

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO GUATEMALTECO EN SU OBLIGACIÓN
INTERNACIONAL DE RESTITUIR A LOS NIÑOS Y NIÑAS SUSTRÁIDOS
ILÍCITAMENTE.**

MARÍA ANALY FRANCO VÁSQUEZ

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2011

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO GUATEMALTECO EN SU OBLIGACIÓN
INTERNACIONAL DE RESTITUIR A LOS NIÑOS Y NIÑAS SUSTRÁIDOS
ILÍCITAMENTE.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA ANALY FRANCO VÁSQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, septiembre 2011

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Salazar Diéguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. Jorge Luis Franco López.
Abogado y Notario.
14 calle "A" 10-30 zona 1.
Ciudad de Guatemala.
Tel 52017125 -22320958.



Guatemala, 09 agosto de 2009

Licenciado:
MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria.



Licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento a la designación como Asesor, en el trabajo de Tesis, presentado por la estudiante: **MARIA ANALY FRANCO VÁSQUEZ**, intitulado: **"EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO GUATEMALTECO EN SU OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE RESTITUIR A LOS NIÑOS Y NIÑAS SUSTRÁIDOS ILÍCITAMENTE"** a usted, me permito informar lo siguiente:

A la estudiante **MARIA ANALY FRANCO VÁSQUEZ**, se le dio la asesoría correspondiente, orientándole en el uso de los métodos y técnicas de investigación tales como: el método deductivo, inductivo e histórico se aplicó las técnicas de investigación documental directas e indirectas tales como la bibliográfica. La sustentante determinó que en el ámbito nacional, el Derecho internacional con respecto a la restitución de los niños y niñas sustraídos ilícitamente por sus padres no ha tenido la difusión adecuada para que toda la población y se tenga conocimiento del mismo y pueda ser de auxilio a las familias víctimas en estos casos.

En mi opinión el contenido de la tesis efectivamente cumple con los requerimientos científicos y técnicos solicitados por esta prestigiosa casa de estudios superiores, en el cual se comprobó que efectivamente la Convención de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es un Convenio internacional ratificado y suscrito por el Estado de Guatemala, y la autoridad central que en este caso es la Procuraduría General de la Nación no colabora con los actores del procedimiento de restitución de menores ni con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; ni lleva a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, tampoco auxilia a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en la convención en mención; incumpliendo así el Estado de Guatemala el convenio referido. Por otra parte la autora enfocó el tema con propiedad utilizando un lenguaje claro y fácil de comprender. Así mismo la bibliografía consultada es la adecuada a esta clase de tema, revistiendo el mismo una capital importancia y sobre todo el aporte científico con el que se prueba la aplicación a los casos de sustracción internacional de menores que puedan suceder en Guatemala, tema que servirá de consulta a los profesionales.

Lic. Jorge Luis Franco López.
Abogado y Notario.
14 calle "A" 10-30 zona 1.
Ciudad de Guatemala.
Tel 52017125 -22320958.



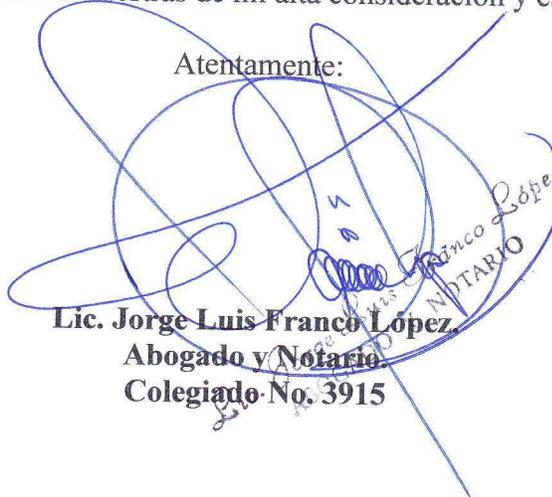
La Señorita: **FRANCO VÁSQUEZ**, abordó el tema con propiedad, de una manera clara y fácil de comprender y en sus conclusiones y recomendaciones, nos refiere al tema **“EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO GUATEMALTECO EN SU OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE RESTITUIR A LOS NIÑOS Y NIÑAS SUSTRÁIDOS ILÍCITAMENTE”**. Hago la salvedad, que la sustentante, cumplió con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual indica: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión al respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueba el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes”. Por lo que me permito opinar:

- a) Que el contenido científico y técnico de la tesis, es el indicado;
- b) La Metodología y las técnicas de investigación utilizadas; así como la redacción son las adecuadas;
- c) La bibliografía es la recomendada.

Por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, considerando que el trabajo asesorado, puede ser discutido en el Examen Público correspondiente.

Sin otro particular, me es grato suscribirme del señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis, de nuestra casa de estudios, con las muestras de mi alta consideración y estima.

Atentamente:


Lic. Jorge Luis Franco López.
Abogado y Notario.
Colegiado No. 3915

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de enero de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RUBÉN FLORES MONROY, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARÍA ANALY FRANCO VÁSQUEZ, Intitulado: "EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO GUATEMALTECO EN SU OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE RESTITUIR A LOS NIÑOS Y NIÑAS SUSTRADOS ILICITAMENTE".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/crla.



Guatemala, 9 de abril de 2010

Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria.
Campus Central.



Licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento a la designación como Revisor, en el trabajo de Tesis intitulado: **"EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO GUATEMALTECO EN SU OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE RESTITUIR A LOS NIÑOS Y NIÑAS SUSTRÁIDOS ILÍCITAMENTE"** presentado por la estudiante: **María Analy Franco Vásquez**, me permito informar lo siguiente:

- I. Se reviso el documento de tesis intitulado **"EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO GUATEMALTECO EN SU OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE RESTITUIR A LOS NIÑOS Y NIÑAS SUSTRÁIDOS ILÍCITAMENTE"** elaborado por la bachiller **María Analy Franco Vásquez**.
- II. Que el contenido científico y técnico de la tesis, es el indicado pues posee los métodos relacionados en la investigación; y basados en estos la sustentante determino que en el ámbito nacional, el Derecho internacional con respecto a la restitución de los niños y niñas sustraídos ilícitamente por sus padres no ha tenido la difusión adecuada para que toda la población tenga conocimiento de la misma, evitando así que el convenio citado en la tesis elaborada pueda ser de auxilio a las familias victimas en estos casos.
- III. La Metodología y las técnicas de investigación utilizadas son: el método deductivo, inductivo e histórico y se aplicaron las técnicas de investigación documental directas e indirectas tales como la bibliográfica, así como también el método de entrevista revisándose la redacción que es la adecuada; la Señorita: **Franco Vásquez** abordó el tema con propiedad, de una manera clara y fácil de comprender y en sus conclusiones y recomendaciones, nos infiere del tema de la **"EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO GUATEMALTECO EN SU OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE RESTITUIR A LOS NIÑOS Y NIÑAS SUSTRÁIDOS ILÍCITAMENTE"**.


LIC. RUBÉN FLORES MONROY
ABOGADO Y NOTARIO

Rubén Flores Monroy
Abogado y Notario



IV. La bibliografía es la recomendada, pues se utilizaron textos relacionados con la sustracción de menores, revistas informativas sobre el tema e instrumentos legales nacionales e internacionales relacionados con el tema para llegar a la conclusión final del documento.

V. Por lo que me permito opinar:

Que el contenido de la tesis efectivamente cumple con los requerimientos científicos y técnicos solicitados por esta prestigiosa casa de estudios superiores, en el cual se comprobó que efectivamente la **CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES** es un Convenio internacional ratificado y suscrito por el Estado de Guatemala, y la autoridad central que en este caso es la Procuraduría General de la Nación la cual no colaborara con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados, para obtener la localización y la pronta restitución del menor; ni lleva a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, tampoco auxilia a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en la convención en mención; incumpliendo así el Estado de Guatemala el convenio referido.

Por otra parte la autora enfocó el tema con propiedad utilizando un lenguaje claro y fácil de comprender. Así mismo la bibliografía consultada es la adecuada a esta clase de tema, y servirá de consulta a los profesionales para temas relacionados con la misma. Hago la salvedad, que la sustentante, cumplió con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual indica: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión al respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueba el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

Por lo que emito **Dictamen favorable**, considerando que el trabajo revisado, pude ser discutido en el Examen Público correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con las muestras de mi más alta consideración y estima.

Atentamente;


LIC. RUBEN FLORES MONROY
ABOGADO Y NOTARIO

Rubén Flores Monroy
Abogado y Notario



Rubén Flores Monroy
Rubén Flores Monroy.
Abogado y Notario.
Revisor.

LIC RUBÉN FLORES MONROY
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiocho de junio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARÍA ANALY FRANCO VÁSQUEZ, Titulado EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO GUATEMALTECO EN SU OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE RESTITUIR A LOS NIÑOS Y NIÑAS SUSTRÁIDOS ILÍCITAMENTE. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

effh

[Signature]



[Signature]



79061112 R

DEDICATORIA

- A DIOS: Por darme la vida y permitirme lograr mis metas.
- A mis padres: Mayra Lucia Vásquez Laínez y Jorge Luis Franco López, por sus enseñanzas, regaños, consejos y cariño porque eso me ayudo a formarme como una persona de bien en la vida.
- A mi hermano: Jorge Luis Franco Vásquez, por su cariño, paciencia y apoyo.
- A mis abuelos: Lidia Laínez y Haroldo Vásquez; Eufemia López y Armando Franco (QDP). Con mucho cariño.
- A mis tíos y primos: Con cariño.
- A mis amigos: Porque con cada uno de ustedes he pasado buenos y malos momentos en los que he recibido su apoyo y cariño. En especial a Ricardo Taracena. Y mis amigos Liza Gutiérrez, Ernesto Díaz, Richard de León y Alejandra Ruíz por su apoyo, consejos, paciencia, amistad y cariño.
- A: Lic. Rubén Flores Monroy por su paciencia y apoyo en la elaboración de este trabajo de tesis.
- A: Licda. Annabethsy Leonardo, por su apoyo y comprensión.
- A: La universidad de San Carlos de Guatemala.
- A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberme albergado y formado en sus aulas. En especial a la Jornada Matutina de la Facultad de la facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y sus señores y señoras catedráticos licenciados que fueron quienes me formaron como profesional y a quienes les agradezco sus enseñanzas y consejos.

ÍNDICE.

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I.

1. El incumplimiento del Estado guatemalteco en su obligación internacional de restituir a los niños y niñas sustraídos ilícitamente.....	1
1.1 Derecho internacional.....	1
1.2 Derecho internacional privado.....	13
1.3 Derecho internacional público.....	17
1.4 El Dualismo.....	26
1.5 El Monismo.....	27
1.6 Tratado internacional.....	31

CAPÍTULO II.

2. Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.....	41
2.2 La familia.....	41
2.3 Derecho de familia.....	41
2.4 Sustracción internacional de menores.....	47
2.5 Antecedentes históricos.....	49
2.6 Países miembros.....	56
2.7 Excepciones.....	57

	Pág.
2.7 Autoridades centrales.....	64

CAPÍTULO III.

3. Legislación guatemalteca aplicable al Convenio Sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores.....	73
3.1 Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth.....	85
3.2 Caso concreto para su estudio.....	87

CAPÍTULO IV.

4. Obligación del Estado de Guatemala de aplicar las leyes internacionales ratificadas por el mismo.....	107
4.1 Jerarquía normativa.....	109
4.2 Efectos negativos por la no aplicación del convenio sobre sustracción internacional de menores en el ordenamiento jurídico guatemalteco.....	113
4.3 Efectos por no estar asignada una autoridad central en Guatemala.....	113
4.4 Recomendaciones para el procedimiento a seguir en los casos de sustracción internacional de menores.....	114
CONCLUSIONES.....	123
RECOMENDACIONES.....	125
BIBLIOGRAFÍA.....	127

INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata sobre el incumplimiento del Estado guatemalteco al restituir a los menores que han sido sustraídos ilegalmente por alguno de los padres, restringiendo así el derecho del interés superior del niño que consiste en el derecho que tiene cada niño a vivir en el entorno que le es mas próximo y reconocible, a no perder su identidad, y rodearse de las personas que conforman su núcleo familiar, por lo que me interesé en el estudio del tema.

El objetivo de este trabajo de tesis es determinar las causas de la no aplicación del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y las leyes guatemaltecas con el fin de llegar a conclusiones directas y encontrar soluciones para evitar los efectos negativos que trae consigo la sustracción de los menores por el padre en nuestro ordenamiento jurídico, pues el problema principal que impide la restitución de los menores es la no positivización de las normas de la materia existentes en nuestro sistema jurídico, y del Convenio en mención que es legislación no positiva pues no se utiliza en la práctica legal de la Procuraduría General de la Nación.

Actualmente la mayoría de los casos de sustracción internacional de menores no son atendidos de manera eficiente por la Procuraduría General de la Nación que es la Autoridad central designada por el Estado de Guatemala al ratificar el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores para procurar este tipo de casos, pues a la presente fecha de investigación del presente trabajo no existe ni tan siquiera una oficina encargada de procurar los casos específicos sobre la sustracción internacional de menores, únicamente existe la oficina de Derechos Humanos y Asuntos internacionales que no tiene expedientes de casos ni conocimiento del procedimiento específico que debería llevarse a cabo si se presentara dicha situación.

En el capítulo I, se establecen aspectos relevantes sobre el derecho internacional privado y público, los convenios, que son y como funcionan, como se aplican, como se ratifican y como deben ser utilizados; en el capítulo II, se hace una descripción del Convenio Internacional de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, sus objetivos y fin, sus características, estructura, quienes son los países miembros del convenio, sus funciones y quien es la autoridad central y como funciona en Guatemala; en el capítulo III, trata sobre la legislación guatemalteca aplicable en el convenio, como lo son la Constitución Política de la República de Guatemala, lo correspondiente a la niñez y la juventud, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y la legislación comparada, y en el último capítulo IV, se refiere sobre el tema que instó a elaborar esta investigación, la obligación del Estado de Guatemala de aplicar las leyes internacionales ratificadas por el mismo, sobre la Jerarquía normativa, los efectos negativos por la no aplicación del convenio sobre sustracción internacional de menores en el ordenamiento jurídico guatemalteco y los efectos negativos que tiene, que la autoridad central designada en Guatemala no tenga un correcto funcionamiento.

En esta investigación se utilizó el método científico para poder llegar a las conclusiones necesarias para la implementación de soluciones que se pretenden crear desprendiéndose de las investigaciones realizadas, para ello se utilizó el razonamiento deductivo que va de lo general a lo particular y el razonamiento analógico que se basa en la comparación que sirvió en este estudio para lograr a establecer una propuesta de procedimiento para la buena ejecución del Convenio en mención.

El contenido de la presente investigación es consecuencia del minucioso análisis jurídico sobre el tema de la sustracción de menores, llegando a la conclusión que el Estado de Guatemala incumple a la hora de restituir los niños sustraídos ilícitamente ya que no se cuentan con los mecanismos jurídicos necesarios para hacerlo. Por lo que sirva este estudio de a la Procuraduría General de la Nación, y la Procuraduría de la niñez y adolescencia, ya que en él se establece un procedimiento para la restitución de los niños y niñas a su país de origen.

CAPÍTULO I

1. El incumplimiento del Estado guatemalteco en su obligación internacional de restituir a los niños y niñas sustraídos ilícitamente.

La Convención de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es un Convenio Internacional ratificado y suscrito por el Estado de Guatemala, y la autoridad central que en este caso es la Procuraduría General de la Nación la que no colabora con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; ni lleva a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, tampoco auxilia a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en la Convención en mención; incumpliendo así el Estado de Guatemala el Convenio referido.

1.1. Derecho internacional.

“El Derecho Internacional es el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de los Estados, y otros sujetos de derecho internacional, y que son representados por su servicio diplomático.

Está integrado por acuerdos entre estados –tales como tratados internacionales (denominados tratados, pactos, convenios, cartas), memorándum o memoranda (según sea el caso), intercambio de notas diplomáticas, enmiendas, anexos, protocolos de tratados, por la costumbre internacional que se compone a su vez de la práctica de los Estados que éstos reconocen como obligatoria, así como por los principios generales del derecho.

Además, en el ámbito multilateral, el derecho internacional se nutre de los acuerdos a los que lleguen los Estados en el marco de los organismos internacionales a que pertenezcan y, dentro de éstos, de aquellos acuerdos que se comprometen a aplicar.

En ambos casos, bilateral o multilateral, el nivel adquirido al comprometerse un Estado es el de poner en vigor la norma acordada en su propio territorio y aplicarla por encima de las normas nacionales”.¹

➤ **Origen**

“Aún cuando la violencia era la norma de las relaciones entre los centros de poder independientes, siempre existieron reglas de juego preestablecidas, o pactadas de alguna manera por las partes, aceptadas y respetadas como un complemento de las relaciones de fuerza. Puede afirmarse que, las reglas de juego aplicadas a esas relaciones no tenían caracteres jurídicos, y que se fundaban en concepciones religiosas, o ciertas veces en planteamientos filosóficos y morales.

Si se atiende específicamente a los documentos y datos de la historia, se encuentra la existencia de reglas que regulan las relaciones entre centros de poder independientes, las que se remontan a más de 5000 años.

El acuerdo más antiguo de que se tiene registrado es el celebrado en el año 3200 antes de Cristo entre las ciudades caldeas de Lagash y Umma, por el cual ambas fijaron sus fronteras después de una guerra, al igual otro acuerdo

¹ Camargo, Pedro Pablo **Tratado de derecho internacional**.

sería el celebrado entre los egipcios y los hititas, por el cual se acuerda el reparto de zonas de influencia entre estos países.

En cuanto al origen del *derecho internacional público*, podemos afirmar la existencia de dos posiciones:

a. Los que sostienen que el derecho internacional existe desde que los pueblos primitivos mantuvieron relaciones comerciales, establecieron alianzas, sometieron sus problemas a la decisión de un tercero, respetaron la inviolabilidad de sus enviados, etc. Y;

b. quienes niegan la existencia del derecho internacional en la antigüedad y ubican su origen a partir del momento en que se dan los supuestos básicos para la existencia de un sistema con el que funciona en la actualidad: una pluralidad de estados nacionales que se reconocen como jurídicamente iguales, que se atribuyen en exclusividad el atributo de su soberanía y que están dispuestos a regular sus relaciones por normas jurídicas, sin menoscabar por ello su carácter de soberanos. Estos autores sitúan el momento histórico en que esos hechos se dan y aparece el derecho internacional a partir del siglo XVI o, más precisamente, a mediados del siglo XVII, con los tratados de Westfalia de 1648".²

➤ **Derecho internacional en la antigüedad**

“En la antigüedad no existía un derecho internacional propiamente dicho, ya que no existía una comunidad internacional. Si tomamos en cuenta las más grandes civilizaciones de la época, llegamos a Grecia y Roma, civilizaciones que consideraban a los pueblos aledaños como vasallos o pueblos dominados. Sin

² Larios Ochaita, Carlos ; **Derecho internacional público**.

embargo, la historia comprueba la aplicación, en los primeros grupos primitivos, de un principio denominado "ubi societas ibi jus" en latín y que en español: quiere decir "donde hay sociedad hay derecho".

Entre las fuentes más antiguas del derecho internacional encontramos el tratado de Eannatum, rey de Lagash en Mesopotamia, y Umma, en el año 3100 A.C. El punto más importante del tratado fue la inviolabilidad de las fronteras. Los tratados en esa época se escribían sobre tablas de yeso o en los diversos monumentos. La mayor parte de los tratados consistían en acuerdos sobre fronteras, en el establecimiento de estados vasallos, tratados de paz (como el de la alianza, celebrado en 1,292 AC, entre Ramsés II y Hatusil), y se establece una noción de arbitraje, asilo, misiones diplomáticas, la extradición y la protección a extranjeros. La mayor parte de estos tratados se formalizaban bajo actos o juramentos religiosos.

En la India: 100 años A.C. Entra en vigencia el código de Manu, en el que se establecían ciertos preceptos; por ejemplo, los correspondientes a las guerras entre tribus: 1) un guerrero digno no ataca al enemigo dormido, 2) un guerrero digno no ataca al enemigo que ha perdido su escudo, su arma o que se ha dado a la fuga. En tiempo de guerra se acostumbraba en la India respetar los cultivos y las viviendas, así como sus habitantes civiles.

En Judea: Para la regulación de la guerra y la paz, el pueblo judío tenía ciertos principios. En el libro Deuteronomio contenido en las sagradas escrituras se alude a las Guerras Santas, que luego fueron incluidas en el Islam, en el Cristianismo y en las Cruzadas. Una de las profecías de Isaías señala que

después del advenimiento del Señor convertirán sus espadas en flejas de arados y sus lanzas en podadoras; no desenvainarán sus espadas contra el pueblo, no se alistarán en la guerra. Esta predicción influyó profundamente en el Cristianismo y es la raíz del pacifismo moderno”.³

➤ **Derecho internacional clásico.**

“Las relaciones internacionales en este período se caracterizan por integrarse en un esquema homogéneo de equilibrio de poder multipolar, con epicentro en Europa, donde las potencias compiten entre sí limitadas por estrictas reglas de juego, a partir de las cuales se lanzan a la conquista y colonización de la periferia.

Para regular estas relaciones, Europa crea un sistema jurídico: el derecho internacional clásico, el cual es impuesto también a los demás Estados no europeos, ya sea por gravitación de poder o a través de dominio colonial.

Los Tratados de Westfalia los cuales datan del año 1648, suscritos por la mayor parte de las potencias europeas, ponen término a la Guerra de los Treinta Años. Se trata de acuerdos que en un principio tuvieron un carácter más político que jurídico, y que constituyeron el punto de partida hacia un nuevo sistema político y jurídico internacional. Los Tratados de Westfalia sirvieron para el desarrollo del derecho internacional público, y constituyen la base de la sociedad internacional moderna, integrada por múltiples estados que disponen del atributo de soberanía y se reconocen como jurídicamente iguales.

Durante el siglo XVII la política de los Estados fomenta la práctica de reunir congresos internacionales (como en la actualidad se hace). El derecho de

³ Ibíd, P. 15

los tratados adquiere un nuevo impulso renovador, negociándose en congresos, aunque todavía no se concluyan acuerdos multilaterales. También cobran importancia elementos jurídicos tales como el dogma de la santidad de los acuerdos y el de la inviolabilidad de los tratados (*pacta sunt servanda*), aunque se admite la cláusula *rebus sic stantibus* (Hoy en día, el principio *rebus sic stantibus*, en el Derecho Internacional, se rige por el Art. 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 1969. Según él, si se produjera un cambio fundamental en las circunstancias preponderantes en el momento de la celebración del tratado y ese cambio conlleva un cambio radical de las obligaciones que en virtud del tratado todavía quedan por cumplir, la parte perjudicada puede alegar el cambio para desvincularse del tratado o suspenderlo. La Corte Internacional de Justicia considera que Art. 62 de la Convención de Viena representa derecho consuetudinario, lo cual significa que el Art. 62 de la Convención también tiene vigor para Estados no partes a la Convención).

La Primera Guerra Mundial demostró la fragilidad del sistema de seguridad en el que se confiaba para evitarla, y las violaciones de los acuerdos evidenciaron que el equilibrio ya no era un regulado óptimo.

A su término, se intenta realizar un reordenamiento de los centros de poder, afianzando las organizaciones internacionales, afirmando el derecho y estableciendo un sistema de seguridad colectiva que procure la paz por otras vías distintas a aquellas que fracasaron.

Se crea la Sociedad de las Naciones sobre la idea de la cooperación internacional, dando facultades a sus órganos para prevenir y evitar la guerra, e instaurando el primer sistema de solución pacífica de controversias: la Corte Permanente de Justicia Internacional.

A pesar de los intentos por restaurar el sistema de equilibrio internacional, no se logran los objetivos y se produce la Segunda Guerra Mundial”.⁴

➤ **Derecho internacional contemporáneo.**

“En este período se crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que pretende constituir un foro universal y democrático en el que se encuentren representados todos los estados.

Los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas constituyen la base ideológica que propiciará cambios jurídicos revolucionarios en el derecho internacional. La carta sienta los siguiente principios: A. Cooperación internacional de todos los Estados para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; B. Reafirmación del principio de igualdad soberana y jurídica de los Estados; y C. Se prohíbe el uso y la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

A partir de la década de los 60, y basándose en la Carta de la ONU, una gran cantidad de Estados nacen a la vida independiente, cuando se produce el fenómeno político de la descolonización. Con el surgimiento de estos nuevos estados, la ecuación política de poder en el mundo cambia.

Se está ante un sistema heterogéneo de poder, distribuido en dos centros: Estados Unidos y la URSS”.⁵

⁴ Ibíd, P.17

➤ **Derecho internacional en el siglo XXI.**

En un contexto internacional marcado por las consecuencias de los atentados del 11 de septiembre del año 2001 y por la controversia generada por las políticas de la administración de los Estados Unidos en materia de restricción de derechos, reconocidos por diversos tratados internacionales, en su lucha contra el terrorismo internacional, en particular en el caso de los presos de Guantánamo o el llamado de los vuelos de la CIA, la comunidad internacional ha podido sin embargo avanzar en el desarrollo de nuevos derechos universales, como el derecho de toda persona a no ser objeto de desaparición forzada, según la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, firmada en París en febrero del 2007 o en la disponibilidad de nuevos organismos, como la Corte Penal Internacional que, aunque fue constituida por el Tratado de Roma de 1998, no formó su tribunal de magistrados sino hasta el 2003, a este derecho se le puede sumar las diferentes situaciones que actualmente se presentan en el mundo globalizado.

➤ **Naturaleza.**

“Uno de los problemas con los que se ha hallado el derecho internacional es el de que muchos autores han puesto en tela de juicio el carácter jurídico de esta disciplina. Es decir, muchos han sido quienes han negado que el derecho internacional sea derecho. Es el caso de John Austin, quien le negó el mencionado carácter y lo definió como un conjunto de mecanismos de fuerza que regulan las relaciones entre los estados. También en el siglo XX autores como Hans Morgenthau le negaron ese carácter al derecho internacional.

⁵ *Ibíd.*, P. 25

Esta negación tenía su base en la comparación que se realizaba entre los derechos nacionales y el derecho internacional. Comparación gracias a la cual se aprecian las siguientes diferencias:

Mientras en los derechos nacionales existe un legislador central que dicta las leyes que han de cumplir los ciudadanos, en el derecho internacional las normas jurídicas son fruto de la voluntad de los Estados. Lo más parecido a un órgano de este tipo es la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Las fuentes de producción de las normas internacionales son distintas a las nacionales:

Primero nos encontramos con los principios imperativos del Derecho Internacional (erga omnes o de tradición) que ciertos tratados y convenios internacionales que no podrán ser modificados ni derogados a no ser que sea por otra norma con carácter imperativo.

Por una parte, los tratados internacionales se aplican solamente a los Estados que los han ratificado. Las leyes nacionales, en cambio, se aplican a todos los ciudadanos por igual.

De otra parte, la costumbre internacional consiste en una serie de usos que los estados han venido repitiendo de una manera constante con la convicción de que son obligatorios.

Por último tenemos los principios generales del derecho que se utilizarán cuando no exista una determinada norma (sea tratados o sea costumbres) para un determinado hecho, es decir cuando haya lagunas en el derecho internacional.

A la hora de aplicar estas normas se regirá por el Art. 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia según:

- a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los juristas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59 del mismo estatuto.

La presente disposición no restringe la facultad de la Corte internacional de Justicia para decidir un litigio *ex aequo et bono* (según lo bueno y lo equitativo), si las partes así lo convinieren.

A su vez, todas las convenciones o tratados internacionales, y demás fuentes deberán ser conforme a las normas imperativas del derecho internacional, estas son las normas *ius cogens* (*ius cogens* es una locución latina que hace referencia a normas imperativas de derecho, en contraposición a las dispositivas de derecho. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario).

También están los llamados actos jurídicos unilaterales, según los cuales un país puede obligarse por sí mismo a nivel internacional, a través de una declaración de voluntad en tal sentido. Se deben cumplir ciertos requisitos, como son: a) la intención inequívoca de obligarse y; b) la licitud del objeto y de la finalidad, además de que quien realice tal declaración deberá tener capacidad para obligar internacionalmente a su país (Jefe de Estado, Jefe del Gobierno, Ministro de Asuntos Exteriores y aquellas otras personas a quienes el Estado, de forma reiterada, demuestre haberles otorgado tal capacidad).

Otro factor que llevó a estos autores a opinar así fue la deficiencia de los mecanismos de aplicación del derecho internacional. Mientras que en los estados naturales o independientes existen jueces encargados de velar por el cumplimiento de las leyes de sus respectivos países a las que todos los ciudadanos están sometidos, en la sociedad internacional estos mecanismos de aplicación son mucho más primitivos y menos sofisticados.

Existen algunos tribunales internacionales, pero a diferencia de los nacionales requieren que los Estados, previamente, hayan aceptado su jurisdicción para poder ser juzgados por dichos tribunales. La jurisprudencia internacional, creada por estos tribunales, tiene como principal función la de servir como elemento de interpretación del derecho internacional”.⁶

➤ **Existen dos fuentes principales de Derecho Internacional a ser consideradas en esta Sección:**

a) Tratados internacionales

⁶ Ibíd, P.28.

b) Costumbre internacional ⁷

➤ **Los tratados internacionales.**

“Son contratos a escala internacional. Los tratados son conocidos con una variedad de nombres incluyendo convenciones, acuerdos internacionales, pactos, cartas, estatutos. Estos términos se refieren a acuerdos por escrito entre Estados que los vinculan legalmente para actuar de cierta manera o cumplir con ciertas obligaciones. Más adelante se detallara más al respecto”.⁸

➤ **Las costumbres internacionales**

Son generalmente prácticas de los Estados que son aceptadas como Ley por todos los Estados. Existen dos elementos del derecho consuetudinario: 1) la práctica real de un Estado, y 2) la creencia por parte de un Estado de que debe actuar de cierta manera debido a que es ley. Cuando los Estados actúan de cierta forma durante un tiempo, la forma de actuar se acepta como una práctica y otros Estados actuarán de esa forma. Una nueva norma es entonces desarrollada. Las costumbres pueden escribirse en tratados y acuerdos, pero algunas veces no están escritas. Por ejemplo, la prohibición en contra del genocidio es una regla aceptada como derecho consuetudinario. El genocidio no es practicado por los Estados (las pocas excepciones son conocidas como violaciones), y todos los Estados saben que el genocidio va en contra del derecho internacional. La prohibición en contra del genocidio está escrita en las Convenciones de Ginebra. Sin embargo, toda vez que es derecho

⁷ *Ibíd*, P.30.

⁸ **Derecho de los tratados.** -- Marco Gerardo Monroy Cabra. -- Bogotá: Temis, 1978.

consuetudinario, todos los Estados están vinculados, hayan o no firmado las Convenciones de Ginebra.

El derecho internacional privado se refiere a conflictos entre sistemas legales diferentes. Tiene que ver con los casos dentro de los sistemas legales particulares cuando contienen elementos externos y surgen preguntas sobre la aplicación del derecho extranjero o el papel de una corte extranjera. El derecho internacional privado a menudo está relacionado con asuntos multinacionales o internacionales. Por ejemplo, si dos socios ingleses hacen un contrato en Italia para vender productos italianos, una corte inglesa aplicará el derecho italiano en relación a la validez de ese contrato.

1.2 Derecho internacional privado.

“El derecho internacional privado tiene, hoy por hoy, el objeto puramente formal de señalar la vigencia espacial de la norma jurídica de más de un Estado, determinando que norma jurídica es la aplicable y no tiene asignado el papel de establecer el contenido de la norma jurídica aplicable”.⁹

El fin del derecho internacional privado es de armonizar la diversidad de leyes, garantizar su aplicación sobre la base del respeto y el ejercicio pleno de la soberanía de los Estados. Su fin principal según el autor Carlos Larios Ochaita es: “Señalar con claridad que ley debe aplicarse cuando leyes de diferentes Estados reclaman aplicación, por

⁹ Arellano García, Carlos; Derecho **internacional privado**. Pág. 95

consiguiente el derecho internacional privado es un arbitro, y además señalar que jurisdicción debe conocer de un problema referente a una relación jurídica que podría en principio someterse a jurisdicciones diferentes.”¹⁰

El derecho internacional privado es aquella rama del derecho que tiene como finalidad dirimir conflictos de jurisdicción internacionales; conflictos de ley aplicable y los conflictos de ejecución y determinar la condición jurídica de los extranjeros.

Esta rama del derecho analiza relaciones entre personas privadas que tengan una particularidad: un elemento extranjero relevante, que vincule los sistemas jurídicos de dos (2) o más Estados, con el fin de determinar cual es el que puede conocer sobre el tema y delimitar los parámetros para el cumplimiento de las resoluciones dictadas.

En algunos países a esta rama del derecho se le conoce como Derecho Civil Internacional.

Cabe recalcar que el derecho internacional privado no soluciona los conflictos, simplemente determina la norma o ley de qué país se debe utilizar en la solución de conflictos internacionales, así como el juez que resolverá esta controversia (Posición Normativista). Modernamente la doctrina esta cambiando hacia una posición sustancialista, en donde dentro del Derecho Internacional Privado se incluyen Normas que resuelven directamente los casos que se puedan plantear, y centra el estudio de esta rama del derecho, no ya en la Norma indirecta o de

¹⁰ Larios Ochaíta, Carlos. Derecho internacional Privado. Pág.54

conflicto sino en las relaciones jurídicas privadas internacionales que es donde realmente radican las controversias de las que se hará cargo el derecho privado internacional.

Trata también temas de gran importancia sobre las relaciones jurídicas entre los Estados. En este orden de cosas, regula el exequátur que es el conjunto de reglas conforme a las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado verifica si una sentencia judicial emanada de un país extranjero reúne o no los requisitos que permiten su homologación en tal Estado. Este procedimiento tiene por objeto determinar si es posible brindarle a una sentencia extranjera (entendiendo esta como aquella resolución pronunciada por un tribunal que escapa a la soberanía del Estado en que se desea ejecutarla) reconocimiento, y permitir su cumplimiento en un Estado distinto a aquel que la pronunció y la extradición.

➤ **Características del Derecho Internacional Privado**

“Es un derecho nacional: Cada país dicta sus propias normas de derecho internacional privado, lo cual puede llevar a conflictos entre los países.

Es un derecho positivo: Sus normas se encuentran en diversos textos legales, preferentemente en los Códigos Civiles. Pero también, y tal vez la más importante de las fuentes es la que se encuentran en los tratados en los que los países a través de esas convenciones determinan la forma de resolver los conflictos de leyes.

Contiene un elemento particularizante que es el elemento extranjero dentro de la relación”.¹¹

➤ **Orígenes del Derecho Internacional Público.**

“El Derecho Internacional empezó a desarrollarse a partir del Siglo XVI, época en la cual aparecen en Europa los primeros Estados nacionales. Sin embargo, hasta principios del Siglo XX se desarrolló bajo el principio de la soberanía, lo que no facilitaba la creación de una sociedad internacional. Las tentativas hechas hasta entonces para regularizar las relaciones internacionales se caracterizaban por su empirismo y por su estrecha relación con la política. Las siguientes manifestaciones realizadas en la Época Moderna, donde se suceden acontecimientos históricos para el Derecho Internacional y donde éste se enriqueció con nuevos aportes (se estableció la igualdad religiosa, se adoptó el idioma francés como lenguaje diplomático, se establecieron las embajadas permanentes, entre otras), que van desde el Imperialismo Universal (Imperio Napoleónico) hasta los compromisos ideados por la diplomacia (Santa Alianza) no han sido suficientes para asegurar una paz estable. El derrumbamiento del sistema diplomático tradicional por la Primera Guerra Mundial en 1914, provocó la formación de nuevas bases sobre las cuales los gobiernos asentarían sus relaciones internacionales. El fracaso de la Sociedad de Naciones y de la política de seguridad colectiva condujo a la Segunda Guerra mundial, en la coalición de los pueblos libres cerró el paso a las tentativas de hegemonía universal. Desgraciadamente, la victoria de las democracias occidentales no ha sido

¹¹ Arellano, Op. Cit. P. 14.

completa, y hoy, como ayer, sigue en pie el problema de saber si el mundo se federara libremente o si, una vez más tendrá que resistir por la fuerza a las amenazas del neo-imperialismo totalitario. De la solución de este dilema dependen el destino de Europa y el mundo entero y del mantenimiento del Derecho Internacional, e incluso del Derecho mismo”.¹²

1.3 Derecho internacional público.

“Definición clásica de derecho internacional público se resume así: En principio los individuos no son sujetos inmediatos de sus normas, por lo tanto el derecho internacional público se define como el conjunto de normas o principios que regulan las relaciones jurídicas de los Estados entre sí (al hablar de Estados nos referimos a ellos como únicas entidades del derecho internacional privado, ya que para ese entonces las organizaciones internacionales y las personas particulares entre otras no forman parte del mismo); es decir, que el derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados, creando obligaciones, responsabilidades y derechos para todos los Estados. Algunos de los representantes más importantes de ésta concepción clásica fueron: Charles Rousseau, Paúl Fauchille, Antonio Truyol y Serra, Bonfils, Carlos Calvo, Manuel Francisco Mármol, Kelsen, Korovín y Fermín Toro.

Definición Moderna se resume de esta forma:

¹² Larios Ochaíta, Carlos; **Derecho internacional público**. Pág.34

Al obtener el individuo, de forma excepcional, la capacidad de reclamar la protección de los derechos humanos fundamentales ante instancias internacionales específicas y al iniciarse la creación de organizaciones internacionales, el concepto de derecho internacional público sufre un inevitable cambio por lo tanto podemos definir el derecho internacional público desde la posición de los modernistas de la siguiente manera: es el conjunto de normas jurídicas que regulan no sólo la relación entre los Estados (ya que no son las únicas entidades del derecho internacional público) sino que también regulan las relaciones entre otros sujetos como son:

- a) Los organismos internacionales.
- b) Los grupos beligerantes. (Naciones que están en guerra): para que puedan adquirir derechos y obligaciones internacionales deben cumplir ciertas condiciones: un mando responsable, ocupar parte de relaciones del Estado, realizar actos de gobierno y conducirse de acuerdo a las Leyes de la Guerra; estas condiciones le otorgan capacidad internacional.)
- c) Los territorios fideicometidos. (Territorios que se encuentran administrados por una potencia, pero respetando su soberanía. Ej.: Puerto Rico).
- d) C.I.C.R.: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- e) La Santa Sede (Vaticano).

- f) La soberana Orden de Malta. La Orden de San Juan de Jerusalén es una de las más antiguas instituciones de la civilización occidental y cristiana. Está presente en Palestina ya en torno al 1050, es una Orden religiosa laica, tradicionalmente militar, caballeresca y nobiliaria. Entre sus 12.500 miembros, algunos son freires profesos, otros han pronunciado la promesa de obediencia. El resto está compuesto por Caballeros y Damas laicos, todos llamados al ejercicio de la virtud y de la caridad cristianas. Lo que distingue a los Caballeros de Malta es su compromiso de profundizar en la propia espiritualidad en el ámbito de la Iglesia y a dedicar sus energías al servicio de los pobres y de los necesitados. La Orden de los Caballeros de Malta permanece fiel a sus principios fundacionales, que se sintetizan en el lema "Tuitio Fidei et Obsequium Pauperum", es decir, la defensa de la Fe y el servicio a los pobres y necesitados, que se concreta a través del trabajo voluntario de Damas y Caballeros en estructuras asistenciales, sanitarias y sociales. Hoy la Orden está presente en más de 120 países con sus propias actividades médicas, sociales y asistenciales".¹³
- g) Las organizaciones internacionales. (Personalidad jurídica).
- h) El individuo. (Destinatario real de toda norma jurídica).
- i) Divisiones del derecho internacional público.
clásicas:

¹³ <http://www.orderofmalta.org/site/missione.asp?idlingua=4>

- j) De paz y de guerra.
- k) Derecho internacional público de paz: Regula las relaciones jurídicas internacionales en tiempo de paz.
- l) Derecho internacional público de guerra: Establece los derechos y obligaciones entre los Estados en conflicto y los neutrales dado que dos o más Estados se encuentren en situación de guerra.

Esta división fue propuesta por el autor Hugo Grosio debido a que el derecho internacional público actúa de diferentes formas dependiendo de la situación en que se encuentren los Estados. El derecho internacional público se adapta a la realidad y establece distintos deberes y derechos en tiempos de paz y de guerra.

Derecho Internacional Público natural y positivo lo describimos así:

Derecho Natural: Se considera como el perfecto e ideal, que persigue la moral y la justicia entre los estados.

Según Nelsón González Sánchez el derecho internacional público natural tiende a ser universal e inmutable y se caracteriza por sus preceptos negativos y los deberes que impone, pues procura asegurar el triunfo de la justicia, de la equidad y de la moral en las relaciones internacionales. En esta tarea de dignificación, están empeñados los jurisconsultos y los filósofos, secundados por los estadistas.

Derecho positivo es considerado como el conjunto de reglas que han sido establecidas por el hombre para regular las relaciones entre los Estados.

Este derecho es práctico y las normas que a éste rigen son el resultado del consentimiento expreso o tácito de los Estados.

El derecho natural está dado desde el punto de vista teórico, expresa lo que debe ser, el derecho ideal. El derecho positivo está dado en la práctica, ha ido cambiando con el tiempo y se ha adaptado a la realidad. Lo teórico y lo práctico son dos cosas distintas pero inseparables, lo práctico debe alcanzar a lo teórico y avanza a medida que toma experiencia y enmienda los errores.

Derecho Internacional Público General: Es el derecho que rige a todos los Estados, como por ejemplo: la inviolabilidad de los embajadores y los estatutos de la Unión Postal Universal.

Nelson González considera a esta división como cuasi- universal puesto que no hay normas que se cumplan en su total universalidad y un ejemplo de ello es la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

Derecho internacional público en particular las normas que forman a este derecho tienen un límite de vigencia y están dirigidas a específicas entidades jurídicas de la comunidad internacional.

Un ejemplo, son los tratados que se hacen entre ciertos países, los puntos discutidos y definidos en este tratado sólo incumben a los Estados involucrados. Cuando los mismos están unidos por vínculos económicos, geográficos o políticos, el derecho particular es además especial y característico.

d) El autor Antonio Sánchez de Bustamante divide al derecho

internacional público en distintas ramas, las cuales son: Derecho Internacional Público Constitucional (se ocupa del proceso de formación de las personas jurídicas); derecho internacional público administrativo (se ocupa de las funciones que realizan las personas jurídicas); derecho internacional público civil (se refiere a ciertos actos de carácter civil hechos por el sujeto del derecho internacional); derecho internacional público penal (estudia las sanciones aplicadas de carácter penal a los sujetos); derecho internacional público procedimental (se ocupa del procedimiento que siguen los Estados u otros organismos internacionales, en sus relaciones).

Fundamento del derecho internacional público se define a partir del conocimiento del derecho internacional público, muchos de los grandes autores se han interesado en su estudio, así como en la explicación del fundamento o base que pueda dar razón a su existencia. Muchos autores han creado doctrinas sobre el fundamento del DIP, entre ellas La Función Social como Fundamento del derecho internacional público (DIP) (por Nelson González), que por ser considerada la más apta, trataremos de explicar con mayor exactitud.

La función social como fundamento del derecho internacional público se define de la siguiente manera; el derecho internacional público tiene su base en la necesidad de los Estados (y de todos los sujetos del D.I.P) de vivir en armonía, de mantener un ambiente de paz, en el que se garanticen los derechos fundamentales de toda la comunidad

internacional. Por esa razón se dice que el fundamento del derecho internacional público está representado por la función social, precisamente por la necesidad de evitar los actos de violencia para lograr una convivencia respetuosa y agradable entre las partes.

El pensar en conceptos como paz y armonía hace suponer la necesidad absoluta de elementos como la cooperación; sin esta voluntad de ayudarse mutuamente de los Estados, se hace prácticamente imposible lograr los objetivos propuestos. Hoy en día, existen organizaciones encargadas de promover los principios e ideales fundamentales del derecho internacional público tales como la Organización de Naciones Unidas (O.N.U.), que han asumido esta misión y ponen sus esperanzas en el espíritu de cooperación de los países integrantes. Aún cuando existen diferencias en el ámbito ideológico, es posible lograr acuerdos en otros renglones (económico, social y moral).

Anteriormente, las funciones del derecho internacional público sólo alcanzaban a regular las relaciones entre los Estados. Hoy en día, tal como lo afirma Vergara, pueden resaltarse las siguientes funciones:

- a) Establecer los derechos y deberes de los sujetos de la comunidad internacional.
- b) Promover la defensa de los derechos humanos
- c) Garantizar la paz universal.
- d) Regular las relaciones entre los Estados y las de los Estados con los demás sujetos del derecho internacional.

- e) Reglamentar la competencia de los organismos internacionales.
- f) Proporcionar a los sujetos del derecho internacional público soluciones pacíficas para no recurrir a la guerra, sometiéndolos a arbitraje (método de carácter jurídico en donde dos Estados en conflicto nombran un árbitro para solucionar sus litigios u otros métodos de carácter pacíficos).

Actualmente, la función del derecho internacional va más allá de regular las relaciones entre los Estados, su función ha llegado al campo interinstitucional, con el nacimiento de las organizaciones internacionales y organismos especializados que fueron creados con la finalidad de establecer la cooperación política, económica y administrativa internacional y asimismo por la conciencia que han tomado los Estados de la necesidad de una sociedad mundial organizada.

Relación entre el derecho internacional público y el derecho interno de los Estados se refiere fundamentalmente al estudio del ámbito de aplicación y al problema de las relaciones existentes entre el derecho internacional y el derecho interno, tomando en cuenta que ambos constituyen órdenes coercitivos. En un mismo Estado pueden coexistir normas jurídicas de derecho interno y de derecho internacional, y a ellas haremos referencia a continuación:

DERECHO INTERNO.	DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.
Regula la conducta o	Regula las relaciones entre los Estados,

relaciones entre los individuos (Derecho privado) y entre el individuo y el Estado (Derecho público).	organismos internacionales y demás sujetos del DIP, incluyendo al hombre.
Se nos presenta como un derecho de subordinación.	Se nos presenta como un derecho de coordinación.
Las normas son promulgadas por la autoridad competente y se imponen jurídicamente a los particulares.	El único modo de creación de normas jurídicas es el acuerdo entre Estados, y las sanciones van dirigidas a los Estados, organizaciones internacionales. ...
Derecho más completo.	Derecho incompleto, está sujeto a la arbitrariedad y la acción discrecional de Estado en aquellas zonas aún no reguladas.
La coerción está organizada de un modo satisfactorio.	Carece de legislador y las sanciones han sido impuestas recientemente sólo por el Pacto de la Sociedad de Naciones y por la Carta de la O.N.U.

Al tratar de determinar las relaciones del derecho internacional con el derecho interno, surgen dos teorías: El dualismo y el monismo, que tratan de solucionar el problema consistente”.¹⁴

1.4 El Dualismo.

Parte de la idea de que el derecho internacional y el derecho interno de los Estados constituyen dos sistemas jurídicos independientes, separados (sin formar parte el uno del otro) las cuales nunca llegan a fundirse y por lo tanto no debe haber un conflicto entre ellos, ya que ambos ordenamientos jurídicos poseen características diferentes. Por ejemplo:

Poseen fuentes diferentes y por lo tanto contenidos distintos, ya que, el derecho interno procede de la voluntad unilateral del Estado, el derecho internacional privado de la voluntad común de varios Estados.

➤ **Diversidad de los sujetos.**

“Los destinatarios son diferentes. En el derecho interno las normas van dirigidas a los individuos en sus relaciones recíprocas, ya sea entre ellas mismas o entre el individuo y el Estado, y en el derecho internacional público van dirigidas a los Estados, a las Organizaciones Internacionales y demás sujetos del derecho.

Las leyes nacionales conservan su fuerza obligatoria en el orden interno aún cuando estén en oposición a las reglas del derecho internacional público, entre otras.

¹⁴ Larios Ochaita, Op. Cit. 386 p.

Rousseau, quién participó de esta teoría, consideró que el derecho internacional y el interno eran sistemas de derecho igualmente válidos, pero de ninguna manera podían confundirse. Triepel y Anzilotti, también representantes de esta posición, afirman que aunque existe alguna relación entre los dos ordenamientos jurídicos, se trata de dos Sistemas separados.

No es posible hablar de Normas Internacionales que sean producto de normas internas, ni viceversa, ni influir las una sobre las otras en su respectivo valor obligatorio.

Para los seguidores de esta corriente, dentro del Estado solamente puede regir el Derecho Interno, ya que el Derecho Internacional rige únicamente para las relaciones entre los Estados, debiendo transformarse en derecho nacional para que tenga eficacia.”¹⁵

1.5 El Monismo.

Sostiene que el derecho internacional público y el derecho interno no pueden ser sistemas distintos e independientes entre sí, es decir, proclama la unidad de todas las ramas jurídicas a un solo sistema integrado al ordenamiento jurídico de los Estados, ya que en su ordenamiento jurídico son de idéntica naturaleza porque sus funciones y destinatarios son los mismos, por lo tanto las normas del derecho internacional público pueden ser aplicables automáticamente dentro de un Estado y obligar a los particulares y a los órganos del Estado a cumplir

¹⁵ Definición basada en la opinión de Fermín Toro Jiménez, Charles Rousseau, Triepel y Anzilotti.

dichas normas, siempre y cuando haya una correlación entre las leyes del derecho internacional público y las leyes internas del Estado; en otras palabras, no puede existir un tratado, una ley, entre los Estados (u otros sujetos del derecho internacional público) que contradiga la ley suprema o leyes específicas de cualquiera de las partes ya que se autoderogaría, sería nula (inválida) o una de las dos se tendría que modificar. He allí el por qué de la interrelación o función de ambas.

Miguel D'Estéfano ,divide a la construcción monista de la siguiente manera: El derecho nacional y el internacional forman parte de un sistema jurídico unitario, dentro del cual hay dos modalidades:

La teoría del primado del derecho interno o monistas constitucionalistas, que reduce el derecho internacional en una parte del derecho interno, reconociendo la preeminencia de la ley nacional sobre la internacional (generalizada por los juristas alemanes de principios de siglo pasado). La teoría del primado internacional o monistas internacionales, que afirma la preeminencia de la ley internacional sobre la ley nacional y que a su vez se subdivide en dos corrientes:

Del monismo radical (Kelsen, Scelle), sosteniendo que no es posible un derecho interno opuesto al derecho internacional, por adolecer ipso facto (es una expresión latina que puede traducirse como en el acto o por el acto) por nulidad (lo que refleja el pensamiento imperialista, porque los Estados que ejercen papel preponderante en la elaboración del Derecho Internacional se hallarán en condiciones de dominar los Estados

menos influyentes, llegando hasta edificar el derecho interno de éstos). Del monismo moderado (verdross, Lauterpach y otros), sosteniendo que el derecho interno con respecto al internacional, no es nulo y obliga a las autoridades del Estado correspondiente. Esas leyes internas constituyen una infracción y pueden ser impugnadas por los procedimientos propios del derecho internacional. “¹⁶

Las críticas al derecho internacional, debate entre negadores y defensores de su carácter jurídico.

Negadores	Defensores
<ul style="list-style-type: none"> • Para los negadores totales del DIP todas las relaciones internacionales (y dentro de ellas las relaciones jurídicas internacionales), descansan única y exclusivamente en el principio de la política de fuerza. • Para Spinosa aparece como mera función de un campo internacional de fuerzas en constante devenir, que vez de regular las relaciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Se habla de la falta de juez que aplique las normas internacionales, lo que se disminuye porque el derecho es anterior al juez, que no lo crea, sino que lo aplica. • La falta de sanción sucedía antes porque la carta de las Organizaciones Naciones Unidas (O.N.U.)

¹⁶ Larios Ochaíta. Derecho internacional público. Op. Cit. Pag. 27

<p>internacionales de poder , aparecen como simples reflejos de las modificaciones de poder.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Larsson sostiene que no puede hablarse de una autoridad soberana en las relaciones internacionales porque en ellas reina la enemistad y el Estado de guerra latente. • Seydel sostiene que como falta en la comunidad internacional una voluntad soberana superior, no hay sitio en ella para un derecho internacional público propiamente dicho, no existe un Estado mundial y por consiguiente, no cabe hablar razonablemente de un verdadero DIP. • Otros autores afirman que la vigencia intermitente y no pueden ser normas jurídicas. • Otros niegan el carácter jurídico 	<p>establecido un régimen de sanciones.</p> <ul style="list-style-type: none"> • A los críticos que señalan como características del derecho de hoy la ejecución coactiva del tallo judicial, se puede apuntar que están en pie los gérmenes de una jurisdicción internacional en la corte de Justicia Internacional en la corte de mediación, arbitraje y otro. • El derecho internacional público se dirige a los Estados como unidades de decisión y actuación, en tanto que el derecho interno hace a su vez amplia referencias a normas del derecho internacional público lo
---	---

de las normas cuya obligatoriedad y normatividad son generalmente admitidas.	que es un serio indicio del carácter jurídico del derecho internacional público.
--	---

1.6 Tratado internacional.

“Un tratado internacional es un acuerdo escrito entre ciertos sujetos de derecho internacional y que se encuentra regido por éste, que puede constar de uno o varios instrumentos jurídicos conexos, y siendo indiferente su denominación. Como acuerdo implica siempre que sean, como mínimo, dos personas jurídicas internacionales quienes concluyan un tratado internacional.

Lo más común suele ser que tales acuerdos se realicen entre Estados, aunque pueden celebrarse entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. Los primeros están regulados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; los segundos, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

Los acuerdos entre empresas públicas de un Estado y Estados no son tratados internacionales. La Corte Internacional de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de esta cuestión en el caso "Anglo-Iranian Oil" año 1952. Irán había firmado un acuerdo con la empresa

"Anglo-Iranian Oil" para la explotación de los recursos petrolíferos. Este acuerdo tenía dos caras: era un acuerdo de concesión y al mismo tiempo tenía la naturaleza de un Tratado entre Irán y el Reino Unido. Esta tesis no fue aceptada por la Corte Internacional de Justicia porque los Tratados internacionales solo pueden tener lugar entre Estados y porque los acuerdos con empresas se rigen por las normas del Derecho internacional privado.

Los Tratados internacionales deben realizarse por escrito aunque pueden ser verbales. En este último caso no se registrarían por la Convención de Viena de 1969.

Su denominación es indiferente pues, si se dan las condiciones anteriores, nos encontramos ante un Tratado internacional independientemente del nombre que reciba".¹⁷

➤ **Tipos.**

- Según el número de Estados que formen parte, los Tratados internacionales pueden ser: bilaterales o multilaterales. Estos últimos se subdividen en generales, (que tienen vocación de universalidad), y restringidos (limitados a un número reducido de estados por motivos diversos: militares, geográficos, económicos, etc.).
- Según la materia, pueden ser: Tratados comerciales, políticos, culturales, humanitarios, sobre derechos humanos, o de otra índole.

¹⁷ Monroy Cabra.Op. Cit. Pág. 317

- Según el tipo de obligaciones creadas diferenciamos entre: Tratados-ley y Tratados-contrato. Los primeros establecen normas de aplicación general que jurídicamente se encuentran en un pedestal superior a las leyes internas de los países firmantes, los segundos suponen un intercambio de prestaciones entre las partes contratantes. Esta distinción está bastante superada pues ambas particularidades se funden.
- Por la índole de los sujetos participantes, distinguimos: Tratados entre Estados, entre Estados y Organizaciones internacionales, y entre Organizaciones internacionales.
- Por su duración: se diferencian entre Tratados de duración determinada y Tratados de duración indeterminada.
- Según la posibilidad de hacerse parte sin haber tomado parte en su negociación: Tratados abiertos y cerrados. Estos últimos no admiten nuevos miembros, por lo que su admisión implica la celebración de un nuevo tratado.
- Por su forma de conclusión, podemos encontrar: Tratados concluidos de forma solemne y Tratados concluidos de forma simplificada que luego son enviados por el poder ejecutivo al poder legislativo para opinión y aceptación.

➤ **Denominaciones.**

Cuando hablamos de partidos se alude al género, no obstante, estos instrumentos internacionales a lo largo de la historia han adoptado y siguen adoptando en la práctica diversas denominaciones particulares, sin dejar por ello de responder a su naturaleza de Tratado internacional. Es decir, esos nombres

particulares no tienen implicaciones jurídicas, ni afectan su calidad, siempre y cuando se cumplan con los requisitos generales de los Tratados.

Un Tratado en particular puede denominarse: Acuerdo, Convención, Convenio, Carta (normalmente se usa para designar a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales), Estatuto, Compromiso, Concordato (el que regula las relaciones del Estado y la Iglesia), Protocolo (complementario de un tratados anterior), etc.

➤ **Negociación.**

Para ponerse de acuerdo en el texto a tratar un requisito indispensable es la negociación. Se considera que son Estados negociadores aquellos que participan en la elaboración y adopción del texto. En el derecho español, el inicio del Tratado corresponde al Gobierno Central, ni el Jefe del Estado, ni las Cortes, ni las Comunidades autónomas pueden forzar un tratado, pero pueden instar al Gobierno para que lo haga. La fase de negociación es la más larga, puede durar varios años realizar un texto definitivo que satisfaga a las partes. Durante esta fase deben determinarse el objeto, fin y contenido del tratado, y también la redacción del mismo, sobre todo en los tratados entre estados que hablen lenguas diferentes.

➤ **Adopción del texto.**

“Adoptar significa consentir que todos los participantes se pongan de acuerdo en su redacción definitiva. Anteriormente era necesario el voto favorable de todos los Estados negociadores. Esto sigue vigente en los Tratados bilaterales. Con la proliferación de los Tratados internacionales multilaterales se

pasó al sistema de mayorías (art. 9 de la Convención de Viena de 1969). Este artículo establece la práctica general del voto favorable y unánime pero se trata de una práctica residual. Mayoritariamente se aplica su punto segundo que establece que la adopción del texto se hará por una mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes a no ser que los Estados decidan por igual mayoría una regla diferente”.¹⁸

➤ **Autenticación.**

La siguiente fase es la de autenticación. Este acuerdo queda fijado de manera solemne como el contenido definitivo auténtico e inalterable del tratado. Según el artículo 10 de la Convención de Viena de 1969 la autenticación se hará de modo previsto por la Convención o por otro acuerdo de los Estados. En general se utiliza la firma ad referendum, la firma o la rúbrica. Esto no obliga a cumplir con el Tratado.

➤ **Prestación del consentimiento.**

La fase final es la de prestación del consentimiento. Los Estados participantes deciden en esta fase si quieren ser parte o no del Tratado. Si aceptan se someten al Tratado. Los que no aceptan no quedan obligados.

En la práctica esta prestación del consentimiento se realiza bien de forma solemne, bien de forma simplificada.

➤ **De forma solemne o formal.**

Esta vía se utiliza en los casos en los que debido a la importancia de la materia se exige solemnidad en la forma de prestación del consentimiento. Esta solemnidad se exige a través de la ratificación.

¹⁸ Ibid. Pág. 345.

El significado de este término ha ido evolucionando. Tradicionalmente era un acto del soberano confirmando un Tratado celebrado por un mandatario o representante del soberano.

A partir del siglo XIX (constitucionalismo moderno) la ratificación se configuró como un mecanismo de control del poder legislativo sobre el poder ejecutivo. De este modo el gobierno no puede obligarse con otros Estados en relación a determinadas materias sin la autorización del legislativo.

➤ **De forma simplificada.**

Los acuerdos en forma simplificada-agreements, notas reversales- son acuerdos internacionales cuyo proceso de conclusión incluye solamente una etapa de negociación y la firma, materializándose comúnmente en varios instrumentos.

➤ **Reservas.**

“Según el artículo 2.1.d) de la Convención de Viena de 1969 se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o adherirse a él con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

Las reservas, por lo tanto, tienen únicamente sentido respecto de los tratados multilaterales. Pues, como afirma la Comisión de Derecho Internacional, las reservas a los tratados bilaterales no plantean problema alguno, porque equivalen a una nueva propuesta que hace que se reanuden las negociaciones

entre los dos Estados. Si llegan a un acuerdo, aceptando o rechazando la reserva se celebrará el tratado; de lo contrario no se celebrará.

A modo de ejemplo: los Estados A, B, C y D firman un Tratado. En el momento de la prestación de su consentimiento, el Estado D hace una reserva a un artículo del tratado. La reacción de los demás Estados puede ser diferente:

A acepta la reserva, en cuyo caso se aplicará entre A y D el Tratado con el contenido según la reserva. B hace una objeción simple a la reserva, en cuyo caso se aplicará el Tratado entre B y D, excepto la parte de la reserva. C hace una objeción cualificada a la reserva; en este caso el Tratado no se aplicará entre C y D".¹⁹

➤ **Capacidad.**

Tiene capacidad para celebrar Tratados internacionales los representantes de los Estados con plenos poderes (art. 7 de la Convención de Viena de 1969). Sin embargo hay determinados cargos estatales que tienen facultades para celebrar todos estos actos sin que sea necesario que tenga un poder del Estado específico pues el derecho internacional les confiere facultades en virtud de sus funciones. Estos son el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores. Los Jefes de Misión Diplomática (embajadores) también tienen determinadas competencias (negociación y adopción), previa resolución autoritativa específica, lo que en la práctica resolutive se llama extensión de plenos poderes para la firma.

Las organizaciones internacionales también tienen capacidad para celebrar tratados internacionales, se rigen por las normas de la Convención de

¹⁹ Ibíd, Pag.360

Viena de 1986, pero esta capacidad depende de lo establecido en sus cartas fundacionales o estatutos.

Por lo tanto un país que quiera exportar necesita la suficiente preparación y capacidad para hacer un tratado.

➤ **Depósito.**

La figura del depósito apareció con los Tratados multilaterales, sobre todo a partir del siglo XIX. Con anterioridad al siglo XX, tiempo en el que la mayoría de los tratados era bilaterales, no se hacía necesario un depositario pues, cuando se celebraba un tratado entre dos Estados, éstos intercambiaban, y lo siguen haciendo, los instrumentos adecuados para su eventual ratificación posterior. El gobierno de turno, luego de aprobación del legislativo. De esta manera se inicia la vigencia de la aplicación del tratado bilateral.

Con la aparición de los tratados multilaterales pasa a ser necesario el nombramiento de alguna entidad multilateral o Estado que se ocupe de recibir, salvaguardar y comunicar a las partes involucradas todos los instrumentos de ratificación. Esta entidad o Estado es el depositario.

➤ **Funciones del depositario.**

- “Custodiar el texto original del tratado, los poderes que se le hayan remitido (poderes que acreditan las facultades de las personas que han representado a los Estados) y custodiar todas las comunicaciones y notificaciones relativas al tratado.
- Recibir las firmas y demás notificaciones relativas al tratado por parte de los Estados que deseen formar parte del mismo en el futuro.

- Expedir copias certificadas del tratado.
- Controlar la regularidad de los instrumentos y notificaciones relativas al tratado, es decir, si se han realizado en la forma debida de acuerdo a la legislación de cada Estado parte.

Con anterioridad al siglo XX no se exigía que los Tratados internacionales fueran publicados o registrados. Esto dio lugar a la práctica de los Tratados secretos que resultaron ser extremadamente perniciosos para el resto de los países pues se formaron alianzas secretas que, por ejemplo, fueron decisivas para el estallido de la Primera Guerra Mundial.

Con el fin de que situaciones como ésta no se repitieran, se quiso instaurar, a través del sistema de la Sociedad de Naciones, un sistema de diplomacia abierta. En este sentido el artículo 18 del pacto de la Sociedad de Naciones estableció que los Tratados no registrados no serían obligatorios.

Tras la Segunda Guerra Mundial la Carta de las Naciones Unidas siguió una solución con la misma intención, pero menos severa: En su artículo 102 se afirma que los Tratados no registrados y publicados no pueden ser invocados en el Sistema de las Naciones Unidas”.²⁰

²⁰ Ibid. Pág. 365

CAPÍTULO II

2. Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Es el convenio que a continuación expondremos y que es el objeto principal del estudio de este trabajo de tesis.

2.1 Familia.

El autor Puig Peña sostiene que en sentido objetivo el derecho de familia es el: “conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real”²¹. Mientras que en sentido subjetivo: Los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar, mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar”²²

2.2 Derecho de Familia.

El Derecho de familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio y del parentesco.

En cuanto derecho de familia el autor Mauricio Luis Izrahi dice lo siguiente “Resulta más interesante referirse a la tesis de la familia como organismo

²¹ Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales Pág. 233.

²² Federico Puig Peña citado por Alfonso Brotas. Manual de Derecho Civil, Tomo I, Primera Parte, Pag. 22

jurídico, dada la adhesión que provocó, sobretodo en cuanto a la construcción que su principal expositor -Cicu- desarrolló acerca del interés familiar.

El jurista italiano afirmó que la familia está en conexión jurídica orgánica con un fin superior, que es el interés familiar.

Este interés superior es el que domina en el derecho de familia, a tal punto que los intereses individuales de los sujetos no son ni siquiera un elemento constitutivo de la relación jurídica familiar, sino simple motivo una ocasión para la atribución del derecho. Lo que se manifiesta, en consecuencia, es la existencia de un vínculo jurídico de interdependencia personal y no la independencia y autonomía que caracterizan a las relaciones de derecho privado"²³.

➤ **Naturaleza jurídica.**

Tradicionalmente se ha considerado que, el Derecho de Familia, es una sub-rama del Derecho civil, sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del Derecho, con principios propios.

Varios países han recogido legislativamente este cambio doctrinario dictando un Código de Familia (aparte de un Código Civil). Ése ha sido el caso de Argelia, Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Marruecos,

²³Izrahi, Mauricio Luis; Familia, Matrimonio y Divorcio; Pag. 97-96

Panamá, México (en algunos estados de la federación), Polonia y Rusia, entre otros.

Además, y por similares consideraciones, desde hace varios años diversos Estados han creado judicaturas especializadas en esta materia, denominadas comúnmente juzgados o tribunales de familia.

➤ **Características.**

Contenido moral o ético: esta rama jurídica habitualmente posee normas sin sanción o con sanción reducida y obligaciones (o más propiamente deberes) fundamentalmente incoercibles. Por ello no es posible obtener el cumplimiento forzado de la mayoría de las obligaciones de familia, quedando entregadas al sentido ético o a la costumbre (una importante excepción es el derecho de alimentos).

Regula situaciones o estados personales: es una disciplina de estados civiles (de cónyuge, separado, divorciado, padre, madre, hijo, etc.) que se imponen erga omnes (respecto de todos). Además, dichos estados pueden originar relaciones patrimoniales (derechos familiares patrimoniales), pero con modalidades particulares (diversas de aquellas del derecho civil), pues son consecuencia de tales estados y, por tanto, inseparables de ellos.

Predominio del interés social sobre el individual: esta rama posee un claro predominio del interés social (o familiar) en sustitución del interés individual. Ello genera importantes consecuencias:

Normas de orden público: sus normas son de orden público, es decir, son imperativas e indisponibles. No se deja a la voluntad de las personas la

regulación de las relaciones de familia; sin perjuicio que tal voluntad sea insustituible en muchos casos (como en el matrimonio o la adopción), pero sólo para dar origen al acto (no para establecer sus efectos).

Reducida autonomía de la voluntad: como consecuencia de lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad (base del derecho civil) no rige en estas materias. En general, se prohíbe cualquier estipulación que contravenga sus disposiciones. Una importante excepción la constituyen las normas sobre los regímenes patrimoniales del matrimonio.

Relaciones de familia: en esta disciplina, a diferencia del derecho civil (donde prima el principio de igualdad de partes), origina determinadas relaciones de superioridad y dependencia o derechos-deberes, especialmente entre padres e hijos (como la patria potestad), aunque la mayoría de los derechos de familia tienden a ser recíprocos (como es el caso del matrimonio).

➤ **Actos y derechos de familia.**

Los actos de familia son habitualmente solemnes, o sea, requieren de ciertas formalidades (por ejemplo, el matrimonio, la adopción, etc.); y comúnmente no pueden ser objeto de modalidades (por ejemplo, no pueden estar sujetas a plazo).

Los derechos de familia, que derivan de los actos de familia, son por regla general irrenunciables, inalienables, intransmisibles e imprescriptibles y, además, tienden a ser derechos-deberes (como la patria potestad). Sin embargo, los beneficios económicos provenientes de ellos, en algunos casos, pueden renunciarse o prescribir.

Materias de Derecho de familia:

Las dos instituciones fundamentales del derecho de familia son el matrimonio y la filiación. Además, los cuerpos normativos dedicados al derecho de familia se preocupan de la situación de las personas sujetas a la autoridad de otro.

El siguiente es un esquema del contenido más típico del derecho de familia:

- Matrimonio y sus efectos
- Esponsales
- Regímenes patrimoniales
- Nulidad matrimonial
- Separación matrimonial
- Divorcio
- Filiación y Adopción y sus efectos
- Patria potestad
- Autoridad parental
- Guardas
- Tutela
- Curatela
- Estado civil
- Derecho de alimentos

➤ **Custodia de los hijos.**

“Según las leyes de la mayoría de los países, la custodia de los hijos tras un divorcio o separación, puede ser adjudicada a cualquiera de los dos progenitores. Es el juez quien toma la decisión final, analizando diversos factores. Se diferencian guardia y custodia, de patria potestad, pues la primera determina quién será el progenitor que se encargará de la tenencia o control físico de los hijos, y la segunda, es el conjunto de derechos y obligaciones de cada padre sobre los hijos no emancipados. Los padres pueden ponerse de acuerdo respecto a lo concerniente a la custodia de los hijos, y el juez ratificará lo acordado, salvo que considere que existe riesgo para los menores.

Si no existe acuerdo previo, el juez fallará teniendo en consideración varios factores:

- No separar a los hermanos.
- Las necesidades emocionales y afectivas de los niños.
- La disponibilidad de los padres para la atención de los niños.
- La cercanía de otros miembros de la familia (abuelos, etc.)
- Los hábitos, vicios o trastornos que pudiera tener alguno de los cónyuges.
- La dedicación que cada uno de los progenitores haya tenido previo a la ruptura.

Es la dedicación y esfuerzo brindados a los hijos durante el matrimonio, lo que finalmente se considera preponderante para la elección de quien ejercerá la custodia de los hijos, pues está directamente relacionado al comportamiento que

se tendrá luego de la ruptura. No existen motivos lógicos para creer, que aquel progenitor que no demostró interés en el cuidado de los hijos mientras duró el matrimonio, vaya a tomar responsabilidades luego de la ruptura”.²⁴

➤ **El régimen de visitas.**

“Este régimen es el tiempo que el niño convive con el progenitor que no tiene la custodia. Por lo general se establece un régimen de fines de semana alternos, y vacaciones al cincuenta por ciento (50%).

En ocasiones se dan regímenes más amplios, con la alternancia de algún día de semana. Cuando no existe acuerdo entre las partes, se establece un régimen donde quedan establecidos días y horas en que se retire al menor del hogar custodia, y se establece también, quién será la persona que lo pase a buscar. En niños mayores de trece (13) años se tendrá en cuenta la opinión de los mismos para establecer el régimen y las fechas de visitas”.²⁵

2.3 Sustracción internacional de menores.

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: Cuando se haya 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 cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el

²⁴ ZANNONI, Eduardo A. Derecho de familia. Pág. 25

²⁵ *Ibíd*, Pág. 29

momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Convenio de La Haya, aunque no define los conceptos jurídicos expresados en su articulado, en su artículo 3 recoge los supuestos en que el traslado o la retención del menor se consideran 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 el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

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.

En el Reglamento 2201/03 del convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, sin embargo, expresamente se define el traslado o retención ilícita (artículo 2.11), a los efectos del propio Reglamento:

“Cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención de forma efectiva separada, o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención. Se considera que la

custodia es ejercida de manera conjunta cuando en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia”²⁶.

Aunque se mantienen las dos notas existentes se realizan mayores concreciones, en relación con el derecho de custodia, las distintas formas de adquirirla, la importancia y las consecuencias derivadas de lugar de la residencia habitual del menor, y finalmente la concreción de los supuestos en que puede ser sólo un titular quien resuelve sobre el lugar de residencia o han de ser los dos quienes lo decidan.

2.4 Antecedentes históricos.

El Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores fue adoptado, en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, por el Decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado, por unanimidad de los Estados presentes los cuales fueron: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Venezuela y Yugoslavia, además de los Representantes de la República Árabe de Egipto, Israel e Italia, que aunque tomaron parte activa en los trabajos de la Primera comisión, no participaron en la votación y Marruecos,

²⁶ Reglamento 2201/03 del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículo 2.11

la Santa Sede y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas enviaron observadores. Durante el trabajo de los países participantes, la Primera comisión contó asimismo con el valioso concurso de los observadores del Consejo de Europa, del Commonwealth Secretariat (La Secretaría del Commonwealth es el principal organismo intergubernamental y de la institución central de la Mancomunidad Británica de Naciones. Es responsable de facilitar la cooperación entre los miembros, las organizaciones de reuniones, incluidas las reuniones de jefes de gobierno, asistir y asesorar en la elaboración de políticas y la prestación de asistencia a los países en la aplicación de las decisiones y políticas de la comunidad) y del Servicio Social Internacional.

Así pues el 25 de octubre de 1980, los delegados firmaron el Acta final del período de sesiones que incorpora el texto del Convenio y una recomendación que contiene un formulario modelo de las demandas de retorno de los menores desplazados o retenidos de forma ilícita.

En esta ocasión, la Conferencia de la Haya se 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); por tanto, el Convenio lleva la fecha del 25 de octubre de 1980.

El Decimocuarto período de sesiones de la Conferencia, se desarrolló del 6 al 25 de octubre de 1980, confió la elaboración del Convenio a su Primera Comisión que tuvo como Presidente al profesor A. E. Anton (Reino Unido) y

como Vicepresidente al decano Leal (Canadá); uno y otro ya habían sido respectivamente Presidente y Vicepresidente de la Comisión especial. Por otra parte, la profesora Elisa Pérez- Vera fue ratificada en su cargo de Ponente. D. Adair Dyer, Primer secretario de la Oficina Permanente, que había redactado importantes documentos previos con vistas a los trabajos de la Conferencia, se encargó de la dirección científica de la secretaría.

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

Y las cláusulas finales, sugeridas por la Oficina Permanente, fueron incluidas en el anteproyecto elaborado por el Comité de redacción.

➤ **Objetivo y fin.**

“Los objetivos del Convenio, que constan en el artículo primero, se podrían resumir de la forma siguiente: dado que un factor característico de las situaciones consideradas, reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. Para alcanzar este objetivo, el Convenio consagra en primer lugar entre sus objetivos el restablecimiento del **statu quo** (es una frase latina, que se traduce como Estado del momento actual, mediante la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante. Las dificultades insuperables encontradas para fijar convencionalmente criterios de competencia directa en la materia, llevaron en efecto a la elección de esta vía que, aun siendo indirecta, va a permitir en la mayoría de los casos que la resolución final respecto a la custodia, sea dictada por las autoridades de la residencia habitual del menor, antes de su traslado”.²⁷

Por otra parte, aunque el objetivo velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados contratantes presenta un carácter autónomo, su relación teleológica con el objetivo retorno del menor no es por ello menos evidente.

En realidad, se podría estimar que se trata de un único objetivo considerado en dos momentos distintos: mientras que el retorno inmediato del menor responde al deseo de restablecer una situación que el secuestrador modificó de forma unilateral mediante una vía de hecho, el respeto efectivo de

²⁷ Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores. Art 1.

los derechos de custodia y visita se sitúa en un plano preventivo en la medida en que dicho respeto debe hacer desaparecer una de las causas más frecuentes de las sustracciones de menores.

Ahora bien, dado que el Convenio no precisa los medios que cada Estado debe emplear para hacer respetar el derecho de custodia existente en otro Estado contratante, cabe llegar a la conclusión de que, con excepción de la protección indirecta que conlleva la obligación de devolver el menor a la persona que tenía su custodia, el respeto del derecho de custodia escapa casi por completo del ámbito del convenio. En cambio, el derecho de visita es objeto de una regulación, incompleta, pero indicativa del interés atribuido a los contactos regulares entre padres e hijos, incluso cuando su custodia ha sido confiada sólo a uno de ellos o a una tercera persona. Parece casi imposible establecer una jerarquización entre dos objetivos que tienen su origen en una única preocupación dado que, en definitiva, viene a ser más o menos lo mismo facilitar el retorno de un menor desplazado que tomar las medidas oportunas para evitar su desplazamiento.

Ahora bien, el aspecto que el Convenio ha tratado de resolver en profundidad es el del retorno de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita.

Se podría argumentar que el objetivo convencional relativo al retorno del menor debería estar siempre subordinado a la toma en consideración de su interés.

A este respecto, se ha puesto de manifiesto con razón que "la norma jurídica que descansa sobre el interés superior del menor es, a primera vista, de tal imprecisión que parece más un paradigma social que una norma jurídica concreta. Es por eso que darle consistencia a esta noción es difícil pues al introducir el término último en la ecuación, se hacen aparecer de inmediato serios problemas dado que el enunciado general de la norma no permite saber claramente si el interés del menor que hay que proteger es el que sigue inmediatamente a la resolución, o el de su adolescencia, de su existencia de joven adulto, de su edad madura o de su vejez, 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.

➤ **Características.**

Este convenio basado en la idea de cooperación entre autoridades, siempre tratando de resolver las situaciones que caigan dentro de su ámbito de aplicación y que afecten a dos o varios Estados partes, a través de derechos y deberes mutuos.

El Convenio es autónomo respecto a los convenios existentes en materia de protección de menores o relativos al derecho de custodia.

Reconoce de forma explícita la posibilidad de invocar, a la vez que el Convenio, cualquier otra norma jurídica que permita lograr el retorno de un menor trasladado o retenido de forma ilícita, o la organización de un derecho de visita.

Es de carácter semi-abierto; en principio, cualquier Estado podrá suscribir el Convenio pero su adhesión surtirá efecto sólo respecto de las relaciones entre el Estado adherido y aquellos Estados contratantes que hayan declarado su aceptación de la adhesión.

➤ **La estructura del convenio.**

Los artículos 1, 2, 3 y 5 definen el ámbito de aplicación material del Convenio, precisando sus objetivos y los requisitos para poder considerar que el traslado o el no retorno de un menor son ilícitos. El artículo 4 se refiere al ámbito de aplicación personal del Convenio, mientras que el artículo 35 determina su aplicación en el tiempo. Los artículos 6 y 7 tratan de la creación de las Autoridades centrales y sus obligaciones. Los artículos 8, 27 y 28 se refieren a la facultad de someter un asunto a las Autoridades Centrales y los documentos que pueden adjuntarse o completar una demanda que les haya sido presentada.

Los artículos 9 a 12 y 14 a 19 tratan de las distintas vías instauradas para lograr el retorno de un menor, así como del alcance jurídico de una resolución al efecto. Los artículos 13 y 20 se refieren a las excepciones a la obligación general de devolver el niño. El artículo 21 establece los deberes específicos asumidos por los Estados respecto al derecho de visita. Los artículos 22 a 26 y 30 (así como los artículos 27 y 28 anteriormente mencionados) se refieren a ciertos aspectos técnicos relacionados con el procedimiento y los gastos que puedan resultar de las demandas presentadas en aplicación del Convenio. Los artículos 29 y 36 reflejan el punto de vista no exclusivo que rigió en la elaboración del Convenio precisando, por un lado, la acción directa posible de los particulares

ante las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes, fuera del marco de las disposiciones convencionales, y por otro lado la facultad reconocida a los Estados contratantes de derogar convencionalmente las restricciones a las que puede estar sujeto el retorno del menor de conformidad con el presente Convenio. Los artículos 31 a 34 hacen referencia a los Estados pluri-legislativos y a las relaciones con otros convenios. Por último, los artículos 37 a 45 contienen las cláusulas finales.

2.5 Países miembros.

Convenio Relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 octubre de 1980.

Entró en vigencia el 1 de diciembre 1983.

➤ **Listado de Estados miembros de la Organización de Estados Americanos**

OEA

Estado:

1. Argentina
2. Bahamas
3. Belice
4. Brasil
5. Canadá
6. Colombia
7. Costa Rica
8. Chile

9. Ecuador
10. El Salvador
11. Guatemala
12. Panamá
13. Paraguay
14. Perú
15. Honduras
16. México
17. Nicaragua
18. República Dominicana
19. Saint Kitts & Nevis
20. Trinidad & Tobago
21. Uruguay
22. Venezuela

2.6 Excepciones.

Es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio - uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual - responden en su conjunto a una concepción determinada del interés superior del menor. No obstante, incluso desde la óptica elegida, era preciso admitir que el traslado de un niño puede a veces estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por ello el Convenio reconoce ciertas excepciones a la

obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son más que manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia.

Como lo establece el artículo 13 del Convenio de la Haya que se está tratando en esta tesis:

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, 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.

Y el artículo 20 del mismo cuerpo legal establece:

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.

➤ **¿Cuáles son las excepciones al principio de restitución?**

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

Por una parte, el artículo 13a reconoce que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido no están obligadas a ordenar el retorno del menor cuando el demandante, con anterioridad al traslado supuestamente ilícito, no ejercía de forma efectiva la custodia que ahora invoca o cuando dio su conformidad posteriormente a que se produjera la acción que ahora denuncia.

Por consiguiente, se trata de situaciones en las que, o las condiciones previas al traslado no comportaban alguno de los elementos esenciales de las relaciones que el Convenio pretende proteger (el del ejercicio efectivo de la custodia), o el comportamiento posterior del progenitor desposeído muestra una aceptación de la nueva situación creada, lo que la hace más difícilmente impugnabile.

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

Además, el Convenio admite asimismo que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés. Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores. No obstante, una disposición de esa naturaleza era indispensable dado que el ámbito de

aplicación del Convenio *ratione personae* (locución latina por la razón a la persona. Se refiere a la competencia de un juez o un tribunal cuando se rige por el fuero de alguna de las partes) se extiende a los menores hasta el decimosexto cumpleaños; y es que, hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ejemplo de quince años, contra su voluntad. Por lo demás, en este punto concreto, los esfuerzos hechos para ponerse de acuerdo respecto a una edad mínima a partir de la cual la opinión del niño podría ser tomada en consideración han fracasado, ya que todas las cifras tenían un cierto carácter artificial, por no decir arbitrario; en consecuencia, se ha entendido que era preferible dejar la aplicación de esta cláusula al mejor juicio de las autoridades competentes.

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

Esa posibilidad ha sido ampliamente debatida en el seno de la Primera comisión, bajo distintas fórmulas.

Finalmente, tras cuatro votaciones negativas y por un único voto de diferencia, la Comisión admitió la posibilidad de desestimar la demanda de retorno del menor, mediante la formulación de una reserva que recogía la excepción de carácter público bajo una formulación restringida en relación con el derecho de la familia y la infancia del Estado requerido. La reserva prevista estaba literalmente formulada de la forma siguiente: "Contracting States may reserve the right not to return the child when such return would be manifestly incompatible with the fundamental principles of the law relating to the family and children in the State addressed"²⁸. Ahora bien, la adopción de este texto supuso la apertura de una importante brecha en el consenso que había presidido fundamentalmente hasta entonces los trabajos de la Conferencia; por tal motivo, conscientes de que era preciso dar con una solución ampliamente aceptable, todas las delegaciones se lanzaron a la búsqueda de tal solución, en el convencimiento de que constituía el camino más seguro para garantizar el éxito del Convenio.

El punto debatido era especialmente importante puesto que reflejaba, en parte, dos concepciones parcialmente distintas del objetivo del Convenio en materia del retorno del menor. En efecto, hasta ese momento el texto elaborado por la Primera comisión (de acuerdo con el anteproyecto preparado por la Comisión especial) había limitado las posibles excepciones al retorno del menor a la consideración de situaciones de hecho y de la conducta de las partes o a una apreciación específica del interés del menor. En cambio, la reserva que se

²⁸ Traducción: "Los Estados contratantes se reservan el derecho de no regresar a los niños cuando el regreso manifieste incompatibilidades con los principios fundamentales del derecho de el Estado adherido"

acababa de aceptar implicaba que se admitía la posibilidad de denegar el retorno de un niño sobre la base de argumentos puramente jurídicos, sacados del derecho interno del Estado requerido.

Derecho interno al que se hubiese podido recurrir, en el contexto de la disposición transcrita, ya sea para evaluar el título invocado por el padre desposeído, ya sea para valorar la legitimidad jurídica de la acción del secuestrador. Ahora bien, tales consecuencias alteraban notablemente un edificio convencional construido sobre la idea de que era preciso evitar que, por vías de hecho, se obviara la competencia normal de las autoridades de la residencia habitual del menor.

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

una contradicción sino también el hecho de que los principios protectores de los derechos humanos prohíben el retorno solicitado.

2.7 Autoridades centrales.

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

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

Además, sería un error pretender construir un convenio para luchar contra las sustracciones internacionales de menores sin tener en cuenta el

importante papel desempeñado por las autoridades judiciales o administrativas internas en todas las cuestiones relacionadas con la protección de los menores.

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

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

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

modo necesario a las autoridades habitualmente competentes según el derecho interno. No obstante, en la gran mayoría de los casos, la aplicación del Convenio dependerá del funcionamiento de los instrumentos que él mismo establece al efecto, es decir de las Autoridades centrales. En lo referente a su regulación por el Convenio, la primera observación que cabe hacer es que la Conferencia ha tenido conciencia de las profundas diferencias existentes en la organización de los Estados miembros; ésta es la razón por la que el Convenio no especifica en absoluto cuáles deben ser la estructura y la capacidad de acción de las Autoridades centrales, dos aspectos que serán necesariamente regidos por la ley interna de cada Estado contratante. La aceptación de esta premisa se traduce en el Convenio en el reconocimiento de que las tareas asignadas en especial a las Autoridades centrales podrán ser llevadas a cabo directamente por ellas mismas o con el concurso de un intermediario (artículo 7). Es evidente, por ejemplo, que la localización de un menor puede exigir la intervención de la policía; asimismo, la adopción de medidas provisionales o la iniciación de procedimientos judiciales respecto de relaciones privadas pueden caer fuera de las competencias susceptibles de ser atribuidas a las autoridades administrativas por ciertas leyes internas. No obstante, en todos los casos, la Autoridad central sigue siendo el destinatario de las obligaciones que el Convenio le impone, en su condición de organizador de la cooperación deseada para luchar contra los traslados ilícitos de menores. Por otra parte, teniendo una vez más en cuenta las particularidades de los distintos sistemas jurídicos, el Convenio admite que la Autoridad Central pueda exigir que la

demanda que se le dirija vaya acompañada de una autorización "por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del demandante o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre" (artículo 28).

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

Para proporcionar una solución a esas situaciones y a otras similares, el Convenio prevé que los Estados que establezcan más de una Autoridad Central designarán a la vez "la Autoridad central a la que puedan dirigir las

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

➤ **Concepto.**

Autoridades Centrales:

El Convenio basó su actividad en la actuación de las Autoridades Centrales en cada Estado contratante, pues trabajan con carácter general y tienen que coordinar y cooperar para la obtención de la finalidad del Convenio.

La Autoridad Central es el ente administrativo o judicial que tiene la obligación de llevar a cabo el trámite correspondiente para restituir o hacer restituir a un niño o niña a su país de origen, velando siempre por su bienestar. Es el encargado de recibir y hacer valer las demandas en contra de la sustracción de los niños y niñas.

➤ **Funciones.**

Además de esta obligación general con carácter particular se imponen unas obligaciones, que están previstas en el artículo 7 del texto del convenio, relativas a localizar al menor, prevenir que no sufra, garantizar la restitución inmediata o facilitar una solución amigable, intercambiar información relativa a la situación social del menor, facilitar información sobre la legislación de los países, incoar la apertura del procedimiento judicial o administrativo para su devolución, según el derecho interno de cada país, conceder o facilitar la obtención de asistencia judicial o jurídica, garantizar la restitución desde el punto de vista administrativo, y mantenerse mutuamente informados sobre la aplicación del Convenio.

Así, cada Estado tiene que designar una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones expuestas.

No obstante lo anterior el sistema seguido es mixto, ya que junto a la posibilidad de utilizar la vía de la Autoridad Central se permite la opción de solicitar la aplicación del Convenio directamente de las autoridades judiciales o administrativas.

Está previsto que los Estados federados, plurilegislativos o con una organización territorial autónoma podrán designar más de una Autoridad Central, aunque tendrán que designar a su vez una Autoridad Central que tendrá un papel fundamental.

➤ **La Procuraduría General de la Nación.**

La Procuraduría General de la Nación, es la Entidad que representa a los ciudadanos ante el Estado. Es el máximo organismo del Ministerio Público, conformado además por la Defensoría del Pueblo, la Personería. Conformada por 3.400 servidores, la Procuraduría tiene autonomía administrativa, financiera y presupuestal en los términos definidos por el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional. Es su obligación velar por el correcto ejercicio de las funciones encomendadas en la Constitución y la Ley a servidores públicos y lo hace a través de sus tres funciones misionales principales:

- La función preventiva.
- La función de intervención.
- La función disciplinaria.

➤ **La función preventiva**

Considerada la principal responsabilidad de la Procuraduría que esta empeñada en prevenir antes que sancionar, vigilar el actuar de los servidores

públicos y advertir cualquier hecho que pueda ser violatorio de las normas vigentes, sin que ello implique coadministración o intromisión en la gestión de las entidades estatales.

➤ **La función de intervención.**

En su calidad de sujeto procesal la Procuraduría General de la Nación interviene ante las jurisdicciones Contencioso Administrativa, Constitucional y ante las diferentes instancias de las jurisdicciones penal, penal militar, civil, ambiental y agraria, de familia, laboral, ante el Consejo Superior de la Judicatura y las autoridades administrativas y de policía. Su facultad de intervención no es facultativa sino imperativa y se desarrolla de forma selectiva cuando el Procurador General de la Nación lo considere necesario y cobra trascendencia siempre que se desarrolle en defensa de los derechos y las garantías fundamentales.

➤ **La función disciplinaria**

“La Procuraduría General de la Nación es la encargada de iniciar, adelantar y fallar las investigaciones que por faltas disciplinarias se adelanten contra los servidores públicos y contra los particulares que ejercen funciones públicas o manejan dineros del Estado, de conformidad con lo establecido en el Código Único Disciplinario ó Ley 734 de 2002.”²⁹

➤ **La procuraduría general de la nación autoridad central en Guatemala.**

La procuraduría general de la nación por medio de la *la Unidad de Derechos Humanos y Asuntos Internacionales* es la encargada de llevar a cabo los tramites de restitución de menores en Guatemala, a pesar de que se podría

²⁹ Código Único Disciplinario ó Ley 734 de 2002.

decir que el tramite que se lleva a cabo aquí en Guatemala es mixto pues tanto la procuraduría como los tribunales designados a menores trabajan en equipo para poder solventar la situación de estos ultimos.

Aunque según lo expuesto por el licenciado Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera *Jefe de la Unidad de Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, de la Procuraduría General de la Nación*, ha habido un solo caso en el que la procuraduria ha conciliado por la via consular unicamente, sin llegar a los extremos de la via judicial. Tambien según lo expuesto por el licenciado Zarazúa la procuraduria internamente se basa además del convenio internacional de la Haya Sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia cuestión que se hace difícil pues ni en el convenio ni en la ley existe un procedimiento específico para darle seguimiento a los procesos de restitución de menores a su país de origen.

La procuraduría general de la nación fue nombrada la autoridad central del convenio al momento del depósito, la república de Guatemala notificó al depositario que la autoridad central seria la Procuraduría General de la Nación.

CAPÍTULO III

3. Legislación guatemalteca aplicable al Convenio Sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores.

A continuación se explicara y se expondrá la legislación Guatemalteca aplicable en este tema, haciendo un análisis y enlace entre la Constitución Política de la República de Guatemala, Código Civil de Guatemala Decreto Ley número 106 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal Guatemalteco Decreto no. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

Iniciamos con el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece: “Preeminencia del derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

Se coloca este artículo, pues, es necesario resaltar que el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, contiene derechos humanos específicos de los niños sustraídos ilícitamente por sus padres, eso quiere decir que el hecho que el Estado de Guatemala lo haya ratificado hace que prevalezca sobre el derecho interno.

Artículo 47. El Estado garantiza la protección económica y jurídica de la familia. La mención de este artículo en el trabajo de tesis se explica porque la familia es el

núcleo de la sociedad, la que da estabilidad emocional y social a los niños y niñas quienes son objeto principal de nuestro estudio y es el Estado de Guatemala el obligado de mantener la estabilidad jurídica de la misma, así mismo como lo establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 3 se vincula con el mencionado artículo, pues establece que, el Estado deberá respetar los derechos y deberes de los padres o en su caso de las personas encargadas del niño, niña o adolescente, de impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño, niña y adolescente ejerza los derechos reconocidos por el Estado en las demás leyes internas, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, sin más restricciones que las que establece la ley, cuya interpretación no será extensiva, consagrando de nuevo la obligación del Estado de Guatemala de salvaguardar los derechos inherentes de los niños y niñas.

Teniendo en cuenta que el Estado debe ser garante de la protección de los derechos de los niños y niñas, y de las personas encargadas de estos, debemos poner mucha importancia a este artículo pues, nos expone la obligación del Estado de cuidar los intereses tanto de los niños y niñas como de sus encargados, los cuales son parte afectada junto con los niños/as sustraídos en el Convenio que venimos mencionando.

También siempre tomando en cuenta lo que establece el artículo 4 de la misma Ley en donde se establece que, es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia jurídica y socialmente, así como garantizarle a

los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes, siendo así como se puede notar en este artículo que el Estado de Guatemala se compromete a resguardar a los menores dándoles el derecho a la libertad y seguridad, a la convivencia familiar, que son los principales derechos violados al ser el niño sustraído ilegalmente del país, siendo separado de su familia. Vinculando así el artículo 162 del Decreto Ley 106 Código Civil guatemalteco que habla sobre la protección de la mujer y de los hijos desde el momento en que sea presentada la solicitud de separación o de divorcio, pues la mujer y lo hijos quedarán bajo la protección de la autoridad para seguridad de sus personas y de sus bienes, y se dictarán las medidas urgentes que sean necesarias. Los hijos quedarán provisionalmente en poder del cónyuge que determine el juez, hasta que se resuelva en definitiva, a no ser que causas graves obliguen a confiarlos a un tutor provisional; siendo el juez el que decide quién de los cónyuges se quedará provisionalmente con los hijos, cuestión que tiene que ser respetada, es así que tiene relación con el Convenio tratado en este trabajo de tesis y ambos cónyuges deben respetar la decisión del juez y no trasladar a sus hijos fuera del país sin permiso del que quede encargado o caerá en sustracción o retención ilícita del menor al llevarlo a otro país y no consultar con el padre que quedo encargado, o por no devolverlo a su país de origen después de un tiempo determinado en el que tenga permiso por el juez vedando el derecho del niño a convivir con su familia; además también debe tomarse en cuenta lo que establece el artículo 163 del mismo

cuerpo legal pues cuando se solicita el divorcio de mutuo acuerdo se debe presentar un proyecto de convenio de divorcio en el que los cónyuges acuerdan a quien quedaran confiados los hijos, cuestión que debe ser respetada pues es un convenio suscrito ante un juez, en el cual deben prestar garantía, y romperían dicho Convenio al sustraer a los niños/niñas ilícitamente separándolos del padre al que le quedo encomendada esta labor y es el Estado de Guatemala quien tiene la obligación de restituir este derecho como lo establecen los artículos mencionados con anterioridad pues así nuestra Carta Magna lo preceptúa, también, cabe mencionar en este trabajo de tesis los artículos 166, 167 y 252 que establecen lo relativo a quien de los padres se confían los hijos, y que es el juez el encargado de velar por el bien superior del niño/a a la hora de decidir quién de ellos tendrá la patria potestad o si esta será compartida por ambos cónyuges siempre y cuando no sea violentado ninguno de los derechos estipulados en la Constitución Política de la República de Guatemala, en las demás leyes internas o en Convenios internacionales relativos a los derechos humanos de los niños/as especificados en este trabajo de tesis, ratificados por el Estado de Guatemala, en el mismo contexto que ambos padres tienen derecho a la convivencia con sus hijos pues, todo padre tiene derecho a mantener relación con su hijo, y que en la unión de hecho así como en el matrimonio ambos padres tienen la patria potestad del niño/a, salvo caso extremo en que sea perjudicial para el niño o niña; siendo así que si ambos padres tienen la patria potestad de sus hijos menores, ambos tienen la obligación de salvaguardar los derechos de estos.

Así mismo es el juez el que debe establecer a quien de los padres le sede la patria potestad de los hijos cuando hay pugna entre estos, o a que pariente cercano o institución especializada los refiere mientras decide a quien de los padres la sede, siempre tomando en cuenta el bienestar del niño/a, según lo establecen los artículos 256 y 262 del mismo cuerpo legal.

Además hay que mencionar lo concerniente al artículo 261 de la misma Ley que establece que, la madre o el padre que no sean casados o unidos de hecho es la madre quien tendrá la patria potestad, salvo que el interés superior del niño no lo permita, y “en todo caso el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley; y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente”, entrando este artículo en vinculación directa con el Convenio mencionado en este trabajo pues es precisamente de la sustracción ilícita a la que nos referimos.

Cuando nos referimos a separación, suspensión o a pérdida de la patria potestad, nos referimos a que el padre que fue designado por el juez o que legalmente mantenía conjuntamente con su cónyuge o por la unión de hecho la patria potestad es separado de esta, por mala administración de los bienes del menor o porque le causo algún daño al menor, visto este desde el punto de vista material, físico, psicológico o de cualquier otro tipo y este extremo lo establece un juez por denuncia de algún pariente o persona cercana al niño/a concediéndosela al otro padre o a una institución educativa especializada según

lo establecen los artículos 269, 273, 274, 275 y 276 del Código Civil guatemalteco. Tomándose también en cuenta que el juez así mismo, puede restituir la patria potestad al padre que la perdió si las causas no se refieren a un daño a los bienes del menor o a la vida e integridad física de este, siempre y cuando se logre establecer que el padre que perdió la patria potestad esta rehabilitado y puede cuidar del menor y se haya comprobado su buena conducta según lo designa el artículo 277 del mismo Código.

Con respecto a la tutela el Código Civil guatemalteco establece en su artículo 293 que: “El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. El tutor es el representante legal del menor.” Siendo el tutor la persona encargada por velar porque los derechos del niño/a no sean dirimidos y de hacer prevalecer el bien superior del niño/a.

A todo esto le podemos sumar que como lo explica el artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, el interés superior del niño/a, es una garantía que se debe aplicar en toda decisión que se adopte en relación a los niños/as y adolescentes que debe asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando principalmente sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez, siendo importante que no se disminuyan o transgiversen sus derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, en este caso el Convenio sobre los aspectos civiles de la

sustracción internacional de menores y en esta Ley; así mismo se entiende por interés de la familia a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal.

El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia, es así que como parte de sus obligaciones en tomar estas medidas el Estado de Guatemala ratificó el Convenio mencionado e implementó la Ley Alba-Kennet que será explicada posteriormente, aunque hasta el momento son normas que no son implementadas en el ámbito al que nos referimos, incumpliendo el Estado de Guatemala con lo relativo a la protección de los niños y niñas pues que la Ley este escrita no es garante de que los niños y niñas tengan derecho a la no ruptura de sus vínculos familiares pues al permitir que se separe al niño de su entorno social y no implementar las leyes existentes, nada de lo que se explica en este artículo extraído de una Ley tiene sentido, sería simplemente como escribir un mandato y nunca cumplirlo dejando que los derechos de estos niños y niñas se diriman contraviniendo totalmente lo que la Ley indica. El Estado de Guatemala tiene la obligación de hacer valer lo que dicen las leyes que rigen la sociedad guatemalteca, si esto no se lleva a cabo el estado de derecho se deteriora y se cae en una anarquía total.

Pero igualmente se despierta esta interrogante ¿Cuál es para el Estado el interés de los niños y niñas? Pues para nosotros como estudiosos de la materia son, la estabilidad psíquica y social las que se rompen al ser estos separados

bruscamente de alguno de los padres, cambiando totalmente de entorno social, de costumbres y algunas veces hasta de idioma natal, incumpliendo así el Estado en su obligación de salvaguardar los derechos a los que estos son acreedores.

También son importantes en la elaboración de este trabajo de tesis los artículos 9, 10, 12, 14 y 50 de la misma Ley que establecen derechos inherentes a los niños/as y adolescentes como lo son el derecho a la vida, lo cual quiere decir que se tiene la obligación de mantener salvaguardados a los niños y niñas para que estos puedan tener una vida digna y no afectar su desarrollo físico y mental; a la identidad, incluidos el nombre y la nacionalidad, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, las expresiones culturales propias y su idioma de origen, teniendo esta obligación el Estado de Guatemala, debe velar porque los menores sean restituidos inmediatamente a su lugar de origen dándole así vigor a lo transcrito en la Ley y los Convenios internacionales y así restablecer la identidad perdida de los niños y niñas que fueron sustraídos ilegalmente de su lugar de origen. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a no ser separados de su familia, sino solamente en las circunstancias especiales definidas en la Ley y con la exclusiva finalidad de restituirle sus derechos. (Nunca una de estas circunstancias especiales definidas por la ley va a ser el sustraer ilegalmente a los niños de su lugar de origen lo que ellos conocen como su núcleo familiar, es por esto que el Estado de Guatemala tiene la obligación de velar que esta ley se cumpla, y no se convierta en Ley impositiva y vigente); derecho a la libertad, en este caso según el Convenio al que nos referimos los

niños y niñas podrán con libertad escoger con quien de sus padres o personas encargadas quieren vivir; derecho a la igualdad, que establece que los derechos establecidos por la Ley serán aplicables a todo niño, niña o adolescente sin discriminación alguna, por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico o social, posición económica, discapacidad física, mental o sensorial, nacimiento, haciendo constar que el Estado de Guatemala tiene la obligación de que los niños y niñas gozarán de todos los derechos adquiridos, no importando si son nacionales o de países diferentes, eso quiere decir que los niños y niñas serán protegidos por las leyes guatemaltecas no importando su origen siempre velando por su bienestar y seguridad e integridad, los cuales tienen derecho también a la protección contra el secuestro, el tráfico, la venta y trata para cualquier fin o en cualquier forma, en nuestro sistema interno se encuentra tipificada de la siguiente manera: Sobre la sustracción propia, en el artículo 209 del Código Penal Guatemalteco Decreto no. 17-73 del Congreso de la República, que reza de la siguiente forma: “ Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de éstos, será sancionado con prisión de uno a tres años. La misma pena se aplicará si el menor tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte. La pena a imponer será de seis meses a dos años, si el menor de más de doce años de edad hubiere prestado consentimiento.”

Sobre la sustracción impropia contemplada en el artículo 210. Del mismo cuerpo legal que dice: “ Quien, hallándose encargado de la persona de un menor, no lo

presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición, será sancionado con prisión de uno a tres años.”

Sobre la sustracción agravada tipificada en el artículo 211 del mismo Código dice: “En caso de desaparición del sustraído, si los responsables no probaren el paradero de la víctima o que su desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción, serán sancionados con prisión de seis a doce años. Sin embargo, si la persona sustraída fuere encontrada la pena se reducirá en la forma que corresponde, mediante recurso de revisión.” Vinculando estos artículos pues es importante saber que si se regula aunque no exactamente como lo establece el Convenio referido, lo relativo a la sustracción, y adecuándolo y armonizando nuestra ley con el Convenio la sustracción es ilícita aunque haya sido uno de los padres quien lo haya trasladado a otro lugar, claro indebidamente, ósea en contra de la Ley, ignorando la disposición del juez.

Así también como lo establece el artículo 13 de la misma Ley el Estado debe garantizar que el niño/a vivirá en un ambiente donde goce y ejercite sus derechos en a medida de su desarrollo físico, moral, mental y espiritual dentro de una familia. El Estado de Guatemala tiene la obligación de salvaguardar a los niños/as tomando las medidas pertinentes para garantizar que los mismos niños puedan pedir auxilio en caso de que sean violentados sus derechos y de crear mecanismos y programas para encontrar a los padres para un reencuentro familiar uno de los pilares centrales que sustentan las bases del Convenio sobre los aspectos civiles de sustracción internacional.

El Estado de Guatemala tiene la obligación a través de sus órganos competentes cuando exista amenaza o violación a los derechos de los niños/as de: 1) Velar porque las instituciones públicas o privadas que atiendan a los niños, niñas y adolescentes a quienes sus derechos se encuentren amenazados o violados, velar porque éstos sean respetados y restituidos, en especial su derecho a la vida, seguridad, identidad cultural, costumbres, tradiciones e idioma y les brinden tratamiento integral y digno, tomando en cuenta que estos son los principales derechos que deben ser restituidos a los menores que son sustraídos ilícitamente de su país según lo establece el artículo 76 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia; estos órganos tienen competencia según la razón del territorio, para nuestro caso específico, los que se encuentren en el lugar en donde se realizó el hecho artículo 101 numeral 1 inciso c del mismo cuerpo legal. En nuestro caso específico es la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, la autoridad central designada por el Estado de Guatemala en el marco del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de encargarse de la restitución de los menores que hayan sido sustraídos ilícitamente de Guatemala y como lo establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su artículo 108 inciso b) debe dirigir, de oficio o a requerimiento de parte o del Juez competente, la investigación de los casos de niños, niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos; interviniendo de forma activa en los procesos judiciales de protección. Para el efecto, deberá tener, como mínimo, un Procurador de la Niñez y Adolescencia, en la jurisdicción de

cada Juzgado de la Niñez y Adolescencia. c) Presentar la denuncia, ante el Ministerio Público, de los casos de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de delito y que carezcan de representante legal, apersonándose en el proceso penal para la defensa de los intereses de éstos. d) Evacuar audiencias y emitir opinión jurídica en todos los procesos judiciales, notariales y administrativos que la ley señala, haciendo valer los derechos y garantías que la Constitución Política, tratados y convenios internacionales, aceptados y ratificados por Guatemala, y esta Ley, reconocen a la niñez y adolescencia.

Así pues, nos encontramos que la Procuraduría General de la Nación aun no tiene un ente designado especialmente para las restituciones de los menores a su país de origen, pues, según lo expuesto por el licenciado Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera *Jefe de la Unidad de Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, de la Procuraduría General de la Nación*, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es la Ley que entraría en vigor para la resolución de los casos de la sustracción internacional de menores y solo por la vía consular ha sido resuelto el único caso conocido en el marco del Convenio mencionado.

3.1 Ley del Sistema de Alerta Alba-Kennet.

Por razones de especificidad explicaremos esta Ley en un apartado diferente.

La Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth fue aprobada de urgencia nacional por el Pleno del Congreso de la República; su principal fin es la coordinación de acciones interinstitucionales para la localización y el resguardo inmediato de niños y niñas sustraídas, secuestradas o desaparecidas.

El Sistema de Alerta Alba-Keneth fue nombrado así en referencia a dos de los casos acompañados por la Fundación Sobrevivientes y que generaron gran consternación en la población por la forma en la ocurrieron; también fueron los que recibieron más atención mediática. Alba Michelle España, de nueve años, fue secuestrada y asesinada con fines de tráfico de órganos en Camotán, Chiquimula; a las pocas horas de haber desaparecido su madre, acompañada de las y los vecinos de la localidad, denunciaron a las autoridades el hecho y exigieron que se iniciara la búsqueda, pero los agentes dijeron que debían pasar 72 horas. Alba era hija única y de madre soltera; participó en distintas actividades municipales, por lo que era muy conocida por la ciudadanía; por el hecho fue linchada una mujer y sentenciadas otras dos, sin embargo, el propósito de la ley es evitar más casos.

La norma contempla la creación de la Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta Alba-Keneth, que estará integrada por la Procuraduría General de la Nación (PGN), la Policía Nacional Civil (PNC), la Dirección General de Migración, la Secretaría de Comunicación Social de la Presidencia y el Ministerio Público (MP).

Las familias deberán presentar la denuncia a la Policía Nacional Civil al momento de conocer la desaparición o sustracción de los niños o las niñas; la Policía comunicará a la PGN el hecho para convocar de urgencia a la Coordinadora Nacional.

El Ministerio Público tomará la denuncia penal de oficio, con el fin de iniciar las investigaciones y las acciones legales para la localización y ejercer la persecución de los victimarios; el funcionario que se niegue a desarrollar sus funciones será destituido inmediatamente, según establece la nueva ley.

Artículo 1. Objeto. El objeto de la presente Ley es regular el funcionamiento del sistema de Alerta Alba-Keneth para la localización y resguardo inmediato de los niños sustraídos o desaparecidos.

Artículo. 2 El interés superior del niño. Para el efecto de la aplicación de la presente Ley, el interés superior del niño se entiende como la realización de todas las acciones que permitan la localización y resguardo de un niño que ha sido sustraído o que se encuentra desaparecido. Pues es la obligación de Estado de Guatemala darle seguimiento y resguardar los derechos humanos inherentes a los niños/as.

Artículo 3 Celeridad. Para los efectos de esta Ley, el principio de celeridad se entiende como la urgencia, prioridad o inmediatez, con que se realicen las acciones de búsqueda, localización y resguardo de un niño, niña o adolescente desaparecido o sustraído, para asegurar su integridad y resguardo. Que es un elemento necesario para la restitución de los menores a su país de origen

Artículo 14. Restitución Internacional de los niños desaparecidos y sustraídos. La Procuraduría General de la Nación, como autoridad central del Convención de la Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, realizara las acciones que aseguren de forma inmediata la restitución de niños desaparecidos o sustraídos que hayan sido trasladados a un Estado distinto al de su residencia Habitual.

La Procuraduría General de la Nación creara los protocolos para implementar el protocolo para la implementación del Convenio de la Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y lograr la restitución de los niños en esta situación. Cuestión que aun no se ha logrado haciendo muy difícil la implementación de las leyes y el Convenio como tal.

3.2Caso concreto para su estudio.

Caso concreto que nos ayudara más a comprender este tema.

➤ **Caso concreto Shaban- Uriburu.**

Los hechos en el caso de sustracción internacional SHABAN-ARIAS URIBURU:

“Gabriela Arias Uriburu, de nacionalidad argentina, contrajo matrimonio con Imad Mahmoud Mohammad Shaban, de nacionalidad jordana, en Guatemala, país de residencia de ambos, el 13 de julio de 1991. Luego, al viajar a Jordania a conocer la familia de su marido, contrajeron allí, nuevo matrimonio bajo la ley del Islam, el 21 de septiembre de 1991. De la unión, nacieron en Guatemala, sus tres hijos: Karim (15/05/92), Zahira (25/12/93) y Sharif (5/04/96). Hacia 1997 comienzan las desavenencias matrimoniales.

Gabriela Arias Uriburu, efectúa una denuncia por violencia intrafamiliar, ante el Juzgado Segundo en Primera Instancia del Ramo de Familia, guatemalteco, que llevó el N° 1649/97. Este Juzgado ordena con fecha 9/12/97: *“...II)...se decreta el depósito de la presentada y menores hijos en el lugar indicado, asimismo se previene al demandado IMAD MAHMOUD MOHAMMAD SHABAN que deberá abstenerse de causar TODA CLASE DE MOLESTIAS FÍSICAS Y MORALES a la presentada y menores hijos, EN FORMA DIRECTA O INDIRECTA, PERSONALMENTE, TELEFÓNICAMENTE O A TRAVÉS DE INTERPÓSITA PERSONA, bajo apercibimiento de que si no cumple se certificará lo conducente a un Juzgado del Ramo Penal para lo que resulte procedente en su contra, debiéndose librar oficio respectivo a la Dirección General de la Policía Nacional Civil, PARA QUE SE LE PRESTE EL AUXILIO Y PROTECCIÓN NECESARIOS A EFECTO DE HACER EFECTIVA LA MEDIDA*

DECRETADA. III) Se hace saber al demandado que la presentada y menores hijos se encuentran bajo la PROTECCIÓN DE ESTE JUZGADO, RAZÓN POR LA CUAL DEBERÁ DAR FIEL CUMPLIMIENTO A LO DECRETADO, DE LO CONTRARIO SE HARÁ EFECTIVO EL APERCIBIMIENTO CONTENIDO EN EL NUMERAL ROMANO QUE LE ANTECEDE”.

El día 10/12/97 el Juzgado de Familia otorgó la tenencia a la Sra. Arias Uriburu, sin embargo ese fue el día en que el Sr. Shaban sustrajo a sus tres hijos. Cabe resaltar que el día 13/11/97 el Sr. Shaban había solicitado ante la justicia guatemalteca el arraigo de los niños y la Sra. Arias Uriburu en Guatemala, y paradójicamente fue él quien violó la medida, trasladando ilícitamente a sus hijos a Jordania.

La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (ratificada por Guatemala pero no por Jordania), califica el traslado de un menor como ilícito cuando: tenga lugar en violación de un derecho de guarda, atribuido a una persona, institución o cualquier otro organismo, solo o conjuntamente, por el derecho del Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención.

Los primeros días luego de que los niños desaparecieran con su padre, no se sospechaba que habían salido del país. El día 22/12/97 el Juzgado Undécimo de Primera Instancia de Delitos de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente ordena la captura contra el Sr. Shaban y su hermano primogénito, quien colaboró en la sustracción. El 23/12/97 el Sr. Abdul Karim Shaban (hermano del

Sr. Imad Shaban), fue arrestado, dictándosele Auto de Procesamiento por sustracción de menores con fecha 29/12/97 y ordenándose medidas sustitutivas de caución económica de 6000 quetzales, la prohibición de salida del país y la obligación de presentarse todos los jueves a firmar el libro de arresto domiciliario. A los ocho días de ser arrestado, salió bajo fianza, aunque la prohibición de salida del país y la obligación de firmar el libro de arresto domiciliario seguía vigente. Los niños y su padre continuaban desaparecidos. Recién a los tres meses de la sustracción la Sra. Arias Uriburu se enteró por medio de su padre, que había viajado a Jordania, que sus hijos se encontraban en aquél país.

Luego de localizar a los niños, la Sra. Arias Uriburu, pudo conocer que el Sr. Imad Shaban, el 27/12/97 había interpuesto ante el Honorable Juzgado Canónico de Amman, una demanda en su contra por medio de un apoderado, solicitando la custodia de sus hijos. La resolución inicial, ante el pedido de impedimento de objeción de tutela, por parte del Sr. Imad Shaban, por ante el Honorable Juzgado Canónico de Amman, dictada con fecha 28/12/97, fue: "...2.- El Demandante ha vuelto a su país, con el fin de residir definitivamente en el mismo, acompañado de sus hijos mencionados, quienes están bajo su cuidado, no permitiendo a nadie viajar con dichos niños fuera del Reino Hachemita de Jordania. 3.- La demandada reside en Guatemala y se opone a la tutela del padre, a pesar que la misma reside fuera del Reino Hachemita de Jordania, razón que anulará el derecho de tutela de la demandada en base a las deliberaciones judiciales y las resoluciones del Juzgado Canónico...la

demandada no tiene derecho a solicitar la tutela de los niños mientras se encuentra residiendo fuera del reino y fuera de la vivienda matrimonial.

La Corte islámica, luego reconoció que la madre era la verdadera y legítima depositaria de la custodia de los niños, pero no permitió que éstos salieran de Jordania.”³⁰

Cuestiones de derecho internacional privado involucradas en el caso SHABAN-ARIAS URIBURU :

El caso que nos ocupa entra dentro del concepto de Derecho Internacional Privado: “Es la rama del Derecho Internacional Privado que tiene por objeto el régimen de las relaciones jurídicas en las que existen uno o varios elementos extraños al Derecho local”³¹ (Carlos Vico); “Es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto o fin determinar cuál es la ley que debe aplicarse en caso de concurrencia simultánea de dos o más leyes en el espacio”³² (Víctor Romero del Prado) “Es aquel que comprende las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin analizar previamente su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial o penal; suficiente que el interés comprometido sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente”.³³

³⁰ Arias Uriburu, Gabriela ¡**Ayuda! Quiero a mis hijos**, Ed. Planeta, 1998

³¹ Basz-Cárdenas-Biocca **Lecciones de Derecho Internacional Privado**, Ed. Rubinzal-culzoni, 2000. España

³² Basz-Campanella, **Derecho Internacional Privado**, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999. España.

³³ MARIS BIOCCA ,Stella Derecho Internacional Privado, Pág. 13

Aquí se trata de una relación jurídica con varios elementos ostensibles extraños al derecho local - guatemalteco y jordano, dado que los dos países se consideraron con jurisdicción internacional para entender en el tema, por lo tanto para ambos Estados la relación jurídica contiene elementos extraños a su legislación -, tales como: primer lugar de celebración del matrimonio: Guatemala; lugar de segunda celebración del matrimonio: Jordania; domicilio conyugal: Guatemala; lugar de residencia habitual de los niños: Guatemala; traslado ilícito de los niños desde Guatemala a Jordania; último domicilio conyugal: Guatemala; ley de la nacionalidad: jordana; primera sentencia de tenencia de hijos: Guatemala; segunda sentencia de tenencia de hijos: Jordania. A su vez, el interés comprometido es sin ningún lugar a dudas un interés privado y se trató de resolver un conflicto de leyes y de jurisdicciones.

También surgen en el caso problemas de Derecho Internacional Privado, como fraude a la ley “Se denomina fraude de ley o fraude a la ley al método de incumplimiento indirecto del Derecho (objetivo) en el sentido de que supone la obtención de un resultado contrario al conjunto del orden jurídico determinado alcanzado a través de la puntual inobservancia de lo dispuesto en la norma jurídica”³⁴, auxilio judicial internacional, reconocimiento de sentencia extranjera, orden público internacional y un problema de jerarquía de fuentes.

El fraude a la Ley en el derecho internacional privado, consiste en la realización de una serie de actos lícitos (elemento objetivo), que tienen por fin obtener un resultado ilícito (elemento subjetivo), tal el de sujetarse a una ley más favorable, eludiendo una ley imperativa. Todo ello debe darse en un breve

³⁴ DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, El fraude de la ley, pág. 5.

espacio de tiempo, de modo que sea más palpable la voluntad de evadir el imperio de una ley. Goldschmidt sostenía que en el fraude existe una expansión espacial y una contracción temporal. En el caso en análisis, los actos lícitos estarían dados por el traslado desde Guatemala a EE.UU. y de allí a Jordania más el cambio de nacionalidad de los niños. Estos traslados se efectuaron con el fin de eludir la Ley guatemalteca sobre patria potestad y tenencia de hijos, que era la imperativa dado que en Guatemala los niños tenían su residencia habitual, coincidiendo con el lugar de domicilio de sus padres, con la intención inmediata de sujetarse a la Ley jordana, más beneficiosa para los intereses del Sr. Shaban, dado que automáticamente los niños (por el principio del ius sanguinis Derecho de sangre) adoptaban la nacionalidad jordana quedando sujetos a dicha normativa legal, según la cual la patria potestad se encuentra exclusivamente en cabeza del padre. Otro elemento que encuadró en la llamada contracción temporal fue el pedido de tenencia efectuado a los pocos días de haber arribado a Jordania (la sustracción desde el hogar conyugal se produjo el 10/12/97 y la resolución del Tribunal Canónico de Ammán fue dictada el 28/12/97).

Desde Guatemala se solicitó vía exhorto que Jordania restituyera de inmediato a los niños a su país de residencia habitual, solicitando a su vez el reconocimiento de la sentencia guatemalteca por la cual se le otorgaba la tenencia a la madre, sin embargo al no existir ningún Tratado multinacional ni bilateral entre Guatemala y Jordania, ésta no prestó auxilio judicial ni reconoció la sentencia dictada en Guatemala, entiendo entre otros motivos, que por considerarla atentatoria de su orden público internacional.

Tanto Jordania como Guatemala ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su Art. 11 Inc. 1º dispone: “*Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención de niños en el extranjero*”, sin embargo según un informe del Comité de los Derechos del Niño, aún hoy, luego de 17 años de haber ratificado Jordania este instrumento internacional, no lo ha publicado en su Boletín Oficial.

Transcribo textualmente las partes pertinentes del informe mencionado:

Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención:

Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño Jordania:

1. El Comité de los Derechos del Niño examinó el segundo informe periódico de Jordania (CRC/C/70/Add.4), presentado el 5 de agosto de 1998, en sus sesiones 621ª y 622ª, celebradas el 18 de mayo de 2000, y aprobó en su 641ª sesión, celebrada el 2 de junio de 2000, las siguientes observaciones finales.

➤ **Introducción**

El Comité lamenta que el informe del Estado Parte (CRC/C/70/Add.4) no se haya preparado de acuerdo con las orientaciones establecidas para la presentación de los informes periódicos. El Comité lamenta también la ausencia de ejemplos y de atos desagregados sobre el ejercicio y el goce de los derechos contenidos en la Convención, y que haya una valoración o evaluación, suficientes de la situación actual de los niños en Jordania. Al mismo tiempo, el

Comité acoge con satisfacción la amplia información proporcionada con respecto a la educación, así como los anexos detallados sobre salud y trabajo infantil. El Comité toma nota con reconocimiento de las respuestas detalladas e informativas a la lista de cuestiones.

➤ **Factores y dificultades que obstaculizan la aplicación de la Convención.**

Tomando nota de los valores universales de igualdad y tolerancia propios del islam, el Comité observa que la interpretación estrecha de los textos islámicos por las autoridades, en particular en lo relativo al derecho de familia, obstaculiza el goce de algunos derechos humanos protegidos en virtud de la Convención.

➤ **Principales motivos de preocupación y recomendaciones.**

Legislación aplicable en las preocupaciones y recomendaciones; aunque se supone que la Convención tiene fuerza de ley y prevalece sobre todas las leyes con excepción de la Constitución, y se prevé que los tribunales le den precedencia, el Comité observa que han pasado casi diez (actualmente 21 años) años desde su ratificación, pero la Convención todavía no se ha publicado en el Boletín Oficial.

El Comité recomienda al Estado Parte que acelere la publicación del tratado en el Boletín Oficial y que tome las medidas necesarias para que se aplique en los tribunales, incluidos los de primera instancia.

Capacitación acerca de la Convención y difusión de la Convención:

Tomando nota de los esfuerzos desplegados por el Estado Parte, el Comité está preocupado por el escaso conocimiento de la Convención que se

observa entre el público en general y, en particular, la infancia y los profesionales que trabajan con niños. Al Comité le preocupa que el Estado Parte no esté llevando a cabo actividades eficaces que contribuyan a la difusión y la sensibilización de un modo sistemático y específico.

➤ **No discriminación.**

El Comité está preocupado por la persistencia de la discriminación en virtud de la legislación, en particular: b) El Comité estima que el menoscabo de los derechos del niño protegidos por la Convención a consecuencia de la discriminación directa o la discriminación contra las madres (por ejemplo, en relación con la custodia, la tutela y la nacionalidad) es incompatible con el artículo 2.

De conformidad con las conclusiones del Comité de Derechos Humanos, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sus propias observaciones finales anteriores y con el artículo 2 de la Convención, el Comité recomienda que el Estado Parte tome medidas eficaces para prevenir y eliminar la discriminación por motivos de sexo y condiciones del nacimiento en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural. El Comité recomienda al Estado Parte que incorpore la igualdad de los sexos en el artículo 6 de la Constitución. El Comité le recomienda al Estado Parte que haga todo lo posible por promulgar o revocar la legislación civil y penal, cuando resulte necesario, para prohibir tal discriminación. A este respecto, el Comité le alienta al Estado Parte a que examine la práctica de otros Estados que han tenido éxito en la reconciliación de los derechos fundamentales con los textos islámicos. El

Comité le recomienda al Estado Parte que tome todas las medidas apropiadas, tales como amplias campañas de educación pública, para impedir y combatir las actitudes sociales negativas a este respecto, en particular dentro de la familia. Se debe movilizar a los dirigentes religiosos para que apoyen estas medidas.

➤ **Interés superior del niño.**

El Comité está preocupado por que en todas las medidas relacionadas con los niños el principio general del interés superior del niño contenido en el artículo 3 de la Convención no es la consideración fundamental, en particular en asuntos relacionados con el derecho de familia (por ejemplo, la duración de la custodia en virtud de la Ley del estatuto personal es arbitraria, ya que se determina por la edad del niño, y es discriminatoria en relación con la madre).

➤ **Respeto de las opiniones del niño.**

El Comité sobre los derechos humanos está preocupado por que a las opiniones del niño no se les conceda suficiente importancia debido a las actitudes tradicionales de la sociedad hacia los niños, en las escuelas, los tribunales y, en particular, en la familia. El Comité alienta al Estado Parte a que promueva y facilite, en el seno de la familia, en la escuela y los tribunales, el respeto de las opiniones del niño y su participación en todas las cuestiones que les afecten, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. A este respecto, el Comité recomienda que el Estado Parte establezca programas de capacitación profesional en el seno de la comunidad para maestros, trabajadores sociales y funcionarios locales con el fin de que puedan ayudar a los niños a manifestar sus decisiones fundamentadas y que se tengan en

consideración sus opiniones. El Comité recomienda que el Estado Parte solicite asistencia al UNICEF, entre otros organismos.

Las Convenciones Internacionales que Jordania ha ratificado tienen fuerza de Ley y prevalecen sobre todas las leyes nacionales, a excepción de la Constitución, con lo cual en orden a la prelación de fuentes nos encontramos ante un caso de monismo con primacía relativa del derecho internacional privado. Los tribunales nacionales otorgan prelación a las Convenciones Internacionales, salvo en los casos en que constituyan una amenaza al orden público. Esto viene confirmado por el fallo 32/82, de 6 febrero de 1982, en el que el Tribunal de Casación dispuso que los pactos y tratados internacionales prevalezcan sobre la legislación nacional.

➤ **Intervención de Argentina en el caso analizado.**

Durante los primeros meses desde la sustracción de sus hijos, la Sra. Gabriela Arias Uriburu, desconocía su paradero por lo que como desde la justicia no obtenía respuesta alguna, decidió dar a conocer el caso en los medios de publicidad. Fue así cómo logró descubrir que sus hijos estaban en Jordania.

Viajó desde Guatemala a Argentina, país de su nacionalidad y donde se encuentra su familia para comenzar una lucha desde aquí. Acudió a las autoridades gubernativas argentinas en busca de ayuda política y diplomática. Por aquél entonces era Presidente de la República Argentina, el Dr. Carlos Menem, quien envió una carta al Rey Hussein, donde le solicitó su colaboración para que peticionara a las autoridades competentes de su país, que ordenaran la restitución de los menores a Guatemala, en el entendimiento que los Tribunales

guatemaltecos eran los que tenían jurisdicción internacional por encontrarse en ese país, el domicilio conyugal y la residencia de los menores. La misma misiva le fue enviada al Presidente de Guatemala, Álvaro Arzú, quien respondió que si bien su país no contaba con representación diplomática ni consular ante el Reino de Jordania , que pudiera darle seguimiento al caso, harían todo lo que estuviera a su alcance para ayudar a resolverlo, dado que los niños involucrados son guatemaltecos.

Ante la falta de respuesta a las misivas presidenciales por parte de Jordania, el vicescanciller argentino en 1998, Andrés Cisneros, citó al embajador jordano Halasa, para reclamar una respuesta del Rey Hussein. La reunión con el embajador Halasa se llevó a cabo en la cancillería argentina el 5/11/98, admitiendo finalmente Halasa que su gobierno deseaba que la Sra. Arias Uriburu visitara a sus hijos. Fue así que la Sra. Arias Uriburu, luego de un año pudo volver a ver a sus hijos, aunque en condiciones humanamente reprochables.

De allí siguió un periplo por organismos internacionales (ONU, OEA, etc.), continuaron las negociaciones, y así se llevó a cabo su segundo viaje a Jordania. El rey Hussein falleció, el mandatario argentino cambió y ahora el Presidente Dr. Fernando De La Rúa, continuó con la tarea de colaboración. Decidió mantener el caso como cuestión de Estado y designó un nuevo emisario. En septiembre de 2000, en la Cumbre del Milenio de Nueva York, el Presidente De La Rúa se entrevistó con el Rey de Jordania Abdullah II, informándole que enviaría un emisario a Jordania, en su representación, a lo que el Rey le respondió que lo recibiría para trabajar juntos el caso.

“Si bien el entorno del Monarca se mostró hostil ante la posibilidad de un acuerdo, el Rey, por su parte, estuvo mejor predispuesto. Muerto el rey Hussein, se sabía que el escenario político de Jordania era otro. Abdullah no era el sucesor natural del trono y asumió ante la mirada atónita del mundo musulmán”.³⁵

Prosiguieron las tratativas entre las autoridades argentinas y jordanas, sin conseguirse demasiado.

En 2002, asumió como Presidente interino el Dr. Eduardo Duhalde, el país era un caos y el caso de los niños sustraídos en Jordania no era la prioridad. A pesar de ello, la esposa del Presidente Hilda Duhalde, envió una carta a la Reina Rania de Jordania, apelando a su sensibilidad de madre, la que nunca fue respondida.

“En el año 2003, el Dr. Carlos Antonio Romano, juez del Tribunal de Familia Nº 1, del Departamento Judicial de Morón, quien colaboraba en la Fundación Niños Unidos para el Mundo, profesor de Teología y Derecho Canónico, fue designado embajador para cuestiones de Estado por la Cancillería argentina y viajó a Jordania a fin de intentar que se celebrara un acuerdo de visitas internacional, que sirviera para este caso y cualquier otro similar que pudiera presentarse.

En Jordania, se reunió con el Ministro de Gobierno y las máximas autoridades de la Sharia. El acuerdo tenía como premisa la de priorizar el interés superior del niño por sobre el de los padres. La reunión no tuvo éxito, las

³⁵ Arias Uriburu ,Gabriela Jordania, la travesía,

autoridades jordanas se mostraron cerradas ante la posibilidad de una solución para el caso y entonces, el Dr. Romano les manifestó que de mantenerse en una posición intransigente debería denunciar a Jordania por incumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto hizo que las autoridades jordanas reaccionaran favorablemente, tanto que el presidente de la Suprema Corte de Amman, estuvo de acuerdo con los planteamientos que se le acercaron. Sólo era necesario organizar una comisión bipartita entre Argentina y Jordania para redactar formalmente el convenio bilateral.

A su regreso, había sido elegido como Presidente de la Nación el Dr. Néstor Kirchner, quien renovó el nombramiento del Dr. Romano. Lamentablemente, las autoridades argentinas no designaron a una comisión para que trabajara con el convenio, de modo que cuando el Dr. Romano, volvió a Jordania, las autoridades jordanas lo esperaban con un modelo de acuerdo traducido al castellano tal como desde aquí se lo habían solicitado pero él no tenía nada que entregarles.

El Juez de Jueces, Al-Tamimi le pidió al Dr. Romano que le enviase el convenio traducido al árabe para poder avanzar lo antes posible en la solución del conflicto, comprometiéndose a mostrarle el borrador al Rey Abdullah II. Al regresar al país, el Dr. Romano proyectó un segundo convenio, pero como la primera vez que viajó, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, le inició un nuevo sumario, prohibiéndole que volviera a viajar a Jordania. Dado que Al-Tamimi confiaba en el Dr. Romano y sólo deseaba reunirse con él para concretar

el acuerdo y que las autoridades argentinas no colaboraron en nada para que esto se lograra, el convenio no pudo ser.

Transcribo informe del Dr. Romano al Canciller Bielsa, documento que da cuenta acabada de su gran capacidad intelectual y humana y de la frágil capacidad y humanidad de las autoridades argentinas para comprender la magnitud de un convenio bilateral con el mundo musulmán.

Señor Canciller

Don Rafael Bielsa

S/D

REF: INFORME CONVERSACIÓN TAMIMI / ROMANO

A los veintidós días del mes de mayo de 2004, con la presencia del Señor Consejero Bellando y del Sr. Traductor Daher, conforme recibiera instrucciones, en la Jefatura de Gabinete, acorde la recomendación emitida en mi anterior informe, siendo las 8:00 hrs. se inició conversación telefónica con Su Excelencia Ezzeldin Al- Khatib Al-Tamimi. Aquél, tras los saludos de estilo, dijo ya me extrañaba, extraña nuestras charlas y mi presencia en Amman, lo que respondí tal vez fuera posible se reinstalara en la medida fructifique la relación de nuestros países, que extrañaba también charlar de lo jurídico y de lo religioso como una misma cosa, que también me gustaría alguna vez Tamimi viniera en visita a la Argentina. A lo que dijo ojala, reiterando igualmente los estamentos oficiales jordanos me conocen y verían con beneplácito una nueva visita mía; que él tenía particular interés en esto, que sentía yo era como de su familia. Entonces propuse de antemano fijar una nueva charla telefónica que diese

continuidad a esta misión. Dado su viaje a Egipto propuso nos comuniquemos en la segunda semana de mayo 2004. Por lo que después, tras estas preliminares, dije a V.E. que si lo permitía y le parecía, me gustaría primero hablemos del acuerdo entre naciones que estamos procurando, y quiera Dios fuese el inicio de algo muy importante para la niñez del mundo, para luego referirnos al caso particular Shaban – Arias, tema sobre el que siempre me preguntaba. Tras su respuesta afirmativa continué expresando este tal vez fuera el comienzo de un intercambio que sorprenda a nuestros países en la búsqueda luego de otros y nuevos encuentros. Respondió que eso sentía y en eso estaba su interés y deseo de continuar deliberando y volver a verme. Agregué, que mi Nación se encontraba interesada en trascender incluso al plano cultural y religioso estas relaciones, que se despertaba atención hacia la comunidad católica y la musulmana, encontrando en Tamimi como respuesta el deseo de su mejor aporte para que esto fuese así, comprometiéndose a seguir la misma línea en su país. Refiriendo obligarse textualmente en todo lo que les haga sentir bien a los funcionarios y a la dirigencia Argentina, y a que esto fuese también un servicio que le vamos a prestar a la comunidad argentina de confesión islámica, y que sin lugar a dudas va a consolidar mas nuestras relaciones.

Respecto al tema del acuerdo bilateral adelantó este ya estaba girado a su Cancillería, junto con todo lo que habíamos ya conversado, que deberíamos seguir en ese camino, que por su parte él también se ocuparía de consultar sobre ese aspecto, le reiteré mi deseo de que hiciera su seguimiento sobre las tratativas de acuerdo bilateral, deseé que tuviera suerte en la reunión por el caso

particular, y me comprometí a llamarlo para fines de la primer semana del mes de mayo de 2004 o principios de la segunda. Volvió a esperanzarse en que nos encontremos pronto. Finalicé con un inshala y el tradicional hasta pronto y buena suerte en el camino, deseé, salud y fuerza al Jefe de Todas las Cortes Islámicas, que nuestros pueblos se fraternicen para ayudar a otros pueblos, y que nuestro entendimiento aproveche a las regiones.

1.- Sentí se habían saneado inconvenientes en deuda respecto de la falta de continuidad en el envío de la traducción de borradores para el diálogo, y que una vez más la misión se encuentra en buen proceder.

2.- En base a mi experiencia de gestión, de la diaria como Magistrado, y como experto internacional de la niñez, recomiendo: a) Frente al reclamo de continuidad sobre pautas ya conversadas y/o las que fueran adunadas, seguir en deliberación, previo enviar esbozo técnico en lengua y traducción oficial árabe, con fundamentos científicos, respecto de giros o instituciones jurídicas que aseguren un fluido entendimiento al diferente idioma, la diversa cultura y el dispar sistema de Derecho. b) Advertir que la Comisión Especial para el tema instituida en Jordania reposa sobre conceptos que emanan en aprobación indudable del más alto Magistrado de la Justicia Religiosa, Su Excelencia Tamimi, y que en modo alguno creo opinará en puntos de realidad o utopía como condiciones de realización para un convenio bilateral, sino que habrá de sujetarse a la legalidad del acto conforme su propio ordenamiento interno y a su eficacia como objeto en torno a la promoción de los Derechos Humanos. Por lo que, resulta prudente profundizar sobre puntos a los que las autoridades

islámicas han adelantado viabilidad y que no ofrecen contradicción con nuestras propias aspiraciones, producto del encuadre legal soberano y de las que el Derecho Internacional recomienda en el espíritu de pactos preexistentes. c) Dada la intención manifestada por mis interlocutores, de velar por su concretización y andamio, y acorde el pedido que me hicieron, realizar diálogo telefónico con la jerarquía de la sharia en la segunda semana del mes de mayo 2004, instruyendo nuevamente al Embajador sobre tal evento. d) 1- Instruirlo a efectos de que, una vez remitida la traducción oficial del borrador, tome nuevo contacto con el Secretario General y la Comisión Especial que estudia el andamiaje del futuro acuerdo bilateral y/o regional. 2-Asimismo, y teniendo como antecedente la invitación realizada por el Rey Abdulah II del Reino Hashemita mediante misiva al Presidente de la Nación Argentina en fecha 17 de febrero de 2003, luego confirmada en mi viaje de mayo 2003, habilitarlo a su gestión.3- Que a su vez disponga, en la habitualidad de sus viajes a la ciudad de Amman, entrevistar a Tamimi en procura de observar sucesos. e) Advertir, en coincidencia con las instrucciones que me fueran dadas, que se hizo referencia por mis interlocutores en mi último viaje a los países de la región, y en el presente diálogo telefónico al interés religioso, por lo que este tema, y atendiendo que el radio de influencia de Izzedin Al- Khatib Al-Tamimi excede el territorio jordano, 1- es conveniente, en la medida que se logren mayores avances, incluirlo en el diálogo de países árabes y latinoamericanos a través de la Subsecretaría del área. 2- Llevar la misión al conocimiento del Señor Secretario de Culto. 3- Atento el proceso de institucionalización del

MERCOSUR, también en la medida en que se logren avances, derivar esta información a la Presidencia pro-tempore y por ella a nuestros países vecinos. 4- Anoticiar al Secretario General de Naciones Unidas, quien fuera oportunamente solicitado. 5- Por ser referentes con interés en el tema trasladar la información (de este y de los anteriores informes) al Ministerio de Justicia de la Nación, y al Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia. 6- Disponerme en una nueva misión deliberativa sobre la gestión y pautas del convenio con representante, representación o instrucción jurídica del Ministerio de Justicia de la Nación, para una prolija y eficaz búsqueda de su concreción, bajo costo de ambas naciones.

Salúdalo muy atentamente.-

Dr. Carlos Antonio Romano³⁶

³⁶ González Vicente 86 Revista jurídica de Castilla y León. N.º 11. Enero 2007
Convención sobre los Derechos del Niño.

CAPÍTULO IV

4. Obligación del Estado de Guatemala de aplicar las leyes internacionales ratificadas por el mismo.

El Estado de Guatemala tiene la obligación de velar porque se cumplan los convenios y tratados internacionales ratificados por el mismo, ya que el principio fundamental enuncia que la Constitución que es la ley suprema del Estado acepta una excepción, contenida en su Art. 46, al enunciarse que: "Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno".

El derecho interno del Estado comprende la totalidad de las normas jurídicas que efectivamente regulan la convivencia social en el Estado, incluyéndose dentro del concepto a la propia Constitución; por lo que es una innovación, no contenida en las Constituciones anteriores, el que un tratado o convenio que regule materia de derechos humanos pueda tener un rango superior a la propia Ley Fundamental.

Sin embargo, según criterio sostenido por la Corte de Constitucionalidad, la Constitución siempre prevalece sobre los tratados internacionales, aun en el caso del artículo 46, ya que de conformidad con lo estipulado en el artículo 240 de la Constitución los tribunales de justicia observarán siempre el principio de la supremacía de la misma sobre cualquier ley o tratado internacional.

La Constitución, por disposición propia, acepta en su artículo 44, la existencia en tratados internacionales o en cualquier otra ley de otros derechos que aunque no

figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana; sin embargo, esto no implica la supremacía de tal tratado sobre la propia Constitución.

Además como se expresa en la gaceta constitucional:

“...esta Corte debe abordar únicamente aspectos relacionados a la preeminencia de la norma constitucional en función del resguardo de los derechos fundamentales que la ley matriz le ha conferido a la persona humana, las obligaciones internacionales del Estado y la aplicación de tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, en cuanto a que su aplicación pueda ser más garantista que las normas de derecho interno. En cuanto a las obligaciones internacionales del Estado, se mantiene el criterio vertido en el precedente jurisprudencial de que Guatemala reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *ius cogens*, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización. Lo anterior implica también el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, máxime cuando el asunto sobre el cual versaren fuere materia de derechos humanos. Según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”³⁷

“El derecho de gentes no solo tiene fuerza de pacto y convenio, entre los hombres, sino que tiene también fuerza de ley. Y es que el orbe, todo que en cierta manera es una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las de derecho de gentes. En asuntos graves, por tanto, ningún Estado puede darse

³⁷ Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados. artículo 26

por no obligado por el derecho de gentes, porque esta dado por la autoridad de todo el orbe.”³⁸

En ese orden de ideas, se considera apropiado, previamente a analizar lo relacionado con el artículo 4º, numeral 2) de la Convención y su aplicabilidad al caso objeto de estudio, puntualizar que la interpretación que debe hacerse de dicha norma ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuírsele a los términos expresados por el tratado en su contexto.

4.1. Jerarquía normativa

Al analizar nuestro orden jurídico encontramos un sistema jerárquico en el cual la validez de una norma depende de su adecuación a otras de carácter jerárquicamente superior, hasta llegar a la Constitución Norma Fundamental.

“Pacta sunt servanda es una locución latina, que se traduce como lo pactado obliga, que expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Constituye un principio básico del derecho civil (específicamente relacionado con los contratos) y del derecho internacional.

En materia internacional se señala que: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (según lo señala el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y mismo artículo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986). Esta consigna, acuñada en épocas

³⁸ De Vitoria, Francisco , de indis prior, de tittulis legitimis, Pág.2.

de la antigua Roma y según la cual los pactos deben honrarse, es una de las bases fundacionales de la confianza que la sociedad deposita en sí misma.³⁹

Para entender lo mismo nos trasladamos a la convención de Viena sobre los derechos de tratados que a continuación nos describe la obligación que tienen los Estados miembros de un tratado de aplicarlo:

Términos empleados para los efectos de la presente Convención:

b) se entiende por ratificación, aceptación, aprobación y adhesión, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;

Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la firma. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la firma de su representante:

a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;

b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o

c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

³⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Pacta_sunt_servanda

2. Para los efectos del párrafo I:

a) la rubrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido;

b) la firma ad referendum de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.

Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado. El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestara mediante este canje:

a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o

b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación. I. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la ratificación:

a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;

b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación;

c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o

d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.

Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la adhesión.

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la adhesión:

a) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión:

b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o

c) cuando todas las partes hayan consentido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.

Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 de la constitución política de la República de Guatemala.

4.2 Efectos negativos por la no aplicación del convenio sobre sustracción internacional de menores en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Violación del pacta sunt servanda que dice que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. El Estado de Guatemala que esta obligado internacionalmente a cumplir los tratados a los que se adhiere o ratifica.

Pues el Estado de Guatemala tiene la obligación de cumplir el tratado y no cumple con dicha obligación, omitiendo así el pacta sunt servanda como se explica en el párrafo anterior pues no se tiene la buena fe de cumplirlo ya que la autoridad central que esta asignada para dicho cumplimiento no esta realmente integrada, pues hasta el 17 de abril del año 2008 se abrió la jefatura de asuntos internacionales teniendo en su poder únicamente los convenios a los que ya se había tenia acceso no así no teniendo identificado un procedimiento especifico sobre la restitución de los menores al país de origen.

Y violación a los derechos del niño y la niña que se ven envueltos en estos casos, los cuales no son preservados aun y cuando como también la violación a los derechos de custodia del padre que se ve privado de la presencia de su menor hijo.

4.3 Efectos por no estar asignada una autoridad central en Guatemala.

En efecto en Guatemala esta asignada una autoridad central que es la encargada de cumplir con la obligación de hacer cumplir el tratado en Guatemala.

Esa entidad como se explico al principio es la Procuraduría General de la Nación, entidad que esta señalada como la autoridad central al momento de ser depositado el tratado.

Como ya se explico anteriormente la procuraduría solamente ha llevado un caso acerca de la sustracción internacional de menores, y ese caso no fue llevado por la vía judicial, únicamente se llevo a conciliar por la vía consular, explicándome a la vez el encargado de dicha jefatura que ellos para ejecutar dichos casos se basaban en la ley de protección de la niñez y adolescencia, ley en la que no se encontró en el camino de la investigación nada relativo al convenio, pues únicamente se explican los derechos y obligaciones de los niños y adolescentes, sus padres y/o tutores y del estado, al punto de confundirse en dicha ley el termino “sustracción” con secuestro pues en nuestro sistema interno la sustracción no esta tipificada pero se entiende como secuestro aunque haya sido uno de los padres quien lo haya trasladado a otro lugar, claro indebidamente, en contra de la ley.

4.4 Recomendaciones para el procedimiento a seguir en los casos de sustracción internacional de menores.

Como primer punto la Procuraduría General de la Nación debe crear una agencia especifica en la procuraduría de la niñez y la adolescencia que trate los casos de sustracción y restitución de menores, implementado en esta agencia ya que es la que trata los casos concretos de los menores en Guatemala.

Esta oficina o subagencia debe estar integrada por lo menos de doce personas las cuales deben ser personas idóneas:

Un jefe de área que debe tener por lo menos la calidad de abogado y notario, con quince años de experiencia, y por lo menos tres años en el ramo de menores. El cual tiene la obligación de revisar todo el expediente expuesto en el caso y dirigir a todo el grupo de trabajo para un eficaz y eficiente desempeño.

Dos profesionales del derecho con experiencia por lo menos de siete años, y con experiencia de un año en el ramo de menores. Que serán los encargados de interponer demandas, asistir a las audiencias respectivas e intervenir en la vía diplomática para un óptimo desarrollo del caso de restitución de una niña o un niño a la república de Guatemala; así como asesorar jurídicamente a los interesados en el caso.

Tres personas para tomar denuncias y procuraciones las cuales deben trasladar a sus superiores para ser evaluadas; estas personas deben ser estudiantes de la carrera de ciencias jurídicas y sociales y deben tener experiencia por lo menor de un año en la carrera jurídica. Estas personas deberán tomar las denuncias en forma oral u escrita, transcribiendo las orales a papel dejando constancia, seguidamente trasladar la información a el profesional del derecho al que le sea asignado el caso para su evaluación; además de hacer gestiones en los juzgados correspondientes, y de recibir y enviar las notificaciones del caso.

Cuatro investigadores los cuales se encargaran de hacer las diligencias fuera de las oficinas de la Procuraduría General de la Nación los cuales deben tener experiencia en investigación de campo ya que serán los encargados de averiguar la ubicación exacta del menor en caso de que no se sepa realmente.

Dos psicólogos uno general y el otro con especialización en psicología infantil por los traumas que puedan ser causados debido al deslinde de la familia y del lugar de origen al niño o niña; ambos por lo menos con un año de experiencia en el ramo.

Seguido a formar la dependencia correspondiente con las personas idóneas, se podrá llevar a cabo el siguiente procedimiento:

1. Presentar denuncia por parte del padre afectado o tutor encargado del niño o niña en forma escrita u oral ante las autoridades correspondientes en la procuraduría de la niñez y la juventud, en la agencia dedicada a estos casos antes descrita; dicha denuncia debe ser acompañada de la siguiente papelería:

- Certificación de partida de nacimiento del menor.
- Cédula de vecindad o Documento Único de Identificación.
- Certificación de la resolución del juzgado en donde se otorgo la patria potestad o tutela al interesado.

Esta denuncia debe acompañar a la demanda que interponga el representante de la procuraduría de la niñez y la juventud en el juzgado de familia que proceda, en donde se pide a su vez que sea enviado un exhorto al país en donde se encuentra el menor solicitando el reconocimiento de la

sentencia que se obtuvo en el juzgado de familia de la República de Guatemala.

2.La Procuraduría General de la Nación inicia investigación para localizar al menor así como lo estipula el artículo 20 de la Ley de Protección a la Niñez y Adolescencia que dice así: “Artículo 20. Localización. El Estado deberá apoyar programas que tiendan a la localización de los padres o familiares de algún niño, niña y adolescente, a fin de obtener información que facilite el reencuentro familiar.

3.El Estado garantiza en este artículo el reencuentro familiar, uno de los pilares centrales que sustentan las bases del convenio sobre los aspectos civiles de sustracción internacional.

4.El Estado tiene la obligación de dirigirse a la Dirección General de Migración y a las embajadas o consulados de los países que se encuentren en este conflicto; así como lo especifica el artículo 50 de la misma ley que reza lo siguiente: “Artículo 50. Seguridad e integridad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección contra el secuestro, el tráfico, la venta y trata para cualquier fin o en cualquier forma. El Estado deberá desarrollar actividades y estrategias de carácter nacional, bilateral y multilateral adecuadas para impedir estas acciones.

En nuestro sistema interno la sustracción no está tipificada, pero se entiende como secuestro aunque haya sido uno de los padres quien lo haya trasladado a otro lugar, claro indebidamente, ósea en contra de la Ley. Petición que debe ser dirigida a tal consulado o embajada invocando el tratado

internacional de la Haya 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores con el fin de hacer posible la restitución del niño o niña de origen Guatemalteco víctima de la sustracción.

También puede iniciarse juicio oral penal ante los juzgados de primera instancia penal (Artículo 47.- (Jueces de primera instancia). Los jueces de primera instancia tendrán a su cargo el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el ministerio Público en la forma que este Código establece. Instruirán, también, Personalmente las diligencias que específicamente les estén señaladas. Estarán encargados de la tramitación y solución del procedimiento intermedio y del abreviado.); interponiendo demanda en contra del padre causante de la sustracción por el delito de sustracción propia, sustracción impropia y/o sustracción agravada tipificados en el Código Penal guatemalteco en los artículos 209 al 211 los cuales rezan lo siguiente:

Sobre la sustracción propia:

Artículo 209. Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de éstos, será sancionado con prisión de uno a tres años.

La misma pena se aplicará si el menor tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte.

La pena a imponer será de seis meses a dos años, si el menor de más de doce años de edad hubiere prestado consentimiento.

Sobre la sustracción impropia:

Artículo 210. Quien, hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Sobre la sustracción agravada:

Artículo 211. En caso de desaparición del sustraído, si los responsables no probaren el paradero de la víctima o que su desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción, serán sancionados con prisión de seis a doce años. Sin embargo, si la persona sustraída fuere encontrada la pena se reducirá en la forma que corresponde, mediante recurso de revisión.

Por lo expuesto anteriormente se logra encontrar que este procedimiento es mixto pues, se utiliza tanto la vía diplomática como la judicial.

Todo esto es un derecho para los niños y niñas y las personas que tiene su patria potestad o tutela y el Estado tiene la obligación de hacer cumplir y garantizar que el niño será restituido a su país de origen y a su núcleo familiar según lo que reza el Artículo 3 de Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia que reza lo siguiente: Sujeto de derecho y deberes. El Estado deberá respetar los derechos y deberes de los padres o en su caso de las personas encargadas del niño, niña o adolescente, de impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño, niña y adolescente ejerza los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, la presente Ley y demás leyes internas, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, sin más

restricciones que las que establece la Ley, cuya interpretación no será extensiva. Y el artículo 76 del mismo cuerpo legal que dice lo siguiente: Obligación estatal. Son obligaciones del Estado, a través de sus órganos competentes cuando exista amenaza o violación a los derechos de la niñez y la adolescencia, las siguientes:

a) Velar porque las instituciones públicas o privadas que atiendan a los niños, niñas y adolescentes a quienes sus derechos se encuentren amenazados o violados, éstos le sean respetados y restituidos, en especial su derecho a la vida, seguridad, identidad cultural, costumbres, tradiciones e idioma y les brinden tratamiento integral y digno.

b) Coordinar acciones e impulsar programas que fomenten la unidad y estabilidad familiar, el civismo, identidad nacional, los valores morales, el respeto a los derechos humanos y el liderazgo para el desarrollo de la comunidad.

Teniendo en cuenta que el Estado debe ser garante de la protección de los derechos de los niños y niñas, y de las personas encargadas de estos, debemos poner mucha importancia a este artículo pues, nos expone la obligación del Estado de cuidar los intereses tanto de los niños y niñas como de sus encargados los cuales son parte afectada en el convenio que venimos mencionando.

La competencia de los juzgados puede ser dispuesta según el artículo 101 del mismo cuerpo legal que dice en su parte conducente: Competencia. La competencia por razón del territorio deberá ser determinada:

1. Para los niños, niñas y adolescentes cuyos derechos sean amenazados o violados:

a) Por el domicilio de los padres o responsables.

b) Por el lugar donde se encuentra el niño, niña y adolescente, cuando falten los padres o el responsable.

c) Por el lugar donde se realizó el hecho.

Además encontramos el procedimiento interno ahora regulado por la reciente Ley aprobada denominada Ley del sistema de alerta Alba-keneth Decreto 28-2010 del Congreso de la República de Guatemala, que expresa en su artículo 5 en el que se crea la Coordinadora Nacional del sistema Alba-Keneth, con el objeto de coordinar, ejecutar e impulsar todas las acciones dirigidas a la búsqueda, localización y resguardo inmediato del niño o niña adolescente que ha sido sustraído o que ha desaparecido. Y en su artículo 6 que las entidades que integran dicha coordinadora serán:

- La Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría de la Niñez y la Juventud, que la presidirá.
- La Policía Nacional Civil.
- La Dirección General de Migración.
- La Secretaría de Comunicación Social de la Presidencia.
- El Ministerio Público, a través de la Fiscalía de Trata de Personas.

Sobre la Denuncia; estipulado en el Artículo 11 del mismo cuerpo legal; La Policía Nacional Civil recibirá la denuncia y lo comunicara inmediatamente a la Procuraduría General de la Nación para que esta convoque a la Coordinadora

Nacional del Sistema Alba-Keneth, aunque la PNC al conocer el caso debe convocar inmediatamente a la Coordinadora como lo establece el Art. 8 de la Ley a al que nos referimos, continuando el Ministerio Público solicitara los allanamientos necesarios y las acciones de exhibición personal para la pronta localización y restitución del niño o niña sustraídos o desaparecidos.

Así mismo La PNC y la Dirección General de migración realizaran las acciones necesarias para dar a conocer en las cedas fronterizas, puertos y aeropuertos, las fotografías, datos y características de los niños y niñas sustraídos o desaparecidos a efecto de localizarlo y evitar su traslado a otro país, así mismo harán las coordinaciones con sus homólogos en los países fronterizos para lanzar la alarma a estos países, como lo establece el art. 10 de la misma Ley.

También La Procuraduría General de la Nación Creara un Banco de datos de ADN de los niños y niñas desaparecidos y sustraídos y de sus parientes que reclaman su restitución, con ayuda del Instituto de Ciencias Forenses , con el objeto de poder contar con los medios científicos que permitan acreditar de forma inmediata su filiación biológica, como lo establece el Art. 13 del mismo cuerpo legal.

Integrando las Leyes nacionales y los mecanismos legales internacionales se lograra la restitución inmediata de los niños y niñas sustraídos ilícitamente por sus padres de su País de origen que en este sentido y para efectos de la presente tesis es Guatemala.

CONCLUSIONES

1. El Estado de Guatemala no da cumplimiento al Convenio Internacional de la Haya 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores pues no existe una oficina especializada en la Procuraduría General de la Nación para estos casos específicos.
2. El Estado de Guatemala no ha implementado un procedimiento específico para procurar los casos sobre la sustracción internacional de menores, haciendo así imposible la restitución de los menores por la vía legal a su país de origen.
3. La Autoridad Central denominada por el Estado de Guatemala al ratificar el convenio tratado en la investigación no cumple con ninguna de las reglas impuestas por el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.
4. La legislación guatemalteca no tiene los mecanismos legales suficientes para llevar a cabo una restitución de menores, sin ayuda de un procedimiento específico que dé los pasos para llevar ese tipo de procuración a cabo no podrá ser posible la restitución de los niños y niñas.
5. La Procuraduría General de la Nación no ha creado hasta el día de hoy un protocolo en el que se indique paso a paso la restitución de los niños y niñas

sustraídos ilícitamente por sus padres de Guatemala haciendo así cada vez más lento el proceso de la restitución a su país de origen.

RECOMENDACIONES

1. Debe ser organizada una oficina especializada en los casos de sustracción internacional de menores por la Autoridad central, que en el caso de Guatemala como país parte de la Convención en mención, es la Procuraduría General de la Nación.
2. La oficina especializada en los casos de sustracción internacional de menores ya creada, debe implementar los procedimientos específicos para la restitución de menores al país de su origen, guiándose con el convenio relativo y las leyes guatemaltecas que sean aplicables.
3. Que creados los procedimientos convenientes para la restitución de los menores a su país de origen, sean aplicables y difundidas al pueblo guatemalteco promocionando las leyes, para que todos los pobladores las conozcan y puedan concretar la restitución de los menores que hayan sido sustraídos de sus núcleos familiares.
4. La Procuraduría General de la Nación debe por mandato internacional, al ratificar el Convenio del que se trata en el presente trabajo de tesis y por mandato nacional que se establece en la Constitución Política de la República de Guatemala y leyes especiales del tema, crear un protocolo de búsqueda y rescate de los niños sustraídos ilícitamente de Guatemala.

5. La Procuraduría General de la Nación por medio de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, de la mano con la Procuraduría de Asuntos Internacionales, debe elaborar un protocolo de restitución internacional de menores a su país de origen en el menor tiempo posible, para que a su vez se implemente el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de las Sustracción Internacional de Menores y la legislación interna que establece lo relativo a la restitución de menores, facilitando en la practica la restitución de los menores a Guatemala y/o a su país de origen.

BIBLIOGRAFÍA.

ADAM MUÑOZ, D.; GARCIA CANO. **Sustracción internacional de menores y adopción internacional**. Ed. COLEX, Madrid, España, 2004.

ARIAS URIBURU; Gabriela. **¡Ayuda! Quiero a mis hijos**, Ed. Planeta, 1998.

ARIAS URIBURU, Gabriela, **Jordania, la travesía** Ed. Atlántida, Argentina, 2005

ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Derecho internacional privado**. Ed. Purra S.A., México 1989.

ASPECTOS PRACTICOS DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES;
LexisNexis RDF30 2005. **INFORME EXPLICATIVO DE DÑA. ELISA PÉREZ-VERA**. Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Madrid, Abril de 1981.

BASZ-CAMPANELLA, **Derecho Internacional Privado**, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999. España.

BASZ-CÁRDENAS-BIOCCA **Lecciones de Derecho Internacional Privado**, Ed. Rubinzal-culzoni, 2000. España.

BASZ-CÁRDENAS-BIOCCA **Lecciones de Derecho Internacional Privado**. Basz-Campanella, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999.

BIOCCA, Stella Maris, **Derecho Internacional Privado**, Ed. Lajouane, 2004.

BIOCCA, Maris Stella **Derecho Internacional Privado**, 2ª. ed. Ed. Universidad 1997, Buenos Aires Argentina. Pág. 19

BOLETIN DE LOS JUECES, **Seminario de los jueces de América Latina relativo al convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores**. Tomo IX Primavera 2005. LexisNexis,

Butterwarthts; Hage Conference on Private Internacional Law. (Conferencia de la Haya de derecho internacional privado).

CAMARGO, Pedro Pablo. **Tratado de derecho internacional**. Bogotá: Ed. Temis, 1983.

DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, **El fraude de la ley**. Madrid, 1995.

DE VITORIA, FRANCISCO, **de indis prior, de tittulis legitimis**. España, 1960.

GONZÁLVEZ, VICENTE 86 **Revista jurídica de Castilla y León. N. ° 11**. Enero 2007
Convención sobre los Derechos del Niño.

http://es.wikipedia.org/wiki/Pacta_sunt_servanda

<http://www.orderofmalta.org/site/missione.asp?idlingua=4>

IZRAHI, Mauricio Luis **Familia, matrimonio y divorcio**; Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional privado**. Séptima ed., Litografía Nawal Wuj, 2001.

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional público**. 5ª ed. Guatemala; F&G Editores, 1998.

MONROY CABRA Marco Gerardo, **Derecho de los tratados**. Bogotá; Ed. Temis, 1978.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. **Derecho internacional privado**. Ed. HARLA. México, 1971.

PUIG PEÑA, Federico citado por Alfonso Brotas. **Manual de Derecho Civil**, Tomo I, Primera Parte, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales universidad de San Carlos, Guatemala, 2003.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Primera ed. Ed. Datascan S.A, 2008.

ZANNONI, Eduardo A. **Derecho de familia**. Tomo I y II, segunda ed. Ed. ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 1993.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. 1980.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala Decreto No. 17-73.

Código Único Disciplinario. Congreso de Colombia. Ley 734 de 2002.

Ley de la protección integral de la niñez y la adolescencia. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 27-2003

Ley del sistema de alerta Alba-Keneth. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 28-2010.