguientes a la recepción de la oposición.

Artículo 14

Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

Este artículo es una disposición facultativa que regula la prueba del derecho de la residencia habitual del niño: las autoridades competentes podrán tener en cuenta directamente la legislación para las decisiones judiciales o administrativas del Estado donde se encuentra retenido el menor, estén estas reconocidas oficialmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor. En ese sentido, al no estar condicionado por la obtención de un *exequatur* o de cualquier otra modalidad de reconocimiento de las resoluciones extranjeras, da como resultado la obtención de decisiones rápidas que estén basadas en el mecanismo convencional.

La Convención Interamericana no contiene ningún artículo parecido, ya que la autoridad competente es la autoridad del país de residencia habitual, por lo cual no es necesario mencionar la legislación de ese país.

Artículo 15

Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.

Este artículo del Convenio de La Haya se refiere a las dificultades que las autoridades competentes del Estado requerido pueden tener para resolver la demanda de retorno de un menor de edad sin estar seguras de cuál sería la aplicación al caso concreto del derecho de su residencia habitual. En ese sentido, las autoridades pueden solicitar la presentación, por parte del demandante, de una decisión o un certificado emitido por las autoridades del Estado de residencia habitual del menor.

En lo concerniente al carácter no vinculante de la solicitud, el retorno del menor de edad no puede condicionarse a que se cumpla la entrega del certificado que acredite dicha retención. Sin embargo, las autoridades centrales tienen la obligación de ayudar al demandante a obtener dicho certificado.

El contenido de dicho certificado debe ser referirse al carácter ilícito del traslado o no retorno del menor de edad. Es decir, sobre los dos elementos previstos en el artículo 3º, y comprobar, por lo tanto, que el traslado ha interrumpido una custodia efectiva y legítima *prima facie*, que quiere decir "a primera vista" o "en principio", con lo que se da a entender la apariencia de un derecho o de una situación sin que con ello se prejuzgue el asunto, según el derecho del Estado donde se encuentra la residencia habitual del niño.

Artículo 16

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya

Artículo 16

Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del Artículo 4, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin

transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio. que

haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

El artículo 16° presente tanto en el Convenio de La Haya como en la Convención Interamericana busca facilitar el cumplimiento de los tratados: prohíbe explícitamente a las autoridades competentes del Estado de refugio emitir una resolución que resuelva sobre el fondo del derecho de custodia si son informadas que el menor de edad afectado ha sido trasladado o retenido de forma ilícita. Al respecto, Pérez-Vera (1982) dice que “esta prohibición desaparecerá cuando quede probado que no procede devolver al menor, de conformidad con el Convenio, o cuando haya transcurrido un período razonable sin que se haya presentado ninguna demanda en aplicación del Convenio”. (p. 53)

El fondo del derecho de custodia o guardia no es otro que el fondo que concierne a los elementos que representan el contenido, la materia y la sustancia del derecho o de la situación jurídica del derecho de custodia o guardia.

Artículo 17

El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

Este artículo tiene como objetivo desanimar la posible sustracción del niño al establecer que no se podrá proteger dicha traslado ilícito mediante una resolución *sin efecto* anterior al traslado, pero nunca ejecutada, ni mediante una resolución obtenida posteriormente.

Por consiguiente, la autoridad competente del Estado requerido deberá considerar la demanda de retorno como prueba de que se ha producido un elemento nuevo

que le obliga a cuestionar una resolución no efectiva, o adoptada sobre la base de criterios abusivos de competencia o, aún, que no respeta los derechos de defensa de todas las partes afectadas. (Pérez-Vera, 1982, p. 33)

En la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores no existe un artículo similar.

Artículo 18

Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

Artículo 17

Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

Ambos artículos señalan que las competencias de las autoridades judiciales o administrativas de los estados no se encuentran limitadas por el Capítulo III del Convenio de La Haya (desde el artículo 8° hasta el 20°) o la Convención Interamericana (desde el artículo 8° hasta el 17°) para ordenar el retorno del menor de edad en cualquier momento. Las autoridades judiciales o administrativas podrán realizar todas las acciones legales que parezcan convenientes y necesarias para la restitución del menor de edad, aunque estas se encuentren fuera del marco del Convenio de La Haya.

Artículo 19

Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

Artículo 15

La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

Estos artículos se limitan a precisar el alcance del retorno del menor de edad que los tratados intentan garantizar. Para que la restitución sea inmediata, esta no debe prejuzgar el fondo del derecho de custodia, ya que pretende precisamente evitar que una

resolución posterior sobre ese derecho pueda ser influenciada por un cambio en las circunstancias introducido de forma unilateral por una de las partes.

Juzgar las cosas antes de tiempo o no encontrarse debidamente informado para resolver una cuestión de la cual depende la prosecución de una causa o el ejercicio de otra acción debe entenderse como *prejuzgamiento*.

De darse el caso de que el menor sea efectivamente restituido, esta decisión no afectará posteriormente a aquella que se realice en lo relacionado a la tenencia o custodia. El derecho de custodia o guardia deberá ser en un proceso distinto, posterior a la restitución del niño.

Artículo 19

La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

Este artículo busca evitar que el menor de edad sea trasladado u ocultado nuevamente con la finalidad de evitar su restitución y burlar a las autoridades judiciales o administrativas del Estado donde se encuentre. Esto tiene una doble finalidad: la pronta aplicación de la Convención Interamericana de Restitución Internacional del menor y asegurar la salud del niño evitando el maltrato psicológico y/o físico a causa del nuevo traslado.

De contarse con la localización del menor de edad, esta se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

Artículo 20

Si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del Artículo 19 podrán quedar sin efecto.

El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención.

Este artículo de la Convención establece categóricamente un plazo de sesenta (60) días para que sea solicitada la restitución. De lo contrario, quedarán sin efecto las medidas tomadas para asegurar la salud y evitar el ocultamiento o traslado del menor de edad a otra jurisdicción.

Dejar sin efecto las medidas tomadas no es una señal ni impedimento para ejercer el derecho de solicitar la restitución del menor. Se puede ver como el artículo busca evitar el gasto económico innecesario para el Estado donde ha sido trasladado el menor de edad.

Artículo 20

La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Artículo 25

La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

Los artículos aludidos reconocen la posibilidad de no devolver a un menor cuando dicha restitución no sea permitida por los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Ambos buscan destacar el carácter claramente excepcional que siempre debe tener su aplicación.

En relación con contenido del artículo 20° del Convenio de La Haya, Pérez-Vera (1982) dice que se puede hacer dos precisiones:

en primer lugar, aunque su tenor literal recuerda mucho la terminología de los textos internacionales en materia de protección de los derechos humanos, la norma no se refiere a los desarrollos alcanzados en el plano internacional; muy al contrario, sólo se refiere a los principios admitidos en el derecho del Estado requerido, ya sea por vía del derecho internacional general o convencional, ya sea por vía legislativa interna. En consecuencia, para poder denegar un retorno sobre la base de este artículo, será preciso que los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan; no basta con que el retorno sea incompatible, o incluso claramente incompatible, con dichos principios. En segundo lugar, la invocación de tales principios no deberá en ningún caso ser más frecuente ni más fácilmente admitida de lo que lo sería para resolver situaciones puramente internas. (p. 34).

Como señala Gonzales (comunicación personal, 21 de junio, 2016):

“El juez, al momento de analizar la demanda de restitución del menor, toma en cuenta toda la información debida, de ser necesario, la Autoridad Central, entrega un informe sobre el abuso que uno de los padres cometió contra el otro padre o contra el niño, mediante la fiscalía”. (p.2).

En el Caso de la Convención Interamericana, la decisión de la restitución del menor de edad corresponde exclusivamente a las autoridades judiciales o administrativas del Estado de residencia habitual, conforme al artículo 6° de esta Convención. Como única excepción para la denegatoria de la restitución del niño por parte de las autoridades del Estado donde él se encuentra actualmente, la Convención establece que dicha excepción se

dará cuando la devolución del niño al Estado originario contravenga los principios fundamentales del Estado requerido, principios que han sido establecidos en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y de los menores de edad.

Artículo 24

Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés.

No obstante, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda solicitud, comunicación u otros documentos que se envíen a su Autoridad Central.

En virtud a la solución contenida en el anteproyecto del Convenio, los idiomas utilizados en las relaciones entre autoridades centrales dictan que los documentos se remitirán en el idioma original, acompañados de una traducción a alguno de los idiomas oficiales del Estado requerido. Cuando dicha traducción resulte difícilmente realizable, se acompañará con una versión en francés o inglés.

Este artículo del Convenio de La Haya debe ser considerado solo como un artículo base, es decir, se le debe tener en cuenta solo en caso de no existir otro convenio bilateral que establezca un proceso más simplificado en lo relacionado a la traducción de documentos. En consecuencia, las demandas y los demás documentos remitidos a las autoridades judiciales o administrativas internas deberán cumplir las normas impuestas por la ley de cada Estado en materia de traducción.

Artículo 25

Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

El artículo 25° del Convenio de La Haya amplía el ámbito de asistencia jurídica en una doble perspectiva: 1) mediante la inclusión de los eventuales beneficiarios (tanto nacionales como residentes de los Estados partes); y 2) mediante la ampliación de la asistencia prevista al asesoramiento jurídico, un derecho que no siempre está protegido por los distintos sistemas estatales de asistencia judicial.

En el caso de la Convención Interamericana, si bien es un tratado entre países con el mismo idioma, incluye un acápite en el artículo 9° que sigue la misma línea que el Convenio de La Haya.

Artículo 26

Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad

Artículo 9

1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener:

(...)

d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo,

(...)

“Artículo 23

La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o

alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir gasto alguno de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya

caución, cualquiera que sea su denominación.

Si los interesados en la tramitación del exhorto o solicitud hubieren designado apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgue, estarán a su cargo.

Sin embargo, al ordenar la restitución de un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución.

incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor, así como todos las costas y pagos realizados para localizar al menor.

De la lectura de estos dos artículos, se concluye que en ambos tratados ninguna autoridad central puede reclamar los gastos que se genere de la aplicación del Convenio a otra autoridad central. En relación con el segundo párrafo del Convenio de La Haya, Pérez-Vera (1982) dice que este párrafo se refiere:

A uno de los puntos más controvertidos en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones y que se resolvió finalmente mediante la aceptación de la reserva que figura en el apartado tercero de este mismo artículo. En efecto, sólo se pudo poner fin a la controversia entre las delegaciones que querían garantizar al demandante la gratuidad total en la aplicación del Convenio (incluida la exención de los gastos y costas no cubiertos por el sistema de asistencia judicial y jurídica que podrían resultar de un juicio o, eventualmente, de los gastos causados por la participación de un abogado), y las delegaciones favorables a la solución contraria contemplada en el anteproyecto, incluyendo una reserva en favor de las segundas. La razón es que, dado que los distintos criterios tenían sus raíces en la estructura de los sistemas jurídicos implicados, cualquier intento de hacer prevalecer en términos absolutos una postura respecto a otra, hubiese llevado a la exclusión a priori del Convenio de cierto número de Estados, un resultado que nadie deseaba. En cambio, el acuerdo fue total en lo que se refiere a la norma incluida en la última frase del apartado segundo, que autoriza a las Autoridades centrales a exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor. (p. 39)

El cuarto párrafo del artículo aludido precisa que las autoridades internas competentes pueden trasladar el pago al secuestrador o a la persona que impide el ejercicio de un derecho de visita, de determinados gastos desembolsados por el demandante o en su

nombre, especialmente *los gastos de viajes, todos los costes o pagos efectuados para localizar al menor, las costas de la representación judicial del demandante y los gastos de la restitución del menor*. Debe tenerse en cuenta que se trata de una norma facultativa que respeta el discernimiento de los tribunales en cada caso.

Artículo 26.- La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.”(Organización de los Estados Americanos, 1989)

La Convención establece los casos en los que una restitución deja de ser inmediata, así como también el plazo máximo de un año para la presentación de la solicitud de restitución, tras lo cual esta prescribe y ya no puede ser solicitada. Del mismo modo, señala explícitamente que los artículos y lo establecido en la Convención no pueden ser impedimento para una restitución inmediata si el traslado es ilícito y constituye un delito en sí.

Al igual que el Convenio de La Haya, la Convención tiene como prioridad el interés superior de niño. Por ese motivo, si el menor de edad ha sufrido un traslado que constituye un delito, deberá ser trasladado y devuelto inmediatamente, a pesar de la existencia de algún tipo de excepción o la prescripción de la posibilidad de solicitar la restitución del menor.

Artículo 27

Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la solicitud carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente de sus motivos al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso. (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008)

El Convenio de La Haya es el único ente que hace este señalamiento. Ya que el derecho internacional indica que no se puede obligar a las autoridades centrales a aceptar aquellas solicitudes que se sitúen fuera del ámbito de aplicación del Convenio o que carezcan de fundamento, en estos casos la única obligación de dichas autoridades es la de comunicar inmediatamente al solicitante los motivos de su decisión o a la autoridad central por conducto de la cual se haya presentado la demanda.

El rechazo de una solicitud puede hacerlo tanto la autoridad central a una persona natural cuando esta es quien directamente lo ha requerido como otra autoridad central cuando la solicitud fuese derivada por otra.

Artículo 28.- Una Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.
(Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008)

Este artículo concierne a la organización y a las competencias de las autoridades centrales busca evitar que los estados tengan que modificar su derecho interno para poder aceptar el Convenio. Según el derecho de varios estados miembros del Convenio, la autoridad central podrá necesitar una autorización del solicitante. Esta autorización está contenida en un formulario, del que Pérez-Vera (1982) dice:

De hecho, el *formulario modelo* introduce, como ejemplo de documento eventualmente incorporado a la solicitud de retorno del menor, una referencia al poder para actuar otorgado a la Autoridad central; ahora bien, tal poder deberá adjuntarse, cada vez que una Autoridad central lo exija, a los elementos previstos en el artículo 8 y a las solicitudes presentadas en aplicación del artículo N° 21. (p. 40).

La Convención Interamericana no incorpora ningún artículo pertinente que regule la entrega de una autorización por escrito a la autoridad central.

Artículo 29

El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o del derecho de visita en el sentido previsto en los artículos 3 o 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 18

La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el Artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél.

Estos artículos reflejan el punto de vista no exclusivo que rigió en la elaboración de ambos tratados. Por un lado, la acción directa posible de los particulares ante las autoridades judiciales o administrativas de los estados contratantes fuera del marco de las disposiciones convencionales. Por otro, precisan la facultad reconocida a los estados contratantes para derogar convencionalmente las restricciones a las que puede estar sujeto el retorno del menor de edad.

Artículo 30

Toda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con

los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes. (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008)

Este artículo del Convenio de La Haya se refiere a ciertos aspectos técnicos relacionados con el procedimiento y los gastos que puedan resultar de las demandas presentadas en aplicación del Convenio. El aludido artículo resuelve el problema existente en ciertos estados miembros respecto a la admisibilidad de los documentos. Pérez-Vera (1982) resalta que este artículo:

trata simplemente de facilitar la admisión por parte de las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes de las demandas presentadas directamente o por mediación de una Autoridad central, así como de los documentos que puedan unirse o ser facilitados por las Autoridades centrales. En efecto, no se debe interpretar este artículo como incluyendo una norma sobre el valor de prueba que haya que reconocer a dichos documentos: tal problema está totalmente fuera del ámbito convencional. (p. 41)

Artículo 34

El presente Convenio tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de las Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores entre los Estados parte en ambos Convenios.

Por lo demás, el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de

Artículo 34

Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención.

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada

origen o el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.

Tanto el Convenio de La Haya como la Convención Interamericana no pretenden ser aplicados de forma exclusiva. Por el contrario, buscan el cumplimiento de los objetivos convencionales, toda vez que reconocen de forma explícita la posibilidad de invocar cualquier otra norma jurídica que permita lograr el retorno de un menor de edad trasladado, retenido de forma ilícita o la organización de un derecho de visita. En ese sentido, la Convención Interamericana establece un orden de prelación, siendo el tratado bilateral entre el país de residencia habitual del menor de edad y el país donde se encuentra ilegalmente retenido como el tratado a aplicarse inicialmente, si este existiera. De no ser el caso, la Convención Interamericana es la que se debe aplicar por sobre el Convenio de La Haya en caso de que dicho país sea parte de ambos tratados.

Artículo 36

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones.

De acuerdo con los principios generales en los que se inspira el Convenio y sobre la base de la experiencia de otros Convenios de la Conferencia de La Haya, este artículo admite la posibilidad de que dos o varios Estados contratantes acuerden derogar en sus relaciones mutuas las disposiciones del Convenio que puedan implicar restricciones al retorno de los menores, especialmente las contempladas en los artículos N° 13 y N° 20. (Pérez-Vera, 1982, p. 43).

Lo expuesto en el párrafo precedente demuestra el carácter de compromiso de ciertas disposiciones convencionales y la posibilidad de adoptar criterios favorables al objetivo principal del Convenio en las relaciones entre estados de concepciones jurídicas homogéneas.

4.10. Adecuación de la normativa nacional

Es necesario adecuar la normativa actual mediante la modificación del nuevo Código de los Niños y Adolescentes sobre la base del Proyecto de Ley N° 495/2011-CR del 9 de noviembre del 2011 planteada por el ex congresista Juan Carlos Eguren Neuenschwander. Si bien es cierto este proyecto de ley solo propone la incorporación del Convenio Interamericano, se podría tomar como base para la modificación del articulado.

La modificación aludida se enfocaría en cumplir lo establecido con el Convenio Interamericano, que establece los procedimientos a seguir desde el artículo 8° hasta el artículo 17°.

Siguiendo esta línea de ideas, propongo un boceto de modificación del nuevo Código de los Niños y Adolescentes: la incorporación de un nuevo Capítulo XI que concentra los nuevos plazos y procedimientos.

CAPITULO XI

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 253- Definición

Es ilícito el traslado o retención de un niño o adolescente menor de dieciséis años realizado conforme a lo prescrito en el artículo 3° del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el artículo 4° de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Artículo 254- Titulares de la Acción

Toda persona, institución u organismo que sustente que un niño o adolescente menor de dieciséis años ha sido objeto de traslado ilícito o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del niño para solicitar su restitución.

Artículo 255- Juez competente

Atendiendo al principio de concentración de la jurisdicción, los presidentes de las cortes superiores de justicia designan al juez de familia o mixto competente que, adicionalmente a las materias que conoce, se avocará a los procesos de restitución.

Para facilitar la cooperación internacional, el presidente del Poder Judicial designa al juez de enlace con el propósito de facilitar las comunicaciones judiciales directas entre los tribunales extranjeros y los tribunales nacionales.

Artículo 256- El Proceso

El proceso consta de dos etapas:

1. Trámite administrativo ante la Autoridad Central a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Dicha autoridad solicita o adopta las medidas adecuadas tendientes a localizar al niño o adolescente, conseguir la restitución voluntaria del mismo, conceder o facilitar la obtención de asistencia legal y las demás que prescribe el artículo 7° de la Convención de La Haya y el artículo 7° de la Convención Interamericana.

2. Trámite judicial ante el juzgado competente. El proceso judicial se rige por los principios de celeridad y mínimo formalismo.

Artículo 257- Etapa postulatoria

El o la demandante, además de los requisitos señalados en los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil, presentará la documentación requerida por el Convenio de La Haya o la Convención Interamericana, según sea el caso. El juez dictará, en el término

de cuarentaiocho (48) horas, una resolución mediante la que citará a las partes a una audiencia única a realizarse en el plazo de quince (15) días, con intervención del fiscal.

Artículo 258- Audiencia Única

El o la demandante puede ser representado por un apoderado. Si la parte demandada comparece y accede a la restitución voluntaria del niño o adolescente, se levanta el acta y el juez emite la resolución disponiendo su retorno. El juez expedirá la autorización del viaje y, si fuera el caso, la entrega del menor a la persona con la que retornará al lugar de residencia habitual.

Si no comparece el o la demandada, se continúa el procedimiento en su rebeldía y en la audiencia se escuchará al o la demandante, actuándose los medios probatorios presentados.

No se admiten reconvencciones, cuestiones previas ni excepciones procesales que obstaculicen la prosecución del trámite.

Solo se admite la oposición que esté sustentada en las excepciones previstas en el artículo 13° del Convenio de La Haya u 11° de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la que se resuelve en la sentencia.

Artículo 259- Actuación

En la audiencia se actúan los medios probatorios, se reciben las declaraciones de ambas partes y, si el juez lo considera necesario o a pedido del fiscal, la opinión del niño o adolescente.

Excepcionalmente, se puede disponer la continuación de la audiencia dentro del plazo improrrogable de quince días consecutivos adicionales.

Concluida la audiencia, se remiten los autos al fiscal para que emita su dictamen en el término de cuarentaiocho horas. El juez emite la sentencia en un plazo de igual término.

Artículo 260- Sentencia

La sentencia puede ser apelada en el término de cinco días. Elevados los autos, se emite resolución con notificación a las partes para que estas, si lo estiman necesario, soliciten informe oral.

Los autos se remitirán los autos al fiscal superior para que emita dictamen en el término de cuarentaiocho horas. Devueltos los autos en igual plazo, la Sala de Familia emite sentencia. Contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso de casación.

Artículo 261- Medidas Cautelares

El o la demandante o el fiscal pueden solicitar medidas cautelares. Del mismo modo, el juez puede dictarlas de oficio a fin de garantizar los derechos y la seguridad de los niños y adolescentes.

El juez puede dictar las siguientes medidas:

1. Prohibición de salida del niño o adolescente del territorio nacional.
2. Prohibición de expedición del pasaporte al niño o adolescente o retirarle el mismo si ya se hubiese expedido.
3. El cambio de domicilio, de ser necesario.
4. Cualquier otra medida que se considere conveniente.

No podrá dictarse medida cautelar de impedimento de salida del país contra él o la demandante de la restitución internacional como consecuencia de un proceso de alimentos seguido en su contra.

Artículo 262- Derecho de visitas

La solicitud que tiene por objeto hacer efectivo el derecho de visitas establecido por mandato judicial o administrativo, con título de ejecución, en los casos previstos en los convenios internacionales de restitución, sigue el mismo trámite que la restitución.



CAPÍTULO V: IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO EN EL DERECHO INTERNO PERUANO

5.1. Teorías sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional

En el derecho internacional existen dos corrientes clásicas que buscan solucionar el problema que se presenta al aplicar los tratados internacionales suscritos por los Estados en sus respectivos ordenamientos jurídicos que relacionan el Derecho Internacional con el Derecho Interno de cada Estado, esto depende de la posición que ambas corrientes asumen acerca del fundamento del derecho de gentes, actualmente se denomina “derecho internacional”.

“La concepción voluntaria, es decir, la que hace reposar el derecho internacional sobre el consentimiento de los Estados, conduce al dualismo, mientras que la concepción objetivista, la cual, por el contrario, tiende a buscar el origen del ordenamiento jurídico fuera de la voluntad humana implica adhesión al monismo”. (Rousseau, 1966, p. 9).

Es importante advertir que la concepción objetivista hace una diferenciación entre las fuentes creadoras del derecho y las fuentes formales al considerar que estas últimas no crean derecho, sino son una simple constatación de las fuentes creadoras del derecho.

5.1.1. Corriente dualista

La corriente dualista, como señalan Novak y García Corrochano (2000), “tiene como punto de partida la obra de Triepel titulada *Volkerrecht und Landesrecht*, aparecida en Leipzig en 1899, acogida por Anzilotti en 1905 en su obra *Il diritto internazionale nei interni*, y por buena parte de los teóricos italianos. (p. 540).

Esta corriente establece que el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico internacional son dos ordenamientos completamente distintos y separados que abarcan dos grupos diferentes de personas jurídicas en esferas distintas y, por ende, nunca llegaron a sobreponerse.

Como lo señala Triepel –citado por Novak y García Corrochano, 2000, p. 541–, “cuando hablamos de relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, damos por hecho que el derecho internacional es una cosa distinta que el derecho interno. En nuestra opinión, el derecho internacional y derecho interno son nociones diferentes”.

Los dualistas consideran como principales fundamentos tres elementos:

- La existencia de fuentes distintas. El derecho interno tiene como principio la voluntad propia del Estado, y el derecho internacional tiene como fundamento la voluntad de dos o más estados.
- La diferencia entre los sujetos. En el derecho interno se regula la relación entre dos personas (naturales o jurídicas) o entre una persona y el Estado. En el derecho internacional se regula la relación entre dos estados.
- El ámbito territorial de aplicación. El derecho interno está destinado a tener una aplicación dentro del territorio nacional, con ciertas excepciones de aplicación extraterritorial, pero estas requieren de un tratado internacional que permite la aplicación extraterritorial de la norma nacional, y el derecho internacional a ser aplicado dentro de una comunidad internacional sin limitarse al territorio de un solo Estado

Los aludidos elementos traen como consecuencia que en el derecho interno las personas (naturales o jurídicas) se encuentran subordinadas a las normas dadas por el Estado. Sin embargo, en el derecho internacional los estados no se encuentran subordinados uno con el otro, sino se encuentran en una relación de coordinación. Al no haber posibilidad de conflicto entre estos dos sistemas, no existe una jerarquía entre ambos.

Para poder aplicar en el fuero interno las normas internacionales, estas deben ser incorporadas posteriormente al sistema interno de los estados. La reproducción de las

normas internacionales por el derecho interno es denominada por los dualistas como *reenvió con recepción* o solamente *recepción*.

Una de las principales críticas que se hace a la corriente dualista es la identidad de los sujetos del derecho internacional. Si bien es cierto el derecho internacional regula las relaciones que existen entre los estados, estos finalmente son conformados exclusivamente por individuos, gobernantes y gobernados, por lo que estos son los destinatarios finales tanto de las normas de derecho internacional como de las normas de derecho interno.

5.1.2. Corriente monista

Esta corriente tiene como sus principales exponentes a Kelsen, Wenzel y Verdross, quienes forman parte de la Escuela de Viena.

Para esta corriente, el derecho internacional y el derecho interno forman parte de un solo sistema jurídico, razón por la cual algunas de sus normas interactúan y llegan a entrar en conflicto. Este conflicto sucede cuando las normas nacionales e internacionales regulan un mismo objeto. En estos casos la solución difiere de Estado a Estado, siendo la Constitución la que señale cuál de ellas prima sobre la otra al crear un sistema jerárquico entre ambas normas.

Muchas veces la incorporación al derecho nacional de las normas internacionales es realizada sin trámites o procedimiento alguno.

Dentro de la corriente monista se pueden encontrar hasta tres subcorrientes que difieren en cuanto a la solución de conflictos entre un tratado internacional y el derecho interno.

La primera es el monismo radical, según el cual las normas que un Estado promulgue y que contravengan el derecho internacional serían nulas. Sin embargo una norma de derecho internacional no tiene la capacidad para derogar o declarar nulo una norma de derecho interno.

La segunda es el monismo moderno, que considera que de dictarse una norma en el derecho interno contraria al derecho internacional, esta no es nula, ya que el Estado que contrajo un compromiso internacional se encuentra obligado a respetarla. De darse el caso, el Estado perjudicado tiene el derecho de solicitar la derogación o no aplicación de dicha norma.

La tercera es el monismo nacionalista, para la que el derecho internacional deriva del derecho interno, por lo que de producirse un conflicto entre ambas normas, las de derecho internacional prevalecen. Esta subcorriente considera que no existe una entidad supranacional que vigile y controle el cumplimiento del derecho internacional, por lo que los estados mismos se autorregulan y limitan cuando suscriben un tratado.

Barros (2015) considera que “en el monismo existe una unidad, no distinción entre derecho interno e internacional, mientras que en el dualismo existe una multiplicidad disociativa entre estos dos textos” (p. 170).

Según Novak y García Corrochano (2000), “los Estados deben organizar su orden jurídico interno de manera para satisfacer sus obligaciones internacionales. Ellos ejecutan estas obligaciones por intermedio de sus órganos legislativo, ejecutivo y judicial” (p. 541).

5.1.3. Corriente de la coordinación o integración

Esta corriente nace con la incorporación del concepto de “pluralismo jurídico”, que viene a ser la coexistencia dentro un Estado de un conjunto de normas jurídicas en un plano de igualdad y coordinación en un mismo ámbito de tiempo y de espacio.

El pluralismo jurídico está basado en la teoría de la institución, de la que Bobbio (2005) resalta lo siguiente:

El Estado no es el único centro productor de normas jurídicas sino también el producido por los grupos sociales diferentes al Estado, siempre y cuando: determinen sus fines propios, establezcan los medios para llegar a esos fines,

distribuyan funciones específicas de los individuos que componen el grupo para que cada uno colabore, a través de los medios previstos, para el logro del fin y que tengan diferente cultura. (p. 10).

Sobre la corriente moderna de la integración, Landa (2002) expresa:

“Caracteriza al derecho internacional como un derecho de coordinación, con base en la responsabilidad internacional de los Estados. En función de la cual ya no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, sino su armonización a partir de la integración razonada del tratado a derecho interno.” (p. 322)

La tesis de la integración propone un vínculo entre normas del derecho internacional y normas del derecho interno, vínculo que comprende un amplio grupo de posibilidades de cooperación, como es el caso del *efecto directo*, la *interpretación conforme* y el *control de convencionalidad*.

Considero necesaria la aplicación de esta teoría en la legislación nacional, dando que en la actualidad, los Estados generan su normativa nacional en base a los tratados internacionales que firman con diferentes Estados y Organizaciones internacionales en búsqueda de una integración internacional. Esta teoría da un mayor margen de maniobrabilidad a los Estados para la firma de tratados de cooperación internacional, los cuales, de no ser así, tendrían que pasar por un proceso engorroso antes de poder ser aplicados en el país.

5.2. Jurisprudencia internacional

El derecho internacional no toma una postura específica respecto a ambas corrientes: deja al derecho interno de cada Estado la libertad para elegir el modo de incorporar los tratados. Sin embargo, se ha establecido que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno en caso de que se presente un conflicto entre ambos: “Una parte no podrá invocar

las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 27°)

Al respecto, es importante traer a colación algunos alcances jurisprudenciales de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la cual ha establecido que los estados deben adoptar todas las medidas legislativas necesarias que fueran impuestas mediante un tratado internacional:

Esta cláusula, sin embargo, se limita a establecer la tensión en un principio que es evidente por sí mismo, según el cual un Estado que ha contraído obligaciones internacionales válidas está obligado a hacer en su legislación las modificaciones que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas. (Corte Permanente de Justicia Internacional, 1925, p. 52)¹

Del mismo modo, la Corte Permanente de Justicia Internacional ha determinado que un Estado no puede invocar su constitución o sus normas internas para sustraerse a las obligaciones contraídas en el derecho internacional:

Debe observarse, sin embargo, que si bien, por un lado, de acuerdo con los principios generalmente aceptados, un Estado no puede invocar contra otro Estado las disposiciones de la Constitución de este último, sino únicamente el derecho internacional y las obligaciones internacionales debidamente aceptadas, por otra parte, y por el contrario, un Estado no puede aducir frente a otro Estado su propia Constitución con la finalidad de eludir las obligaciones que le incumben en virtud

¹ *This clause, however, merely lays stress on a principle which is self-evident, according to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfillment of the obligations undertaken.* (Texto traducido al español por el autor de la presente tesis).

del derecho internacional o de los tratados en vigor. (Corte Permanente de Justicia Internacional, 1932, p. 62)²

Como señala Dulitzky (2007), “lo relativo a la responsabilidad internacional de Estado se rige por el derecho internacional independientemente de lo que disponga el derecho interno”. (p. 13)

En los comentarios del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los estados en los actos internacionales ilegales, la Comisión de Derecho Internacional precisa:

Un acto de un Estado debe ser considerado como internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional, aunque el acto no contravenga una ley de derecho interno del Estado, aun cuando con arreglo a aquella ley, el Estado estuviese obligado a actuar de esa manera.³ (Comisión de Derecho Internacional, 2001, p. 36).

De otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que si bien los jueces deben regirse exclusivamente por las normas internas de sus respectivos estados, si un Estado ha suscrito un tratado internacional, los jueces deben velar por el cumplimiento de los tratados y que estos no sean limitados por normas internas que contradicen el objetivo del convenio.

“El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención

² *It should however be observed that, while on the one hand, according to generally accepted principles, a State cannot rely, ' as against another State, on the provisions of the latter's Constitution, but only on international law and international obligations duly accepted, on the other hand and conversely, a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force.* (Texto traducido al español por el autor de la presente tesis)

³ *An act of a State must be characterized as internationally wrongful if it constitutes a breach of an international obligation, even if the act does not contravene the State's internal law—even if, under that law, the State was actually bound to act in that way.* (Texto traducido al español por el autor de la presente tesis)

Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, p. 53).

5.3. El Convenio de La Haya en el Perú

Para la implementación del Convenio de La Haya en el derecho interno peruano:

“Existen dos cuestiones que deben tratarse en forma separada. La primera consiste en averiguar si el derecho internacional y el derecho interno configuran dos órdenes jurídicos independientes y separados, o si constituyen ramas distintas de un tronco común. La segunda es el problema de la jerarquía de los órdenes jurídicos, y consiste en averiguar si las normas de derecho internacional priman sobre las de derecho interno, o por el contrario, estas prevalecen sobre las dos primeras.” (Jiménez, 1962, p. 3)

En el caso peruano, nuestra norma fundamental vigente, promulgada el 29 de diciembre de 1993, dispone: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 55°). Teniendo en cuenta lo dispuesto en este artículo, se puede concluir que nuestra Constitución se suscribe al sistema moderno de integración: los tratados internacionales firmados y luego ratificados por el Perú con otros estados son parte de nuestro derecho interno y tienen rango de ley.

En relación con los tratados internacionales, nuestro Tribunal Constitucional (2006) ha expresado lo siguiente:

Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 55° de la Constitución, los “tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el

Estado peruano, “son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado”. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador” (STC Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, § 1.1, fundamento 25).

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional (2006) agrega:

La Constitución vigente no contiene una disposición parecida al artículo 105° de la Constitución de 1979, en la cual se reconocía jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos; sin embargo, a la misma conclusión puede arribarse desde una interpretación sistemática de algunas de sus disposiciones. (STC Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, § 1.1, fundamento 27).

Por otra parte, en nuestro ordenamiento existen leyes accesorias en cuyo contenido se dispone algo similar sobre el valor de los tratados de derecho internacional:

Los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente.

La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular. (Ley N° 26647, 1996, art. 3°)

También es importante traer a colación lo expresado por nuestro Tribunal Constitucional (2006) sobre la relación entre el sistema de fuentes normativas los tratados de derechos humanos:

“Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la

Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional -conforme al artículo N° 55 de la Constitución- sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.” (STC Exp. N° 047-2004-AI/TC, tercer párrafo del fundamento 22)

En concordancia con lo expresado por el máximo intérprete de nuestra Constitución, Landa (2009) dice que “los tratados en materia de Derechos Humanos tienen una jerarquía no sólo constitucional, sino que también gozan de una fuerza material supraconstitucional, lo cual se extiende formalmente cuando al incorporar al derecho interno”. (p. 7)

En materia de derechos humanos, el Tribunal Constitucional (2006) ha expresado:

Si (...) los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, debe concluirse que dichos tratados detentan rango constitucional. El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, *fuerza activa*, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su *fuerza pasiva* trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. (STC Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, § 1.1, fundamento 33).

En el sistema peruano, la celebración de un tratado internacional considera implícito el cumplimiento de una serie de actos formales para su elaboración. Al ser refrendado por los representantes de cada Estado, se busca que el tratado internacional favorezca al país. Por ello, en el Perú solo es necesaria la aprobación de la adhesión al tratado para su incorporación en el derecho interno, y no una ley de transformación.

En el caso del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se aprobó su adhesión mediante Resolución Legislativa N° 27302, de fecha 26 de junio de 2000, que fue publicada el 7 de julio del mismo año en el diario oficial *El Peruano*. Posteriormente, fue ratificada el 1 de agosto de año 2000 mediante Decreto Supremo N° 023-2000-RE.

Finalmente, el 27 de marzo de marzo de 2002, mediante Resolución Ministerial N° 206-2002-PROMUDEH, la Autoridad Central la Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes fue designada para la aplicación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Esto en razón de que el Ministerio de Promoción de la Mujer y de Desarrollo Humano tiene, entre otras funciones, la de ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y el Adolescente.

La adhesión al aludido Convenio de La Haya significa para el Perú la incorporación de dicho convenio a la legislación nacional. Sin embargo, ello no significa *per se* la modificación automática de las normas que sean necesarias para una correcta aplicación dentro de los plazos señalados por el Convenio y mediante los procedimientos establecidos en el, así como la derogación de aquellas normas que vayan en un sentido opuesto al Convenio de La Haya.

CAPÍTULO VI: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

A continuación se elaborará un resumen y posterior análisis de dos procesos que se realizaron en los juzgados nacionales correspondientes a la Restitución Internacional de un menor de edad en el Perú.

El primero a analizar es el Expediente N° 00843-20006-0-1801, proceso que se llevó a cabo en el Décimo Sexto Juzgado de Familia mediante la figura del proceso único. El accionante es el señor [REDACTED] y está dirigida contra las demandadas [REDACTED] y [REDACTED].

6.1. Resumen del proceso

6.1.1. Demanda

El 20 de noviembre de 2006, el señor [REDACTED], representado por su abogado [REDACTED], en adelante demandante, presentó la demanda de restitución internacional de un menor de edad contra [REDACTED], en adelante demandada I, y [REDACTED], en adelante demandada II.

Esta demanda fue presentada ante el Décimo Sexto Juzgado de Familia, en la cual se solicita la restitución y retorno a España de la menor [REDACTED], de cuatro años de edad.

Fundamentos de hecho

El demandante señala como fundamentos de hecho los siguientes elementos:

En el año 2000, el demandante, de nacionalidad española, mantuvo una relación a larga distancia con la demandada I de nacionalidad peruana. A consecuencia de dicha relación, nació la niña [REDACTED] el 13 de mayo de 2002.

El demandante realizó los trámites migratorios para que su menor hija y su madre viajaran y residan en España con él. El 14 de diciembre de 2002, ambas viajaron a España con la finalidad de iniciar una vida de convivencia con el demandante en la ciudad de Paterna, Valencia.

Al inicio de la convivencia, la relación fue buena. El demandante llegó a empadronar a la menor de edad en el Padrón Municipal del Ayuntamiento de Valencia. Sin embargo, transcurridas unas semanas, la demandada I cambió su conducta: se volvió apática y desidiosa en el cuidado de la menor de edad, además de negarse a apoyar en las labores del hogar. Debido a ello, la situación en pareja se deterioró y empezaron a producirse incidentes entre los actores. En este contexto, el demandante temía que la menor de edad fuese trasladada al Perú por su madre, lo cual finalmente ocurrió el 19 de marzo de 2003.

La demandada I, luego de arribar al Perú, comunicó al demandante su intención de no retornar a España. Por ello, en febrero de 2004 el demandante presentó un pedido de restitución de menor de edad ante la Autoridad Central española para la aplicación de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores dentro del plazo de un año establecido por el artículo 12° de esta Convención.

La Autoridad Central española manifestó a través de una comunicación a la Autoridad Central peruana que “veía poco viable la posibilidad de que se logre el retorno de la menor de edad a España”. Sin embargo, solicitó a las autoridades peruanas prestar su máxima colaboración en el tema mediante la emisión de una opinión sobre la posibilidad de un régimen de visita en lugar del retorno de la menor a España.

Debido a un mal asesoramiento por parte de las autoridades peruanas y del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, el demandante envió desde España un poder a los abogados de dicho ministerio para iniciar un proceso judicial de régimen de visitas y no de restitución internacional de menor de edad, como era la intención inicial del demandante.

Entre el 19 de marzo de 2003 y el 5° de octubre de 2006, el demandante creyó que su menor hija se encontraba bajo la custodia de su madre y abuela en Perú. Sin embargo, el 6 de octubre de 2006, gracias al certificado migratorio de la demandada I, tuvo conocimiento que ella se encontraba residiendo en España, por lo cual consideró oportuno la presentación de la demanda de restitución internacional de menor de edad.

Fundamentos de derecho

El demandante sustentó su pedido en las siguientes normas:

- Artículos 1°, 3°, 4° y 12° del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- Artículos 9° y 11° de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Artículos 154° y 161° del Código Civil español.
- Artículos II del Título preliminar y 33°, 35° y 37° del Código Civil peruano.
- Artículo 436° del Código Procesal Civil peruano.

Medios probatorios

El demandante presentó como medios probatorios lo siguiente:

1. Documentos para acreditar la residencia habitual de la menor de edad en España:
 - Copia del certificado de inscripción en el ayuntamiento de Paterna, Valencia.
 - Copia de la respuesta del Ministerio del Interior Español a la solicitud de permiso de residencia formulada por la demandada I.
 - Copia del cargo de ingreso de guarda y custodia de la menor de edad por parte de la demandada I.

- Oficio al Consulado de España en Lima.
- 2. Documentos para acreditar el traslado ilícito de la niña al Perú desde su residencia habitual:
 - Copia de los artículos pertinentes del Código Civil español sobre patria potestad.
 - Copia de la denuncia por sustracción de menor de edad presentada ante el Cuarto Juzgado de Instrucción de Valencia.
 - Copia de la denuncia realizada en Paterna, España, sobre los temores de sustracción de la menor de edad y solicitud de impedimento de salida del país.
- 3. Documentos que acreditan la no procedencia del artículo 12° de la Convención de La Haya:
 - Certificado de movimiento migratorio N° 15883/2006/IN/1601 correspondiente a la demandada I.
 - Certificado de movimiento migratorio N° 15962/2006/IN/1601 correspondiente a la menor de edad.
 - Copia del formulario de solicitud de devolución emitido por el Ministerio de Justicia español.
 - Informe sobre el proceso de alimentos seguido ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Lince y San Isidro, que obra en el Expediente N° 719-2004 sobre proceso de régimen de visitas contra la demandada I.

6.1.2. Resolución N° 1: Auto admisorio de la demanda

El 22 de diciembre de 2006, la jueza del Décimo Sexto Juzgado de Familia admitió a trámite la demanda de restitución internacional de la menor de edad a España, demanda que se tramitó mediante el proceso único de conformidad con los artículos 137° y 177° del nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

En concordancia con el artículo 7°, inciso b) del Convenio de La Haya, según el cual el juez puede dictar las medidas necesarias para proteger los derechos del niño y adolescentes, se dispuso el impedimento de salida del país de la menor de edad.

6.1.3. Contestación de la demanda por parte de la demandada I

La demandada I, mediante escrito de fecha 6 de febrero de 2007, presentó la contestación de la demanda dentro del plazo señalado por ley con los siguientes fundamentos de hecho:

Señala que el actor consintió tácitamente el traslado de la menor de edad y se propone tres excepciones al proceso: excepción de litispendencia, excepción de desistimiento de la pretensión y excepción de integración de la niña al nuevo ambiente.

1.- El demandante presentó una demanda de régimen de visitas ante esta misma judicatura entre las mismas partes, habiendo un interés similar para obrar. Por lo tanto, la excepción de litispendencia debe declararse fundada.

2.- El demandante aceptó expresamente reclamar un régimen de visitas y renunció en definitiva a su actual pretensión. Por lo tanto, la excepción de desistimiento de la pretensión debe declararse fundada.

3.- Deduce la excepción de integración de la menor de edad a un nuevo ambiente, ya que han transcurrido más de cuatro años desde su viaje al Perú el 19 de marzo de 2003, país donde actualmente reside. Resalta que perjudicial el traslado de la menor a España en observancia del interés superior del niño.

Fundamentos de derecho

- Artículos 7°, 13°, 14° y 21° del Convenio de La Haya.
- Artículo IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Medios probatorios

- Movimiento migratorio del demandante, con lo que busca demostrar que él nunca salió de España con la intención de reclamar a su menor hija.
- Movimiento migratorio de la demandada I, con lo cual se busca demostrar que la madre realizó viajes al Perú con la finalidad de visitar a su menor hija.

- Pedido realizado por la Autoridad Central de España a su par peruano solicitando un régimen de visitas a la menor y no una restitución internacional de ella.
- Formulario de restitución internacional presentado por el demandante ante la Autoridad Central Española, en el que señaló que la menor se encuentra con la abuela materna. Dicho documento fue igualmente presentado por el demandante.

6.1.4. Contestación de la demanda por parte de la demandada II

La demandada II, mediante escrito de fecha 9 de febrero de 2007, presentó la contestación de la demanda dentro del plazo señalado por ley con los siguientes fundamentos de hecho:

El actor es un sujeto violento, con personalidad irritable. Él y su familia trataron mal a la demandada I mientras ella vivió en la casa de los padres del demandante. Del mismo modo, la madre de la menor de edad no se opone a que la relación entre el padre y la niña se desarrolle; sin embargo, sostiene que dicha relación debe efectuarse en forma progresiva.

En España no es necesaria una autorización de viaje de la menor al exterior, por lo que la demandada I salió con los pasaportes devueltos a ella y a su hija como consecuencia del desistimiento de la demanda ante el Segundo Juzgado de Primera Instancia de Paterna, Valencia. Ante este juzgado se siguió un proceso penal por faltas contra la persona, en el que la demandada I fue la víctima y el demandante el agresor.

El demandante es una persona extraña para la menor de edad, a quien pretende retirarla de su medio ambiente en el cual se viene desarrollando casi cuatro años. Además, no recibe ninguna pensión por parte del demandante.

El demandante instauró una demanda de régimen de vistas, con lo que renunció en definitiva a su actual pretensión.

Como consecuencia de la llegada de la menor al Perú, ambos progenitores constituyeron un domicilio real y aceptaron que la menor tenga su residencia habitual y permanente en un lugar distinto del de sus padres.

El demandante reconoce que desde hace más de tres años la menor vive con su abuela, la demandada II. Además, con el movimiento migratorio de la demandada I, se puede demostrar que esta estuvo constantemente viajando al Perú cada seis meses, lo cual prueba que la progenitora nunca estuvo desvinculada ni afectiva ni económicamente de su hija, a diferencia del demandante.

Fundamentos de derecho

- Artículos 7°, 13°, 14° y 21° del Convenio de La Haya.
- Artículo IX y X del Título Preliminar del Código de los Niño y Adolescentes.

Medios probatorios

La demandada II presenta los siguientes medios probatorios:

- Movimiento migratorio del demandante, con lo que se busca demostrar que el demandante nunca salió de España con la intención de reclamar a su menor hija.
- Movimiento migratorio de la demandada I, con lo cual se busca demostrar que la madre realizó viajes al Perú con la finalidad de visitar a su menor hija.
- Acta de conciliación de fecha 6 de marzo de 2003 emitido por el Juzgado de Instrucción de Paterna, España.
- Pedido realizado por la Autoridad Central española a su par peruana requiriendo un régimen de visitas con la menor y no la restitución de ella.
- Formulario de restitución internacional presentado por el demandante ante la Autoridad Central española, en el que señaló que la menor se encuentra con la abuela materna. Dicho documento fue igualmente presentado por el demandante.

6.1.5. Dictamen fiscal

El 27 de mayo de 2008 se emitió el dictamen fiscal, mediante el que se recomendó declarar fundada la demanda de restitución internacional de un menor de edad interpuesta por el demandante con los siguientes argumentos:

Se debe emitir la opinión en base al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que tiene como finalidad, conforme al artículo 1° de dicho Convenio, garantizar la restitución de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, lo cual se efectiviza mediante el procedimiento correspondiente ante la autoridad judicial o administrativa del Estado donde se halle el menor de edad, en un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita.

En base a los medios probatorios presentados se desprende que la menor en cuestión se encuentra viviendo en la ciudad de Lima, Perú, desde el 19 de marzo de 2003. Sin embargo, no se ha podido probar la ilicitud del traslado o retención de la menor por la inexistencia de una fecha de retorno.

Asimismo, señala que la existencia de la figura de la residencia habitual de la menor de edad en España no ha podido ser demostrada por la brevedad de su estadía en Valencia (tres meses).

Un punto importante señalado en el dictamen fiscal es el plazo para que proceda la solicitud de restitución Internacional de un menor de edad, el cual no debe ser mayor a un año conforme al artículo 12° de la Convención de La Haya. En este caso en particular fue presentado en noviembre de 2006, por lo que han transcurrido más de cinco años desde la llegada de la menor al Perú con conocimiento del demandante, tiempo más que suficiente para que la menor se haya adaptado a su nuevo entorno y generado arraigo.

En relación al dictamen fiscal, es importante advertir que de acuerdo con los fundamentos de este documento la demanda ha sido declarada INFUNDADA. Sin

embargo, ha emitido la opinión en sentido opuesto, lo cual crea la duda sobre si ha sido una falta ortográfica y no una opinión favorable.

6.1.6. Sentencia de primera instancia

El Decimosexto Juzgado de Familia emitió sentencia el 12 de diciembre de 2008, mediante la que declaró infundada la demanda sobre la base de los siguientes fundamentos:

Es fundamental determinar dos presupuestos jurídicos en el caso: el lugar de residencia habitual y si se ha configurado un traslado o retención ilícita con infracción al derecho de custodia señalado en el artículo 3° de la Convención de La Haya.

La residencia habitual es un concepto de puro hecho que difiere en particular del concepto de domicilio. Las intenciones de los padres del niño y la propia situación de residencia de estos no son determinantes para la calificación del lugar de residencia habitual del niño, pues lo que interesa al proceso es establecer en cuál de los dos países el niño ha constituido, en la práctica, su centro de vida y sus relaciones inmediatas, prescindiendo de factores como los de domicilio y nacionalidad.

En el caso de la menor de edad, sus siete primeros meses de vida transcurrieron en el Perú con la familia materna y posteriormente fue trasladada a España por el transcurso de tres meses para luego retornar al Perú. En esas condiciones y con la corta edad que tuvo al momento de permanecer en España, no cabe tener a ese país como su lugar de residencia habitual, por lo que no se verifica esa primera condición para la restitución.

En lo relativo al segundo requisito, el viaje de retorno de la demandada y la niña se produjo el 19 de marzo de 2003, a pocos días de que el demandante manifestara expresamente su conformidad con el viaje. El viaje de la menor de edad no puede ser reputado como ilícito, toda vez que los artículos 156° y 158° del Código Civil español establecen que la patria potestad puede ser ejercida por uno de los padres, además de que en el momento del viaje no existía impedimento de salida de la niña del país.

En cuanto a la figura de la retención ilícita, esta no puede configurarse por no existir lugar de residencia habitual en España ni obligación de retorno de la niña en una fecha determinada.

Por dichos considerando, se declara infundada la demanda sobre restitución internacional de la niña a España.

6.1.7. Recurso de apelación contra la sentencia

El demandante presenta el 6 de enero de 2009 el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por el Décimo Sexto Juzgado de Familia. Mediante dicho recurso solicitó que se revoque la aludida resolución y que se la declare fundada conforme a los siguientes argumentos:

El juzgado señala erróneamente que la residencia de la niña es Perú y no España, pese a que las normas señalan que el domicilio de un incapaz es el domicilio de sus representantes legales, responsables o padres conforme a lo establecido en el artículo 37° del Código Civil, en concordancia con el artículo 135° del nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

La jueza considera que ni el demandante ni la demanda I consolidó un hogar común y, en consecuencia, un centro de vida para la menor hija. Esto es una premisa sin sustento, ya que los problemas entre parejas son comunes y normales, pero no son un factor para determinar si se ha consolidado un hogar común.

Es erróneo señalar que el análisis meramente cronológico de la estadía de la niña en España y la corta edad de ella son elementos suficientes para establecer que España no se ha convertido en su residencia habitual antes del traslado al Perú.

Se ha concluido erróneamente que no hay retención ilícita de la niña en el Perú, toda vez que el demandante autorizó el viaje de la menor con su madre al Perú. Sin

embargo, el permiso de viaje otorgado no señala de ninguna manera la autorización de cambio de residencia habitual.

6.1.8. Dictamen fiscal

La Segunda Fiscalía Superior de Familia de Lima emitió el Dictamen Fiscal N° 184-09 el 13 de marzo de 2009, en el que opinó que se debe confirmar la sentencia de primera instancia por los siguientes argumentos:

El Convenio de La Haya tiene como función la pronta restitución de un menor de edad al Estado de residencia habitual que haya sido trasladado de forma ilícita o retenido en otro Estado parte. En el presente caso, el demandante alega que la menor fue trasladada fuera de España.

En ese sentido, es necesario determinar cuál ha sido la residencia habitual de la menor de edad, entendiéndose que la “residencia habitual” es un concepto puro de hecho que difiere en particular del de “domicilio”.

La niña nació en el Perú el 13 de mayo de 2002 y permaneció en dicho país hasta el 13 de diciembre de 2002, fecha en la que fue trasladada a España, para luego retornar al Perú el 19 de marzo de 2003. Consecuentemente, la niña nació en el Perú y ha residido de forma regular en este país, habiendo solo vivido en España por el espacio temporal de tres meses, luego del cual retornó al Perú, donde se ha venido desarrollando y desarrollando, constituyéndose el Perú su residencia habitual y no España. Por lo tanto, no se está dentro del supuesto del traslado o retención de menor ilícito previsto en el Convenio de La Haya.

Por otro lado, si bien es cierto que a la fecha del traslado de la menor el demandante vivía con ella, también es verdad que el traslado se realizó con el consentimiento de aquel y actualmente vive con la abuela materna con el consentimiento de la madre, por lo que no existe una retención ilícita.

6.1.9. Sentencia de segunda instancia

La Segunda Sala Especializada de Familia de Lima, mediante Resolución N° 8, emite sentencia el 17 de junio de 2009, mediante la que revocó la sentencia de primera instancia y, reformándola, declaró fundada la demanda sobre la base de los siguientes argumentos:

La sentencia establece como marco legal el artículo 1° del Convenio de La Haya, que establece como sus objetivos: a) Garantizar la restitución de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y b) Velar por los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los estados contratantes. También tiene como marco legal el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, que establece que todo niño es sujeto de derecho, por lo que los casos judiciales en los que este se encuentre involucrado deberá resolverse considerando su interés superior.

Señala que la Convención de La Haya es solo aplicable si la niña ha tenido su residencia habitual en un Estado contratante antes de que se produzca el traslado o retención ilícita.

Si bien es cierto que la niña nació en el Perú, también lo es que los tres integrantes de esta familia se establecieron en España y actualmente ambos padres se encuentran residiendo en este país. Por otra parte, se ha verificado que el viaje de la menor al Perú ha sido con autorización del padre de la menor, acto que debe ser considerado como un ejercicio efectivo de la patria potestad.

La Sala considera que si bien el padre otorgó permiso para el traslado de la menor al Perú y, por consiguiente, el viaje no ha sido de forma ilícita, no existe documento alguno que acredite que el padre dio dicha autorización con la finalidad de que la niña resida permanentemente en el Perú y menos sin la compañía de su madre. El dejarla a cuidado de la abuela distorsiona los roles parentales, lo que se acredita con el hecho de que al cónyuge de la abuela la niña lo llama papá, a pesar de que no les une ningún vínculo de parentesco, lo cual podría causar una afectación a su desarrollo integral.

La Sala trae a acotación la conducta de la demandada I, señalando que su actuación es recurrente, pues del mismo modo su primer hijo, fruto de una relación anterior, creció con su abuela materna, lejos de su madre. En el presente caso, el padre no ha otorgado formalmente la tutoría de la menor de edad a la abuela materna.

La Sala señala que se debe concluir que la interposición de la demanda de régimen de Visitas por el demandante no es una aceptación tácita de que el domicilio habitual de su hija se encuentra en el Perú y que no existe riesgo alguno para la niña en España.

Por lo que revoca la sentencia de fecha 12 de diciembre del 2018, a través de la cual se declaró infundada la demanda de restitución internacional de la niña, reformándola y declarando fundada la demanda interpuesta.

6.1.10. Recurso de casación

Las demandadas interponen recurso de casación ante la Segunda Sala de Familia de Lima el 22 de julio de 2009. Señalan los siguientes argumentos:

Se realizó una aplicación indebida del artículo 3° de la Convención de La Haya, ya que se ha considerado erróneamente como residencia habitual de la menor la ciudad de Valencia en España, a pesar de que su estadía fue de corta duración, lo cual la imposibilitaba de formar su centro de vida. Corroborando la residencia habitual en el Perú, se observa que la demanda de restitución internacional fue admitida excediendo el plazo de un año señalado en el artículo 12° del Convenio de La Haya, por lo que la menor ya se encontraba integrada a un nuevo ambiente.

Siguiente esa idea, se realiza un análisis erróneo sobre la residencia habitual, al señalar que este es el mismo que el domicilio de ambos padres, ya que se confunde el domicilio de un incapaz con el domicilio de los tutores regulado por el artículo 37° del Código Civil. Sin embargo, para el Convenio de La Haya el domicilio es un elemento irrelevante y distinto de la residencia habitual.

No se ha tomado en cuenta en el momento de disponer la restitución de la menor de edad, que está en plena edad escolar e integrada a su nuevo ambiente, y que el demandante, si bien es su padre, es un completo extraño para la niña.

Se afirma un hecho que no se encuentra probado en el expediente, es decir, que la menor presenta una distorsión de roles parentales al llamar papa al cónyuge de la demandada II.

Infracciones en las cuales se funda la casación:

- Artículos 1°, 3° y 4° del Convenio de La Haya.
- Artículos 33°, 37° y 410° del Código Civil.
- Inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.
- Artículo IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

6.1.11. Dictamen fiscal

La Fiscalía Suprema en lo Civil emitió el Dictamen N° 502-2009-MP-FN-FSC el 2 de diciembre de 2009, en el que opinó que se debía declarar infundado el recurso de casación por infracción normativa de los artículos 1° del Convenio de La Haya, infracción normativa de los artículos 33°, 37° y 410° del Código Civil e infracción normativa del inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú; asimismo, declarar fundado el recurso de casación por la causal de infracción normativa de los artículos 3° y 4° del Convenio de La Haya y de los artículos IX y X del Título Preliminar del nuevo Código de los Niños y Adolescentes; sobre la base de los siguiente argumentos:

El Convenio de La Haya tiene como propósito específico la inmediata reincorporación de todo niño, niña o adolescente trasladado o retenido ilícitamente al Estado en el que tenía fijado su residencia habitual, es decir, el Estado donde se desenvolvía y desarrollaba normalmente. El Convenio regula el traslado o retención de un niño menor de dieciséis años teniendo como sustento el interés superior del niño.

En el caso materia de análisis, no se amerita en autos el presupuesto de residencia habitual que menciona el Convenio, pues no existe documento alguno que lo acredite. Por lo tanto, no se presenta el arraigo que cause perjuicio y menos que amerite su inmediata restitución. En cuanto al traslado ilícito, se verifica que el accionante tuvo conocimiento y consintió el traslado de la niña al Perú en compañía de su madre.

La Fiscalía señala que tampoco existe una retención ilícita de la menor por la existencia de un requerimiento de un régimen de visitas, por lo cual se evidencia un consentimiento de la convivencia de la niña con su abuela materna.

Sobre la infracción normativa de los artículos 33°, 37° y 410° del Código Civil, al ser un caso de derecho internacional privado, este debe ser resuelto en función de lo previsto en el artículo 2047 del Código Civil. Al existir un tratado internacional, los autos deben ser regulados por lo dispuesto en el Convenio de La Haya.

En cuanto a la infracción de los artículos IX y X del Título Preliminar del nuevo Código de los Niños y Adolescentes, el Convenio de La Haya, al igual que el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, tienen como sustento fundamental el interés superior del niño, que no ha sido tomado en cuenta por la Sala Superior al valorar los medios probatorios, motivo por el cual la Fiscalía no comparte los argumentos expuestos en la sentencia, lo cual conlleva a amparar el recurso de casación.

En cuanto a la infracción del inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, este precepto consagra el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, derechos que en la presente materia no resultan afectados, razón por la cual el fiscal concluye que el recurso en ese extremo debe ser desestimado.

6.1.12. Sentencia casatoria

La Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, mediante Casación N° 2979-2009, emite sentencia el 7 de julio de 2010, mediante la que declaró fundado el recurso de

casación interpuesto por las demandadas, por lo que ordenó casar la sentencia de vista emitida por la Corte Superior, y confirmar la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda, sobre la base de los siguientes argumentos:

En cuanto a la infracción contenida en el acápite a) de los fundamentos del recurso de casación, debe establecerse si los artículos 1º, 3º y 4º del Convenio de La Haya fueron correctamente aplicados. En relación con el artículo 1º, el hecho de omitir la palabra inmediata en el razonamiento judicial no redundando en la solución del conflicto en debate ni tiene, por lo tanto, incidencia directa sobre la decisión impugnada.

Tampoco inciden en la definición del conflicto la referencia a los artículos 3º y 4º del Convenio de La Haya, por lo que debe entenderse como residencia habitual desde que el concepto mencionado en la sentencia de mérito se refiere a la necesidad de que los hijos menores residan con sus padres en el país en donde estos tengan su domicilio. Por estas razones, este extremo del recurso debe ser desestimado.

Respecto a la infracción normativa de los artículos 33º y 37º del Código Civil, estos contienen definiciones que no han sido objeto de debate en sede judicial. Sin embargo, se ha incurrido en error al mencionar la infracción normativa del artículo 410º del Código Civil, tanto por la recurrente como en la resolución de calificación, cuando en realidad se trata del artículo 419º del Código Civil, cuyo contenido se refiere al ejercicio común de la patria potestad y que no ha sido materia del petitorio de la demanda ni punto controvertido. En consecuencia, estos argumentos deben ser rechazados.

Sobre la infracción del inciso b) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, esta no se ha producido, ya que el principio de igualdad ante la ley no ha sido violado.

Debe analizarse de forma objetiva la situación actual de la menor cuya restitución internacional se pretende, menor que desde el 13 de mayo de 2002 hasta la actualidad, con la excepción de tres meses que residió en España, se encuentra radicando en el Perú de forma estable y viviendo actualmente con su abuela materna, por lo que se puede afirmar

que la residencia habitual de la niña es el Perú. En ese orden de ideas, debe prevalecer el interés superior de la niña cuya restitución internacional se solicita.

Debe considerarse negativo a su estado emocional la alteración de su vida escolar, social y familiar que se producirá al ser trasladada a España. Por lo expuesto, la Sala debe estimar que se ha producido la infracción normativa de los artículos IX y X del Título Preliminar del nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

6.1.13. Conclusiones

Luego de analizar diferentes procesos, entre ellos el Expediente N° 843-2006 que fue correctamente casado y, en consecuencia, declarada infundada la demanda de restitución internacional de un menor de edad, debo hacer las siguientes observaciones en cuanto al proceso en general:

- El nuevo Código de los Niños y Adolescentes establece para todos los procesos, sean estos nacionales e internacionales, el proceso único. Este proceso está distribuido de la siguiente manera: admitida la demanda, el juez correrá traslado al demandado, con conocimiento del fiscal, quien tendrá cinco días para contestar la demanda; el juez determinará la audiencia dentro de los diez días, la cual es improrrogable, plazo que debe ser contabilizado desde recibida la demanda por el juez.
- De no haberse actuado todas las pruebas en la audiencia única, se tendrá que establecer a la misma hora dentro de los tres días sucesivos útiles una nueva audiencia. Se dará cinco minutos para los alegatos orales, finalizada la actuación de las pruebas. Finalmente, el juez, de existir *autos*, los remitirá al fiscal para que dentro del plazo de cuarenta y ocho horas emita su dictamen. Retornados los *autos*, el juez en igual término, expedirá sentencia mediante la que se pronunciará sobre todos los puntos controvertidos.
- Todo el proceso suma aproximadamente un mes. Sin embargo, el plazo determinado en la norma no se cumple debido a la gran carga procesal de los jueces

especializados, a lo que se suma los actos jurídicos dilatorios de los que algunos demandados hacen uso para evitar una sentencia desfavorable.

- A lo señalado en el párrafo anterior se suma la posibilidad de llegar a una tercera instancia, como en el expediente analizado, lo cual puede alargar los procesos de restitución internacional a un plazo superior a los cuatro años y esto, a su vez, conlleva la posibilidad de que el menor en cuestión cree nuevos lazos con el lugar donde se encuentre trasladado o retenido ilícitamente y su restitución genere un nuevo trauma, lo cual contraviene una de las finalidades del Convenio de La Haya.
- Se ha visto la necesidad de modificar algunas leyes, como el Código Procesal Penal y la nueva Ley Procesal de Trabajo, con la finalidad de modernizar los procedimientos para hacer prevalecer la oralidad del proceso con el objetivo de que haya mayor celeridad y eficacia. En el caso del nuevo Código de los Niños y Adolescentes, este no ha podido ser modificado debido a las trabas por parte de grupos conservadores.
- Considero necesaria la creación de un nuevo proceso distinto del proceso único, es decir, de un proceso que incorpore la oralidad y cumpla con los plazos establecidos por el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Esta última establece los plazos y los pasos a seguir en el proceso de restitución internacional.
- El nuevo proceso debería solo establecer una doble instancia sin la posibilidad del recurso de casación, la cual se iniciaría en la Corte Superior y no en los juzgados de familia, lo cual evitaría prolongar innecesariamente los procesos de restitución internacional de un menor de edad.
- Cabe resaltar que las opiniones de los jueces que analizan los procesos de restitución internacional en las distintas instancias poseen conceptos distintos sobre elementos fundamentales como el interés superior del niño, residencia habitual, además de que no toman en cuenta los plazos establecidos por los tratados internacionales.

- Para resolver las demandas de restitución internacional de un menor de edad, considero que la uniformidad de los conceptos fundamentales es elemental para una correcta aplicación de ambos tratados, por lo cual se debe brindar capacitaciones a los operadores de justicia en relación con este tema.
- Finalmente, hay dos aspectos que cabe mencionar y resaltar sobre el presente caso. En el primero, la demanda debió declararse infundada en primera instancia porque fue presentada fuera del plazo señalado por el Convenio de La Haya. En el segundo, la Sala que resolvió revocar la sentencia de primera instancia haciendo caso omiso a las recomendaciones de la Fiscalía, la cual recomendaba confirmar la sentencia de primera instancia.



CONCLUSIONES

Tras el análisis del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en particular la aplicación de esta última en el derecho interno peruano, se observa una clara dicotomía entre las normas y su puesta en práctica. Debido a esto, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- Es imposible negar que la noción de familia ha cambiado radicalmente en las últimas décadas, especialmente en lo relacionado a su conformación. Con ello llegaron también nuevos retos para los estados que actualmente tienen nuevos desafíos en la búsqueda de proteger a los menores de edad cuando los padres son de distintas nacionalidades.
- Uno de los principales conceptos usados para la restitución internacional de un niño, en búsqueda de la protección de los menores de edad, es el denominado *status quo*. Sin embargo, al ser un concepto estricto y que no acepta interpretaciones, se puede llegar a vulnerar algunos derechos de los menores de edad en el momento de restituir el *status quo*. Es por esta razón que los tratados internacionales aceptan excepciones que el padre sustractor debe probar para evitar la restitución. Entre las principales excepciones se encuentran: la violación de alguno de los derechos del niño reconocido por el país donde se encuentra actualmente el menor de edad, la violencia familiar por parte del padre que solicita al restitución, la negativa del menor de retornar al país de residencia habitual.
- Es necesario que los administradores de justicia estén perfectamente capacitados para poder aplicar de manera correcta el *status quo*, especialmente en aquellos casos donde la restitución del menor de edad implique la vulneración de sus derechos fundamentales. Así mismo se debe promover la incorporación de un proceso corto y específico para la restitución internacional, siguiendo el lineamiento de la Convención

Interamericana sobre la restitución internacional de un menor de edad, como se ha planteado a lo largo de la presente tesis.

- Es importante resaltar la igualdad que los niños deben tener en cuanto a la protección de sus derechos, sin importar la raza, la religión y, menos aún, el tipo de unión de los padres. Esto último es importante debido a que en varios estados los matrimonios entre personas del mismo sexo está legislados, mientras que en otros no. Sin embargo, esto no debe ser impedimento para la protección de un menor de edad y su restitución, aun cuando la unión de los padres no se encuentre reconocido en ese Estado.
- El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es el primer tratado internacional que busca proteger los derechos de los menores de edad en el derecho internacional que involucre el trabajo conjunto de dos o más estados. Lamentablemente, al intentar incorporar a un gran número de estados y sus distintos tipos de gobierno, se han creado tratados de tipo general que no establecen los procedimientos ni plazos, responsabilidad esta que queda en manos de los estados parte. De aquí que se considera necesaria la creación de nuevos tratados multilaterales y bilaterales entre los estados partes que busquen una protección más eficaz de los derechos de los niños.
- En Latinoamérica se firmó con posteridad la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores, que al involucrar un número mucho menor de estados en su gran mayoría de habla hispana, logró establecer un procedimiento mucho más exacto y los plazos máximos que tienen los estados para la restitución del menor de edad. Definitivamente es un gran avance en la protección de los menores de edad a nivel internacional, ya que deja en manos de cada Estado la correcta aplicación y restitución de los niños sustraídos de forma ilícita.
- Existen tres diferencias fundamentales entre ambos tratados internacionales:
 - o **La competencia.** Ambos tratados buscan darle la mejor solución a la sustracción internacional de un menor de edad. A pesar de ello, tienen una

postura distinta en cuanto al juez competente para determinar la restitución del menor.

La Convención Interamericana señala en su artículo 6° que son competentes para conocer la solicitud de restitución las autoridades judiciales o administrativas del estado parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención. En el caso del Convenio de La Haya, en su artículo 12° señala como juez competente a la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor.

- **Los plazos.** En el caso de la Convención Interamericana, por involucrar un número menor de estados que a su vez tienen sistemas jurídicos similares, ha podido incluir en su articulado un conjunto de pasos y plazos que debe cumplir el Estado parte para lograr la restitución del menor de edad. En el caso del Convenio de La Haya, por ser el primer tratado internacional sobre este tema, y con la finalidad de lograr la firma del tratado, se dejó a cargo de cada Estado parte la determinación del proceso para la restitución del menor, ya que solo ofrece pautas mínimas para dicho propósito.
- **Los procedimientos.** A diferencia de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no ha desarrollado un procedimiento detallado para la resolución de la solicitud de restitución del niño. Solo ha enmarcado los requisitos mínimos que debe cumplir dicha solicitud de restitución, además de establecer al juez competente para resolverlo, esto debido a que los distintos sistemas jurídicos están suscritos al Convenio de La Haya.

Habiendo señalado las diferencias entre ambos tratados, debemos señalar que la Convención Interamericana, al tener como base para su creación el Convenio de La Haya, tiene los mismos fundamentos. Entre los más relevantes se encuentran:

- La edad del menor para poder solicitar su restitución. En ambos casos no se establece la edad mínima del niño para ser restitución, pero sí se establece los dieciséis años como la edad máxima. Esta determinación es lógica: si bien el menor recién se convierte en una persona con plenos derechos al cumplir los dieciocho años, dejando así de ser protegido por los derechos internacionales del niño, un niño de entre dieciséis y dieciocho años ya cuenta con la fuerza y capacidad para evitar su traslado.
- La restitución inmediata si fue sustraído ilegalmente. Ambos tratados coinciden en señalar que de darse el caso en el que el menor de edad fue trasladado de forma ilícita a otro Estado, entonces debe ser restituido de forma inmediata.
- La opinión del menor en cuanto a su restitución. Ambos tratados reconocen la posibilidad de tomar en cuenta la opinión del menor siempre y cuando el juez competente determine que dicha opinión no ha sido influenciada por el sustractor, y que tiene edad suficiente para realizar un análisis de su propia situación.
- La posibilidad de no restituir al menor de edad a pesar de cumplir con los requisitos. Si el sustractor prueba ante el juez competente que alguno de los derechos fundamentales del menor reconocidos por el Estado donde se encuentra actualmente puede ser vulnerado de darse su restitución, el juez se encuentra en la obligación de ordenar la NO restitución del menor de edad.
- La creación de la Autoridad Central. Ambos tratados ordenan la creación de una Autoridad Central que sirva de nexo entre cada uno de los estados contratantes con la finalidad de lograr una restitución de manera conjunta.
- Resolución de disputa de patria potestad o visita. Ambos tratados establecen que primero se debe llevar a cabo la restitución de un niño sustraído de su país de residencia habitual o retenida indebidamente en otro Estado, quedando suspendida la resolución de una disputa por la patria potestad o el derecho de visita hasta el exitoso regreso del menor al Estado de residencia habitual.

- El interés superior del niño como base fundamental para determinar la restitución del menor. Considero que la característica más importante es el uso del interés superior de niño como eje para determinar su restitución. Como se ha venido señalado a lo largo de la presente tesis, la restitución del menor no busca proteger el derecho de los padres o de quien requiera la restitución, sino del menor que ha visto vulnerado sus derechos.
- El principio del interés superior del niño es un concepto aceptado a nivel internacional y es el principal elemento conector entre los sistemas jurídicos de los diferentes estados suscritos al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y/o Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Este principio debe entenderse como el valor que un juez debe darle al menor de edad y los derechos que tiene al momento de tomar una decisión que involucre a un niño directa o indirectamente. Con ello se busca garantizar el desarrollo integral del niño, así como alcanzar el mayor bienestar que le es posible.
- El principio del interés superior del niño es un concepto triple. En primer lugar, es un derecho sustantivo, ya que los menores de edad tienen el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial al momento de tomar una decisión. En segundo lugar, también es un principio, ya que admite más de una interpretación, de las cuales se elegirá la que satisfaga de manera más eficaz el interés superior del niño, es decir, sus intereses y necesidades. Finalmente, es una norma de procedimiento, ya que debe estimarse las repercusiones de las posibles decisiones.

La resolución de una solicitud de restitución de un menor de edad tiene como elemento principal de consideración el interés superior del niño, ya que a pesar de que la solicitud es presentada por uno de los padres al ver afectado su derecho de custodia o visita, el resultado de dicha solicitud velará primordialmente por el bienestar del menor, la protección de los derechos del niño, priorizando su residencia habitual, garantizando el vínculo que tenía con el padre o la madre antes de su traslado y, subsecuentemente, por el derecho de custodia o visita del padre solicitante.

- Para la aplicación de estos tratados, las normas legales en el Perú están incorporadas en el nuevo Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), que fue promulgado el 21 de julio del año 2000. Sin embargo, después de dieciséis años, se ha convertido en un condigo algo deficiente en cuanto a la búsqueda de la correcta aplicación de la Convención Interamericana y el Convenio de La Haya, todo lo cual trae como consecuencia la desprotección de los niños sustraídos de su residencia habitual.
- Lo expresado en el párrafo anterior se refleja, por ejemplo, en los plazos establecidos en el nuevo Código de los Niños y Adolescentes para la restitución de un menor de edad, plazo que debería ser de aproximadamente un mes. Sin embargo, este plazo no se cumple debido a la gran carga procesal con la que los jueces especializados cuentan, así como a los actos jurídicos dilatorios que algunos demandados hacen uso para evitar una sentencia desfavorable. Los nuevos procedimientos son un aporte para la descarga procesal, pero deben ir asociados a una modernización del aparato judicial.
- Ante esta grave situación, considero necesario la creación de jueces especializados para el tratamiento de procesos de restitución internacional de menores de edad, con lo cual se solucionaría el incumplimiento de los plazos establecidos por los tratados internacionales, así como la resolución de estos casos por personal altamente calificado en derecho internacional y en derecho de los niños.
- Dentro del proceso único seguido para la restitución del menor de edad, el nuevo Código de los Niños y Adolescentes permite en la actualidad la apelación de la sentencia de segunda instancia. Esto causa una carga innecesaria en los juzgados especializados y la dilatación de casos donde el tiempo es un elemento crucial. El escaso presupuesto asignado al Poder Judicial no le permite tener el personal idóneo para poder enfrentar la excesiva carga procesal existente, que a día de hoy supera los estándares de expedientes que debieran tener cada órgano jurisdiccional.
- El nuevo Código de los Niños y Adolescentes no ha podido ser actualizado debido al poco interés que se tiene sobre los niños y adolescentes, lo cual puede obstruir el proceso de modificación necesario para una ágil resolución de los procesos y la

imposibilidad de una correcta aplicación del Convenio de La Haya y la Convención Interamericana, todo lo cual tiene un efecto negativo en la búsqueda de la protección del interés superior del niño por parte del Estado.

- Si bien el nuevo Código de los Niños y Adolescentes cumple con los requisitos que señala el Convenio de La Haya, ya que como se ha señalado previamente este Convenio no establece plazos específicos para la resolución de la solicitud de restitución de un menor de edad, en el caso de la Convención Interamericana dichos requisitos no se cumplen, por lo que es fundamental la modificación o creación de un nuevo código que incorpore las mejoras necesarias para que los casos de restitución, de tal manera que estos cuenten con la celeridad necesaria para la protección del niño. Tal como se señaló en el Capítulo IV, en el año 2011 se propuso el Proyecto de Ley N° 495/2011-CR, el cual incorpora los procedimientos de la Convención Interamericana, pero hasta la fecha aún no ha sido promulgado.



RECOMENDACIONES

Después de haber expuesto la importancia del principio del interés superior del niño y las vulneraciones de los derechos de los niños que se pueden dar con el traslado ilícito y/o por ordenarse la devolución al padre que solicitó la restitución después de un plazo superior al señalado por los tratados ya analizados, damos a conocer las siguientes recomendaciones para mejorar el sistema de restitución internacional de menores de edad en el Perú:

1. Es necesaria la creación de un proceso especial para resolver las solicitudes de restitución de menores de edad siguiendo el proceso incorporado en el Proyecto de Ley N°495/2011-CR, de fecha 9 de noviembre de 2011. Este nuevo procedimiento incorpora la oralidad y notificaciones electrónicas, y constaría solamente con dos instancias.
2. Siguiendo la propuesta de modificación del nuevo Código de los Niños y Adolescentes del ex Congresista Juan Carlos Eguren Neuenschwander, en el Anexo N° 5 se ofrece un proyecto de ley para la modificación del nuevo Código de los Niños y Adolescentes, proyecto que incorpora lo señalado en el punto anterior.
3. Crear un número mayor de plazas para jueces especializados en temas de restitución internacional con juzgados especializados y dedicados exclusivamente a esta materia para lograr un mayor número de procesos con resultados óptimos. Siguiendo esta postura, es necesario incorporar la definición de sustracción internacional de menores de edad y del proceso de restitución internacional de niños.
4. Para una mayor celeridad y evitar las posibles trabas procesales mediante las cuales un demandado busca evitar la restitución del menor de edad, se debe excluir la posibilidad de llegar a una casación, es decir, eliminar la posibilidad de este recurso contra la sentencia de segunda instancia debido a que los plazos señalados en los tratados internacionales son una obligación internacional que se tiene que cumplir con prontitud.
5. Es necesaria la creación de una Dirección Nacional de Restitución dentro del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para velar de forma exclusiva por las solicitudes de restitución de menores de edad.

6. Para resolver el problema de la excesiva carga procesal que los jueces de familia tienen debido a la existencia de un solo proceso, el *proceso único*, el Capítulo II del Nuevo Código de Niños y Adolescentes debe ser modificado, reemplazando el proceso único por dos procesos: 1) El *proceso contencioso*, que sería aplicado en los casos de suspensión, pérdida, extinción o restitución de la patria potestad; régimen de tenencia, régimen de visitas, guarda adopción, acción de contravención y protección de los intereses difusos que atañen al niño o adolescente; y 2) El *proceso no contencioso*, exclusivo para los casos de tutela, consejo de familia y licencia para enajenar u obligar sus bienes o autorizaciones. Este último, al ser un proceso de muy corta duración, reducirá la carga procesal de los jueces de familia, lo cual tendrá como resultado una pronta resolución de los procesos de restitución internacional, cumpliendo así con los plazos establecidos por el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana.

Con estas propuestas se busca resolver los principales problemas que se presentan en el momento de solicitar la restitución de un menor de edad, velando así por el interés superior del niño.

REFERENCIAS

- Aries, P. (1987). *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen* (Traducido por Naty García Guadilla). Madrid, España: Taurus.
- Alzate, M (2004). *El “Descubrimiento” de la Infancia (I): Historia de un Sentimiento*. Revista Electrónica de Educación y psicología. Colombia.
- Barros V., J. (2015). *Derecho internacional y derecho tributario*. Lima, Perú: Ediciones Legales.
- Beloff, M. (2012). *Convención sobre los Derechos del Niño: comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires, Argentina: La ley.
- Bobbio, N. (2005). *Teoría general del derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Carpizo, J. (1999). Los medios de comunicación masiva y el Estado de derecho, la democracia, la política y la ética. *Boletín mexicano de derecho compartido*, (96), pp. 743-764.
- Castell, M. (2000). Globalización, sociedad y política en la era de la información. *Revista Bitácora Urbano Territorial*, (4), pp. 42-53.
- Chunga, F (1995). *Derechos de Menores*, Lima, Peru Grijley
- Cillero, M. (1999). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Santiago, Chile.
- Código Civil del Perú de 1852 (Ley del 23 de diciembre de 1851). Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/wp-content/uploads/sites/76/2015/06/Codigo_civil_de_1852.pdf

Código Civil del Perú de 1936 (Ley N° 8305). Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf

Código de los Niños y Adolescentes del Perú (Ley N° 27337). Diario oficial *El Peruano*. Lima, Perú, 7 de agosto de 2000.

Comisión de Derecho Internacional (*International Law Commission*) (ILC) (2001). Quincuagésima tercera sesión: 23 abril-1 de junio y 2 julio-10 agosto. *Chapter IV: State responsibility. Report on the work of the fifty-third session*. Recuperado de http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_56_10.pdf&lang=EXP

Constitución Política del Perú de 1979. Recuperado de <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969). Suscrito en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969. Recuperado de http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf

Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980). Adoptado el 25 de octubre de 1980 durante la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores Montevideo (1989). Adoptada el 15 de julio de 1989 en Montevideo, Uruguay. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2288.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2003/2288>

Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Adoptada mediante Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2006). Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Caso Almonacid

Arellano y otros vs. Chile. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) (*Permanent Court of International Justice*). (1925). Sexta sesión extraordinaria. *Exchange of Greek and Turkish Populations*. Lausanne, 30 de junio de 1923. Recuperado de http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.02.21_greek_turkish.htm

Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) (*Permanent Court of International Justice*) (1933). Vigésima primera sesión. *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin Speech in the Danzig Territory*. Leyden, 4 de febrero de 1932. Recuperado de http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.02.04_danzig.htm

Cuarto y Quinto Informe del Estado Peruano relativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (2013). Redactado por Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Lima, Perú, octubre de 2013.

De Ferranti, D. (Marzo de 2002). *Seminario sobre globalización CEPAL-Banco Mundial* (Palabras de apertura). Recuperado de <https://www.cepal.org/prensa/noticias/noticias/2/9272/DeFerranti.pdf>

Dulitzky, A. (2007). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*. Buenos Aires, Argentina: Editoriales del Puerto.

Dyer, C. (1977) *Legal kidnapping: questionnaire and report on international child abduction by one parent*. La Haya. Bureau Permanent de la Conférence.

García M., V. (1990). *Derechos de la niñez*. México: Instituto de Investigación Jurídicas.

García, E. (1994) *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*. Bogotá; Colombia: Gente Nueva.

- Garcilaso, I. (2016) *Primera Parte de Comentarios Reales*. Lima, Perú: Fondo Editorial UIGV.
- Giddens, A. (2000). *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid, España: Taurus.
- Hodgkin, R. y Newell, P. (2004). *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (Edición enteramente revisada). Ginebra, Suiza: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef)
- Ibarrola, A (s/f) Derecho de Familia
- Humanium (s/f). *Historia de los derechos del niño, perspectiva histórica de la evolución de los derechos del niño*. Recuperado de <http://www.humanium.org/es/historia/>
- Humanium (s/f). *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*. Recuperado de <http://www.humanium.org/es/protocolo-completo-2011-procedimiento-comunicaciones/>
- Jiménez, E. (1962). Introducción al problema de las relaciones entre derecho internacional y el derecho interno. *Revista Jurídica* (Separata). ¿Volumen), (¿Número?), pp. 1-111.
- Landa, C. (2002). Dignidad de la Persona Humana, Mexico.
- Landa, C. (2009). *Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Recuperado de <https://www.politikaperu.org/los-tratados-internacionales-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional.htm>
- LeMoyne (s/f). Una oportunidad para cada niño, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (2016)
- Ley N° 26647 (Ley que regula actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Perú) (1996). Congreso de la República del Perú. Diario oficial *El Peruano*. Lima, Perú, 28 de junio de 1996.

- Ley N° 29227 (Ley que regula el Procedimiento no Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarias). Diario oficial *El Peruano*. Lima, Perú, 16 de mayo de 2008.
- Mosseri, A. (2017, abril 6). *Nueva herramienta de Facebook contra la desinformación*. Recuperado de <https://ltam.newsroom.fb.com/news/2017/04/nueva-herramienta-de-facebook-contra-la-desinformacion/>
- Novak, F., & García Corrochano, M. (2000). *Derecho internacional público*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Instituto de Estudios Internacionales.
- O'Donnell, D. (s/f). *La convención sobre los derechos del niño: Estructura y contenido OEA*.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017). *Primer Informe*, recuperado de www.oas.org/juridico/spanish/inf_prog1.pdf
- Ottone F., E. (2004). *La globalización y la integración de América Latina al mundo de hoy*. Recuperado de <https://www.cepal.org/noticias/paginas/0/24210/GlobalizacionylaIntegracion.pdf>
- Plácido, A. (2015). *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Pérez-Vera, E. (1982). *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Recuperado de <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779&dtid=3>.
- Recomendación 874/1979 (1979). Adoptada el 4 de diciembre de 1979 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.
- Rojas, W. (2015). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y derecho de familia*. Lima, Perú: Fecat.
- Rousseau, Ch. (1966). *Derecho internacional público*. Barcelona, España: Ediciones Ariel.

- Schooyans, P.M. (2001). *La ONU y la globalización*. Recuperado de <http://www.conoze.com/doc.php?doc=1466>
- Sparrow, T (2013). Por qué EE.UU. se niega a ratificar la Convención de los Derechos del Niño. BBC. recuperado de: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/11/131108_internacional_eeuu_tratado_ninos_ratificacion_tsb
- Tribunal Constitucional del Perú (2006). STC Exp. N° 047-2004-AI/TC. Lima, Perú, 24 de abril de 2006. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>
- Tribunal Constitucional del Perú (2005). STC Exp. N° 0025-2005-PI/TC y Exp. N° 0026-2005-PI/TC. Lima, Perú, 28 de octubre de 2005. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI%20Admisibilidad.html>
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). STC Exp. N° 00007-2007-PI/TC. Lima, Perú, 19 de junio de 2007. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html>
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). STC Exp. N° 0817-2009-PHC/TC. Lima, Perú, 7 de octubre de 2009. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>
- Unicef (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid, España: Unicef-Comité Español.
- Unicef (s/f). *Convención sobre los Derechos del Niño: Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados*. Recuperado de http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30203.html
- Unicef (s/f). *Convención sobre los Derechos del Niño: Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Recuperado de http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30204.html

Valencia, J. (1990). *Derechos humanos del niño*. Lima, Perú. Radda Barnen

Valencia, J., (1999). *Derechos humanos del niño en el marco de la doctrina de la protección integral*. Lima, Perú: Acción por los Niños.

Valencia, J. (2014). *Delincuencia juvenil: legislación, tratamiento y criminalidad*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

WordReference. *Online Language Dictionaries*. Recuperado de <http://www.wordreference.com/definicion/statu%20quo>



BIBLIOGRAFIA

- Aries, P. (1987). *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen* (Traducido por Naty García Guadilla). Madrid, España: Taurus.
- Alzate, M (2004). *El “Descubrimiento” de la Infancia (I): Historia de un Sentimiento*. Revista Electrónica de Educación y psicología. Colombia.
- Barros V., J. (2015). *Derecho internacional y derecho tributario*. Lima, Perú: Ediciones Legales.
- Beloff, M. (2012). *Convención sobre los Derechos del Niño: comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires, Argentina: La ley.
- Bobbio, N. (2005). *Teoría general del derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Carpizo, J. (1999). Los medios de comunicación masiva y el Estado de derecho, la democracia, la política y la ética. *Boletín mexicano de derecho compartido*, (96), pp. 743-764.
- Castell, M. (2000). Globalización, sociedad y política en la era de la información. *Revista Bitácora Urbano Territorial*, (4), pp. 42-53.
- Chunga, F (1995). *Derechos de Menores*, Lima, Peru Grijley
- Cillero, M. (1999). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Santiago, Chile.
- Código Civil del Perú de 1852 (Ley del 23 de diciembre de 1851). Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/wp-content/uploads/sites/76/2015/06/Codigo_civil_de_1852.pdf
- Código Civil del Perú de 1936 (Ley N° 8305). Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf

Código de los Niños y Adolescentes del Perú (Ley N° 27337). Diario oficial *El Peruano*.
Lima, Perú, 7 de agosto de 2000.

Comisión de Derecho Internacional (*International Law Commission*) (ILC) (2001).
Quincuagésima tercera sesión: 23 abril-1 de junio y 2 julio-10 agosto. *Chapter IV: State responsibility. Report on the work of the fifty-third session*. Recuperado de http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_56_10.pdf&lang=EXP

Constitución Política del Perú de 1979. Recuperado de <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969). Suscrito en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969. Recuperado de http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf

Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980). Adoptado el 25 de octubre de 1980 durante la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores Montevideo (1989). Adoptada el 15 de julio de 1989 en Montevideo, Uruguay. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2288.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2003/2288>

Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Adoptada mediante Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2006). Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) (*Permanent Court of International Justice*). (1925). Sexta sesión extraordinaria. *Exchange of Greek and Turkish Populations*. Lausanne, 30 de junio de 1923. Recuperado de http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.02.21_greek_turkish.htm

Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) (*Permanent Court of International Justice*) (1933). Vigésima primera sesión. *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin Speech in the Danzig Territory*. Leyden, 4 de febrero de 1932. Recuperado de http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.02.04_danzig.htm

Cuarto y Quinto Informe del Estado Peruano relativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (2013). Redactado por Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Lima, Perú, octubre de 2013.

Delgado Barreto, C., Delgado Menéndez, M. A., & Pontificia Universidad Católica del Perú. (2017). *Derecho internacional privado* (Primerán. ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

De Ferranti, D. (Marzo de 2002). *Seminario sobre globalización CEPAL-Banco Mundial* (Palabras de apertura). Recuperado de <https://www.cepal.org/prensa/noticias/noticias/2/9272/DeFerranti.pdf>

Dulitzky, A. (2007). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*. Buenos Aires, Argentina: Editoriales del Puerto.

Dyer, C. (1977) *Legal kidnapping: questionnaire and report on international child abduction by one parent*. La Haya. Bureau Permanent de la Conférence.

Fernández Carrasquilla, J. (2016). *Derecho penal: Parte general : Principios y categorías dogmáticas*. (Primerán. ed.).Lima: IDEMSA

Figuroa Gutarra, E. (2012). *Derecho constitucional* (1a ed.). Lima: San Marcos.

García M., V. (1990). *Derechos de la niñez*. México: Instituto de Investigación Jurídicas.

- García, E. (1994) *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*. Bogotá; Colombia: Gente Nueva.
- Garcilaso, I. (2016) *Primera Parte de Comentarios Reales*. Lima, Perú: Fondo Editorial UIGV.
- Giddens, A. (2000). *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid, España: Taurus.
- Hodgkin, R. y Newell, P. (2004). *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (Edición enteramente revisada). Ginebra, Suiza: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef)
- Ibarrola, A (s/f) Derecho de Familia
- Humanium (s/f). *Historia de los derechos del niño, perspectiva histórica de la evolución de los derechos del niño*. Recuperado de <http://www.humanium.org/es/historia/>
- Humanium (s/f). *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*. Recuperado de <http://www.humanium.org/es/protocolo-completo-2011-procedimiento-comunicaciones/>
- Jiménez, E. (1962). Introducción al problema de las relaciones entre derecho internacional y el derecho interno. *Revista Jurídica* (Separata). ¿Volumen), (¿Número?), pp. 1-111.
- Landa, C. (2002). Dignidad de la Persona Humana, Mexico.
- Landa, C. (2009). *Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Recuperado de <https://www.politikaperu.org/los-tratados-internacionales-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional.htm>
- LeMoyné (s/f). Una oportunidad para cada niño, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (2016)

- Ley N° 26647 (Ley que regula actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Perú) (1996). Congreso de la República del Perú. Diario oficial *El Peruano*. Lima, Perú, 28 de junio de 1996.
- Ley N° 29227 (Ley que regula el Procedimiento no Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías). Diario oficial *El Peruano*. Lima, Perú, 16 de mayo de 2008.
- Mosseri, A. (2017, abril 6). *Nueva herramienta de Facebook contra la desinformación*. Recuperado de <https://itam.newsroom.fb.com/news/2017/04/nueva-herramienta-de-facebook-contra-la-desinformacion/>
- Novak, F., & García Corrochano, M. (2000). *Derecho internacional público*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Instituto de Estudios Internacionales.
- O'Donnell, D. (s/f). La convención sobre los derechos del niño: Estructura y contenido OEA.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017). Primer Informe, recuperado de www.oas.org/juridico/spanish/inf_prog1.pdf
- Ortega Carcelén, M. (2014). *Derecho global: Derecho internacional público en la era global*. Madrid: Tecnos.
- Ottone F., E. (2004). *La globalización y la integración de América Latina al mundo de hoy*. Recuperado de <https://www.cepal.org/noticias/paginas/0/24210/GlobalizacionylaIntegracion.pdf>
- Pactet, P., & Mélin-Soucramanien, F. (2011). *Derecho constitucional*. Bogotá: Legis.
- Plácido, A. (2015). *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

- Pérez-Vera, E. (1982). *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Recuperado de <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779&dtid=3>.
- Recomendación 874/1979 (1979). Adoptada el 4 de diciembre de 1979 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.
- Rojas, W. (2015). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y derecho de familia*. Lima, Perú: Fecat.
- Rousseau, Ch. (1966). *Derecho internacional público*. Barcelona, España: Ediciones Ariel.
- Schooyans, P.M. (2001). *La ONU y la globalización*. Recuperado de <http://www.conoze.com/doc.php?doc=1466>
- Sparrow, T (2013). Por qué EE.UU. se niega a ratificar la Convención de los Derechos del Niño. BBC. recuperado de: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/11/131108_internacional_eeuu_tratado_ninos_ratificacion_tsb
- Tribunal Constitucional del Perú (2006). STC Exp. N° 047-2004-AI/TC. Lima, Perú, 24 de abril de 2006. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>
- Tribunal Constitucional del Perú (2005). STC Exp. N° 0025-2005-PI/TC y Exp. N° 0026-2005-PI/TC. Lima, Perú, 28 de octubre de 2005. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI%20Admisibilidad.html>
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). STC Exp. N° 00007-2007-PI/TC. Lima, Perú, 19 de junio de 2007. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html>
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). STC Exp. N° 0817-2009-PHC/TC. Lima, Perú, 7 de octubre de 2009. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>

- Unicef (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid, España: Unicef-Comité Español.
- Unicef (s/f). *Convención sobre los Derechos del Niño: Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados*. Recuperado de http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30203.html
- Unicef (s/f). *Convención sobre los Derechos del Niño: Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Recuperado de http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30204.html
- Valencia, J. (1990). *Derechos humanos del niño*. Lima, Perú. Radda Barnen
- Valencia, J., (1999). *Derechos humanos del niño en el marco de la doctrina de la protección integral*. Lima, Perú: Acción por los Niños.
- Valencia, J. (2014). *Delincuencia juvenil: legislación, tratamiento y criminalidad*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Varsi-Rospigliosi, E., & Bergel, S. D. (2013). *Derecho genético: Principios generales* (Quintán. ed.). Lima: Grijley.
- WordReference. *Online Language Dictionaries*. Recuperado de <http://www.wordreference.com/definicion/statu%20quo>



ANEXOS

ANEXO N° 1: ENTREVISTA A LA DOCTORA CECILIA GONZALES

1.- ¿El Convenio de La Haya se aplica de forma eficiente en el Perú?

No, ya que no tenemos un estándar de actuación que sea respetado para todos los casos y por todos los jueces e instituciones involucradas. Incluso se han visto casos en los que alguna representación diplomática de otro país ha actuado vulnerando las obligaciones del Convenio.

Si a ese nivel hay una vulneración, imagínate cuando hablamos de los operadores, que a nivel nacional son miles.

2.- ¿Existen mecanismos de coacción para el cumplimiento del Convenio?

Si los casos se tramitan a nivel jurisdiccional, existen mecanismos de coacción. En ese sentido, el juez tiene facultades coercitivas previstas en el artículo 53° del Código Procesal Civil. Las maneras por las que el juez puede compeler a los interesados y a las partes para cumplir su mandato son distintas: desde la multa, pasando por el apercibimiento, podría llegar a una denuncia penal, sin descuidar, claro está, sus facultades para persuadir a las partes sobre el beneficio de cumplir con lo dispuesto en el ordenamiento.

3.- ¿Las instituciones responsables de los estados parte cumplen con los plazos señalados por la Convención?

En la mayoría de los casos no son cumplidos, lamentablemente tanto a nivel administrativo como judicial, donde se produce una investigación prejudicial e incluso una hay una etapa donde se establece conexiones al padre al que se le atribuye la sustracción.

No se respeta el plazo ni a nivel judicial, por cuanto el procedimiento no está previsto. Ese es un problema, ya que un caso de restitución internacional puede llegar hasta la Corte Suprema de la República, lo cual significa que el proceso, en términos de tiempo, puede ser de tres a cuatro años.

4.- ¿Cuáles considera que son los principales problemas que aún no han sido solucionados en el Perú en el ámbito de la aplicación del Convenio?

El principal problema no solo en el Perú, sino también en la mayoría de países, es el mismo: el tiempo. La afectación del niño se produce porque ha sido desvinculado de su medio, de su ambiente. En ese sentido, mientras más tiempo pasa el niño en el país que lo recibe, necesariamente, si está en unas condiciones estables de vida, se va a vincular a este nuevo ambiente. Va a llegar un momento en el que hacer cumplir el Convenio va a significar desarraigar del niño de un estado al que ya estaba adaptado.

Otro problema es que todavía no tenemos jurisprudencia suficiente que pueda orientar al magistrado de primer nivel en el tratamiento de estos casos. El siguiente problema es que no se ha cerrado el seguimiento del caso hasta la doble instancia, donde debería terminar. Actualmente, existen casos que llegan hasta la Corte Suprema de la República.

5.- ¿Existe alguna propuesta de modificación legislativa para una aplicación más eficaz del Convenio de La Haya?

Sí, porque uno de los principales obstáculos es que no hay un procedimiento previsto para el tratamiento de estos casos. En la Comisión de Reforma del Código de los Niños y Adolescentes del Congreso de la República se trabajó todo el proyecto del nuevo código, incluyendo un nuevo capítulo sobre la restitución internacional de menores, que comprendía un procedimiento detallado, pero también breve, que concluía en la segunda instancia.

6.- ¿Existe entre los operadores nacionales una definición homogénea de “interés superior del niño” para la aplicación del Convenio de La Haya?

Yo creo que si, si hablamos de los operadores calificados, de los operadores técnicos, por cuanto el interés superior del niño no data solo desde la Convención de los Derechos del Niño, sino es anterior, viene de pactos internacionales. Ha habido tiempo suficiente para desarrollarlo doctrinariamente.

En la actualidad es aceptado pacíficamente que el principio del interés superior del niño no es una norma vaga y vacía de contenido, sino que, por el contrario, representa, en primer, una regla por la cual debe protegerse los derechos del niño frente a otros derechos que puedan estar involucrados.

En segundo lugar, la satisfacción del interés superior del niño no puede darse si no se trata de otorgarle y reconocerle todos los derechos que le son inherentes. Y en tercer lugar, el principio del interés superior del niño es una regla de ponderación en los casos donde hay otros derechos involucrados.

7.- ¿Considera que los operadores de justicia nacionales están correctamente capacitados para la aplicación del Convenio?

Actualmente el proceso de selección de magistrados es muy riguroso. El magistrado que ingresa a una plaza de juez de familia o juez mixto, que algunas veces tienen que ver estas materias, posiblemente no conozcan el Convenio. Sin embargo, este Convenio es sencillo y fácil de interpretar cuando el juez cuenta con el bagaje jurídico que le permita interpretar cualquier problema de derechos humanos.

No considero que sea dificultoso para los magistrados dar una interpretación correcta del Convenio. Creo que el problema está, más bien, en otros aspectos que debilitan el procedimiento.

8.- Respecto a los mecanismos de prevención de la sustracción de niños en el Perú, ¿considera usted que son suficientes? Y de no ser así, ¿qué mecanismos deberían ser incorporados en la legislación peruana?

En primer lugar, la responsabilidad de los padres debería ser el primer mecanismo de prevención, ya que ellos, por ser quienes ejercen la patria potestad, son los primeros obligados con el interés superior del niño. Mientras tengamos ciudadanos que no tienen una formación cultural suficiente, una convicción de respeto de derecho suficiente, siempre habrá el riesgo de que se presenten estos casos.

En segundo lugar, sucede que a nivel administrativo tenemos algunas fronteras que son muy débiles. En ese sentido, no todos los niños lo hacen por el aeropuerto nacional Jorge Chávez, sino que prefieren otras fronteras que permitan un traslado de personas sin la debida verificación y control.

En tercer lugar, hay un problema que siempre aqueja a los estados: el problema de la corrupción. Así, existe la posibilidad de que un mal funcionario permita la salida del país de un niño, aun cuando sabe que ello no debe ocurrir.

9.- ¿Considera que la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores es un instrumento de mayor precisión que el Convenio de La Haya?

Sí, porque es un desarrollo de la Convención de La Haya para la región de América Latina, ya que se han preocupado de puntualizar algunos aspectos de procedimiento que dan a nuestra cultura de llevar litigios escritos con plazos indeterminados, sino una cultura de resolución oral era necesario.

Desde ese punto de vista, la Convención Interamericana tiene una ventaja, pero no debemos olvidar que es un ámbito restringido. Y ahora con globalización, los niños que se trasladan al Perú no son solo de Latinoamérica, sino de todo el mundo. Por lo tanto, esa es la debilidad, que es de aplicación regional.

10.- ¿Cómo proceden los operadores peruanos cuando los estados no forman parte del Convenio?

Para cualquier problema jurídico que no esté contemplado específicamente en la ley, se utilizan las vías diplomáticas. En este caso, las cartas rogatorias, que son

mecanismos por los cuales los juzgados acceden a desarrollar alguna acción de protección o de persuasión del padre sustractor. Más allá de eso existen los procesos de tenencia y permisos de viajes, que podrían ser usados por el padre que no tiene la posibilidad de acceder al Convenio para lograr que se decida que el niño pueda vivir con él en otro país. En ese sentido, el proceso de tenencia puede contemplar esa petición específica, es decir, tener la custodia del niño para que viva en tal lugar. Por su parte, el proceso de permiso de viaje, si bien se encuentra dentro del proceso no contencioso de autorización, no está previsto para un caso de mayor litigiosidad o de oposición, ya que en la práctica también se utiliza para lograr la autorización de residencia en el extranjero. Estas serían las vías judiciales que se podrían utilizar.

La desventaja de ambas vías es que si bien no es obligatoria la presencia física del demandante, quien podría ser representado por un apoderado, sí se requiere su presencia en el proceso y seguramente se le pedirá que asista a la audiencia. La segunda desventaja es que se trata de vías procesales que tiene costos, lo cual no ocurre en el caso de la restitución internacional.

¿Qué pasa cuando los estados no forman parte del Convenio? En este caso, el padre podría invocar (si quisiera defenderse de la restitución), como argumento de defensa, que el Estado no ha firmado el Convenio, dado que se trata de una norma internacional que está vinculada a los derechos fundamentales de las personas, lo cual no quita que cualquier órgano jurisdiccional pueda guiarse por sus lineamientos para resolver una pretensión específica. Pienso que no podría establecerse un proceso de restitución de menores con las características previstas con el Convenio (donde intervenga la autoridad central u otro ente), pero cualquier juez está obligado a pronunciarse en situaciones jurídicas aunque estas no estuviesen explícitamente previstas por la ley. Por lo tanto, esto no enerva la posibilidad de decidir sobre una cuestión de fondo como esta.

ANEXO N° 2: CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES

Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

(Hecho el 25 de octubre de 1980)

(Entrado en vigor el 1° de diciembre de 1983)

Los Estados signatarios del presente Convenio,

Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia,

Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita,

Han resuelto concluir un Convenio a tal efecto y han acordado las disposiciones siguientes:

CAPITULO I - AMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1

La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;

b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Artículo 2

Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

Artículo 3

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en *a)* puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Artículo 4

El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

Artículo 5

A los efectos del presente Convenio:

a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;

b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

CAPITULO II - AUTORIDADES CENTRALES

Artículo 6

Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

Los Estados federales, los Estados en que esté vigente más de un sistema jurídico o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la Autoridad Central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la Autoridad Central de dicho Estado.

Artículo 7

Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

CAPITULO III - RESTITUCION DEL MENOR

Artículo 8

Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

- a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;

- c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

- e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al Derecho vigente en esta materia de dicho Estado.
- g) cualquier otro documento pertinente.

Artículo 9

Si la Autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante.

Artículo 10

La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

Artículo 11

Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante.

Artículo 12

Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en

el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

Artículo 13

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera 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 grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

Artículo 14

Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

Artículo 15

Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán

todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.

Artículo 16

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

Artículo 17

El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

Artículo 18

Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

Artículo 19

Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

Artículo 20

La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

CAPITULO IV - DERECHO DE VISITA

Artículo 21

Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

CAPITULO V - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 22

No podrá exigirse fianza ni depósito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

Artículo 23

No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, legalización ni otras formalidades análogas.

Artículo 24

Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés.

No obstante, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda solicitud, comunicación u otros documentos que se envíen a su Autoridad Central.

Artículo 25

Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

Artículo 26

Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir gasto alguno de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor, así como todos las costas y pagos realizados para localizar al menor.

Artículo 27

Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la solicitud carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente de sus motivos al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso.

Artículo 28

Una Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

Artículo 29

El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o del derecho de visita en el sentido previsto en los artículos 3 o 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 30

Toda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes.

Artículo 31

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes:

a) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;

b) toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente el menor.

Artículo 32

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de Derecho especificado por la ley de dicho Estado.

Artículo 33

Un Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de Derecho.

Artículo 34

El presente Convenio tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el *Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de las Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores* entre los Estados parte en ambos Convenios.

Por lo demás, el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

Artículo 35

El presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

Si se hubiera formulado una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 o 40, la referencia a un Estado contratante que figura en el párrafo precedente se entenderá que se refiere a la unidad o unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

Artículo 36

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones.

CAPITULO VI - CLAUSULAS FINALES

Artículo 37

El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que eran Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión.

Será ratificado, aceptado o aprobado y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Artículo 38

Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio.

El instrumento de adhesión será depositado en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que se adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de adhesión.

La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados contratantes.

El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el día uno del tercer mes siguiente al depósito de la declaración de aceptación.

Artículo 39

Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Convenio se extenderá al conjunto de los territorios a los que representa en el plano internacional, o a uno o varios de ellos. Esta declaración surtirá efecto en el momento en que el Convenio entre en vigor para dicho Estado.

Esa declaración, así como toda extensión posterior, será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

Artículo 40

Si un Estado contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas jurídicos distintos en relación a las materias de que trata el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el presente Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración.

Estas declaraciones se notificarán al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos y se indicará en ellas expresamente las unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

Artículo 41

Cuando un Estado contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las Autoridades Centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

Artículo 42

Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el artículo 24 y en el tercer párrafo del artículo 26, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 o 40. Ninguna otra reserva será admitida.

Cualquier Estado podrá retirar en cualquier momento una reserva que hubiera formulado. El retiro será notificado al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

La reserva dejará de tener efecto el día primero del tercer mes siguiente a la notificación a que se hace referencia en el párrafo precedente.

Artículo 43

El Convenio entrará en vigor el día primero del tercer mes siguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los artículos 37 y 38.

Después, el Convenio entrará en vigor:

1. para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o se adhiera con posterioridad, el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
2. para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido el Convenio de conformidad con el artículo 39 o 40, el día uno del tercer mes siguiente a la notificación a que se hace referencia en esos artículos.

Artículo 44

El Convenio tendrá una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 43, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido.

Salvo denuncia, el Convenio se renovará tácitamente cada cinco años.

Toda denuncia será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, por lo menos seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años. La denuncia podrá limitarse a determinados territorios o unidades territoriales a los que se aplica el Convenio.

La denuncia tendrá efecto sólo respecto al Estado que la hubiera notificado. El Convenio continuará en vigor para los demás Estados contratantes.

Artículo 45

El Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos notificará a los Estados miembros de la Conferencia y a los Estados que se hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38, lo siguiente:

1. las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que hace referencia el artículo 37;
2. las adhesiones a que hace referencia el artículo 38;
3. la fecha en que el Convenio entre en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 43;
4. las extensiones a que hace referencia el artículo 39;
5. las declaraciones mencionadas en los artículos 38 y 40;
6. las reservas previstas en el artículo 24 y en el párrafo tercero del artículo 26 y los retiros previstos en el artículo 42;
7. las denuncias previstas en el artículo 44.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, firman el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que se depositará en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se remitirá por vía diplomática copia auténtica a cada uno de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión.

ANEXO N° 3: CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

AMBITO DE APLICACION

Artículo 1

La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. 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.

Artículo 2

Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.

Artículo 3

Para los efectos de esta Convención:

- a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;
- b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Artículo 4

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor 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.

Artículo 5

Podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el Artículo 4.

Artículo 6

Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención.

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo.

AUTORIDAD CENTRAL

Artículo 7

Para los efectos de esta Convención cada Estado Parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

En especial, la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención.

Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención.

PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCION

Artículo 8

Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercerlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, de la siguiente forma:

- a. A través de exhorto o carta rogatoria; o
- b. Mediante solicitud a la autoridad central, o
- c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

Artículo 9

1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener:

a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;

b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y

c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;

b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;

c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y

e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

3. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

Artículo 10

El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor.

Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Artículo 9 y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del menor.

Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

Artículo 11

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o

b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

Artículo 12

La oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quién lo retiene.

Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte.

Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.

Artículo 13

Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

Los gastos del traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

Artículo 14

Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostre que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Artículo 15

La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

Artículo 16

Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del Artículo 4, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.*

Artículo 17

Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

LOCALIZACION DE MENORES

Artículo 18

La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el Artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél.

Artículo 19

La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

Artículo 20

Si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del Artículo 19 podrán quedar sin efecto.

El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención.

DERECHO DE VISITA

Artículo 21

La solicitud que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares podrá ser dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado Parte conforme a lo dispuesto en el Artículo 6 de la presente Convención. El procedimiento respectivo será el previsto en esta Convención para la restitución del menor.

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 22

Los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso.

Artículo 23

La tramitación de los exhortos o solicitudes contempladas en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación.

Si los interesados en la tramitación del exhorto o solicitud hubieren designado apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgue, estarán a su cargo.

Sin embargo, al ordenar la restitución de un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución.

Artículo 24

Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, y no requieren intervención de parte interesada. Lo anterior no obsta para que las partes intervengan por sí o por intermedio de apoderado.

Artículo 25

La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

Artículo 26

La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.

Artículo 27

El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma.

Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 28

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 29

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 30

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 31

Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas, y que no sea incompatible con el objeto y fines de esta Convención.

Artículo 32

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 33

Respecto a un Estado que tenga en materia de guarda de menores dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes:

a. Cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;

b. Cualquier referencia a la ley del Estado de la residencia habitual contempla la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.

Artículo 34

Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención.

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.

Artículo 35

La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia.

Artículo 36

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el

trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 37

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Parte.

Artículo 38

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el Artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en los artículos pertinentes de la presente Convención.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE MONTEVIDEO, REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, el día quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

ANEXO N° 4: FORMULARIO DE DENUNCIA

<p>MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLE DEL PERU DIRECCIÓN GENERAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES</p> <p>AUTORIDAD CENTRAL PARA LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD (1980)</p> <p>Objeto de la Solicitud: (PURPOSE OF THE REQUEST)</p> <p><input type="checkbox"/> RESTITUCIÓN INTERNACIONAL (INTERNATIONAL RETURN) <input type="checkbox"/> RÉGIMEN DE VISITAS (VISITS)</p>			
I. NOMBRE DE LA NIÑA / NIÑO (NAME OF CHILD)			
APELLIDO PATERNO (LAST)	APELLIDO MATERNO (MIDDLE)	NOMBRES (FIRST)	
FECHA DE NACIMIENTO (DATE OF BIRTH)		LUGAR DE NACIMIENTO (PLACE OF BIRTH)	
DOMICILIO EN QUE RESIDIA ANTES DE SU SUSTRACCION (ADDRESS OF HABITUAL RESIDENCE)			
NACIONALIDAD (NATIONALITY)		NUMERO DE PASAPORTE Y FECHA DE EXPEDICION (NUMBER OF PASSPORT AND DATE OF EXPEDITION)	
ESTATURA (HEIGHT)	PESO (WEIGHT)	COLOR DE OJOS (COLOR OF EYES)	COLOR DE CABELLO (COLOR OF HAIR)
SEÑAS PARTICULARES (DISTINGUISHING MARKS)			

NOMBRE DEL PADRE (FATHER'S NAME)		
APELLIDO PATERNO (LAST)	APELLIDO MATERNO (MIDDLE)	NOMBRE (FIRST)
FECHA DE NACIMIENTO (DATE OF BIRTH)		LUGAR DE NACIMIENTO (PLACE OF BIRTH)
DOMICILIO ACTUAL (O ULTIMO QUE SE HAYA CONOCIDO) (CURRENT OR LAST KNOWN ADDRESS)		
NACIONALIDAD (NATIONALITY)		NUMERO DE PASAPORTE Y FECHA DE EXPEDICION (NUMBER OF PASSPORT AND DATE OF EXPEDITION)
TELEFONO (TELEPHONE)	OCUPACION (EMPLOYMENT)	PAIS DE RESIDENCIA (COUNTRY OF HABITUAL RESIDENCE)
NOMBRE DE LA MADRE (MOTHER'S NAME)		
APELLIDO PATERNO (LAST)	APELLIDO MATERNO (MIDDLE)	NOMBRE (FIRST)
FECHA DE NACIMIENTO (DATE OF BIRTH)		LUGAR DE NACIMIENTO (PLACE OF BIRTH)
DOMICILIO ACTUAL (O ULTIMO QUE SE HALLA CONOCIDO) (CURRENT OR LAST KNOWN ADDRESS)		
NACIONALIDAD (NATIONALITY)	NUMERO DE PASAPORTE Y FECHA DE EXPEDICION (NUMBER OF PASSPORT AND DATE OF EXPEDITION)	



TELEFONO (TELEPHONE)	OCUPACION (EMPLOYMENT)	PAIS DE RESIDENCIA (COUNTRY OF HABITUAL RESIDENCE)
LUGAR Y FECHA DEL MATRIMONIO Y/O DIVORCIO, EN SU CASO (DATE AND PLACE OF MARRIAGE AND/ OR DIVORCE, IF APPLICABLE)		
II. FACTORES DE DERECHO QUE JUSTIFIQUEN LA SOLICITUD DE RESTITUCION (LEGAL GROUNDS JUSTIFYING THE REQUEST) <input type="checkbox"/> Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) <input type="checkbox"/> Código de los Niños y Adolescentes, Libro III (Code of Children and Adolescents, Book III) <input type="checkbox"/> Otros (Others)		
III. FECHA, HORA, LUGAR Y CIRCUNSTANCIAS DEL SECUESTRO O RETENCION ILICITOS DEL MENOR (DATE, TIME, PLACE AND CIRCUMSTANCES OF THE WRONGFUL REMOVAL OR RETENTION) Lugar donde se supone que se encuentra el menor trasladado o retenido ilícitamente: (Place where the child is thought to be retained or removal in an illicit way) Fecha del traslado o la retención ilícita: (Date of wrongful removal or retention) Circunstancias en las que se realizó el traslado o la retención ilícitas: (Circumstances of the wrongful removal or retention) ¿Contaba con autorización de viaje? Sí <input type="checkbox"/> No <input type="checkbox"/> (Had to authorization of travel?) Lugar y fecha de expedición: (Place and date of expedicion) Vencimiento de la autorización de viaje: (Maturity of the travel authorization) Fecha de retorno prevista: (Scheduled date of return)		



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

Otros hechos relevantes: (Other relevant facts)			
IV. INFORMACION RELATIVA A LA PERSONA QUE PRESUNTAMENTE RETUVO O SUSTRAJÓ AL MENOR, LOCALIZACION. (INFORMATION CONCERNING THE PERSON ALLEGED O HAVE WRONGFULLY REMOVED OR RETAINED THE CHILD)			
NOMBRE (NAME)			
APELLIDO PATERNO (LAST)	APELLIDO MATERNO (MIDDLE)	NOMBRE (FIRST)	
FECHA DE NACIMIENTO (DATE OF BIRTH)		LUGAR DE NACIMIENTO (PLACE OF BIRTH)	
NACIONALIDAD (NATIONALITY)		NUMERO DE PASAPORTE Y FECHA DE EXPEDICION (NUMBER OF PASSPORT AND DATE OF EXPEDITION)	
OCUPACION (NOMBRE Y DOMICILIO DEL PATRON) (PROFFESION, NAME AND ADDRESS OF THE OWNER)			
LOCALIZACION O ULTIMO DOMICILIO CONOCIDO QUE HAYA TENIDO EN EL PERU (LOCALIZATION OR LAST KNOWN ADDRESS IN PERU)			
ESTATURA (HEIGHT)	PESO (WEIGHT)	COLOR DE OJOS (COLOR OF EYES)	COLOR DE CABELLO (COLOR OF HAIR)



INFORMACIÓN ADICIONAL (ADDITIONAL INFORMATION)

¿Cuenta el padre/madre sustractor con parientes o amistades en el País Requerido?
(Does the parent abductor with relatives or friends in the country required?)

NOMBRE (Name)	GRADO DE PARENTESO (Degree of Kinship)

Possible ubicación de parientes en el País Requerido:
(Possible location of relatives in the country required)

NOMBRE (Name)	DOMICILIO (Address)	TELÉFONO (Telephone)



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

V. PROCEDIMIENTOS O INSTANCIAS EN TRAMITE
(CIVIL PROCEEDINGS IN PROGRESS)

Resolución Judicial de Tenencia (Custodia): SI NO
(Judicial resolution of Custody)

Juez que emitió la Resolución:
(Judge who issued Resolution)

Nº de Expediente:
(Nº Expedient)

Lugar y Fecha:
(Place and Date)

Resolución que otorga Régimen de Visitas: SI NO
(Judicial resolution of righth of access)

Juez que emitió la Resolución:
(Judge who issued Resolution)

Nº de Expediente:
(Nº Expedient)

Lugar y Fecha:
(Place and Date)

Oposición de viaje: SI NO
(Opposition travel)

Juez que emitió la Resolución:
(Judge who issued Resolution)

Nº de Expediente:
(Nº Expedient)

Lugar y Fecha:
(Place and Date)

Sentencia de Divorcio: SI NO
(Divorce decree)

Juez que emitió la Resolución:
(Judge who issued Resolution)

Nº de Expediente:
(Nº Expedient)

Lugar y Fecha:
(Place and Date)

**PERÚ**Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables**Otros procesos relevantes:**
(Other relevant processes)

MATERIA DEL PROCESO (Process matters)	Nº DE EXPEDIENTE (Nº Expedient)	JUEZ COMPETENTE (Judge)	LUGAR Y FECHA DE RESOLUCIÓN (Date and place of resolution)

VI. INFORMACION RELATIVA A LA PERSONA QUE SOLICITA LA RESTITUCION O EL GOCE DE DERECHOS DE VISITA
(INFORMATION CONCERNING THE PERSON TO WHOM THE CHILD IS TO BE RETURNED OR ENJOYMENT)**NOMBRE (NAME)****APELLIDO PATERNO**
(LAST)**APELLIDO MATERNO**
(MIDDLE)**NOMBRE**
(FIRST)**FECHA DE NACIMIENTO**
(DATE OF BIRTH)**LUGAR DE NACIMIENTO**
(PLACE OF BIRTH)**VII. DOCUMENTOS QUE SE ANEXAN**
(DOCUMENT ATTACHED)**FOTOGRAFIA DEL MENOR**
(PHOTOGRAPH OF THE CHILD)**FOTOGRAFIA DE LA PERSONA QUE PRESUNTAMENTE SUSTRajo AL MENOR**
(PHOTOGRAPH OF THE PERSON ALLEGED TO HAVE WRONGFULLY REMOVED THE CHILD)www.mimp.gob.peCamaná 616 Cercado - Lima
Lima 01, Perú
T: (511) 416-5200



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

SENTENCIA QUE DECRETA EL DIVORCIO (DIVORCE DECREE)	
ACUERDO O CONVENIO JUDICIAL RELATIVO A LA CUSTODIA Y/O AL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA (JUDICIAL AGREEMENT CONCERNING CUSTODY OR RIGH OF ACCESS)	
OTROS (OTHER)	
FIRMA DEL SOLICITANTE Y/O SELLO DE LA AUTORIDAD CENTRAL (SIGNATURE OF APPLICANT AND/OR STAMP OF CENTRAL AUTHORITY)	LUGAR Y FECHA (DATE AND PLACE)
DOMICILIO (ADDRESS) Jirón Camaná N° 616 Cercado de Lima Lima 01- Perú	TELEFONO (TELEPHONE) 0051-1-6261600 anexo 7003



VIII. COMENTARIOS Y OBSERVACIONES
(OTHER REMARKS)

**PERÚ**Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables**ANEXO EN CASO DE MAS DE UN NIÑO (A) (ANEX IN CASE OF
MORE THAN ONE CHILD)**

NOMBRE DEL NIÑO (A) 2 (NAME OF CHILD 2)			
APELLIDO PATERNO (LAST)		APELLIDO MATERNO (MIDDLE)	NOMBRES (FIRST)
FECHA DE NACIMIENTO (DATE OF BIRTH)		LUGAR DE NACIMIENTO (PLACE OF BIRTH)	
DOMICILIO EN QUE RESIDIA ANTES DE SU SUSTRACCION (ADDRESS OF HABITUAL RESIDENCE)			
NACIONALIDAD (NATIONALITY)		NUMERO DE PASAPORTE Y FECHA DE EXPEDICION (NUMBER OF PASSPORT AND DATE OF EXPEDITION)	
ESTATURA (HEIGHT)	PESO (WEIGHT)	COLOR DE OJOS (COLOR OF EYES)	COLOR DE CABELLO (COLOR OF HAIR)
SEÑAS PARTICULARES (DISTINGUISHING MARKS)			
NOMBRE DEL NIÑO (A) 3 (NAME OF CHILD 3)			
APELLIDO PATERNO (LAST)		APELLIDO MATERNO (MIDDLE)	NOMBRE (FIRST)
FECHA DE NACIMIENTO (DATE OF BIRTH)		LUGAR DE NACIMIENTO (PLACE OF BIRTH)	

**PERÚ**Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

DOMICILIO EN QUE RESIDIA ANTES DE SU SUSTRACCION (ADDRESS OF HABITUAL RESIDENCE)			
NACIONALIDAD (NATIONALITY)		NUMERO DE PASAPORTE Y FECHA DE EXPEDICION (NUMBER OF PASSPORT AND DATE OF EXPEDITION)	
ESTATURA (HEIGHT)	PESO (WEIGHT)	COLOR DE OJOS (COLOR OF EYES)	COLOR DE CABELLO (COLOR OF HAIR)
NOMBRE DEL NIÑO (A) 4 (NAME OF CHILD 4)			
APELLIDO PATERNO (LAST)	APELLIDO MATERNO (MIDDLE)	NOMBRE (FIRST)	
FECHA DE NACIMIENTO (DATE OF BIRTH)		LUGAR DE NACIMIENTO (PLACE OF BIRTH)	
DOMICILIO EN QUE RESIDIA ANTES DE SU SUSTRACCION (ADDRESS OF HABITUAL RESIDENCE)			
NACIONALIDAD (NATIONALITY)		NUMERO DE PASAPORTE Y FECHA DE EXPEDICION (NUMBER OF PASSPORT AND DATE OF EXPEDITION)	
ESTATURA (HEIGHT)	PESO (WEIGHT)	COLOR DE OJOS (COLOR OF EYES)	COLOR DE CABELLO (COLOR OF HAIR)
SEÑAS PARTICULARES (DISTINGUISHING MARKS)			