

Constantino Carera Jr

The background of the cover features a silhouette of a person sitting and reading a book. The scene is set against a warm, golden sunset sky. The person's head is tilted down, and their hands are holding an open book. The overall mood is contemplative and scholarly.

sequestro internacional de crianças convenção da Haia de 1980

Relatório Explicativo
Pérez-Vera

Sequestro Internacional de Crianças
Convenção da Haia de 1980

Relatório Explicativo Pérez-Vera

Tradução de Constantino Carera Jr

Titulo original: *Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera*

ISBN KDP 9781983121074

© Publicação da Conferência da Haia sobre o Direito Privado Internacional
<https://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>

© Editora: Publicação Independente
ccj@sidm.eu

Tradução do espanhol de Constantino Carera Jr
Segunda Edição, agosto 2019

Agradeço infinitamente a Amazon por garantir a possibilidade para qualquer pessoa de publicar um livro e a todos aqueles que, por possuírem uma certa sensibilidade e espírito de justiça, me ajudam e me ajudaram a combater as (inúmeras) autoridades que deveriam compreender o verdadeiro significado da defesa do melhor interesse das crianças.

Agradeço também antecipadamente aqueles que enviarão e-mails com sugestões de melhorias/correções para a tradução.

Espero que este trabalho possa contribuir a impedir que a injustiça e trauma que passei e continuo passando não se repitam com outros pais/filhos e que as crianças não sejam sequestradas uma segunda vez se transformando de fato em reféns do Estado brasileiro.

Introducción

1 Conclusiones de los trabajos de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado

1 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 presentes¹. 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 ha apartado 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.

2 Para la consideración del punto de partida de los trabajos que han desembocado en la aprobación del Convenio, así como a los convenios existentes en la materia o los que guarden relación directa con la misma, nos remitimos a la introducción del Informe de la Comisión especial².

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

¹ 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. Los Representantes de la República Árabe de Egipto, Israel e Italia, aunque tomaron parte activa en los trabajos de la Primera comisión, no participaron en la votación. Marruecos, la Santa Sede y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas enviaron observadores. Durante sus trabajos, la Primera comisión contó asimismo con el valioso concurso de los observadores del Consejo de Europa, del Commonwealth Secretariat y del Servicio Social Internacional.

² Informe de la Comisión especial, Nos. 3 y 7 a 15.

Introdução

1 Conclusão dos trabalhos da Conferência da Haia sobre o direito internacional privado

1 A Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de criança foi adotada, em sessão plenária celebrada em 24 de outubro de 1980, no Décimo quarto período de sessões da Conferência da Haia sobre o direito internacional privado, por unanimidade dos Estados presentes¹. Em 25 de Outubro de 1980, os representantes assinaram a Ata final do período de sessões que incorpora o texto da Convenção e uma Recomendação que contém um formulário modelo para os pedidos de retorno dos menores deslocados ou retidos de forma ilícita.

Nesta ocasião, a Conferência da Haia não seguiu a sua prática habitual, já que os projetos da Convenção aprovados durante o Décimo quarto período de sessões foram abertos à assinatura dos Estados imediatamente depois da sessão de encerramento. Quatro Estados assinaram a Convenção naquele momento (Canadá, França, Grécia e Suíça); portanto, a Conferência foi datada 25 de outubro de 1980.

2 Sobre as considerações do ponto de partida dos trabalhos que levaram a aprovação da Convenção, assim como as convenções existentes em matéria ou em relação direta com a mesma, nos remeteremos a introdução do Relatório da Comissão especial².

3 O Décimo quarto período de sessões da Conferência, que foi realizado entre o dia 6 e 25 de outubro de 1980, confiou a elaboração da Convenção à sua Primeira Comissão que teve como Presidente o professor A. E. Anton (Reino Unido) e como Vice-presidente Leal (Canadá); um e outro já tinham sido

¹ Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Japão, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça, Checoslováquia, Venezuela e Iugoslávia. Os Representantes da Republica Árabe do Egipto, Israel e Itália, mesmo tendo uma participação ativa nos trabalhos da Primeira comissão, não participaram da votação. Marrocos, o Vaticano e a União das Republicas Socialistas Soviéticas enviaram observadores. Durante os trabalhos, a Primeira comissão contou com uma valorosa contribuição dos observadores do Conselho Europeu, da sua Secretaria de Direitos Humanos Internacional

² Relatório da Comissão especial, nº 3 e 7 até 15.

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.

4 En el transcurso de las trece sesiones que celebró, 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 textos³. Otras siete sesiones se dedicaron al debate del texto preparado por el Comité de redacción⁴, 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 modelo⁵ redactados, ambos, por Comités ad hoc⁶. Las cláusulas finales, sugeridas por la Oficina Permanente, fueron incluidas en el anteproyecto elaborado por el Comité de redacción.

II *Objeto y plan del presente Informe*

5 El Informe explicativo de un texto destinado a convertirse en derecho positivo, es decir en un texto que deberá ser invocado y aplicado, debe cumplir al menos dos objetivos fundamentales. Por un lado, el Informe debe poner de manifiesto de la forma más fiel posible los principios en los que se basa el Convenio y, cuando resulte necesario, la evolución de las ideas que han llevado a consagrar ciertos principios de entre las distintas opciones existentes. No se trata ciertamente de hacer constar de forma exhaustiva las posiciones adoptadas a lo largo del proceso de elaboración del Convenio, pero el punto de vista que en él se consagra será a veces más fácil de entender si se compara con otras ideas consideradas en diversos momentos.

Ahora bien, dado que el anteproyecto de Convenio preparado por la Comisión especial logró un amplio

³ El Comité de Redacción, bajo la presidencia del Sr. Leal, en su calidad de Vicepresidente de la Primera comisión, estuvo formado por los Señores Savolainen (Finlandia), Chatin (Francia), Jones (Reino Unido) y la Ponente. El Sr. Dyer y varios secretarios redactores le prestaron una colaboración sumamente valiosa.

⁴ Doc. Trab. Nos. 45, 66, 75, 78, 79 y 83.

⁵ Doc. trab. n1 59, completado por la propuesta de la Secretaría contenida en el Doc. trab. n1 71. El Subcomité "Application Clauses" decidió no modificar el texto de los artículos elaborados al respecto por la Comisión Especial (Acta n1 12).

⁶ 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).

presidente e vice-presidente respectivamente da Comissão Especial. Por outro lado, a professora Elisa Perez-Vera foi confirmada no seu cargo de Relatora. O Sr. Adair Dyer, Primeiro secretário da Secretaria Permanente, que tinha escrito documentos anteriores importantes em vista dos trabalhos da Conferência, se encarregou da direção científica e da secretaria.

4 No decurso das treze sessões que foram celebradas, a Primeira comissão procedeu a uma primeira leitura do anteprojeto redigido pela Comissão especial. Simultaneamente, nomeou um Comitê de redação que, na medida em que avançavam os trabalhos, reelaborava os textos³. Outras sete sessões se dedicaram ao debate do texto preparado pelo Comitê de redação⁴, assim como ao das cláusulas sobre a aplicação da Convenção em relação aos Estados com sistemas jurídicos não unificados ("Application Clauses") e do formulário modelo⁵ redigidos, ambos, pelo Comitê ad hoc⁶. As cláusulas finais, sugeridas pela Secretaria Permanente, foram incluídas no anteprojeto elaborado pelo Comitê de redação.

II *Objetivos e estrutura do presente Relatório*

5 O Relatório explicativo de um texto destinado a ser convertido em direito positivo, ou seja, um texto que deverá ser invocado e aplicado, deve cumprir pelo menos dois objetivos fundamentais. Por um lado, o Relatório deve mostrar da forma mais fiel possível os princípios em que se baseia a Convenção e, quando for necessário, a evolução das ideias que levaram a consagrar certos princípios entre as distintas opções existentes. Não se trata certamente de apresentar de forma exhaustiva as posições adotadas ao longo o processo de elaboração da Convenção, mas o ponto de vista que nele se consagra será as vezes mais fácil de se compreender se for comparado com outras ideias consideradas em diferentes momentos.

Pois bem, dado que o anteprojeto da Convenção preparado pela Comissão especial deu um amplo

³ O Comitê de redação, presidido pelo Sr. Leal, na sua qualidade de Vice-presidente da Primeira comissão, foi formado pelos senhores Savolainen (Finlândia), Chatin (França), Jones (Reino Unido) e o relator. O Sr. Dyer e vários secretários redatores prestaram uma colaboração extremamente valiosa.

⁴ Doc. Trab. n1 45,66,75,78,79 e 83

⁵ Doc. Trab. n1 159, completado pela proposta da Secretaria contida no Doc. Trab. n1 171. O subcomitê "Cláusulas de Aplicação" decidiu não modificar o texto dos artigos elaborados sobre isso pela Comissão Especial (Ata n1 112)

⁶ O subcomitê "Formulário-modelo", presidido pelo professor Muller Freinfels (Alemanha), foi formado pelos senhores Deschenaux (Suíça), Hergen (Estados Unidos), Barbosa (Portugal) e Minami (Japão) e pela Srta. Pripp (Suécia). O subcomitê "Application Clauses", presidido pelo Sr. Van Boeschoten (Holanda), foi formado pelos Srs. Hête (Canadá), Hjortn (Dinamarca), Creswell (Austrália) e Salem (Egito), e pela Srta. Selby (Estados Unidos).

apoyo⁷ y que, por consiguiente, el texto definitivo mantiene gran parte de la estructura y de los principios fundamentales del anteproyecto, el presente Informe final recuperará, sobre todo en su primera parte, ciertas partes del Informe de la Comisión especial elaborado en abril de 1980 de cara al Decimocuarto período de sesiones⁸.

6 Este Informe final debe asimismo cumplir otro objetivo: proporcionar a quienes tengan que aplicar el Convenio un comentario detallado de sus disposiciones. Dado que este comentario está en principio destinado a aclarar el contenido literal de las disposiciones convencionales, nos preocuparemos mucho menos por recordar la génesis del mismo que por precisar su contenido.

7 De las consideraciones anteriores, se puede llegar a la conclusión de que los dos objetivos considerados están notablemente diferenciados y que los métodos de análisis utilizados para alcanzar uno y otro no pueden ser idénticos. No obstante, la referencia en ambos casos a un texto único, el del Convenio, implicará ciertas repeticiones que nos parecen inevitables. A pesar de dicho riesgo y dado el doble objetivo señalado, hemos dividido el Informe en dos partes: la primera está dedicada al estudio de los principios generales en los que se inspira el Convenio; la segunda está dedicada al examen del texto, artículo por artículo.

8 Por último, como ya señalaba en 1977 el profesor von Overbeck⁹, parece oportuno recordar que este Informe ha sido elaborado, al final del Decimocuarto período de sesiones, a partir de las actas y las notas del Ponente. Por lo tanto, no ha sido aprobado por la Conferencia y es posible que, a pesar de los esfuerzos del Ponente por ser objetivo, ciertas partes respondan a una apreciación parcialmente subjetiva.

PRIMERA PARTE - CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONVENIO

9 En su conjunto, el Convenio refleja un compromiso entre dos conceptos parcialmente distintos del objetivo a alcanzar. En efecto, se percibe en los trabajos preparatorios la tensión existente entre el deseo de amparar las situaciones de hecho alteradas por el traslado o el no retorno ilícitos de un menor y la preocupación por garantizar, sobre todo, el respeto de las relaciones jurídicas sobre las que pueden descansar tales situaciones. En este sentido,

⁷ Ver, especialmente, las *Observations des Gouvernements*. Doc. Prel. N1 7.

⁸ Doc. Prel. N1 6.

⁹ Informe explicativo del *Convenio sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales*. *Actes et Documents de la Treizième session*, tomo II p. 329

apoiio⁷ e que, por consequência, o texto definitivo manteve grande parte da estrutura e dos princípios fundamentais do anteprojeto, o presente Relatório final reutilizará, sobretudo na sua primeira parte, certas partes do Relatório da Comissão especial elaborado em abril de 1980 para o Décimo quarto período de sessões⁸.

6 Este Relatório final deve assim mesmo cumprir outro objetivo: proporcionar a quem tem que aplicar a Convenção um comentário detalhado das suas disposições. Dado que este comentário está em princípio destinado a clarear o conteúdo literal das disposições convencionais, nos preocuparemos muito menos de recordar a gênese do mesmo que de precisar o seu conteúdo.

7 Em relação as considerações anteriores, se pode chegar a conclusão de que os objetivos considerados são notavelmente diferenciados e que os métodos de análise utilizados para alcançar um ou outro não podem ser idénticos. Não obstante, a referência em ambos os casos a um texto único, o da Convenção, implicará certas repetições que nos parecem inevitáveis. Apesar deste risco e dado o duplo objetivo assinalado, dividimos o Relatório em duas partes: a primeira é dedicada ao estudo dos princípios gerais nos quais se inspiram a Convenção; a segunda é dedicada ao exame do texto, artigo por artigo.

8 Por último, como já assinalava em 1977 o professor von Overbeck⁹, parece oportuno recordar que este Relatório foi elaborado, no final do Décimo quarto período de sessões, a partir das atas e notas do Relator. Portanto, não foi aprovado pela Conferência e é possível que, apesar dos esforços do Relator em ser objetivo, certas partes respondam a uma apreciação parcialmente subjetiva.

PRIMEIRA PARTE - CARACTERÍSTICAS GERAIS DA CONVENÇÃO

9 Em seu conjunto, a Convenção reflete um compromisso entre dois conceitos parcialmente distintos do objetivo a ser alcançado. De fato, se percebe nos trabalhos preparatórios a tensão existente entre o desejo de amparar as situações de fato alteradas pela transferência ou não retorno ilícitos de um menor e a preocupação de garantir, sobretudo, o respeito das relações jurídicas sobre as quais podem se basear tais situações. Neste sentido,

⁷ Ver, especialmente, as *Observations des Gouvernements*. Doc. Prel. nº 17.

⁸ Doc. Prel. nº 16

⁹ Relatório explicativo da Convenção sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais. Atas e Documentos da Décima terceira sessão, volume II, p. 329

el equilibrio consagrado por el Convenio es bastante frágil. Por una parte, es claro que el Convenio no se refiere al fondo del derecho de custodia (artículo 19) pero, por otra parte, resulta asimismo evidente que el hecho de calificar de ilícito el traslado o el no retorno de un menor está condicionado por la existencia de un derecho de custodia que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretenden evitar.

I OBJETO DEL CONVENIO

10 El título de este capítulo hace referencia tanto al problema al que responde el Convenio como a los objetivos que ha adoptado en la lucha contra las sustracciones internacionales de menores. Después de abordar esos dos puntos, trataremos otros asuntos conexos que matizan notablemente el alcance de los objetivos perseguidos: se trata, en particular, de la importancia dada al interés del menor y de las posibles excepciones a la vuelta inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita.

A Delimitación del tema

11 Para delimitar el tema¹⁰, nos limitaremos a recordar de forma muy breve que las situaciones consideradas resultan del uso de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor. La diversidad de circunstancias que pueden darse en cada caso concreto hace que cualquier intento de establecer una definición más precisa desde el punto de vista jurídico, esté abocada al fracaso. No obstante, dos elementos que aparecen siempre en las situaciones examinadas, confirman la caracterización aproximativa que se acaba de esbozar.

12 En primer lugar, en todas las hipótesis, nos encontramos ante el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia. Por supuesto, es preciso asimilar a semejante situación la negativa a devolver al menor a su entorno, tras una estancia en el extranjero, consentida por la persona que ejercía la custodia. En ambos casos, la consecuencia es, en efecto, la misma: el menor ha sido sustraído al entorno familiar y social en el que se desarrollaba su vida. Por lo demás, en este contexto, poco importa la naturaleza del título

¹⁰ Véase, en particular, *Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents*, elaborado por D. Adair Dyer, Doc. Prel. N1 1, agosto de 1977, *supra*, p. 18-25 (citado en lo sucesivo como "Informe Dyer"), e Informe sobre el anteproyecto de Convenio adoptado por la Comisión Especial. Doc. Prel. N1 6, mayo 1980, *supra*, p. 172-173.

o equilibrio consagrado pela Convenção é bastante frágil. Por um lado, é claro que a Convenção não se refere ao fundo do direito de guarda (art.19) porém, por outro lado, resulta assim mesmo evidente que o fato de qualificar como ilícita a transferência ou o não retorno de um menor é condicionado pela existência de um direito de guarda que dá um conteúdo jurídico a situação modificada pelas ações que se pretendem evitar.

I OBJETO DA CONVENÇÃO

10 O título deste capítulo se refere tanto ao problema ao qual responde a Convenção quanto aos objetivos que foram adotados na luta contra as subtrações internacionais de menores. Depois de abordar esses dois pontos, trataremos outros assuntos correlatos que determinam sensivelmente o alcance dos objetivos perseguidos: se trata, em particular, da importância dada ao interesse do menor e das possíveis exceções ao retorno imediato dos menores transferidos ou retidos de forma ilícita.

A Delimitação do tema

11 Para delimitar o tema¹⁰, nos limitaremos a recordar de forma muito breve que as situações consideradas resultam do uso de vias de fato para criar vínculos artificiais de competência judicial internacional com vistas a obter a guarda de um menor. A diversidade das circunstâncias que podem se apresentar em cada caso concreto faz com que qualquer intenção de estabelecer uma definição mais precisa deste ponto de vista jurídico seja condenada ao fracasso. Não obstante, os elementos que aparecem sempre nas situações examinadas, confirmam a caracterização aproximativa que se acaba de esboçar.

12 Em primeiro lugar, em todas as hipóteses, nos encontramos diante de uma transferência de um menor para fora do seu ambiente habitual, no qual se encontrava sob a responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica que exercia sobre ele um direito legítimo de guarda. Naturalmente, é necessário assimilar como semelhante situação a negada devolução do menor ao seu ambiente, após uma estadia no exterior, com o consentimento da pessoa que exercia a guarda. Em ambos casos, a consequência é, de fato, a mesma: o menor foi subtraído do seu ambiente familiar e social em que se desenvolvia a sua vida. Além do mais, neste

¹⁰ Ver, em particular, *Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents*, elaborado por D. Adair Dyer, Doc. Prel. nº 11, agosto de 1977, *supra*, p. 18-25 (citado sucessivamente como "Informe Dyer"), e Relatório sobre o anteprojeto Convenção adotados pela Comissão Especial. Doc. Prel. nº 16, maio 1980, *supra*, p. 172-173.

jurídico sobre el que descansaba el ejercicio del derecho de custodia sobre la persona del menor: desde este punto de vista, la existencia o ausencia de una resolución relativa a la custodia no cambia en absoluto los aspectos sociológicos del problema.

13 En segundo lugar, la persona que traslada al menor (o que es responsable del traslado, cuando la acción material es llevada a cabo por una tercera persona) confía en lograr de las autoridades del país al que el menor ha sido llevado el derecho de custodia. Se trata, por lo tanto, de alguien que forma parte del círculo familiar del menor, en un sentido amplio: de hecho, en la mayoría de los casos, la persona en cuestión es el padre o la madre.

14 Es frecuente que la persona que retiene al menor trate de conseguir que una resolución judicial o administrativa del Estado de refugio, legalice la situación de hecho que acaba de crear; no obstante, si no está segura del sentido de la resolución, es asimismo posible que opte por la inactividad, dejando así la iniciativa a la persona privada de su derecho. Ahora bien, incluso si ésta actúa rápidamente, es decir, aunque evite la consolidación en el tiempo de la situación creada por el traslado del menor, el secuestrador estará en una posición ventajosa, dado que será él quien haya elegido la jurisdicción que va a juzgar el caso, una jurisdicción que, en principio, considera la más favorable para sus pretensiones.

15 En conclusión, se puede afirmar que el problema abordado por el Convenio - con todo lo dramático que conlleva el que se refiera directamente a la protección de la infancia en las relaciones internacionales - adquiere toda su importancia jurídica por la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial. En efecto, por esta vía, el particular puede alterar la ley aplicable y lograr una resolución judicial que le sea favorable. Ciertamente, tal resolución, sobre todo cuando coexista con otras, dictadas por otras jurisdicciones, de contenido contradictorio, tendrá una validez geográficamente limitada pero, en cualquier caso, aportará un título jurídico suficiente para "legalizar" una situación de hecho que ninguno de los sistemas jurídicos afectados deseaba.

B Los objetivos del Convenio

16 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

contexto, pouco importa a natureza do título jurídico no qual se baseava o exercício do direito de guarda sobre a pessoa do menor: sob esse ponto de vista, a existência ou ausência de uma resolução relativa a guarda não muda absolutamente os aspectos sociológicos do problema.

13 Em segundo lugar, a pessoa que transfere o menor (ou que é responsável pela transferência, quando a ação material é feita por uma terceira pessoa) tem confiança em lograr das autoridades do país onde o menor foi levado o direito de guarda. Se trata, portanto, de alguém que faz parte do círculo familiar do menor, em um sentido amplo: de fato, na maioria dos casos, a pessoa em questão é o pai ou a mãe.

14 É frequente que a pessoa que retém o menor tente conseguir que uma resolução judicial ou administrativa do Estado de refúgio, legalize a situação de fato que acaba de criar; não obstante, se não tem certeza do sentido da resolução, é assim mesmo possível que opte pela inatividade, deixando assim a iniciativa a pessoa excluída do seu direito. Entretanto, mesmo que esta aja rapidamente, ou seja, mesmo que se evite a consolidação no tempo da situação criada pela transferência do menor, o sequestrador estará em uma posição vantajosa, já que foi ele quem escolheu a jurisdição que julgará o caso, uma jurisdição que, por princípio, considera ser a mais favorável para as suas pretensões.

15 Em conclusão, se pode afirmar que o problema abordado pela Convenção - com todo o drama que concerne aquilo que se refere diretamente a proteção da infância nas relações internacionais - adquire toda a sua importância jurídica pela possibilidade que tem os indivíduos de estabelecer vínculos mais ou menos artificiais de competência judicial. Efetivamente, deste modo, um indivíduo pode alterar a lei aplicável e lograr uma resolução judicial que o seja favorável. Certamente, tal resolução, sobretudo quando coexistem com outras, ditadas por outras jurisdições, de conteúdo contraditório, terá uma validade geográfica limitada, porém, em qualquer caso, atribuirá um título jurídico suficiente para "legalizar" uma situação de fato que nenhum dos sistemas jurídicos afetados desejava.

B Os objetivos da Convenção

16 Os objetivos da Convenção, que constam no artigo primeiro, podem ser resumidos da seguinte forma: dado que um fator característico das situações consideradas, reside no fato que o abductor pretende que a sua ação seja legalizada perante as autoridades competentes do Estado de refúgio, um

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** 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 materia¹¹, 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.

17 Por otra parte, aunque el objetivo recogido en el punto *b*, "velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados contratantes" 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 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 convencional. En cambio, el derecho de visita es objeto de una regulación, ciertamente 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.

18 Si se admite lo bien fundado de las consideraciones que anteceden, cabe llegar a la conclusión de que cualquier intento de jerarquización de los objetivos del Convenio sólo puede tener un significado simbólico. En efecto, parece casi imposible establecer una jerarquización entre dos objetivos que tienen su origen en una

¹¹ Tal opción fue rechazada en el curso de la primera reunión de la Comisión especial. Cf. *Conclusions des discussions de la Commission Spéciale de mars 1979 sur le kidnapping légal*, elaboradas por la Oficina Permanente. Doc. Prel. n° 1 5, junio 1979, *supra*, p. 163-164.

modo eficaz de o disuadir, consiste em que suas ações sejam privadas de todas as consequências práticas e jurídicas. Para alcançar este objetivo, a Convenção consagra em primeiro lugar entre os seus objetivos o restabelecimento do **statu quo** mediante a "restituição imediata dos menores transferidos ou retidos de forma ilícita em qualquer Estado contratante". As dificuldades insuperáveis encontradas para fixar convencionalmente critérios de competência direta na matéria¹¹, tiveram como efeito a eleição desta via que, mesmo sendo indireta, permitirá na maioria dos casos que a resolução final em relação a guarda, seja ditada pelas autoridades da residência habitual do menor, antes da sua transferência.

17 Por outro lado, embora o objetivo reconhecido na alínea *b*, "vigiar para que os direitos de guarda e visita vigentes em um dos Estados Contratantes se respeitem nos demais Estados contratantes" apresenta um carácter autônomo, a sua relação teleológica com o objetivo do "retorno do menor" não é por isso menos evidente. Na realidade, se poderia estimar que se trata de um único objetivo considerado em dois momentos distintos: enquanto o retorno imediato do menor responde ao desejo de restabelecer uma situação que o sequestrador modificou de forma unilateral mediante uma via de fato, o respeito efetivo dos direitos de guarda e visita se encontram em um plano preventivo na medida em que este respeito deve fazer desaparecer uma das causas mais frequentes das subtrações de menores. No entanto, já que a Convenção não precisa os meios que cada Estado deve empregar para fazer respeitar o direito de guarda existente em outro Estado contratante, cabe chegar a conclusão de que, com exceção da proteção indireta que implica a obrigação de devolver o menor a pessoa que tinha a sua guarda, o respeito do direito de guarda foge quase completamente do âmbito convencional. Em contrapartida, o direito de visita é objeto de regulamentação, certamente incompleta, porem indicativa do interesse atribuído aos contatos regulares entre pais e filhos, inclusive quando a guarda foi dada somente a um deles ou a uma terceira pessoa.

18 Se se admite como bem fundadas as considerações antecedentes, se chega à conclusão de que qualquer intenção de hierarquização dos objetivos da Convenção só pode ter um significado simbólico. De fato, parece quase impossível estabelecer uma hierarquização entre os objetivos que tem sua origem em uma única preocupação dado

¹¹ Tal opção foi rejeitada durante a primeira reunião da Comissão Especial. Cf. *Conclusions des discussions de la Commission Spéciale de mars 1979 sur le kidnapping légal*, elaboradas pelo Secretaria Permanente. Doc. Prel. n° 1 5, junho 1979, *supra*, p. 163-164.

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, como veremos más adelante, el aspecto que el Convenio ha tratado de resolver en profundidad es el del retorno de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. La razón nos parece evidente: tras la retención ilícita de un niño, es cuando se producen las situaciones más dolorosas, aquellas que, a la vez que exigen soluciones especialmente urgentes, no pueden ser resueltas de forma unilateral por cada sistema jurídico afectado. Consideradas en su conjunto, todas esas circunstancias justifican, a nuestro entender, el desarrollo que recibe en el Convenio la regulación del retorno del menor y conceden al mismo tiempo, en el plano de los principios, cierta prioridad a este objetivo. Así pues, aun cuando en teoría los dos objetivos antes mencionados deben ser puestos en el mismo plano, en la práctica el deseo de garantizar el restablecimiento de la situación alterada por la acción del secuestrador es el que prevalece en el Convenio.

19 En un último esfuerzo de clarificación de los objetivos convencionales, cabe subrayar que, de conformidad especialmente con lo dispuesto en su artículo primero, el Convenio no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia. En este punto, el principio no explícito sobre el que descansa el Convenio es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, tanto si éste ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la custodia - situación en la que el derecho de custodia violado se ejercía **ex lege** - como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo una resolución preexistente.

C Importancia dada al interés del menor

20 Es preciso ante todo justificar las razones que nos llevan a incluir el examen de este punto en el contexto de las consideraciones relativas al objeto del Convenio. Consideraciones que aparecen de forma clara si se tiene en cuenta, por una parte, que el interés del menor se invoca a menudo al respecto y, por otra parte, que se podría argumentar que el objetivo convencional relativo al retorno del menor debería estar siempre subordinado a la toma en consideración de su interés.

21 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

que, en definitiva, vem a ser mais ou menos o mesmo facilitar o retorno de um menor transferido que tomar as medidas oportunas para evitar o seu deslocamento.

No entanto, como veremos mais adiante, o aspecto que a Convenção procurou resolver em profundidade é o retorno dos menores transferidos ou retidos de forma ilícita. A razão nos parece evidente: depois da retenção ilícita de uma criança, é que se produzem as situações mais dolorosas, aquelas que, ao mesmo tempo em que exigem soluções especialmente urgentes, não podem ser decididas de forma unilateral por cada sistema jurídico interessado. Consideradas no seu conjunto, todas essas circunstâncias justificam, no nosso entendimento, o desenvolvimento que recebe na Convenção a regularização do retorno do menor e que concede ao mesmo tempo, no plano dos princípios, certa prioridade a este objetivo. Dessa forma, mesmo quando, em teoria, os dois objetivos antes mencionados devem ser colocados no mesmo plano, na prática o desejo de garantir o restabelecimento da situação alterada pela ação do sequestrador é o que prevalece na Convenção.

19 Em um último esforço de clarificação dos objetivos convencionais, cabe sublinhar que, em conformidade especialmente com as disposições do artigo primeiro, a Convenção não pretende resolver o problema da atribuição do direito de guarda. Sobre esse ponto, o princípio não explícito sobre o qual se baseia a Convenção é que o debate em relação ao fundo do assunto, ou seja, decidir o direito de guarda impugnado, se se produz, deverá ser feito perante as autoridades competentes do Estado onde o menor tinha a sua residência habitual antes da transferência, tanto quanto se este ocorreu antes que fosse decretada uma resolução sobre a guarda - situação na qual o direito de guarda violado se exercia **ex lege** - como se o deslocamento tivesse ocorrido descumprindo a resolução preexistente.

C Importância dada ao interesse do menor

20 É preciso antes de tudo justificar as razões que nos levaram a incluir o exame deste ponto no contexto das considerações relativas ao objeto da Convenção. Considerações que se apresentam de forma clara se se leva em conta, por um lado, que o interesse do menor se invoca frequentemente a este respeito e, por outro lado, que se poderia argumentar que o objetivo convencional relativo ao retorno do menor deveria estar sempre subordinado a consideração do seu interesse.

21 Sobre este aspecto, se manifestou com razão que "a norma jurídica que repousa sobre "o interesse superior do menor" é, a primeira vista, de tamanha

imprecisión que parece más un paradigma social que una norma jurídica concreta. ¿Cómo dar consistencia a esta noción para decidir cuál es el interés **último** del menor sin caer en suposiciones, que sólo tienen su origen en el contexto moral de una cultura determinada? 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"¹².

22 Por otra parte, no hay que olvidar que en nombre del "interés superior del menor", en el pasado, a menudo las jurisdicciones internas han concedido finalmente la custodia en litigio a la persona que se había llevado o había retenido al menor de forma ilícita. Puede ser que dicha resolución fuera la más justa; no obstante, no podemos ignorar el hecho de que el recurso, por parte de autoridades internas, a semejante noción implica el riesgo de traducir manifestaciones de la particularidad cultural, social, etc. de una comunidad nacional dada y por tanto, en el fondo, de formular juicios de valor subjetivos sobre la otra comunidad nacional de la que el menor acaba de ser arrancado.

23 Por los motivos invocados, entre otros, la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia": justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, "deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos".

24 Esos dos párrafos del preámbulo reflejan de forma bastante clara cuál ha sido la filosofía del Convenio al respecto, una filosofía que se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas

¹² Informe Dyer, *supra*, p. 22-23.

imprecisão que parece mais um paradigma social do que uma norma jurídica correta. Como dar consistência a esta noção para decidir qual é o interesse **último** do menor sem cair em suposições, que só têm a sua origem no contexto moral de uma determinada cultura? Ao introduzir o termo "último" na equação, se nota de imediato sérios problemas dado que o enunciado geral da norma não permite saber claramente se "o interesse" do menor que se quer proteger é o que segue imediatamente a resolução ou da sua adolescência, da sua existência como jovem adulto, da sua idade madura ou da sua velhice"¹².

22 Por outro lado, não se pode esquecer que em nome do "interesse superior do menor", no passado, frequentemente as jurisdições internas concederam a guarda disputada a pessoa que levou ou reteve o menor de forma ilícita. Pode ser que tal resolução tenha sido a mais justa; no entanto, não podemos ignorar o fato que o recurso, por parte das autoridades internas, a semelhante noção implica o risco de traduzir manifestações de particularidades culturais, sociais, etc. de uma dada comunidade nacional e portanto, no fundo, formular julgamentos de valores subjetivos sobre a outra comunidade nacional da qual o menor acabou de ser arrancado.

23 Pelos motivos invocados, entre outros, a parte dispositiva da Convenção não contém alguma referência explícita ao interesse do menor como critério corregedor do objetivo convencional, que consiste em garantir o retorno imediato dos filhos transferidos ou retidos de forma ilícita. Não obstante, não cabe deduzir deste silêncio que a Convenção ignore o paradigma social que proclama a necessidade de levar em conta o melhor interesse dos menores para resolver todos os problemas que os afetam. Muito pelo contrário, já no preámbulo, os Estados signatários declaram estar "firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda": justamente, esta convicção, os levaram a elaborar a Convenção, "desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas".

24 Estes dois parágrafos do preâmbulo refletem de forma bastante clara qual foi a filosofia da Convenção a esse respeito, uma filosofia que se poderia definir da seguinte forma: a luta contra a multiplicação das subtrações internacionais de menores deve se basear sempre no desejo de protegê-las, interpretando o seu verdadeiro interesse. Portanto, entre as manifestações mais

¹² Relatório Dyer, *supra*, p.22-23.

de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En este sentido, conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que "los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios"¹³.

En efecto, como ha señalado el Sr. Dyer, en la literatura científica dedicada al estudio de este problema, "la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores" es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida"¹⁴.

25 Por tanto 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.

26 Por lo demás, la regulación del derecho de visita obedece asimismo a la preocupación por proporcionar a los niños unas relaciones familiares lo más completas posible, con el fin de favorecer un desarrollo equilibrado de su personalidad. Sin embargo, las opiniones tampoco son unánimes en este punto, lo que pone una vez más de manifiesto el carácter ambiguo del principio del interés del menor. En efecto, en contra del criterio admitido por el Convenio, ciertas tendencias sostienen que es preferible para el niño no tener contactos con los dos padres cuando la pareja está separada de jure o de

objetivas que constituem os interesses do menor está o direito de não ser transferido ou retido em nome do direito mais ou menos discutível sobre a sua pessoa. Neste sentido, convém lembrar a Recomendação 874 (1979) da assembleia parlamentar do Conselho Europeu cujo primeiro princípio geral evidencia que "os menores não devem ser considerados propriedade dos seus pais, mas devem ser reconhecidos como indivíduos com direitos e necessidades próprias"¹³.

De fato, como assinalou o Sr. Dyer, na literatura científica dedicada ao estudo deste problema, "a opinião que se encontra mais frequentemente expressada, é que a verdadeira vítima de uma subtração de menores" é o próprio menor. É ele quem sofre por perder de repente o seu equilíbrio, é ele quem sofre o trauma de ser separado do progenitor que sempre tinha visto ao seu lado, é ele quem sente as incertezas e as frustrações que resultam da necessidade de se adaptar a um idioma estrangeiro, a condições culturais que não são familiares, a novos professores e a uma família desconhecida"¹⁴.

25 Portanto é legítimo sustentar que os objetivos da Convenção - um preventivo, e outro destinado a lograr a reintegração imediata da criança ao seu ambiente de vida habitual - respondem no seu conjunto a uma concepção determinada do "interesse superior do menor". Não obstante, mesmo levando em conta esta óptica elegida, era preciso admitir que a transferência de uma criança pode as vezes ser justificada por razões objetivas relacionadas a sua pessoa ou com o ambiente que era a ela mais próximo. Por isso a Convenção reconhece certas exceções a obrigação geral assumida pelos Estados de garantir o retorno imediato dos menores transferidos ou retidos de forma ilícita. Na maioria dos casos, tais exceções não são mais que manifestações concretas do princípio excessivamente impreciso que proclama que o interesse do menor é o critério vetor da matéria.

26 Além disso, a regulamentação do direito de visita obedece assim mesmo a preocupação de proporcionar as crianças uma relação familiar mais completa possível, com o fim de favorecer um desenvolvimento equilibrado da sua personalidade. Sem embargo, as opiniões tampouco são unanimes sobre este ponto, o que leva mais uma vez a manifestar o caráter ambíguo do princípio do interesse do menor. De fato, contra o critério admitido pela Convenção, certas escolas de pensamento defendem que é preferível para a criança não ter contatos com os pais quando o casal

¹³ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 31ª Sesión ordinaria. *Recomendación relativa a una Carta Europea de los derechos del niño*. Texto adoptado el 4 de octubre de 1979.

¹⁴ Informe Dyer, *supra*, p. 21.

¹³ Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu. 31ª sessão ordinária. *Recomendação relativa a uma Carta Europeia dos direitos da criança*. Texto adotado em 4 de outubro de 1979.

¹⁴ Informativo Dyer, *supra*, p.21

facto. Sobre este punto, la Conferencia ha sido consciente del hecho de que esta solución puede resultar a veces la más aconsejable. Sin embargo, salvaguardando en todo caso el margen de apreciación de las circunstancias concretas inherente a la función judicial, la Conferencia ha preferido sin embargo la otra opción y el Convenio hace prevalecer claramente la idea que el derecho de visita es la contrapartida natural del derecho de custodia; una contrapartida que, por consiguiente, debe en principio ser reconocida al progenitor que no tiene la custodia del menor.

D Excepciones a la obligación de garantizar el retorno inmediato de los menores

27 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.

28 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.

29 Por otra parte, los apartados 1b 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.

está separado judicialmente ou de fato. Sobre este ponto, a Conferência foi consciente do fato que esta solução pode resultar as vezes a mais aconselhável. Sem embargo, salvaguardando em todo caso a margem de apreciação das circunstâncias inerentes a função judicial, a Conferência preferiu sem embargo a outra opção e a Convenção fez prevalecer claramente a ideia de que o direito de visita é a contrapartida natural do direito de guarda; uma contrapartida que, por consequência, deve por princípio ser reconhecida ao progenitor que não tem a guarda do menor.

D Exceções a obrigação de garantir o retorno imediato dos menores

27 Dado que o retorno do menor é de certo modo a ideia básica da Convenção, as exceções à obrigação geral de garanti-lo constituem um aspecto importante para compreender com exatidão o seu alcance. Evidentemente aqui não vamos examinar de forma detalhada as disposições que estabeleceram tais exceções; o que se trata é de esboçar o papel que desempenham, dando sobretudo ênfase as razões que determinaram a sua inclusão na Convenção. Em base a este ponto de vista, é possível distinguir exceções baseadas em três justificações distintas.

28 Por um lado, o artigo 13a reconhece que as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido não estão obrigadas a ordenar o retorno do menor quando o requerente, anteriormente a transferência supostamente ilícita, não exercia de forma efetiva a guarda que agora invoca ou quando deu o seu consenso posteriormente a prática da ação que agora denuncia. Por consequência, se trata de situações em que, ou as condições anteriores à transferência não comportam algum dos elementos essenciais das relações que a Convenção pretende proteger (o exercício efetivo da guarda), ou o comportamento posterior do genitor despossuído mostra uma aceitação sobre a nova situação criada, o que a faz ser mais difícilmente impugnável.

29 Por outro lado, os parágrafos 1b e 2 do mesmo artigo 13 consagram exceções que claramente se baseiam no levar em consideração o interesse do menor. Contudo, como já evidenciado anteriormente, a Convenção deu um conteúdo preciso a este conceito. Assim, o interesse do menor de não ser deslocado da sua residência habitual, sem garantias suficientes de que a nova será estável, cede nestes casos diante do interesse primário de qualquer pessoa a não ser exposta a um perigo físico ou psíquico, ou colocada em uma situação intolerável.

30 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** 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.

31 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**

30 Além disso, a Convenção admite assim mesmo que a opinião do menor em relação a questão essencial do seu retorno ou não retorno possa ser decisiva se, na opinião das autoridades competentes, alcançou uma idade e maturidades suficientes. Deste modo, a Convenção dá aos menores a possibilidade de se converter em interpretes do próprio interesse. É óbvio que esta disposição pode chegar a ser perigosa se a sua aplicação se traduzir em interrogatórios diretos a jovens que podem, certamente, ter consciência clara da situação, mas que podem mesmo assim sofrer também danos psíquicos graves ao pensar que eles foram obrigados a eleger um dos dois progenitores. Não obstante, uma disposição desta natureza era indispensável já que o âmbito de aplicação da Convenção **ratione personae** se estende aos menores até o décimo sexto aniversário; e eis que se deve reconhecer que seria difícilmente aceitável o retorno de um jovem de, por exemplo 15 anos, contra a sua vontade. Além disso, neste ponto concreto, os esforços feitos para chegar a um acordo sobre uma idade mínima a partir da qual a opinião da criança poderia ser levada em consideração fracassaram, já que todos os valores teriam um certo caráter artificial, para não dizer arbitrário; por consequência, se entendeu que era preferível deixar a aplicação desta cláusula ao melhor juízo das autoridades competentes.

31 Em terceiro lugar, também se pode negar a restituição do menor quando, em conformidade com o art. 20, "não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais". Estamos diante de uma disposição pouco habitual nas convenções em matéria de direito internacional privado e cujo alcance é difícil de determinar. Uma tentativa neste sentido se encontra no comentário do artigo 20; aqui nos parece mais interessante analisar a sua origem. De fato, esta norma é o resultado de um compromisso entre as delegações favoráveis e delegações contrárias à inclusão na Convenção de uma cláusula de carácter público. Esta possibilidade foi amplamente debatida no seio da Primeira comissão, sob distintas fórmulas. Finalmente, depois de quatro votações negativas e por um único voto de diferença, a Comissão admitiu a possibilidade de rejeitar a denúncia de retorno do menor, mediante a formulação de uma reserva que recorria à exceção de carácter público sob uma formulação restrita em relação ao direito de família e da infância do Estado requerido. A reserva prevista estava literalmente formulada na seguinte forma: **"os Estados Contratantes poderão negar o retorno da criança quando este retorno não for compatível com os princípios fundamentais da lei relativa a família e crianças no Estado**

family and children in the State addressed" ¹⁵. 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.

32 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 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.

33 En esa situación, la aprobación por parte de una mayoría¹⁶ 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

¹⁵ Ver Acta N° 9 y Doc. Trab. conexos.

¹⁶ El texto fue adoptado por 14 votos a favor, 6 en contra y 4 abstenciones, ver Acta N° 13.

requerido"¹⁵. Contudo, a adoção deste texto supôs a abertura de uma importante brecha no consenso que tinha prevalecido fundamentalmente até então nos trabalhos da Conferência; por este motivo, conscientes de que era preciso dar uma solução amplamente aceitável, todas as delegações se lançaram na busca de tal solução, no convencimento de que constituía o caminho mais seguro para garantir o êxito da Convenção.

32 O ponto debatido era especialmente importante já que refletia, em parte, as concepções parcialmente distintas do objetivo da Convenção na matéria do retorno do menor. De fato, até este momento o texto elaborado pela Primeira comissão (de acordo com o anteprojeto preparado pela Comissão especial) tinha limitado as possíveis exceções ao retorno do menor a consideração das situações de direito e de conduta das partes ou a uma apreciação específica do interesse do menor. Em contrapartida, a reserva que se acabava de aceitar implicava que se admitia a possibilidade de negar o retorno da uma criança sobre a base de argumentos puramente jurídicos, extraídos do direito interno do Estado requerido. Direito interno que poderia ser recorrido, no contexto das disposições transcritas, seja para "avaliar" o título invocado pelo pai despossuído, quanto para valorizar a legitimidade jurídica da ação do sequestrador. Portanto, tais consequências alteram consideravelmente um edifício convencional construído sobre a ideia de que era preciso evitar que, por vias de fato, se excluísse a competência normal das autoridades da residência habitual do menor.

33 Nesta situação, a aprovação por parte de uma maioria¹⁶ tranquilizadora da fórmula que figura no artigo 20 da Convenção representa um esforço louvável de compromisso entre as distintas posturas, dado que o papel concedido a lei interna do Estado de refúgio se reduziu consideravelmente. Por um lado, a referência dos princípios fundamentais relativos a salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais afeta uma área do direito em que existem numerosos compromissos internacionais. Por outro lado, a norma do artigo 20 vai mesmo assim além das formulas tradicionais e das cláusulas de ordem pública naquilo que se refere ao grau de incompatibilidade existente entre o direito invocado e a ação considerada; de fato, para poder negar o retorno do menor invocando o motivo que figura nesta disposição, a autoridade em questão deve comprovar não só a existência de uma

¹⁵ Ver ata n.9 Doc. Trab. conexos.

¹⁶ O texto que foi adotado por 14 votos a favor, 6 contra e 4 abstenções, ver ata n. 13.

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.

34 Para acabar con las consideraciones sobre los problemas abordados en este apartado, parece necesario subrayar que las excepciones, de los tres tipos examinados, al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado. En efecto, el Convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas. La puesta en práctica de este método exige que los Estados firmantes del Convenio estén convencidos de que pertenecen, a pesar de sus diferencias, a una única comunidad jurídica en el seno de la cual las autoridades de cada Estado reconocen que las autoridades de uno de ellos - las de la residencia habitual del niño- son en principio las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y de visita. Por tanto, una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado.

II NATURALEZA DEL CONVENIO

A *Un convenio de cooperación entre autoridades*

35 Delimitando los fines perseguidos por los Estados contratantes, los objetivos de un convenio determinan en última instancia su naturaleza. Así, el Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es ante todo un convenio que pretende evitar los traslados internacionales de menores, instaurando una cooperación estrecha entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados contratantes. Dicha colaboración afecta a los dos aspectos que acabamos de analizar, por un lado la obtención del retorno inmediato del menor al entorno del que ha sido alejado y, por otro lado, el respeto efectivo de los derechos de custodia y de visita existentes en uno de los Estados contratantes.

36 Esta caracterización del Convenio puede realizarse también a través de un planteamiento negativo. Así, se puede comprobar ante todo que no se trata de un convenio relativo a la ley aplicable a la custodia de los menores. En efecto, las referencias

contradição como também o fato de que os princípios protetores dos direitos humanos proíbem o retorno solicitado.

34 Para acabar com as considerações sobre os problemas abordados neste parágrafo, parece necessário sublinhar que as exceções, dos três tipos examinados, ao retorno do menor devem ser aplicadas como tais. Isto implica antes de tudo que devem ser interpretadas de forma restritiva se se quer evitar que a Convenção se transforme em letra morta. Na realidade, a Convenção se baseia na sua totalidade no repúdio unânime do fenômeno das transferências ilícitas de menores e na convicção de que o melhor método para os combater, em escala internacional, consiste em não reconhecer consequências jurídicas. Colocar em prática este método exige que os Estados signatários da Convenção estejam convencidos de que pertencem, apesar das suas diferenças, a uma única comunidade jurídica no sentido que as autoridades de cada Estado reconhecem que as autoridades de um deles - da residência habitual da criança - são por princípio aquelas que estão melhor situadas para decidir, com justiça, sobre os direitos de guarda e de visita. Portanto, uma invocação sistemática das exceções mencionadas, ao substituir a jurisdição da residência do menor pela jurídica eleita pelo sequestrador, derrubará todo o edifício convencional ao esvaziar o espírito de confiança mutua que o inspirou.

II A NATUREZA DA CONVENÇÃO

A *Uma convenção de cooperação entre autoridades*

35 Delimitando os fins perseguidos pelos Estados contratantes, os objetivos de uma convenção determinam em última instância a sua natureza. Assim, a Convenção relativa aos aspectos civis da subtração internacional de menores é antes de tudo uma convenção que pretende evitar as transferências internacionais de menores, instaurando uma cooperação estreita entre as autoridades judiciais e administrativas dos Estados contratantes. Esta colaboração afeta os aspectos que acabamos de analisar, por um lado a obtenção do retorno imediato do menor ao ambiente do qual foi retirado e, por outro lado, o respeito efetivo dos direitos de guarda e de visita existentes em um dos Estados contratantes.

36 Esta caracterização da Convenção pode realizar-se também através de uma abordagem negativa. Assim, se pode comprovar antes de tudo que não se trata de uma convenção relativa a lei aplicável e a guarda dos menores. De fato, as referências relativas

relativas al derecho del Estado de la residencia habitual del menor, tienen un alcance limitado, dado que el derecho en cuestión sólo se tiene en cuenta para establecer el carácter ilícito del traslado (por ejemplo, en el artículo 3). En segundo lugar, el Convenio tampoco es un tratado sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de custodia. Tal opción fue descartada con plena conciencia, tras haber sido largamente debatida en el seno de la primera reunión de la Comisión especial. Y es que, dadas las consecuencias que el reconocimiento de una resolución extranjera tiene sobre el fondo de la controversia, esta institución está normalmente rodeada de garantías y excepciones que pueden alargar el procedimiento. Ahora bien, cuando se ha desplazado a un menor, el factor tiempo adquiere una importancia decisiva. En efecto, los trastornos psicológicos que el menor puede sufrir debido a dicho traslado podrían reproducirse si la resolución relativa a su retorno sólo se dictase al cabo de cierto tiempo.

37 Una vez que ha quedado claro que estamos ante un convenio basado en la idea de cooperación entre autoridades, es preciso señalar que sólo trata de resolver las situaciones que caigan dentro de su ámbito de aplicación y que afecten a dos o varios Estados partes. En efecto, la idea de un convenio "universalista" (es decir cuyo ámbito se extienda a cualquier caso internacional) es difícil de sostener fuera de los convenios en materia de ley aplicable. En este sentido, cabe recordar que los sistemas previstos, ya se trate del retorno del menor o de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visita, se basan en gran medida en una cooperación entre las Autoridades centrales que se produce a través de derechos y deberes mutuos. De la misma forma, cuando los particulares se dirigen directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, amparándose en el Convenio, la aplicación de los beneficios convencionales responde asimismo a una idea de reciprocidad que, en principio, excluye su extensión a los ciudadanos de terceros Estados.

Por otra parte, aunque el Convenio sólo alcance la plenitud de sus objetivos entre los Estados contratantes, las autoridades de cada uno de los Estados tienen perfecto derecho a inspirarse en las disposiciones convencionales para tratar otras situaciones similares.

B *Carácter autónomo del Convenio*

38 Basado, como está, en el concepto de cooperación entre autoridades, con el fin de alcanzar unos objetivos precisos, el Convenio es autónomo respecto a los convenios existentes en materia de protección de menores o relativos al derecho de custodia. Así pues, una de las primeras decisiones

ao direito do Estado da residência habitual do menor, tem um alcance limitado, dado que o direito em questão só se leva em conta para estabelecer o caráter ilícito da transferência (por exemplo, no artigo 3). Em segundo lugar, a Convenção tampouco é um tratado sobre o reconhecimento e execução das resoluções em matéria de guarda. Tal opção foi descartada com plena consciência, depois de ter sido largamente debatida no seio da primeira reunião da Comissão especial. E eis que, devido as consequências que o reconhecimento de uma resolução estrangeira tem sobre o fundo da controvérsia, esta instituição está normalmente rodeada de garantias e exceções que podem alargar o procedimento. Contudo, quando é deslocado um menor, o fator tempo adquire importância decisiva. De fato, os transtornos psicológicos que o menor pode sofrer devido esta transferência poderão se repercutir se a resolução relativa ao seu retorno só fosse pronunciada após um certo tempo.

37 Uma vez que ficou claro que estamos diante de uma convenção baseada na ideia de cooperação entre autoridades, é preciso assinalar que se trata somente de resolver as situações que estejam dentro do seu âmbito de aplicação e que afetam dois ou vários Estados membros. De fato, a ideia de uma convenção "universalista" (ou seja, cujo âmbito se estende a qualquer caso internacional) é difícil de sustentar fora das convenções em matéria de lei aplicável. Neste sentido, se deve recordar que os sistemas previstos, mesmo se tratando do retorno do menor ou de garantir o exercício efetivo do direito de visita, se baseiam em grande parte em uma cooperação entre as Autoridades centrais que se produz através dos direitos e deveres mútuos. Da mesma forma, quando os indivíduos se dirigem diretamente as autoridades judiciais ou administrativas de um Estado contratante, amparando-se na Convenção, a aplicação dos benefícios convencionais responde mesmo assim a uma ideia de reciprocidade que, em princípio, exclui a sua extensão aos cidadãos de Estados terceiros.

Por outro lado, embora a Convenção só alcance a plenitude dos seus objetivos entre os Estados contratantes, as autoridades de cada um dos Estados têm o perfeito direito de se inspirar nas disposições convencionais para tratar outras situações similares.

B *Carácter autónomo da Convenção*

38 Baseado, como está, no conceito de cooperação entre autoridades, com o fim de alcançar objetivos precisos, a Convenção é autônoma em relação as convenções existentes em matéria de proteção de menores ou relativas ao direito de guarda. Portanto, uma das primeiras decisões tomadas pela Comissão

tomadas por la Comisión especial consistió en orientar sus trabajos en el sentido de un convenio independiente más que en elaborar un protocolo al **Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores**. Bajo este mismo punto de vista, tampoco podía limitarse a los modelos propuestos por los convenios relativos al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de custodia, incluido el modelo propuesto en el Convenio del Consejo de Europa¹⁷.

39 Tal autonomía no significa que las disposiciones pretendan resolver todos los problemas que plantean las sustracciones internacionales de menores. Muy al contrario, en la medida en que los objetivos del Convenio, aun siendo ambiciosos, tienen un alcance muy concreto, el problema de fondo del derecho de custodia se sitúa fuera de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, el Convenio está condenado a coexistir inevitablemente con las normas relativas a la ley aplicable y al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras de cada Estado contratante, con independencia de que su origen sea interno o convencional.

Por otra parte, incluso en su ámbito propio, el Convenio no pretende ser aplicado de forma exclusiva: desea, ante todo, el cumplimiento de los objetivos convencionales, por lo que 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 (artículo 34).

C Relaciones con otros convenios

40 El Convenio se presenta como un instrumento destinado a aportar una solución urgente, con vistas a evitar la consolidación jurídica de las situaciones, inicialmente ilícitas, causadas por el traslado o el no retorno de un menor. En la medida en que no trata de resolver el fondo de los derechos de las partes, su compatibilidad con otros convenios se impone. No obstante, dicha compatibilidad sólo se podía conseguir garantizando la aplicación prioritaria de las disposiciones susceptibles de proporcionar una solución de urgencia y, en cierta medida, provisional. En efecto, las cuestiones sobre el derecho de custodia deberán plantearse ante los tribunales competentes una vez que el menor haya vuelto a su

¹⁷ Se trata del *Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia*, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 30 de noviembre de 1979 y abierto a la firma de los Estados Miembros, en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980.

especial consistió en orientar os seus trabalhos no sentido de uma convenção independente mais do que em elaborar um protocolo à **Convenção da Haia de 5 de outubro de 1961 sobre a competência das autoridades e leis aplicáveis em matéria de proteção dos menores**. Sob este mesmo ponto de vista, tampouco podia se limitar aos modelos propostos pelas convenções relativas ao reconhecimento e execução das resoluções em matéria de guarda, incluindo o modelo proposto na Convenção do Conselho Europeu¹⁷.

39 Tal autonomia não significa que as disposições pretendam resolver todos os problemas que abrangem as subtrações internacionais de menores. Muito pelo contrário, na medida em que os objetivos da Convenção, mesmo sendo ambiciosos, tem um alcance muito concreto, o problema do fundo do direito de guarda se situa fora do seu âmbito de aplicação. Portanto, a Convenção está condenada a coexistir inevitavelmente com as normas relativas a lei aplicável e ao reconhecimento e execução das resoluções estrangeiras de cada Estado contratante, independentemente da sua origem ser interna ou convencional.

Por outro lado, como incluído no seu próprio âmbito, a Convenção não pretende ser aplicada de forma exclusiva: deseja, antes de tudo, o cumprimento dos objetivos convencionais, porque reconhece de forma explícita a possibilidade de invocar, paralelamente à Convenção, qualquer outra norma jurídica que permita alcançar o retorno de um menor transferido ou retido de forma ilícita, ou a organização de um direito de visita (artigo 34).

C Relação com outras Convenções

40 A Convenção se apresenta como um instrumento destinado a aportar uma solução urgente, com vistas a evitar a consolidação jurídica das situações, inicialmente ilícitas, causadas pela transferência ou o negado retorno de um menor. Na medida em que não trata de resolver o fundo dos direitos das partes, a sua compatibilidade com outras convenções se impõe. Não obstante, esta compatibilidade só se pode conseguir garantindo a aplicação prioritária das disposições suscetíveis de proporcionar uma solução de urgência e, em certa medida, provisória. De fato, as questões sobre o direito de guarda deverão ser consideradas perante os tribunais competentes uma vez que o menor já

¹⁷ Se trata da *Convenção europeia relativa ao reconhecimento e execução de decisões relativas à de guarda de menores e sobre o restabelecimento do direito de guarda*, adotado pela Comissão dos Ministros do Conselho Europeu em 30 de novembro de 1979 e aberto para a assinatura dos Estados Membros, em Luxemburgo, em 20 de maio de 1980.

residencia habitual. En este punto, el artículo 34 establece que "el presente Convenio tendrá prioridad en las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación sobre el *Convenio del 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, entre los Estados que sean parte en ambos convenios*, entre los Estados Partes en ambos Convenios". Además, dado que se pretende evitar la posibilidad de que se aplaque la aplicación de las disposiciones convencionales invocando disposiciones que afectan al fondo del derecho de custodia, el principio previsto en el artículo 34 debería extenderse a cualquier disposición que afecte al derecho de custodia, sea cual sea su origen. Por el contrario, como se acaba de subrayar en el párrafo anterior, las partes pueden recurrir a cualquier norma que facilite el cumplimiento de los objetivos convencionales.

D Apertura del Convenio a los Estados no miembros de la Conferencia de la Haya

41 En este punto también, el Convenio se nos muestra como un Convenio de cooperación, lo que determina su carácter semi-abierto. En principio, cualquier Estado podrá suscribir el Convenio pero su adhesión "surtilirá efecto sólo respecto de las relaciones entre el Estado adherido y aquellos Estados contratantes que hayan declarado su aceptación de la adhesión" (artículo 38). Al actuar así, los Estados contratantes han tratado de mantener el equilibrio necesario entre el deseo de universalismo y la convicción de que un sistema de cooperación sólo es eficaz cuando entre las Partes se da un grado de confianza mutuo suficiente.

Es más, la elección del sistema de la aceptación explícita de la adhesión por cada Estado miembro, para que ésta se convierta en efectiva con respecto a ellos¹⁸, de preferencia al sistema, más abierto, que considera que la adhesión surte sus efectos salvo en las relaciones con el Estado miembro que se opone a la misma en un plazo establecido¹⁹, prueba la importancia atribuida por los Estados a la selección de sus co-contratantes en la materia objeto del Convenio.

III INSTRUMENTOS DE APLICACION DEL CONVENIO

A Las Autoridades centrales

42 Un convenio de cooperación como el que nos ocupa puede en principio orientarse en dos sentidos

¹⁸ 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, ver P.V. N.º 13.

¹⁹ 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.

tiver voltado a sua residência habitual. Sobre este ponto, o artigo 34 estabelece que "nas matérias às quais se aplique a presente Convenção, esta prevalecerá sobre a *Convenção de 5 de outubro de 1961 Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de menores*, no caso dos Estados Partes a ambas Convenções". Além disso, dado que se pretende evitar a possibilidade de que se adie a aplicação das disposições convencionais invocando as disposições que afetam o fundo do direito de guarda, o princípio previsto no artigo 34 deveria se estender a qualquer disposição que afete o direito de guarda, seja qual for a sua origem. Pelo contrário, como foi sublinhado no parágrafo anterior, as partes podem recorrer a qualquer norma que facilite o cumprimento dos objetivos convencionais.

D Abertura da Convenção aos Estados não membros da Conferência da Haia

41 Sobre este ponto também, a Convenção se mostra como uma Convenção de cooperação, o que determina o seu caráter semiaberto. Em princípio, qualquer Estado poderá subscrever a Convenção, porém a sua adesão "apenas produzirá efeito nas relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que tenham declarado aceitar essa adesão" (art.38). Ao atuar assim, os Estados contratantes trataram de manter o equilíbrio necessário entre o desejo de universalismo e a convicção de que um sistema de cooperação só é eficaz se entre as Partes existe um grau de confiança mútua suficiente.

Além disso, a eleição de um sistema de aceitação explícita da adesão de cada Estado membro, para que esta se converta em efetiva com relação aos mesmos¹⁸, de preferência ao sistema, mais aberto, que considera que a adesão surta os seus efeitos salvo que nas relações com os Estados membros que se opõe a mesma medida em um espaço estabelecido¹⁹, prova a importância atribuída pelos Estados a seleção dos seus cossignatários na mesma matéria objeto da Convenção.

III INSTRUMENTOS DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO

A As autoridades centrais

42 Uma convenção de cooperação como a que estamos tratando pode em princípio se orientar em

¹⁸ Em semelhança com o artigo 39 da *Convenção relativa a obtenção de provas no direito estrangeiro em matéria civil ou mercantil*, de 18 de março de 1970, ver P.V. N. 13

¹⁹ Sistema consagrado, entre outros, na *Convenção tendente a facilitar o acesso internacional a justiça*, adotado igualmente na 14a sessão da Conferência.

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.

43 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.

44 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.

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 (véase artículo 19), 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.

45 No obstante, en sus grandes líneas y en la gran

dois sentidos distintos: impor a cooperação direta entre as autoridades internas competentes no âmbito de aplicação da Convenção ou basear a sua ação na criação de Autoridades centrais em cada Estado contratante, para que coordenem e canalizem a cooperação desejada. O anteprojeto estabelecido pela Comissão especial consagra de forma bastante clara a eleição feita em favor da segunda opção e a própria Convenção foi construída em grande parte sobre a intervenção e as competências das Autoridades centrais.

43 Não obstante, a admissão inequívoca da possibilidade reconhecida aos indivíduos de se dirigirem diretamente as autoridades judiciais ou administrativas competentes na aplicação da Convenção (art.29) incrementa a importância do dever que estas têm de cooperar, até o ponto em que o sistema seguido pela Convenção se pode classificar como um "sistema misto" já que, às margens das obrigações das Autoridades centrais, se introduzem outras que são próprias das autoridades judiciais ou administrativas.

44 Além disso, seria um erro pretender construir uma convenção para lutar contra as subtrações internacionais de menores sem levar em conta o importante papel desempenhado pelas suas autoridades judiciais ou administrativas internas em todas as questões relacionadas com a proteção dos menores.

Neste contexto, a referência às autoridades administrativas deve ser entendida como consequência natural do fato que, em certos Estados membros da Conferência, esta tarefa se confia a autoridades de tal natureza enquanto na maioria dos sistemas jurídicos a competência em matéria corresponde as autoridades judiciais. Em resumo, são as autoridades encarregadas dentro de cada Estado de resolver sobre a guarda e a proteção dos menores aquelas que a Convenção confia a responsabilidade de resolver os problemas levantados, seja que se trate do retorno de um menor transferido ou retido de forma ilícita ou da organização do exercício do direito de visita. Deste modo, a Convenção fez sua a exigência de segurança jurídica que inspira neste campo todos os direitos internos. De fato, mesmo que as resoluções sobre o retorno dos menores não prejudiquem o fundo do direito de guarda (ver artigo 19), vão ter uma influência notável na vida dos menores interessados; daí que a adoção de tais decisões, a assunção de semelhante responsabilidade, devem corresponder necessariamente às autoridades habitualmente competentes segundo o direito interno.

45 Não obstante, em suas grandes linhas e na

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).

46 Por otra parte, siguiendo una tradición muy arraigada de la Conferencia de la Haya²⁰, el Convenio establece que tanto los Estados federales como los Estados plurilegislativos 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

²⁰ Cf., por ejemplo, el artículo 18, apartado tercero, del *Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil*, de 15 de noviembre de 1965. *Id.* los artículos 24 y 25 del *Convenio relativo a la obtención de ruebas en el extranjero en materia civil o comercial*, de 18 de marzo de 1970.

grande maioria dos casos, a aplicação da Convenção dependerá do funcionamento dos instrumentos que o mesmo estabelece ao feito, ou seja, das Autoridades Centrais. No que se refere a sua regulamentação para a Convenção, a primeira observação que cabe fazer é que a Conferência teve consciência das profundas diferenças existentes na organização dos Estados membros; esta é a razão pela qual a Convenção não especifica em absoluto qual deve ser a estrutura e a capacidade de ação das Autoridades centrais, dois aspectos que serão necessariamente regidos pela lei interna de cada Estado contratante. A aceitação desta premissa se traduz na Convenção no reconhecimento de que as tarefas atribuídas especialmente a Autoridades centrais poderão ser executadas diretamente por elas mesmo ou com a colaboração de um intermediário (artigo 7). É evidente, por exemplo, que a localização de um menor pode exigir a intervenção da polícia; mesmo assim, a adoção de medidas provisórias ou a instauração de procedimentos judiciais relativos as relações privadas podem ficar fora das competências suscetíveis de serem atribuídas as autoridades administrativas por certas leis internas. Não obstante, em todos os casos, a Autoridade central se mantém como o destinatário das obrigações que a Convenção impõe, em sua condição de "organizador" da cooperação desejada para lutar contra as transferências ilícitas de menores. Por outro lado, levando mais uma vez em conta as particularidades dos distintos sistemas jurídicos, a Convenção admite que a Autoridade central possa exigir que a demanda que a for dirigida seja acompanhada de uma autorização "escrita dando-lhe poderes para agir em nome do requerente ou para nomear um representante habilitado a agir em seu nome" (artigo 28).

46 Por outro lado, seguindo uma tradição muito enraizada da Conferência da Haia²⁰, a Convenção estabelece que tanto os Estados federais como os Estados plurilegislativos ou que tenham organizações territoriais autónomas serão livres de designar mais de uma Autoridade central. Sem embargo, os problemas comprovados na aplicação prática das convenções que preveem a existência de várias Autoridades centrais no território de um único Estado, assim como, particularmente, as características especiais da matéria objeto da presente Convenção, levaram a Conferência, segundo o critério já estabelecido pela Comissão especial, a dar um passo a mais rumo uma espécie de

²⁰ Cf., por exemplo, o artigo 18, terceiro parágrafo, da *Convenção relativa à citação e transferência no estrangeiro dos atos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial*, de 15 de novembro de 1965. *Id.* os artigos 24 e 25 da *Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial*, de 18 de março de 1970.

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.

47 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 menor²¹: 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 "super Autoridad central" prevista en el artículo 6 adopte una actitud activa. En efecto, puesto que esta "super 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.

B El formulario modelo

48 De acuerdo con la decisión tomada por la Comisión especial en su segunda reunión, el Decimocuarto período de sesiones de la Conferencia aprobó, al mismo tiempo que el Convenio, una Recomendación que incluye un formulario modelo para las demandas de retorno de menores trasladados o retenidos de forma ilícita. Al respecto, conviene hacer dos observaciones. La primera se

²¹ Cf. *infra*, comentario al artículo 12 del Convenio.

"hierarquização" das Autoridades centrais nestes Estados. De fato, nos limitando ao segundo aspecto mencionado, se o indivíduo que transferiu ou reteve o menor se serve da extrema facilidade de comunicação dentro de um Estado, o demandante ou a Autoridade central do Estado requirente poderão se ver obrigados a repetir várias vezes a própria demanda com vistas a lograr o retorno do menor; além disso, existe a possibilidade de que, mesmo existindo sérias razões para acreditar que a criança se encontra em um Estado contratante, se ignore qual é a unidade territorial de sua residência.

47 Para proporcionar uma solução a estas situações e outras similares, a Convenção prevê que os Estados que estabelecerem mais de uma Autoridade central designem a sua vez "a Autoridade central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado" (artigo 6). O tema é importante dado que a Convenção limita no tempo a obrigação imposta às autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido no que se refere o retorno imediato do menor²¹: um erro na eleição da Autoridade central pode portanto ter consequências decisivas para as pretensões das partes. Então, para evitar que um fator não previsto na Convenção modifique a aplicação normal da mesma, será preciso que esta espécie de "super Autoridade central" prevista no artigo 6 adote uma atitude ativa. De fato, posto que esta "super Autoridade" deverá servir de ponte entre a Autoridade central do seu próprio Estado que for competente em cada caso específico, de um lado e, por outro lado, as Autoridades centrais dos demais Estados contratantes, se verá obrigada a escolher entre proceder com a localização do menor para poder transmitir o caso a Autoridade central adequada ou transmitir uma cópia da demanda a todas as Autoridades centrais do Estado, o que provocaria inevitavelmente uma multiplicação dos serviços burocráticos. Em todo caso, o que está fora de dúvida é que citada Autoridade central desempenhará um papel fundamental na aplicação da Convenção e nas relações que afetam os Estados anteriormente mencionados.

B O formulário modelo

48 De acordo com a decisão tomada pela Comissão especial na sua segunda reunião, o décimo quarto período de sessões da Conferência aprovou, ao mesmo tempo que a Convenção, uma Recomendação que inclui um formulário modelo para as demandas de retorno de menores transferidos ou retidos de forma ilícita. A este respeito, convém fazer duas observações. A primeira se refere ao valor jurídico

²¹ Cf. *infra*, comentário ao artigo 12 da Convenção.

refiere al valor jurídico de esta Recomendación: para establecerlo, parece aconsejable recurrir al derecho general de las organizaciones internacionales. Ahora bien, desde este punto de vista, una recomendación es en esencia una invitación no vinculante dirigida por una organización internacional a uno, varios o todos los Estados miembros. Por consiguiente, los Estados no están obligados *stricto sensu* a utilizar el formulario modelo contenido en esa Recomendación: incluso se ha puesto gran cuidado en evitar presentarlo como anexo al Convenio.

Las razones de esta forma de actuar son evidentes. Ante todo, dada la falta de experiencia internacional previa en el campo cubierto por el Convenio, cabe pensar que al cabo de unos años la aplicación práctica de las disposiciones convencionales llevará a aconsejar la introducción de ciertas modificaciones en el formulario aprobado. Ahora bien, parece preferible no someter una eventual revisión del texto a los trámites que exigiría el derecho internacional público en materia de revisión de tratados internacionales. Por lo demás, es posible sostener que al margen de una futura acción concertada de la Conferencia en este punto, la adaptación del formulario recomendado a los Estados podrá asimismo ser obra de los contactos bilaterales emprendidos por las Autoridades centrales, en ejecución de la obligación general recogida en el artículo 7, apartado 21, letra *i*. Por otra parte, una consecuencia directa de la decisión de no hacer obligatorio el uso del formulario modelo es que el Convenio incluye una enumeración de los datos que deben constar necesariamente en cualquier demanda dirigida a una Autoridad central (artículo 8).

49 La segunda observación se refiere al ámbito de aplicación y al contenido del formulario recomendado. En efecto, aun cuando el Convenio regula también aspectos importantes relacionados con el derecho de visita, el formulario propuesto se limita a ofrecer una solicitud modelo con vistas al retorno del menor. Dato que muestra la polarización del interés de la Conferencia en la solución de los problemas planteados tras el traslado del menor, al mismo tiempo que se hace hincapié en el carácter original de la vía elegida para lograrlo. Y es que, es precisamente porque esta vía es nueva, por lo que ha parecido aconsejable incluir una indicación relativa a su modo de utilización.

50 En cuanto al formulario mismo, su contenido desarrolla de forma muy precisa los elementos exigido por el Convenio; no obstante, quisiera llamar la atención sobre dos puntos menores. En primer lugar, respecto a la mención "fecha y lugar del matrimonio" de los padres del menor en cuestión: en la medida en que no va seguida, entre paréntesis, de la expresión "si procede", parece que se da un

desta Recomendação: para estabelecê-lo, parece aconselhável recorrer ao direito geral das organizações internacionais. Contudo, neste ponto de vista, uma recomendação é por essência um convite não vinculante dirigido por uma organização internacional a um, vários ou todos os Estados membros. Consequentemente, os Estados não estão obrigados *stricto sensu* a utilizar o formulário modelo contido nessa Recomendação: se teve muito cuidado em evitar de apresentá-lo como um anexo da Convenção.

As razões desta forma de atuar são evidentes. Antes de tudo, devido a falta de experiência internacional precedente no campo coberto pela Convenção, cabe pensar que com o passar de uns anos a aplicação prática das disposições convencionais levarão a aconselhar a introdução de certas modificações no formulário aprovado. Então, parece preferível não submeter uma eventual revisão do texto aos tramites que exigiria o direito público internacional em matéria de revisão de tratados internacionais. Além disso, é possível sustentar que a margem de uma futura ação corredora da Conferência neste ponto, a adaptação do formulário recomendado aos Estados poderá assim mesmo ser obra de contratos bilaterais empreendidos pelas Autoridades centrais, em execução da obrigação geral reconhecida no artigo 7, parágrafo 2, letra *i*. Por outro lado, uma consequência direta da decisão de não transformar em obrigatório o uso do formulário modelo é que a Convenção inclui um elenco de dados que devem constar necessariamente em qualquer demanda dirigida a uma Autoridade central (artigo 8).

49 A segunda observação se refere ao âmbito de aplicação e ao conteúdo do formulário recomendado. De fato, mesmo quando a Convenção regulamenta também aspectos importantes relacionados com o direito de visita, o formulário proposto se limita a oferecer um modelo de solicitação com vistas ao retorno do menor. Um dado que mostra a polarização do interesse da Conferência na solução dos problemas gerados após a transferência do menor, ao mesmo tempo que se enfatiza o caráter original da via escolhida para logrará-lo. Eis que, precisamente porque está via é nova, pareceu aconselhável incluir uma indicação relativa ao seu modo de utilização.

50 Quanto ao próprio formulário, o seu conteúdo desenvolve de forma muito precisa os elementos exigidos pela Convenção; não obstante, gostaria de chamar a atenção sobre dois pontos menores. Em primeiro lugar, em relação a menção "data e lugar do matrimônio" dos pais do menor em questão: na medida em que não é seguida, entre parênteses, da expressão "se procede", parece que se dá um

tratamiento excepcional y discriminatorio a la situación de los hijos naturales. Por lo demás, la ausencia de dicha expresión al lado de la referencia a la fecha y al lugar de nacimiento del niño concuerda mal con la precisión de la que hace gala en este punto el artículo 8 del Convenio cuando añade, refiriéndose a la fecha de nacimiento, "cuando sea posible obtenerla".

51 Por otra parte, existe una falta de concordancia entre el texto francés y el texto inglés, en lo que se refiere a los "informes relativos a la persona de la que se alega que ha sustraído o retenido al menor". Al respecto, parece preferible atenerse al texto inglés, más completo, sobre todo en cuanto a la mención de la nacionalidad del presunto secuestrador, un elemento que a veces será decisivo para la localización del menor.

IV ESTRUCTURA Y TERMINOLOGIA

A *La estructura del Convenio*

52 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

tratamiento excepcional e discriminatório da situação dos filhos naturais. Além disso, a ausência da citada expressão ao lado do referimento a data e ao lugar do nascimento da criança não é concorde com a precisão mostrada neste ponto no artigo 8 da Convenção quando adiciona, se referindo a data de nascimento, "caso possível" (obtê-la).

51 Por outro lado, existe uma falta de concordância entre o texto francês e o texto inglês, no que se refere a "identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança". A este respeito, parece preferível ater-se ao texto inglês, mais completo, sobretudo quanto a menção da nacionalidade do presunto sequestrador, um elemento que as vezes será decisivo para a localização do menor.

IV ESTRUTURA E TERMINOLOGIA

A *A estrutura da Convenção*

52 Os artigos 1, 2, 3 e 5 definem o âmbito de aplicação material da Convenção, precisando seus objetivos e os requisitos para poder considerar se a transferência ou o não retorno de um menor são ilícitos. O artigo 4 se refere ao âmbito de aplicação pessoal da Convenção, enquanto o artigo 35 determina a sua aplicação no tempo. Os artigos 6 e 7 tratam da criação das Autoridades centrais e suas obrigações. Os artigos 8, 27 e 28 se referem a facultade de submeter um assunto às Autoridades centrais e os documentos que podem ser juntados ou completar uma demanda que tenha sido já apresentada. Os artigos 9 a 12, e 14 a 19 tratam das distintas vias instauradas para lograr o retorno de um menor, assim como do alcance jurídico de uma resolução ao feito. Os artigos 13 e 20 se referem as exceções a obrigação geral de devolver a criança. O artigo 21 estabelece os deveres específicos assumidos pelos Estados em relação ao direito de visita. Os artigos 22 a 26 e 30 (assim como os artigos 27 e 28 anteriormente mencionados) se referem a certos aspectos técnicos relacionados com o procedimento e os gastos que podem resultar das demandas apresentadas em aplicação a Convenção. Os artigos 29 e 36 refletem o ponto de vista não exclusivo que prevaleceu na elaboração da Convenção precisando, por um lado, a possível ação direta dos indivíduos diante as autoridades judiciais ou administrativas dos Estados contratantes, fora do campo das disposições convencionais, e por outro lado a facultade reconhecida aos Estados contratantes de derogar convencionalmente as restrições as quais possa estar sujeito o retorno do menor em conformidade com a presente Convenção. Os artigos 31 a 34 fazem referência aos Estados plurilegislativos e as relações com outras

plurilegislativos y a las relaciones con otros convenios. Por último, los artículos 37 a 45 contienen las cláusulas finales.

B Terminología utilizada por el Convenio

53 Fiel a una larga tradición de la Conferencia de la Haya, el Convenio ha evitado definir los términos utilizados, con excepción de los contenidos en el artículo 5 sobre los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita, indispensables para determinar el ámbito de aplicación material del Convenio. Ámbito material que será examinado en su contexto. Aquí sólo queremos referirnos a un aspecto que afecta a la terminología y que, a nuestro entender, merece un breve comentario. Se trata de la falta de concordancia entre el título del Convenio y la terminología utilizada en el texto del mismo. En efecto, mientras que el primero utiliza la expresión "sustracción internacional de menores", las disposiciones convencionales recurren a perífrasis o, en todo caso, a expresiones menos precisas, tales como "traslado" o "no retorno". La explicación está en relación directa con la delimitación del ámbito del Convenio. En este punto, como se ha señalado anteriormente (véanse N1 12 a 16), el estudio del problema que aborda el Convenio pone de manifiesto que en lo que se refiere tanto a las relaciones normalmente existentes entre "secuestrador" y "menor" como a las intenciones del primero, estamos muy lejos de los delitos tipificados con el nombre de "secuestro", "kidnapping" o "enlèvement". Así pues, dado que se está lejos de los problemas propios del derecho penal, se ha evitado utilizar en el texto del Convenio términos que puedan tener un significado equívoco.

Por el contrario, ha parecido aconsejable utilizar el término "sustracción" en el título del Convenio, debido a su uso habitual en los medios de comunicación y a su resonancia en la opinión pública. No obstante, para evitar cualquier equívoco, el propio título precisa, como lo hacía ya el título del anteproyecto, que el Convenio sólo tiene por objeto regular los "aspectos civiles" del fenómeno en cuestión. Si a lo largo de este Informe utilizamos de vez en cuando términos como "sustracción" o "secuestrador", tal como, por lo demás, aparecen en el formulario modelo, es porque permiten a veces una redacción más fácil; en cualquier caso, habrá que entenderlos con todos los matices que su aplicación comporta al problema específico al que se refiere el Convenio.

SEGUNDA PARTE - COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS DEL CONVENIO

CAPÍTULO I – Ámbito de aplicación del Convenio

54 El capítulo primero define el ámbito de

convenções. Por último, os artigos 37 e 45 contém as cláusulas finais.

B Terminologia utilizada pela Convenção

53 Fiel a uma longa tradição da Conferência da Haia, a Convenção evitou definir os termos utilizados, com exceção dos conteúdos do artigo 5 sobre os conceitos do direito de guarda e direito de visita, indispensáveis para determinar o âmbito de aplicação material da Convenção. Âmbito material que será examinado no seu contexto. Aqui só queremos nos referir a um aspecto que afeta a terminologia e que, no nosso entendimento, merece um breve comentário. Se trata da falta de concordância entre o título da Convenção e a terminologia utilizada no texto da mesma. De fato, enquanto o primeiro utiliza a expressão "subtração internacional de menores", as disposições convencionais recorrem a perífrases ou, em todo caso, a expressões menos precisas, tais como "transferência" ou "retenção". A explicação está na relação direta com a delimitação do âmbito da Convenção. Neste ponto, como salientado anteriormente (ver N1 12 a 16), o estudo do problema que aborda a Convenção exprime que aquilo que se refere tanto as relações normalmente existentes entre "sequestrador" e "menor" como as intenções do primeiro, estão muito longe dos delitos tipificados com o nome de "sequestro", "kidnapping" ou "enlèvement". Assim, já que se está longe dos problemas próprios do direito penal, se evitou utilizar no texto da Convenção termos que pudessem ter um significado equívoco.

Pelo contrário, pareceu aconselhável utilizar o termo "subtração" no título da Convenção, devido ao seu uso habitual nos meios de comunicação e a sua ressonância na opinião pública. No entanto, para evitar qualquer equívoco, o próprio título precisa, como o fazia o título do anteprojeto, que a Convenção só tem por objetivo regulamentar os "aspectos civis" do fenômeno em questão. Se ao longo deste Relatório utilizarmos as vezes termos como "subtração" ou "sequestro", assim como, além de tudo, aparecem no formulário modelo, é porque permitem as vezes uma redação mais fácil; em todo caso, deve ser entendido com todas as nuances que a sua aplicação envolve ao problema específico que se refere a Convenção.

SEGUNDA PARTE - COMENTÁRIO AOS ARTIGOS DA CONVENÇÃO

CAPÍTULO I - Âmbito de aplicação da Convenção

54 O capítulo primeiro define o âmbito de aplicação

aplicación material y personal del Convenio (ámbito de aplicación *ratione materiae* y *ratione personae*). No obstante, para tener una perspectiva global del ámbito convencional, es preciso asimismo tener en cuenta el artículo 34 relativo a las relaciones con otros convenios, el artículo 35 que fija su ámbito de aplicación en el tiempo y los artículos 31 a 33 que se refieren a la aplicación del Convenio en los Estados plurilegislativos.

Artículo 1- Los objetivos del Convenio

a Observaciones generales

55 El artículo expone en dos párrafos los objetivos convencionales, de los que ya hemos hablado de forma bastante amplia en la primera parte de este Informe. Por lo tanto es evidente que la falta de paralelismo entre el título y el contenido del Convenio va más allá de una cuestión puramente terminológica²². En cualquier caso, es preciso reconocer que los términos utilizados en el título, a pesar de su falta de rigor jurídico, poseen un poder evocador y una fuerza que llaman la atención, algo que es fundamental.

56 En lo referente a la naturaleza de los casos regulados, se impone hacer una observación de alcance general. Aun cuando el Convenio no incluye ninguna disposición que proclame el carácter internacional de las situaciones consideradas, semejante conclusión resulta tanto del título como de los distintos artículos. Ahora bien, en el presente caso, el carácter internacional resulta de una situación de hecho, es decir de la dispersión de los miembros de una familia por distintos países. Una situación puramente interna en el momento de su nacimiento puede por tanto caer dentro del ámbito de aplicación del Convenio por el hecho, por ejemplo, de que uno de los miembros de la familia se haya trasladado al extranjero con el menor o del deseo de ejercer un derecho de visita en otro país en el que resida la persona que pretende tener dicho derecho. Por el contrario, la diferencia de nacionalidad de las personas afectadas no implica necesariamente que se esté ante un caso internacional al que se deba aplicar el Convenio, aunque se trata de un indicio claro de una posible internacionalización, en el sentido en el que se ha descrito.

b Letra a

57 El objetivo de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita ya ha sido ampliamente comentado. Por lo demás, el Decimocuarto período de sesiones no ha modificado en absoluto el contenido literal de la

²² Véase al respecto el Informe de la Comisión especial, N° 52.

material e pessoal da Convenção (âmbito de aplicação *ratione materiae* e *ratione personae*). Não obstante, para ter uma perspectiva global do âmbito convencional, é preciso assim mesmo levar em conta o artigo 34 relativo as relações com outras convenções, o artigo 35 que fixa o seu âmbito de aplicação no tempo e os artigos 31 a 33 que se referem a aplicação da Convenção nos Estados plurilegislativos.

Artigo 1 - Os objetivos da Convenção

a Observações gerais

55 O artigo expõe em dois parágrafos os objetivos convencionais, sobre os quais já falamos de forma bastante ampla na primeira parte deste Relatório. Portanto, é evidente que a falta de paralelismo entre o título e o conteúdo da Convenção vai além de uma questão puramente terminológica²². De todo modo, é preciso reconhecer que os termos utilizados no título, apesar da sua falta de rigor jurídico, possuem um poder invocador e uma força que chamam a atenção, algo que é fundamental.

56 No que se refere a natureza dos casos regulamentados, é necessário fazer uma observação de alcance geral. Mesmo quando a Convenção não inclui nenhuma disposição que proclame o caráter internacional das situações consideradas, semelhante conclusão resulta tanto do título quanto dos distintos artigos. Contudo, no presente caso, o caráter internacional resulta de uma situação de fato, ou seja, a dispersão dos membros de uma família em distintos países. Uma situação puramente interna no momento do seu nascimento pode, portanto, cair dentro de um âmbito de aplicação da Convenção pelo fato, por exemplo, de que um dos membros da família se transferiu ao exterior com o menor ou do desejo de exercer um direito de visita em outro país no qual reside a pessoa que pretende obter este direito. Pelo contrário, a diferença de nacionalidade das pessoas afetadas não implica necessariamente estar perante um caso internacional no qual se deveria aplicar a Convenção, embora se trate de um indicio claro de uma possível internacionalização, pelo modo como foi descrito.

b Letra a

57 O objetivo de garantir o retorno imediato dos menores transferidos ou retidos de forma ilícita já foi amplamente comentado. Além disso, o Décimo quarto período de sessões não modificou em absoluto o conteúdo literal da fórmula aprovada pela

²² Ver a este respeito o Relatório da Comissão especial n. 52

fórmula aprobada por la Comisión especial. Así pues, aquí nos limitaremos a hacer dos breves aclaraciones sobre su redacción. La primera se refiere a la caracterización de los comportamientos que el cumplimiento de este objetivo querría evitar. En resumen, como ya sabemos, se trata de cualquier conducta que altere las relaciones familiares existentes antes o después de una resolución judicial, utilizando a un menor que, de este modo, se convierte en instrumento y principal víctima de la situación. En este contexto, la referencia a los menores "retenidos de forma ilícita" pretende incluir los casos en los que el menor que se encontraba en un lugar distinto del de su residencia habitual - con el consentimiento de la persona que ejercía normalmente su custodia- no es devuelto por la persona con la que residía provisionalmente. Se trata de la situación típica que se produce cuando el traslado del menor es consecuencia de un ejercicio abusivo del derecho de visita.

58 En segundo lugar, el texto comentado precisa que los niños cuyo retorno se intenta garantizar son aquellos que han sido trasladados o retenidos "en cualquier Estado contratante". Semejante precisión tiene un doble sentido. Por una parte, en cuanto a la disposición contenida en el artículo 4, delimita el ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio a los menores que, teniendo su residencia habitual en uno de los Estados contratantes, son trasladados o retenidos en el territorio de otro Estado contratante.

59 Pero tales palabras tienen también un sentido totalmente distinto. En efecto, de esta forma, el objetivo del Convenio analizado, considerado en sí mismo o en relación con la disposición del artículo 2, se convierte en general, es decir aplicable a todos los menores que, en las condiciones descritas, se encuentran en un Estado contratante. No obstante, existirá siempre una diferencia en la situación jurídica entre los menores que tenían su residencia habitual, antes del traslado, en otro Estado contratante y los demás menores. Y es que, la situación de los primeros deberá ser resuelta mediante aplicación directa de las disposiciones convencionales. En cambio, la obligación de los Estados para con los demás menores es mucho más matizada en la medida en que resultaría (abstracción hecha de la legislación interna) del deber consagrado por el artículo 2, que podría ser descrito como el deber de tomar las medidas adecuadas para evitar que sus territorios se conviertan en lugares de refugio de posibles "secuestradores".

c Letra b

60 El objetivo convencional perseguido en esta letra resulta claro en la redacción que se le ha dado

Comissão especial. Por isso, aqui nos limitaremos a fazer breves declarações sobre o seu texto. A primeira se refere a caracterização dos comportamentos que o cumprimento deste objetivo queria evitar. Em resumo, como já sabemos, se trata de qualquer conduta que altere as relações familiares existentes antes ou depois da resolução judicial, utilizando um menor que, desde modo, se converte em instrumento e principal vítima da situação. Neste contexto, a referência aos menores "retidos de forma ilícita" pretende incluir os casos em que o menor que se encontra em um lugar distinto da sua residência habitual - com o consentimento da pessoa que exercia normalmente a sua guarda - não é devolvido para a pessoa com a qual residia provisoriamente. Se trata de uma situação típica que se produz quando a transferência do menor foi consequência de um exercício abusivo do direito de visita.

58 Em segundo lugar, o texto comentado precisa que as crianças cujo retorno se procura garantir são aqueles que foram transferidos ou retidos "em qualquer Estado contratante". Semelhante precisão tem um duplo sentido. Por um lado, em relação a disposição contida no artigo 4, delimita o âmbito de aplicação *ratione personae* da Convenção aos menores que, tendo a sua residência habitual em um dos Estados contratantes, foram transferidos ou retidos no território de outro Estado contratante.

59 Tais palavras porém têm também um sentido totalmente distinto. De fato, desta forma, o objetivo da Convenção analisado, considerando si mesma ou em relação a disposição do artigo 2, se converte em geral, ou seja, é aplicável a todos os menores que, nas condições descritas, se encontram em um Estado contratante. Não obstante, existirá sempre uma diferença na situação jurídica entre os menores que tinham a sua residência habitual, antes da transferência, em outro Estado contratante e os demais menores. Eis que, a situação dos primeiros deverá ser resolvida mediante aplicação direta das disposições convencionais. Em contrapartida, a obrigação dos Estados para com os demais menores é muito mais matizada na medida em que resultaria (abstração feita pela legislação interna) do dever consagrado pelo artigo 2, que poderia ser descrito como o dever de tomar medidas adequadas para evitar que seus territórios se convertam em lugares de refúgio de possíveis "sequestradores".

c Letra b

60 O objetivo convencional perseguido nesta letra resulta claro na redação que foi dada durante o

durante el Decimocuarto período de sesiones²³. Respecto a su ámbito de aplicación, ahora es evidente que las situaciones consideradas son las mismas que aquellas a las que se aplica el Convenio, es decir las situaciones internacionales que ponen en relación a dos o varios Estados contratantes. La precisión no es inútil, sobre todo si se tiene en cuenta que el texto del anteproyecto permitía otras interpretaciones, especialmente su referencia a situaciones internas.

61 En cuanto a cuál sea el alcance que se ha querido dar al objetivo consagrado en este párrafo, se impone distinguir entre derecho de custodia y derecho de visita. En lo que al derecho de custodia se refiere, se puede afirmar que el Convenio no ha tratado de desarrollarlo de forma autónoma. Así pues, es en la obligación general recogida en el artículo 2, así como en la regulación del retorno del menor - basada, como se verá en el marco del comentario del artículo 3, en el respecto de un derecho de custodia efectivamente ejercido y atribuido por el derecho del Estado de la residencia habitual- donde hay que encontrar la continuación de la disposición al respecto. En cambio, el derecho de visita ha tenido un destino más favorable y las bases sobre las que debe construirse su respeto efectivo aparecen, al menos en grandes líneas, en el contexto del artículo 21.

Artículo 2 - Obligación general de los Estados contratantes

62 En estrecha relación con los objetivos amplios y flexibles del artículo 1*b*, este artículo consagra una obligación general de comportamiento de los Estados contratantes; se trata pues de una obligación que, contrariamente a las obligaciones de resultado, normalmente incluidas en los convenios, no exige realizaciones concretas sino, más simplemente, la adopción de una actitud determinada con vistas a llegar a tales realizaciones. En este caso, la actitud, el comportamiento exigido a los Estados se traduce en adoptar "todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio". El Convenio trata así, al mismo tiempo que salvaguarda el carácter *self-executing* de los restantes artículos, de animar a los Estados contratantes a inspirarse en sus normas para resolver las situaciones similares a aquellas de las que se ocupa, pero que no entran dentro de su ámbito de aplicación *ratione personae* o *ratione temporis*. Por una parte, ello debería llevar a una consideración cuidadosa de las disposiciones convencionales cuando el Estado proyecte la modificación de la legislación interna en materia de derechos de custodia o de visita; por otra parte, la

²³ Cf. Doc. Trab. N° 2 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) y Acta N° 2.

Décimo cuarto período de sessões²³. A respeito do seu âmbito de aplicação, agora é evidente que as situações consideradas são as mesmas daquelas que se aplicam a Convenção, ou seja, as situações internacionais que põem em relação dois ou vários Estados contratantes. A precisão não é inútil, sobretudo se se leva em conta que o texto do anteprojeto permitia outras interpretações, especialmente sobre a referência de situações internas.

61 Sobre qual é o alcance que se queria dar ao objetivo consagrado neste parágrafo, se impõe distinguir entre direito de guarda e direito de visita. Naquilo que o direito de guarda se refere, se pode afirmar que a Convenção não tratou de desenvolvê-lo de forma autónoma. Portanto, é na obrigação geral reconhecida no artigo 2, assim como na regulamentação do retorno do menor - baseada, como se verá no comentário do artigo 3, a respeito de um direito de guarda efetivamente exercido e atribuído pelo direito do Estado da residência habitual - onde se deve encontrar a continuação da disposição a respeito. Em contrapartida, o direito de visita teve um destino mais favorável e as bases sobre as quais se deve construir o seu respeito efetivo aparecem, pelo menos em grandes linhas, no contexto do artigo 21.

Artigo 2 - Obrigação geral dos Estados contratantes

62 Em estreita relação com os objetivos amplos e flexíveis do artigo 1*b*, este artigo consagra uma obrigação geral de comportamento dos Estados contratantes; se trata, portanto, de uma obrigação que, contrariamente as obrigações de resultado, normalmente incluídas nas convenções, não exige realizações concretas, mas, mais simplesmente, a adoção de uma determinada atitude com vistas a alcançar tais realizações. Neste caso, a atitude, o comportamento exigido aos Estados se traduz na adoção de "todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção". A Convenção trata assim, ao mesmo tempo em que salvaguarda o carácter *self-executing* dos restantes artigos, de animar os Estados contratantes a inspirar-se em suas normas para resolver as situações similares aquelas das quais se ocupa, mas que não entram dentro o seu âmbito de aplicação *ratione personae* ou *ratione temporis*. Por um lado, isso deveria levar a uma consideração cuidadosa das disposições convencionais quando o Estado projeta a modificação da legislação interna em matéria de direitos de guarda ou de visita; por outro lado, a

²³ Cf. Doc. Trab. n. 2 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) e ata n. 2

ampliación de los objetivos del Convenio a casos no cubiertos por su normativa debería influir en la acción de los tribunales y traducirse en una disminución del recurso a la excepción de carácter público a la hora de pronunciarse sobre relaciones internacionales que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio.

63 En su última frase, además, el artículo precisa una de las medidas consideradas, subrayando la importancia atribuida por la Conferencia a la utilización de procedimientos rápidos en las causas relativas a los derechos de custodia o de visita. No obstante, la disposición no impone a los Estados la obligación de aprobar nuevos procedimientos en su derecho interno; la concordancia establecida entre el texto francés y el texto inglés pretende precisamente evitar semejante interpretación, que el texto francés original hacía posible. Por tanto, la disposición que comentamos se limita a pedir a los Estados contratantes que, en las cuestiones que se refieran a la materia objeto del Convenio, utilicen los procedimientos más rápidos que existan en su propio ordenamiento jurídico.

Artículo 3 - El carácter ilícito de un traslado o de una retención

a Observaciones generales

64 La totalidad del artículo 3 constituye una disposición clave del Convenio, ya que de su aplicación depende la puesta en marcha de los mecanismos convencionales con vistas al retorno del menor; en efecto, el Convenio sólo impone la obligación de devolver al menor cuando ha habido un traslado o un no retorno considerado como ilícitos por el Convenio. Ahora bien, al señalar los requisitos que debe cumplir una situación para que su alteración unilateral pueda ser calificada de ilícita, este artículo pone indirectamente de manifiesto las relaciones que el Convenio pretende proteger; dichas relaciones están basadas en un doble elemento: *primero*, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor; *segundo*, el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado. Analicemos con más detenimiento el tenor de los requisitos mencionados.

b El elemento jurídico

65 En cuanto al elemento que podríamos denominar jurídico de las situaciones consideradas, las relaciones que el Convenio pretende defender son aquellas que ya están protegidas, al menos por la apariencia de un título válido sobre el derecho de custodia, en el Estado de la residencia habitual del menor; es decir por el derecho del Estado en el que dichas relaciones se desarrollaban antes del traslado.

ampliação dos objetivos da Convenção aos casos não cobertos pela sua normativa deveria influir na ação dos tribunais e traduzir-se em uma diminuição do recurso a exceção de caráter público no momento de se pronunciar sobre relações internacionais que estão fora do âmbito de aplicação da Convenção.

63 Na sua última frase, além disso, o artigo precisa uma das medidas consideradas, sublinhando a importância atribuída pela Conferência na utilização de procedimentos rápidos nos casos relativos aos direitos de guarda ou de visita. Não obstante, a disposição não impõe aos Estados a obrigação de aprovar novos procedimentos no seu direito interno; a concordância estabelecida entre o texto francês e o texto inglês pretende precisamente evitar semelhante interpretação, que o texto francês original tornava possível. Portanto, a disposição que comentamos se limita a pedir aos Estados contratantes que, nas questões referidas a matéria objeto da Convenção, utilizem os procedimentos mais rápidos que existem no seu próprio sistema jurídico.

Artigo 3 - O caráter ilícito de uma transferência ou de uma retenção

a Observações gerais

64 A totalidade do artigo 3 constitui uma disposição chave da Convenção, já que a sua aplicação depende da execução dos mecanismos convencionais com vistas ao retorno do menor; de fato, a Convenção só impõe a obrigação de devolver o menor quando tiver ocorrido uma transferência ou retenção considerada como ilícita pela Convenção. Portanto, ao apontar os requisitos que deve cumprir uma situação para que a sua alteração unilateral possa ser classificada como ilícita, este artigo estabelece indiretamente as relações que a Convenção pretende proteger; tais relações estão baseadas em um duplo elemento: *primeiro*, a existência de um direito de guarda atribuído pelo Estado da residência habitual do menor, *segundo*, o exercício efetivo de tal guarda, antes da transferência. Analisemos com mais detalhes o teor dos requisitos mencionados.

b O elemento jurídico

65 Quanto ao elemento que poderíamos denominar jurídico das situações consideradas, as relações que a Convenção pretende defender são aquelas que já estão protegidas, ao menos na sua aparência de um título válido sobre o direito de guarda, no Estado da residência habitual do menor; ou seja, pelo direito do Estado em que tais relações se desenvolveram antes da transferência. A afirmação anterior exige certos

La afirmación anterior exige ciertas precisiones sobre dos puntos concretos. El primer aspecto que es preciso considerar se refiere al derecho cuya violación determina la existencia de un traslado o no retorno ilícitos, de acuerdo con el Convenio. Se trata, como se acaba de decir, del derecho de custodia: en efecto, aun cuando en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones se plantearon los problemas que pueden derivarse de la violación de un derecho de visita, sobre todo cuando el titular de la custodia traslada al menor al extranjero, la opinión mayoritaria fue que no se puede asimilar dicha situación a los traslados ilícitos que se intentan prevenir²⁴. Este ejemplo, y otros similares en los que la violación del derecho de visita altera notablemente el equilibrio de la situación establecida por una resolución, son ciertamente la prueba de que las resoluciones relativas a la custodia de los menores deberían ser siempre susceptibles de revisión. Pero tal problema escapa al esfuerzo de coordinación emprendido por la Conferencia de la Haya; se habría llegado a resultados discutibles si, a través de la igual protección concedida a los derechos de custodia y de visita, la aplicación del Convenio hubiese conducido, en el fondo, a la sustitución de los titulares de uno por los titulares del otro.

66 La segunda cuestión a analizar se refiere al derecho elegido para apreciar la validez inicial del título invocado. No nos detendremos aquí sobre el concepto de la residencia habitual: se trata en efecto de un concepto familiar a la Conferencia de la Haya, en la que se entiende como un concepto de puro hecho que difiere en particular del concepto de domicilio. Por lo demás, la elección del derecho de residencia habitual como criterio determinante de la legalidad de la situación transgredida por la sustracción, es lógica. En realidad, a los argumentos que han actuado en favor de atribuirle un papel dominante en materia de protección de menores, como en el Convenio de la Haya de 1961, viene a añadirse la propia naturaleza del Convenio, es decir su ámbito limitado. En este sentido, es preciso hacer dos consideraciones: por una parte, el Convenio no trata de resolver definitivamente la custodia de los menores, lo que debilita considerablemente los argumentos favorables a la ley nacional; por otra parte, las normas convencionales descansan en gran medida en la idea subyacente de que existe una especie de competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio relativo a su custodia.

Desde otra perspectiva, hay que llamar también la atención sobre el hecho de que el Convenio habla del "derecho" del Estado de la residencia habitual, alejándose así de la tradición arraigada en los

²⁴ Cf. Doc. Trab. N.º 5 (Propuesta de la delegación canadiense) y Acta N.º 1.

esclarecimientos sobre dois pontos concretos. O primeiro aspecto que é preciso considerar se refere ao direito cuja violação determina a existência de uma transferência ou retenção ilícitas, de acordo com a Convenção. Se trata, como se acaba de dizer, do direito de guarda: de fato, mesmo quando no decorrer do Décimo quarto período de sessões se levantaram os problemas que podem derivar da violação de um direito de visita, sobretudo quando o titular da guarda transfere o menor para o exterior, a opinião majoritária foi que não se pode assimilar tal situação as transferências ilícitas que se tenta prevenir²⁴. Este exemplo, e outros similares nos quais a violação do direito de visita altera notavelmente o equilíbrio da situação estabelecida por uma resolução, são certamente a prova de que as resoluções relativas a guarda dos menores deveriam ser sempre suscetíveis de revisão. Porém tal problema foge do esforço de coordenação empreendido pela Conferência da Haia; se chegaria a resultados discutíveis se, através de igual proteção concedida aos direitos de guarda e de visita, a aplicação da Convenção tivesse conduzido, no seu fundo, a substituição dos titulares de um pelos titulares do outro.

66 A segunda questão a se analisar se refere o direito escolhido para apreciar a validade inicial do título invocado. Não nos deteremos aqui sobre o conceito de residência habitual: se trata de fato de um conceito familiar a Conferência da Haia, no qual se entende como um conceito puro de fato que difere em particular do conceito de domicílio. De resto, a eleição do direito de residência habitual como critério determinante da legalidade da situação transgredida pela subtração, é lógica. Na realidade, aos argumentos que atuaram em favor de atribuir um papel dominante em matéria de proteção dos menores, como na Convenção da Haia de 1961, se somam a própria natureza da Convenção, ou seja, o seu âmbito limitado. Neste sentido, é necessário fazer duas considerações: por um lado, a Convenção não procura resolver definitivamente a guarda dos menores, o que debilita consideravelmente as argumentações favoráveis a lei nacional; por outro lado, as normas convencionais se sustentam em grande parte na ideia subjacente de que existe uma espécie de competência natural dos tribunais na residência habitual do menor em um litígio relativo a guarda.

Em outra perspectiva, se deve chamar também atenção sobre o fato que a Convenção fala de "direito" do Estado de residência habitual, afastando assim a tradição enraizada nas Convenções da Haia sobre a lei aplicável, elaboradas a partir de 1955, que

²⁴ Cf. Doc. Trab. N. 5 (Proposta da delegação canadense) e Ata N. 1

Convenios de la Haya sobre la ley aplicable, elaborados a partir de 1955, que someten la regulación del tema del que tratan a una ley interna determinada. Es cierto que en esos casos el término "ley" debe asimismo entenderse en su sentido más amplio, que cubra tanto las normas escritas y consuetudinarias - sea cual sea su rango- como las precisiones aportadas por su interpretación jurisprudencial. No obstante, el adjetivo "interna" implica la exclusión de cualquier referencia a las normas de conflicto de la ley designada. Así pues, si el Convenio ha abandonado la fórmula tradicional para hablar del "derecho de la residencia habitual", la diferencia no puede ser puramente terminológica. En efecto, como prueban los trabajos preparatorios²⁵, desde el principio, la intención fue ampliar el abanico de las disposiciones que deben ser tenidas en cuenta en este contexto. De hecho, en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones, hubo incluso una propuesta tendente a explicitar en este artículo que la referencia al derecho de la residencia habitual se extendía a sus normas de derecho internacional privado; si la propuesta fue rechazada, se debió a que la Conferencia estaba convencida de que semejante inclusión era superflua y resultaba implícita dado que el texto no excluye ni directa ni indirectamente las normas en cuestión²⁶.

67 Las consideraciones anteriores nos muestran que la invocación del derecho de la residencia habitual del menor es todo lo amplia que puede ser. Del mismo modo, las fuentes de las que puede proceder el derecho de custodia que se pretende proteger son todas aquellas que puedan fundamentar una reclamación en el marco del sistema jurídico en cuestión. Al respecto, el apartado 2 del artículo 3 considera algunas de esas fuentes – las más importantes sin duda- pero subrayando el carácter no exhaustivo de la enumeración; en efecto, dicho apartado establece que "el derecho de custodia mencionado en a) puede resultar ..", haciendo así hincapié en la posible existencia de otros títulos no recogidos en el texto. Ahora bien, como se verá en los párrafos siguientes, las fuentes elegidas cubren un amplio abanico jurídico; por tanto, la precisión de su carácter parcial debe ser entendida sobre todo como tendente a favorecer una interpretación flexible de los conceptos utilizados, que les permita abarcar el máximo posible de hipótesis.

68 La primera de las fuentes a las que hace alusión el artículo 3 es la ley, cuando dice que la custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho. Esto nos lleva a insistir en uno de los rasgos característicos del Convenio, en concreto su aplicabilidad a la protección de los derechos de

²⁵ Cf. el Informe de la Comisión especial, N° 62, *supra*, p. 90.

²⁶ Cf. Doc. Trab. N° 2 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) y Acta N° 2.

submetem a regularização do tema tratado a uma determinada lei interna. É certo que nestes casos o termo "lei" deve assim mesmo ser entendido no seu sentido mais amplo, que cubra tanto as normas escritas e consuetudinárias - seja qual for o seu nível - como as precisões aplicadas pela sua interpretação jurisprudencial. Não obstante, o adjetivo "interna" implica a exclusão de qualquer referência as normas de conflito da lei designada. Deste modo, se a Convenção abandonou a fórmula tradicional para falar do "direito da residência habitual", a diferença não pode ser puramente terminológica. De fato, como provam os trabalhos preparatórios²⁵, desde o princípio, a intenção foi ampliar o leque das disposições que devem ser levadas em conta neste contexto. De fato, no decorrer do Décimo quarto período de sessões, foi incluído uma proposta tendente a explicar neste artigo que a referência ao direito de residência habitual se estendia as suas normas de direito internacional privado; se a proposta foi rejeitada, foi devido a Conferência estar convencida de que semelhante inclusão era supérflua e resultava implícita dado que o texto não excluía nem direta ou indiretamente as normas em questão²⁶.

67 As considerações anteriores nos mostram que a invocação do direito da residência habitual do menor é a mais ampla possível. Do mesmo modo, as fontes a partir das quais podem proceder o direito de guarda que se pretende proteger são todas aquelas que podem fundamentar uma reclamação no quadro do sistema jurídico em questão. A este respeito, o parágrafo 2 do artigo 3 considera algumas dessas fontes - as mais importantes sem dúvida - mas sublinhando o caráter não exaustivo da enumeração; de fato, este parágrafo estabelece que "o direito de guarda mencionado na a) pode resultar...", dando assim ênfase a possível existência de outros títulos não reconhecidos no texto. Contudo, como se verá nos parágrafos seguintes, as fontes escolhidas cobrem uma ampla gama jurídica; portanto, a precisão do seu caráter parcial deve ser entendida sobretudo como tendente a favorecer uma interpretação flexível dos conceitos utilizados, que as permita abranger o número máximo possível de hipóteses.

68 A primeira das fontes a qual faz alusão o artigo 3 é a lei, quando diz que a guarda pode resultar de uma atribuição de pleno direito. Isto nos leva a insistir em um dos aspectos característicos da Convenção, em concreto a sua aplicabilidade a proteção dos direitos de guarda exercidos antes de qualquer resolução da

²⁵ Cf. o Relatório da Comissão especial n. 62, *supra*, p.90

²⁶ Cf. Doc. Tra. n. 2 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) e Ata n.2

custodia ejercidos antes de cualquier resolución en la materia. El punto es importante dado que no se puede ignorar que, desde el punto de vista estadístico, los casos en los que el menor es trasladado antes de que se haya dictado una resolución respecto a su custodia son bastante frecuentes. Por lo demás, en tales situaciones, las posibilidades existentes al margen del Convenio de que el padre desposeído pueda recuperar al menor son casi nulas, salvo que recurra a su vez a vías de hecho siempre perjudiciales para el menor. A este respecto, al incluir estos casos en su ámbito de aplicación, el Convenio ha progresado de forma significativa en la solución de problemas reales que anteriormente escapaban en gran medida a los mecanismos tradicionales del derecho internacional privado.

En cuanto a saber cuál es, según el Convenio, el sistema jurídico que puede atribuir el derecho de custodia que se desea proteger, es preciso volver a las consideraciones desarrolladas en el párrafo anterior. Así pues, la custodia *ex lege* podrá basarse o en la ley interna del Estado de la residencia habitual del menor o en la ley designada por las normas de conflicto de dicho Estado. La aplicación de la primera opción es totalmente clara; en cuanto a la segunda, implicaría por ejemplo que el traslado, por su padre francés, de un hijo natural que tuviese su residencia habitual en España donde vivía con su madre, siendo ambos de nacionalidad francesa, también debería ser considerado como ilícito de acuerdo con el Convenio, mediante aplicación de la ley francesa designada como competente por la norma de conflicto española en materia de custodia y al margen de que la aplicación de la ley interna española hubiese probablemente desembocado en otra solución.

69 La segunda fuente de derecho de custodia, prevista en el artículo 3, es la existencia de una resolución judicial o administrativa. Dado que el Convenio no añade ninguna precisión, hay que entender, por una parte, que el término "resolución" se utiliza en su sentido más amplio, de forma que cubre cualquier resolución o elemento de resolución (judicial o administrativa) en relación con la custodia de un menor y, por otra parte, que las resoluciones en cuestión pueden haber sido dictadas tanto por los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor como por los de un tercer Estado²⁷. Es más, en esta última hipótesis, es decir cuando el derecho de custodia se ejercía en el Estado de la residencia habitual del menor sobre la base de una resolución extranjera, el Convenio no exige que haya sido formalmente reconocida. En consecuencia, a los efectos considerados, debe bastar con que la

²⁷ Esta interpretación se basa en los trabajos que han conducido a la adopción de un texto similar al actual, en el seno de la Comisión especial. Ver Informe de la Comisión especial, N^o 64, *supra*, p. 191-192.

matéria. O ponto é importante dado que não se pode ignorar que, a partir do ponto de vista estatístico, os casos nos quais o menor é transferido antes que se tenha determinado uma resolução sobre a sua guarda são bastante frequentes. Além disso, em tais situações, as possibilidades existentes a margem da Convenção de que o pai despossuído possa recuperar o menor são quase nulas, salvo que recorra a sua vez as vias de fato sempre prejudiciais ao menor. A este respeito, ao incluir estes casos em seu âmbito de aplicação, a Convenção progrediu de forma significativa na solução de problemas reais que anteriormente fugiam em grande parte aos mecanismos tradicionais do direito internacional privado.

Sobre o saber qual é, segundo a Convenção, o sistema jurídico que pode atribuir o direito de guarda que se deseja proteger, é preciso retornar as considerações desenvolvidas no parágrafo anterior. Assim, a guarda *ex lege* poderá se basear na lei interna do Estado da residência habitual do menor ou na lei designada pelas normas de conflito deste Estado. A aplicação da primeira opção é totalmente clara; em relação a segunda, implicaria por exemplo que a transferência, pelo seu pai francês, de um filho natural que tivesse sua residência habitual na Espanha onde vivia com sua mãe, sendo ambos de nacionalidade francesa, também deveria ser considerada como ilícita de acordo com a Convenção, mediante a aplicação da lei francesa designada como componente pela norma de conflito espanhola em matéria de guarda e a margem de que a aplicação da lei interna espanhola tivesse provavelmente desembocado em outra solução.

69 A segunda fonte do direito de guarda, prevista no artigo 3, é a existência de uma resolução judicial ou administrativa. Dado que a Convenção não incorpora nenhuma precisão, se deve entender, por um lado, que o termo "resolução" se utiliza no seu sentido mais amplo, de forma que cubra qualquer resolução ou elemento de resolução (judicial ou administrativa) em relação a guarda de um menor e, por outro lado, que as resoluções em questão possam ter sido ditadas tanto pelos tribunais do Estado da residência habitual do menor quanto por um terceiro Estado²⁷. Também, nesta última hipótese, ou seja, quando o direito de guarda era exercido no Estado da residência habitual do menor sobre a base de uma resolução estrangeira, a Convenção não exige que tenha sido formalmente reconhecida. Em consequência, aos efeitos considerados, deve bastar que a resolução seja

²⁷ Esta interpretação se baseia nos trabalhos que conduziram a adoção de um texto similar ao atual, no seio da Comissão especial. Ver Relatório da Comissão especial, n. 64, *supra*, p. 191-192.

resolución sea considerada como tal por el derecho del Estado de la residencia habitual, es decir que presente, en principio, las características *mínimas* para poner en marcha un procedimiento con vistas a su homologación o reconocimiento²⁸; esta interpretación amplia se ve confirmada, por otra parte, por la redacción del artículo 14 del Convenio.

70 Por último, de acuerdo con el artículo 3, el derecho de custodia puede resultar "de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado". En principio, los acuerdos previstos pueden ser simples transacciones privadas entre las partes respecto a la custodia de los menores. El requisito de que esté "vigente" según el Derecho del Estado de la residencia habitual fue introducido en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones en sustitución de la exigencia de tener "fuerza de ley" que figuraba en el anteproyecto. La modificación obedece no sólo a un deseo de clarificación sino también de flexibilización en la medida de lo posible de los requisitos exigidos para la aceptación de un acuerdo como fuente de la custodia protegida por el Convenio. En cuanto al tema concreto de saber lo que es un acuerdo "vigente" según un derecho determinado, somos de la opinión de que se debe incluir bajo esta denominación cualquier acuerdo que no esté prohibido por dicho derecho y que pueda servir de base a una pretensión jurídica ante las autoridades competentes. Ahora bien, volviendo al sentido amplio que se da a la noción de "derecho del Estado de la residencia habitual del menor" en el artículo 3, el derecho en cuestión puede ser tanto la ley interna de dicho Estado como la ley designada por sus normas de conflicto: la elección entre ambas alternativas corresponde a las autoridades del Estado de que se trate, si bien el espíritu del Convenio parece inclinarse por la que, en cada caso, legitime la custodia efectivamente ejercida. Por otra parte, el Convenio no precisa en absoluto los requisitos de fondo o de forma que deben cumplir tales acuerdos, por lo que éstos variarán según el tenor del derecho implicado.

71 Aunque aplacemos el estudio de la persona que puede ser titular de un derecho de custodia al comentario del artículo 4, consagrado al ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio, conviene hacer hincapié aquí en el hecho de que el Convenio pretende proteger todas las modalidades del ejercicio de la custodia de menores. En efecto, de conformidad con el artículo 3, el derecho de custodia puede haber sido atribuido, sola o de forma conjunta, a la persona que solicita que se respete su ejercicio. No podía ser de otra forma en una época en la que las legislaciones internas introducen

²⁸ En relación con el interés de que el Convenio incluyera tal supuesto, ver el Doc. trab. N° 58. "Document de clarification présenté par la délégation italienne".

considerada como tal pelo direito do Estado da residência habitual, ou seja, que possua, em princípio, as características *mínimas* para pôr em andamento um procedimento com vistas a sua homologação ou reconhecimento²⁸; esta interpretação ampla se vê confirmada, por outro lado, na redação do artigo 14 da Convenção.

70 Por último, de acordo com o artigo 3, o direito de guarda pode resultar "de um acordo vigente segundo o Direito desse Estado". Em princípio, os acordos previstos podem ser simples transações privadas entre as partes em relação a guarda dos menores. O requisito de que seja "vigente" segundo o Direito do Estado da residência habitual foi introduzido no decorrer do Décimo quarto período de sessões em substituição da exigência de manter a "força de lei" que figurava no anteprojeto. A modificação obedece não somente a um desejo de clarificação, mas também de flexibilização na medida do possível dos requisitos exigidos para a aceitação de um acordo como fonte da guarda protegida pela Convenção. Em relação ao tema concreto de saber o que é um acordo "vigente" segundo um determinado direito, somos da opinião de que se deve incluir sob esta denominação qualquer acordo que não está proibido por esse direito e que possa servir como base a uma pretensão jurídica perante as autoridades competentes. Ora, voltando ao sentido amplo que se dá a noção de "direito do Estado da residência habitual do menor" no artigo 3, o direito em questão pode ser tanto a lei interna deste Estado quanto a lei designada pelas suas normas de conflito: a eleição entre ambas alternativas corresponde as autoridades do Estado que as trate, mesmo que o espírito da Convenção pareça se inclinar por aquele que, em cada caso, legitime a guarda efetivamente exercida. Por outro lado, a Convenção não precisa de forma absoluta os requisitos do fundo ou de que forma devem cumprir tais acordos, já que estes variam segundo o teor do direito implicado.

71 Mesmo adiando o estudo da pessoa que pode ser titular de um direito de guarda ao comentário do artigo 4, consagrado no âmbito de aplicação *ratione personae* da Convenção, convém ressaltar aqui o fato de que a Convenção pretende proteger todas as modalidades de exercício da guarda dos menores. De fato, em conformidade com o artigo 3, o direito de guarda pode ter sido atribuído, somente ou de forma conjunta, a pessoa que solicita que se respeite o seu exercício. Não podia ser de outra forma em uma época em que as legislações internas introduzem progressivamente a modalidade de guarda

²⁸ Em relação ao interesse de que a Convenção incluisse tal suposição, ver o Doc. Tab. n. 58. "Document de clarification présenté par la délégation italienne".

progresivamente la modalidad de custodia conjunta, considerada como la más adaptada al principio general de la no discriminación en razón del sexo. Por lo demás, la custodia conjunta no siempre es una custodia *ex lege* en la medida en que los tribunales son cada vez más favorables, si las circunstancias lo permiten, a dividir entre los dos padres las responsabilidades inherentes al derecho de custodia. Ahora bien, en la óptica adoptada por el Convenio, el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, es asimismo ilícito: en este caso concreto, la ilicitud no procedería de una acción contraria a la ley sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos del otro progenitor, también protegido por la ley, e interrumpido su ejercicio normal. La verdadera naturaleza del Convenio aparece más claramente en estas situaciones: el Convenio no pretende determinar a quién corresponderá en el futuro la custodia del menor, ni si será necesario modificar una resolución de custodia conjunta dictada sobre la base de datos que han sido alterados posteriormente; más simplemente trata de evitar que la resolución posterior se vea influenciada por un cambio de las circunstancias introducido unilateralmente por una de las partes.

c El elemento de hecho

72 El segundo elemento que caracteriza las relaciones protegidas por el Convenio es que el derecho de custodia, presuntamente violado por el traslado, sea ejercido de forma efectiva por su titular. En efecto, puesto que se ha elegido un enfoque del tema que se aleja del puro y simple reconocimiento internacional de los derechos de custodia atribuidos a los padres, el Convenio ha hecho hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc. que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva situación. Este enfoque se refleja en la limitación del ámbito de aplicación del Convenio a los derechos de custodia efectivamente ejercidos. Además, esta concepción está justificada en el marco de las relaciones internacionales por un argumento adicional conectado con el hecho de que, en este contexto, es relativamente frecuente que existan resoluciones contradictorias poco aptas para servir de base a la protección de la estabilidad de la vida de un menor.

73 En realidad, esta concepción ha sido escasamente cuestionada. No obstante, se

compartilhada, considerada como a mais adapta ao princípio geral da não discriminação em razão do sexo. Além disso, a guarda compartilhada não sempre é uma guarda *ex lege* na medida em que os tribunais são cada vez mais favoráveis, se as circunstâncias o permitem, a dividir entre os pais as responsabilidades inerentes ao direito de guarda. Assim, na óptica adotada pela Convenção, a transferência de um menor por um dos seus titulares da guarda compartilhada, sem o consentimento do outro titular, é assim mesmo ilícito: neste caso concreto, a ilicitude não procedería de uma ação contrária a lei, mas do fato de que semelhante ação teria ignorado os direitos do outro progenitor, também protegido pela lei, e interrompido do seu exercício normal. A verdadeira natureza da Convenção aparece mais claramente nestas situações: a Convenção não permite determinar a quem corresponderá no futuro a guarda do menor, nem se será necessário modificar uma resolução de guarda conjunta ditada sobre a base de dados que foram alterados posteriormente; mas simplesmente trata de evitar que a resolução posterior se veja influenciada pela mudança das circunstâncias introduzidas unilateralmente por uma das partes.

c O elemento de direito

72 O segundo elemento que caracteriza as relações protegidas pela Convenção é que o direito de guarda, presumivelmente violado pela transferência, seja exercido de forma efetiva pelo seu titular. De fato, posto que se escolheu um enfoque do tema que se afasta do puro e simples reconhecimento internacional dos direitos de guarda atribuídos aos pais, a Convenção deu importância a proteção do direito dos menores em relação ao seu equilíbrio vital, ou seja, o direito dos menores de não ver alteradas as condições afetivas, sociais, etc, que rodeiam a sua vida, a não ser que existam argumentos jurídicos que garantam a estabilidade da nova situação. Este enfoque se reflete na limitação do âmbito de aplicação da Convenção aos direitos de guarda efetivamente exercidos. Além disso, esta concepção está justificada no âmbito das relações internacionais por um argumento adicional conectado com o fato que, neste contexto, é relativamente frequente que existam resoluções contraditórias pouco aptas para servir de base à proteção da estabilidade da vida de um menor.

73 Na realidade, esta concepção tem sido escassamente questionada. Não obstante, se

presentaron varias propuestas²⁹ con vistas a suprimir del artículo 3 cualquier referencia al ejercicio efectivo de la custodia debido a que, de esa forma, se imponía al demandante la carga de la prueba sobre un punto que, a veces, será difícil de establecer. La situación parecía aun más complicada si se tenía en cuenta que el artículo 13, dedicado a las excepciones posibles a la obligación de devolver al niño, exige, esta vez del "secuestrador", la prueba de que la persona desposeída no ejercía efectivamente la custodia que ahora reclama. Ahora bien, es precisamente la comparación de ambas disposiciones la que permite poner claramente de manifiesto la verdadera naturaleza del requisito previsto en el artículo 3. En efecto, este requisito, al delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, sólo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor; en general, esta circunstancia debe resultar bastante fácil de probar. Por lo demás, el carácter no formal de esta exigencia resulta del artículo 8 cuando, entre los datos que deben constar en la demanda presentada ante las Autoridades centrales, se indica simplemente en el apartado *c* "los motivos sobre los que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor". En cambio, el artículo 13 del Convenio (12 del anteproyecto) nos coloca ante una verdadera carga de la prueba a cargo del "secuestrador": en efecto, es él quien debe probar, para evitar el retorno del menor, que el titular del derecho de custodia no lo ejercía efectivamente. Así pues, cabe llegar a la conclusión de que el conjunto del Convenio está basado en la presunción no explícita de que la persona que está al cuidado del menor ejerce efectivamente su custodia; dicha idea deberá ser destruida, en virtud de la inversión de la carga de la prueba que es propia de toda presunción, por el "secuestrador", si quiere evitar que el menor sea devuelto.

74 No obstante, el Convenio incluye expresamente en su ámbito de aplicación la situación que se plantea cuando la custodia no ha podido hacerse efectiva debido precisamente al traslado del menor; en este sentido se manifiesta el último inciso de la letra *b* del artículo 3. En teoría, la idea subyacente concuerda perfectamente con el espíritu del Convenio; en consecuencia, sólo desde un punto de vista práctico, cabría preguntarse si tal adición era necesaria³⁰. Desde esta perspectiva, los supuestos que tal precisión trata de cubrir se refieren a dos situaciones posibles, de las que una entraría claramente dentro del ámbito de aplicación del Convenio mientras que la otra, a falta de la norma en

²⁹ Véanse Doc. de trabajo n.º 1 (Proposal of the United States delegation) y n.º 10 (Proposal of the Finnish delegation), así como el Acta n.º 3.

³⁰ Cf. Doc. trab. N.º 2 (Proposal of the United Kingdom delegation) y los debates sobre este punto en las Actas Nos. 3 y 13.

apresentaram várias propostas²⁹ com vistas a suprimir do artigo 3 qualquer referência ao exercício efetivo da guarda devido que, dessa forma, se imporia ao demandante o ônus da prova sobre um ponto que, as vezes, será difícil de estabelecer. A situação parecia mesmo mais complicada se se levasse em conta que o artigo 13, dedicado as exceções possíveis a obrigação de devolver a criança, exige, desta vez do "sequestrador", a prova de que a pessoa despossuída não exercia efetivamente a guarda que agora reclama. No entanto, é precisamente a comparação de ambas disposições que permite expor claramente a verdadeira natureza do requisito previsto no artigo 3. De fato, este requisito, ao delimitar o âmbito de aplicação da Convenção, exige somente do demandante uma primeira evidência de que exercia realmente os cuidados sobre a pessoa do menor; em geral, esta circunstância deve resultar bastante fácil de provar. Além do mais, o caráter não formal desta exigência resulta do artigo 8 quando, entre os dados que devem constar na demanda apresentada perante as Autoridades centrais, se indica simplesmente no parágrafo *c* "os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retorno da criança". Em contrapartida, o artigo 13 da Convenção (12 do anteprojeto) nos coloca de frente a uma verdadeira carga da prova a cargo do "sequestrador": de fato, é ele quem deve provar, para evitar o retorno do menor, que o titular do direito de guarda não a exercia efetivamente. Deste modo, cabe chegar a conclusão de que o conjunto da Convenção está baseado na persecução não explicitada de que a pessoa que está cuidando do menor exerce efetivamente a guarda; esta ideia deverá ser destruída, em virtude da inversão do ônus da prova que é própria da presunção, do "sequestrador", se quer evitar que o menor seja devolvido.

74 Não obstante, a Convenção inclui expressamente no seu âmbito de aplicação a situação que se apresenta quando a guarda não pôde ser efetiva devido precisamente a transferência do menor; neste sentido se manifesta o último inciso da letra *b* do artigo 3. Em teoria, a ideia subjacente concorda perfeitamente com o espírito da Convenção; de consequência, somente em um ponto de vista prático, caberia se perguntar se a ação era necessária³⁰. Nesta perspectiva, os pressupostos que tal precisão trata de cobrir se referem duas situações possíveis, das quais uma entraria claramente dentro do âmbito de aplicação da Convenção enquanto a outra, a falta da norma em questão, exigiria

²⁹ Ver Doc. de trabalho n. 1 (Proposal of The United States delegation) e n. 10 (Proposal of the Finnish delegation), assim como a ata n. 3

³⁰ Cf. Doc. Trab. n. 2 (Proposal of the United Kingdom delegation) e os debates sobre este ponto nas atas n. 3 e 13.

cuestión, exigiría probablemente una interpretación excesivamente forzada de las disposiciones convencionales. Se trata, por una parte, de los casos planteados cuando una primera resolución respecto a la custodia no puede hacerse efectiva por el traslado del menor; ahora bien, en la medida en que dicha resolución siga, dentro de un plazo razonable, a la ruptura de la vida familiar común, se puede considerar que el titular de la custodia, la había ejercido previamente y, por consiguiente, la situación descrita cumpliría todos los requisitos que delimitan el ámbito de aplicación del Convenio. Por el contrario, en el caso de una resolución relativa a la custodia dictada por los tribunales de la residencia habitual del menor que modifique una resolución anterior, cuya aplicación haya resultado imposible debido a la acción del secuestrador, puede suceder que el nuevo titular de la custodia no la haya ejercido en un plazo dilatado: las dificultades que se plantearían en semejantes situaciones, y tal vez en otras no recogidas en estas líneas, para invocar el Convenio, son obvias. En conclusión, aun cuando cabe esperar que el recurso a esta disposición no sea frecuente, hay que reconocer que su inclusión en el Convenio puede resultar útil.

Artículo 4 - Ambito de aplicación *ratione personae*

75 Este artículo sólo delimita el ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio respecto de los menores protegidos. No obstante, por razones sistemáticas, abordaremos también en su contexto los otros aspectos del problema, es decir los posibles titulares de los derechos de custodia y de visita y las personas que podrían ser consideradas como "secuestradores", según el Convenio.

a Los menores protegidos

76 El Convenio se aplica a los menores de dieciséis años que tuvieran "su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita". En relación con la exigencia de la residencia habitual, se impone volver a las consideraciones que se hacían respecto a la naturaleza del Convenio, que nos llevaban a la conclusión de que un convenio de cooperación entre autoridades sólo alcanza plena eficacia si las relaciones consideradas se producen entre Estados contratantes.

77 La edad límite para la aplicación del Convenio suscita dos cuestiones importantes. La primera, la cuestión de la edad *stricto sensu* apenas fue debatida. El Convenio establece la edad de dieciséis años, consagrando así una noción de menor más restrictiva que la admitida en otros Convenios de la

provavelmente uma interpretação excessivamente forçada das disposições convencionais. Se trata, por um lado, dos casos ocorridos quando uma primeira resolução sobre a guarda não pôde ser efetiva devido a transferência do menor; contudo, na medida em que esta resolução siga, dentro de um prazo razoável, a ruptura da vida familiar comum, se pode considerar que o titular da guarda, a teria exercido previamente e, por consequência, a situação descrita cumpriria todos os requisitos que delimitam o âmbito de aplicação da Convenção. Pelo contrário, no caso de uma resolução relativa a guarda ditada pelos tribunais da residência habitual do menor que modifique uma resolução anterior, cuja aplicação seja resultada impossível devido a ação do sequestrador, pode acontecer que o novo titular da guarda não a tenha exercido em um prazo dilatado: as dificuldades que surgiriam em semelhantes situações, e talvez em outras não reconhecidas nestas linhas, para invocar a Convenção, são óbvias. Em conclusão, mesmo quando se deve esperar que o recurso a esta disposição não seja frequente, se deve reconhecer que a sua inclusão na Convenção pode resultar útil.

Artigo 4 - Âmbito de aplicação *ratione personae*

75 Este artigo só delimita o âmbito de aplicação *ratione personae* da Convenção em relação aos menores protegidos. Não obstante, por razões sistemáticas, abordaremos também no seu contexto os outros aspectos do problema, ou seja, os possíveis titulares do direito de guarda e de visita e as pessoas que poderiam ser consideradas como "sequestradores", segundo a Convenção.

a Os menores protegidos

76 A Convenção se aplica aos menores de 16 anos que tiveram a "residência habitual num Estado contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita". Em relação a exigência da residência habitual, se impõe voltar as considerações que foram feitas sobre a natureza da Convenção, que nos levaram a conclusão de que uma convenção de cooperação entre autoridades só alcança plena eficácia se as relações consideradas se produzem entre Estados contratantes.

77 A idade limite para a aplicação da Convenção suscita duas questões importantes. A primeira, a questão da idade *stricto sensu* foi somente debatida. A Convenção estabelece a idade de 16 anos, consagrando assim uma noção de menor mais restritiva que aquela admitida em outras

Haya³¹. El motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa.

En cuanto a la determinación del momento en el que tal edad impide la aplicación del Convenio, éste consagra la más restrictiva, entre las distintas opciones posibles; en consecuencia, no se podrá llevar a cabo o aprobar ninguna acción o resolución respecto a un menor tras su decimosexto cumpleaños.

78 El segundo problema se refiere a la situación de los menores de dieciséis años que tienen derecho a fijar su lugar de residencia. Dado que este derecho forma parte por lo general del derecho de custodia, se presentó una propuesta en el sentido de no aplicar el Convenio en tales³². No obstante, la propuesta fue rechazada utilizando distintos argumentos, entre los que cabe citar: 1) la dificultad de elegir el sistema jurídico que debería consagrar la existencia de tal posibilidad, puesto que existen al menos tres posibilidades que son, respectivamente, la ley nacional, la ley de la residencia habitual antes del traslado y la ley del Estado de refugio; 2) la excesiva limitación que esta propuesta supondría para el ámbito de aplicación del Convenio, especialmente en relación con el derecho de visita; 3) el hecho de que la facultad de decidir el lugar de residencia de un menor sólo es un elemento posible del derecho de custodia que no agota su contenido.

Por otra parte, la decisión tomada al respecto no puede ser aislada de la disposición del artículo 13, apartado 21, que brinda a las autoridades competentes la posibilidad de tener en cuenta la opinión del menor sobre su retorno en cuanto éste alcanza una edad y una madurez suficientes; en efecto, esta norma permite a las autoridades judiciales o administrativas considerar que la opinión del menor es siempre determinante, cuando se trate del retorno de un menor que tenga capacidad de decidir respecto a su lugar de residencia. Se puede llegar así a la aplicación automática de una disposición facultativa del Convenio, pero esta consecuencia parece preferible a la reducción global de su ámbito de aplicación.

³¹ Por ejemplo: *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de los menores, de 24 de octubre de 1956* (artículo primero); *Convenio relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto de los menores, de 15 de abril de 1958* (artículo primero); *Convenio sobre competencias de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961* (artículo 12); *Convenio relativo a la competencia de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones en materia de adopción, de 15 de noviembre de 1965* (artículo primero).

³² Cf. Doc. Trab. N.4 (Propuesta de la delegación belga) y Acta N° 4.

Convenções da Haia³¹. O motivo resulta dos próprios objetivos convencionais; de fato, uma pessoa de mais de 16 anos tem geralmente uma vontade própria que resultará difícil de se ignorar, seja por um ou outro lado dos seus genitores, seja por uma autoridade judicial ou administrativa.

Em mérito a determinação do momento em que tal idade impede a aplicação da Convenção, este consagra a mais restritiva, entre as distintas possíveis opções; em consequência, não se poderá realizar ou aprovar nenhuma ação ou resolução em relação a um menor após o seu 16º aniversário.

78 O segundo problema se refere a situação dos menores de 16 anos que tem direito de fixar o lugar de residência. Dado que este direito faz parte em geral do direito de guarda, se apresentou uma proposta neste sentido de não aplicar a Convenção a eles³². Não obstante, a proposta foi rejeitada utilizando distintos argumentos, entre os quais cabe citar: 1) a dificuldade de eleger um sistema jurídico que deveria consagrar a existência de tal possibilidade, já que existem ao menos três possibilidades que são, respectivamente, a lei nacional, a lei da residência habitual antes da transferência e a lei do Estado de refúgio; 2) a excessiva limitação que esta proposta implicaria para o âmbito de aplicação da Convenção, especialmente em relação ao direito de visita; 3) o fato de que a faculdade de decidir o lugar de residência de um menor é só um elemento possível do direito de guarda que não esgota o seu conteúdo. Por outro lado, a decisão tomada a respeito não pode ser assimilada a disposição do artigo 13, 2º parágrafo, que confere as autoridades competentes a possibilidade de levar em conta a opinião do menor sobre o seu retorno quando este alcança uma idade e uma maturidade suficientes; de fato, esta norma permite as autoridades judiciais ou administrativas considerar que a opinião do menor é sempre determinante, quando se trata do retorno de um menor que tenha a capacidade de decidir em relação ao seu lugar de residência. Se pode chegar assim a aplicação automática de uma disposição facultativa da Convenção, porém esta consequência parece preferível a redução global do seu âmbito de aplicação.

³¹ Por exemplo: *Convenção sobre a lei aplicável e as obrigações alimentícias em relação aos menores, de 24 de outubro de 1956* (artigo primeiro); *Convenção relativa ao reconhecimento e execução das decisões em matéria de obrigações alimentícias relativas aos menores, de 15 de abril de 1958* (artigo primeiro); *Convenção sobre competências das autoridades e da lei aplicável em matéria de proteção de menores, de 5 de outubro de 1961* (artigo 12); *Convenção relativa a competência das autoridades, da lei aplicável e o reconhecimento das decisões em matéria de adoção, de 15 de novembro de 1965* (artigo primeiro).

³² Cf. Doc. Trab. n.4 (Proposta da delegação belga) e Ata n. 4

b Los titulares de los derechos de custodia y de visita

79 Los problemas que al respecto plantean uno y otro derecho son sensiblemente distintos. En primer lugar, en relación con el derecho de visita, es evidente que, por la propia naturaleza de las cosas, sus titulares siempre serán personas físicas cuya determinación dependerá de la ley aplicable a la organización de este derecho. En principio, estas personas formarán parte del círculo familiar del menor y se tratará normalmente del padre o de la madre.

80 En cambio, también las personas jurídicas pueden ser titulares de un derecho de custodia de acuerdo con el Convenio. A tal respecto, el artículo 3 prevé la posibilidad de la atribución del derecho de custodia "a una institución o cualquier otro organismo", utilizando conscientemente una expresión imprecisa y amplia. En efecto, en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones, la inclusión en el ámbito del convenio de los supuestos en los que la persona del menor es confiada a una institución se aceptó sin debate. Ahora bien, dado que hay organismos distintos de las instituciones que tienen menores a su cargo, se ha ampliado la expresión utilizada para dar cabida tanto a los organismos que tienen personalidad jurídica como a aquellos que están vinculados a la organización estatal y que carecen de personalidad jurídica independiente.

c Los posibles "secuestradores"

81 El Convenio no contiene ninguna disposición expresa con esta finalidad. No obstante, de su conjunto se extraen dos consideraciones que clarifican este aspecto del ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio. La primera se refiere a las personas físicas que pueden ser responsables del traslado o del no retorno de un menor. Sobre tal cuestión, el Convenio mantiene el punto de vista adoptado por la Comisión especial de no atribuir dichas acciones exclusivamente a los progenitores³³. Y es que, siendo el concepto de familia más o menos amplio según las distintas concepciones culturales, es preferible atenerse a una visión amplia que permita, por ejemplo, calificar de sustracción de un menor, de acuerdo con el Convenio, los traslados realizados por un abuelo o un padre adoptivo.

82 La segunda observación se refiere a la posibilidad de que una "institución o cualquier otro organismo" actúe como "secuestrador". Al respecto, es difícilmente imaginable que un organismo

³³ Un enfoque más restrictivo se podía encontrar inicialmente en Informe Dyer, citado *supra*, titulado *Informe sobre el secuestro internacional de un menor por uno de sus progenitores*.

b Os titulares dos direitos de guarda e de visita

79 Os problemas que levantam a respeito um e outro direito são sensivelmente distintos. Em primeiro lugar, em relação ao direito de visita, é evidente que, pela própria natureza das coisas, os seus titulares sempre serão pessoas físicas cuja determinação dependerá da lei aplicável e a organização desde direito. Em princípio, estas pessoas farão parte do círculo familiar do menor e se tratará normalmente do pai ou da mãe.

80 Em contrapartida, também as pessoas jurídicas podem ser titulares de um direito de guarda de acordo com a Convenção. A este respeito, o artigo 3 prevê a possibilidade da atribuição do direito de guarda "a uma instituição ou qualquer outro organismo", utilizando conscientemente uma expressão imprecisa e ampla. De fato, no decorrer do Décimo quarto período de sessões, a inclusão do âmbito da convenção da suposição de que a pessoa do menor é confiada a uma instituição se aceitou sem debate. Contudo, já que existem organismos distintos de instituições que mantêm menores a próprio cargo, se ampliou a expressão utilizada para dar cabimento aos organismos que tem a possibilidade jurídica como aqueles que estão vinculados a organização estatal e que carecem de personalidade jurídica independente.

c Os possíveis "sequestradores"

81 A Convenção não contém nenhuma disposição expressa com esta finalidade. Não obstante, do seu conjunto se extraem duas considerações que clareiam este aspecto no âmbito de aplicação *ratione personae* da Convenção. A primeira se refere as pessoas físicas que podem ser responsáveis pela transferência ou retenção do menor. Sobre tal questão, a Convenção manteve o ponto de vista adotado pela Comissão especial de não atribuir estas ações exclusivamente aos progenitores³³. Eis que sendo o conceito de família mais ou menos amplo segundo as distintas concepções culturais, é preferível ater-se a uma visão ampla que permita, por exemplo, qualificar a subtração de um menor, de acordo com a Convenção, as transferências realizadas por um avô ou um pai adotivo.

82 A segunda observação se refere a possibilidade de que uma "instituição ou qualquer outro organismo" atue como "sequestrador". A este respeito, é difícilmente imaginável que um

³³ Um enfoque mais restrictivo se podia encontrar no Relatório de Dyer, citado *supra*, titulado *Relatório sobre o sequestro internacional de um menor por um dos seus genitores*.

cualquiera pueda trasladar, mediante la fuerza o la astucia, a un menor desde un país extranjero al propio país. Por otra parte, si un menor ha sido confiado, por resolución judicial o administrativa (es decir, en caso de internamiento forzoso del menor) a un organismo en el país de su residencia habitual, el progenitor que pretenda obtener la titularidad de un derecho de custodia sobre ese menor tendrá pocas posibilidades de poder ampararse en el Convenio. En efecto, dado que los organismos considerados ejercen en principio sus propias competencias - al margen del eventual reconocimiento de la patria potestad³⁴-, semejante pretensión no entraría dentro del ámbito del Convenio dado que la custodia, de acuerdo con el mismo, le correspondería al organismo en cuestión.

Artículo 5 - Ciertas expresiones utilizadas en el Convenio

83 Siguiendo una tradición muy arraigada de la Conferencia de la Haya, el Convenio no define los conceptos jurídicos de los que se sirve. No obstante, en este artículo, precisa el sentido en el que se utilizan los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita, dado que una interpretación incorrecta de su alcance podría poner en peligro los objetivos del Convenio.

84 En cuanto al derecho de custodia, el Convenio se limita a señalar que incluye "el derecho relativo al cuidado de la persona del menor", al margen de los posibles mecanismos de protección de sus bienes. Se trata pues de un concepto más restrictivo que el de "protección de los menores"³⁵, a pesar de los intentos hechos en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones para introducir la idea de "protección" con vistas sobre todo a cubrir los casos de los menores confiados a instituciones u organismos. No obstante, dado que todos los esfuerzos hechos para precisar el concepto de derecho de custodia respecto a esas situaciones fracasaron, es preciso atenerse al concepto genérico mencionado más arriba. El Convenio trata de precisarlo haciendo hincapié, como indicio del "cuidado" a que se refiere, en el derecho de decidir el lugar de residencia del menor. No obstante, cuando el menor, pese a serlo desde el punto de vista jurídico, tiene la facultad de fijar él mismo su lugar de residencia, el contenido del derecho de custodia se determinará en función de los demás derechos relativos a su persona.

Por otra parte, aun cuando en este artículo no se diga

³⁴ Véase al respecto, Tribunal Internacional de Justicia, Arrêt du 28 novembre 1958, Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, *Recueil des arrêts* 1958, p. 55 y ss.

³⁵ Véase por ejemplo el *Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961*.

organismo, cualquier que seja, possa transferir, mediante a força ou astúcia, um menor de um país estrangeiro ao próprio país. Por outro lado, se um menor foi confiado, por resolução judicial ou administrativa (ou seja, no caso de internamento forçoso do menor) a um organismo no país de sua residência habitual, o progenitor que pretenda obter a titularidade de um direito de guarda sobre este menor terá poucas possibilidades de poder se amparar na Convenção. De fato, dado que os organismos considerados exercem por princípio suas próprias competências - à margem de um eventual reconhecimento do pátrio poder³⁴ - semelhante pretensão não entraria dentro do âmbito da Convenção já que a guarda, de acordo com o mesmo, corresponderia ao organismo em questão.

Artigo 5 - Certas expressões utilizadas na Convenção

83 Seguindo uma tradição muito enraizada da Conferência da Haia, a Convenção não define os conceitos jurídicos dos quais se serve. Não obstante, neste artigo, precisa o sentido em que se utilizam os conceitos de direito de guarda e direito de visita, dado que uma interpretação incorreta do seu alcance poderia pôr em perigo os objetivos da Convenção.

84 Em relação ao direito de guarda, a Convenção se limita a assinalar que inclui "os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança", deixando de lado os possíveis mecanismos de proteção de seus bens. Se trata portanto de um conceito mais restrictivo que o da "proteção dos menores"³⁵, apesar das tentativas feitas no decorrer do Décimo quarto período de sessões para introduzir a ideia de "proteção" com vistas sobretudo para cobrir os casos de menores confiados a instituições ou organismos. Não obstante, já que todos os esforços feitos para precisar este conceito de direito de guarda em relação a estas situações fracassaram, é necessário ater-se ao conceito genérico mencionado acima. A Convenção procura precisá-lo dando importância, como indicio do "cuidado" ao qual se refere, no direito de decidir o lugar da residência do menor. No entanto, quando o menor, o seja do ponto de vista jurídico, tem a facultade de fixar ele mesmo o seu lugar de residência, o conteúdo do direito de guarda se determinará em função dos demais direitos relativos a sua pessoa.

Por outro lado, mesmo se neste artigo não se fala nada a respeito da possibilidade de que a guarda seja

³⁴ Ver a respeito, Tribunal Internacional de Justiça, Arrêt du 28 novembre 1958, Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, *Recueil des arrêts* 1958, p. 55 e ss.

³⁵ Ver por exemplo a *Convenção sobre a competência das autoridades e a lei aplicável em matéria de proteção de menores, de 5 de outubro de 1961*.

nada respecto a la posibilidad de que la custodia sea ejercida por su titular solo o de forma conjunta, es evidente que tal posibilidad se contempla en el precepto. En efecto, una norma clásica del derecho de los tratados exige que la interpretación de sus términos se realice en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y la finalidad del tratado³⁶; ahora bien, el texto del artículo 3 no deja lugar a dudas en cuanto a la inclusión de la custodia conjunta entre las situaciones que el Convenio pretende amparar. Por otra parte, saber cuándo existe una custodia conjunta es una cuestión que debe ser establecida en cada caso a la luz del derecho de la residencia habitual del menor.

85 En relación con el derecho de visita, la letra *b* de este artículo se limita a señalar que incluye "el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual". La intención del Convenio no es por supuesto excluir todas las demás modalidades del derecho de visita; simplemente, se ha querido subrayar que este concepto se extiende también al derecho denominado de alojamiento, una modalidad del derecho de visita que la persona que tiene la custodia del menor teme de manera especial. Además, dado que esta norma explicativa no califica en absoluto ese "otro lugar diferente" al que se puede llevar al niño, hay que concluir que el derecho de visita, de acuerdo con el Convenio, incluye también el derecho de visita transfronterizo.

86 Se formuló una propuesta con vistas a incluir en este artículo una definición de las autoridades judiciales o administrativas a las que se hace referencia a lo largo del Convenio³⁷. Las dificultades encontradas tanto para la localización de un punto de vista sistemático como para encontrar una redacción amplia que incluyera todos los casos posibles aconsejaron su no inclusión. En todo caso, es claro que se trata, como ya se ha subrayado³⁸, de las autoridades competentes para decidir tanto de la custodia como de la protección de los menores según la ley interna de cada Estado contratante. Por lo demás, precisamente debido a las diferencias entre esas leyes, se habla siempre de autoridades "judiciales o administrativas" con el fin de incluir a todas las autoridades competentes en la materia, independientemente de la calificación jurídica que se les dé en cada Estado.

CAPITULO II - AUTORIDADES CENTRALES

Artículo 6 - Creación de las Autoridades centrales

³⁶ En este sentido, el artículo 31, apartado primero, del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969.

³⁷ Véanse Doc. trab. N.º 7 (*Proposal of the United States delegation*) y Actas Nos. 4 y 14.

³⁸ Véase *supra* N.º 45.

exercida pelo seu único titular ou de forma conjunta, é evidente que tal possibilidade se contempla neste preceito. De fato, uma norma clássica do direito dos tratados exige que a interpretação dos seus termos se realize no seu contexto e leve em conta o objetivo e finalidade do tratado³⁶; contudo, o texto do artigo 3 não deixa lugar a dúvidas em relação a inclusão da guarda conjunta entre as situações que a Convenção pretende amparar. Por outro lado, saber quando existe uma guarda conjunta é uma questão que deve ser estabelecida em cada caso a luz do direito da residência habitual do menor.

85 Em relação ao direito de visita, letra *b* deste artigo se limita a assinalar que inclui "o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside". A intenção da Convenção não é por exemplo excluir todas as demais modalidades de direito de visita; simplesmente, se quis sublinhar que este conceito se estende também ao direito denominado de alojamento, uma modalidade de direito de visita que a pessoa que possui a guarda do menor teme em modo especial. Além disso, já que esta norma explicativa não qualifica em modo absoluto este "outro lugar diferente" onde se pode levar a criança, se deve concluir que o direito de visita, de acordo com a Convenção, inclui também o direito de visita extra fronteiriço.

86 Se formulou uma proposta com vistas a incluir neste artigo uma definição de autoridades judiciárias ou administrativas como as que se faz referência ao longo da Convenção³⁷. As dificuldades encontradas tanto para a localização de um ponto de vista sistemático como para encontrar uma redação ampla que incluísse todos os casos possíveis levou a sua não inclusão. Em todo caso, é claro que se trata, como já evidenciado³⁸, de autoridades competentes para decidir seja sobre a guarda quanto sobre a proteção dos menores segundo a lei interna de cada Estado contratante. Além disso, precisamente devido as diferenças entre estas leis, se fala sempre de autoridades "judiciais ou administrativas" com o fim de incluir todas as autoridades competentes em matéria, independentemente da classificação jurídica que foi dada em cada Estado.

CAPITULO II - AUTORIDADES CENTRAIS

Artigo 6 - Criação das Autoridades centrais

³⁶ Neste sentido, o artigo 31, primeiro parágrafo, da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, 23 de maio de 1969

³⁷ Ver Doc. trab. N.º 7 (*Proposal of the United States delegation*) e Atas n.º 4 e 14

³⁸ Ver *supra* N.º 45

87 El papel desempeñado por las Autoridades centrales, piezas claves en la aplicación del Convenio, ha sido ya ampliamente expuesto³⁹.

En relación con los Estados que pueden nombrar más de una Autoridad central, la idea que ha prevalecido es que el criterio determinante debía ser la existencia de varias organizaciones territoriales en materia de protección de menores. En consecuencia, a los Estados federales y plurilegislativos se han añadido los Estados "con organizaciones territoriales autónomas", expresión que debe ser interpretada en un sentido amplio.

Artículo 7 - Obligaciones de las Autoridades centrales

88 Este artículo resume el papel de las Autoridades centrales en la puesta en práctica del sistema instaurado por el Convenio. El artículo está estructurado en dos apartados; el primero, redactado en términos generales, establece una obligación global de cooperación mientras que el segundo enumera, de la letra *a* a la letra *i*, algunas de las principales funciones que las Autoridades centrales deben cumplir. Ambos son el resultado del consenso entre, por una parte las delegaciones que deseaban Autoridades centrales fuertes con competencias de acción e iniciativa amplias y, por otra parte, las delegaciones que veían esas Autoridades centrales como simples mecanismos administrativos para facilitar la actuación de las partes. Ahora bien, puesto que tales actitudes eran el reflejo de las profundas diferencias existentes entre los sistemas representados en la Conferencia, la solución que debía adoptar debía tener la flexibilidad necesaria para que cada Autoridad central pueda actuar de acuerdo con el derecho en el que está llamada a integrarse. Así pues, aun cuando el Convenio precisa las principales obligaciones encomendadas a las Autoridades centrales, deja en manos de cada Estado contratante la determinación de las medidas adecuadas para su cumplimiento. Por lo demás, es en este sentido en el que hay que interpretar la frase que introduce el segundo apartado, cuando especifica que las Autoridades centrales deben ejercer las funciones enumeradas "ya sea directamente o a través de un intermediario"; así pues, le corresponde a cada Autoridad central elegir entre una u otra opción, en función de su propio derecho interno y dentro del espíritu del deber general de cooperación que le impone el apartado primero.

89 Como acabamos de señalar, la norma incluida en el *apartado primero* enuncia la obligación general de cooperar impuesta a las Autoridades centrales, con

³⁹ Véanse *supra* Nos. 43 a 48.

87 O papel desempenhado pelas Autoridades centrais, peças chaves na aplicação da Convenção, já foi amplamente exposto³⁹.

Em relação aos Estados que podem nomear mais de uma Autoridade central, a ideia que prevaleceu foi que o critério dominante deveria ser a existência de várias organizações territoriais em matéria de proteção dos menores. Em consequência, aos Estados federais e plurilegislativos foram adicionados os Estados "com organizações territoriais autónomas", expressão que deve ser interpretada em um sentido amplo.

Artigo 7 – Obrigações das Autoridades Centrais

88 Este artigo resume o papel das Autoridades centrais ao colocar em prática o sistema instaurado pela Convenção. O artigo está estruturado em dois parágrafos; o primeiro, escrito em termos gerais, estabelece uma obrigação global de cooperação enquanto que o segundo elenca, da letra *a* a letra *i*, algumas das principais funções que as Autoridades centrais devem cumprir. Ambos são o resultado do consenso entre, de um lado as delegações que desejavam Autoridades centrais fortes com competências de ação e iniciativa amplas e, do outro lado, as delegações que viam estas Autoridades centrais como simples mecanismos administrativos para facilitar a atuação das partes. Contudo, posto que tais atitudes eram o reflexo das profundas diferenças existentes entre os sistemas representados na Conferência, a solução que cabia adotar deveria ter a flexibilidade necessária para que cada Autoridade central pudesse atuar de acordo com o direito no qual está chamada a integrar-se. Deste modo, mesmo quando a Convenção precisa as principais obrigações confiadas as Autoridades centrais, deixa em mãos a cada Estado contratante a determinação das medidas adequadas para o seu cumprimento. Além disso, é neste sentido que se deve interpretar a frase que introduz o segundo parágrafo, quando especifica que as Autoridades centrais devem exercer as funções elencadas "quer diretamente, quer através de um intermediário"; assim sendo, corresponde a cada Autoridade central eleger entre uma ou outra opção, em função do seu próprio direito interno e dentro do espírito do dever geral de cooperação que impõe o parágrafo primeiro.

89 Como acabamos de evidenciar, a norma incluída no *parágrafo primeiro* enuncia a obrigação geral de cooperar imposta às Autoridades centrais, com o fim

³⁹ Ver *supra* N. 43 a 48

el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos del Convenio. Dicha cooperación debe desarrollarse a dos niveles: ante todo las Autoridades centrales deben cooperar entre ellas; pero, además, deben promover la cooperación entre las autoridades competentes en la materia en sus Estados respectivos. La realización efectiva de esta promoción dependerá en gran medida de la capacidad de acción que cada derecho interno conceda a las Autoridades centrales.

90 Las funciones detalladas en el *apartado segundo* tratan de seguir, en sus grandes líneas, las distintas fases de la intervención de las Autoridades centrales en un caso tipo de traslado de menores. No obstante, es obvio que esta enumeración no es exhaustiva: por ejemplo, dado que la intervención de las Autoridades centrales exige que dicha intervención haya sido solicitada previamente, bien directamente por el demandante o bien por la Autoridad central de otro Estado contratante, en el segundo caso, la Autoridad central ante la que se haya presentado inicialmente la demanda deberá transmitir la demanda a la Autoridad central del Estado en el que se suponga que se encuentra el niño. Ahora bien, dicha obligación no está especificada en el artículo 7 sino más adelante, en el contexto del artículo 9. Por otra parte, es evidente también que las Autoridades centrales no están obligadas a cumplir, en todos los supuestos, cada una de las obligaciones enumeradas en el presente artículo; en efecto, son las circunstancias del caso concreto las que determinarán los trámites a cumplir por parte de las Autoridades centrales: por ejemplo, no se puede sostener que una Autoridad central esté obligada a "localizar" al menor cuando el demandante sepa con exactitud dónde se encuentra.

91 Además de la localización del menor, cada vez que resulte necesario (letra *a*), la Autoridad central debe tomar o hacer que se tomen las medidas provisionales útiles para prevenir "que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas" (letra *b*). La redacción de este subapartado pone de nuevo de manifiesto un hecho señalado anteriormente: la capacidad de acción de las Autoridades centrales puede variar de un Estado a otro. En cuanto al fondo, las medidas provisionales que se han considerado giraron particularmente en torno a la idea de evitar un nuevo desplazamiento del menor.

92 La letra *c* consagra el deber de las Autoridades centrales de tratar de encontrar una solución extrajudicial al asunto. En efecto, según la experiencia expuesta por ciertos delegados, el número de casos que es posible resolver sin tener que recurrir a los tribunales es considerable. Ahora bien, una vez más, es la Autoridad central la que, en

de garantir o cumprimento dos objetivos da Convenção. Esta cooperação deve desenvolver-se em dois níveis: antes de tudo as Autoridades centrais devem cooperar entre elas; porém, além disso, devem promover a cooperação entre as autoridades competentes na matéria em seus respectivos Estados. A realização efetiva desta promoção dependerá em grande parte da capacidade de ação que cada direito interno concede as Autoridades centrais.

90 As funções detalhadas no *parágrafo segundo* tratam de seguir, em suas grandes linhas, as distintas fases de intervenção das Autoridades centrais em um caso de transferência de menores. Não obstante, é óbvio que esta enumeração não é exhaustiva: por exemplo, já que a intervenção das Autoridades centrais exige que tal intervenção tenha sido solicitada previamente, seja diretamente pelo demandante ou seja pela Autoridade central de outro Estado contratante, no segundo caso, a Autoridade central perante a qual foi apresentado inicialmente a demanda deverá transmitir a demanda a Autoridade central do Estado em que se supõe que se encontra a criança. Ora, esta obrigação não está especificada no artigo 7, mas mais avante, no contexto do artigo 9. Por outro lado, é evidente também que as Autoridades centrais não são obrigadas a cumprir, em todos os casos, cada uma das obrigações elencadas no presente artigo; de fato, são circunstâncias do caso concreto aquelas que determinam os tramites a serem cumpridos por parte das Autoridades centrais: por exemplo, não se pode sustentar que um Autoridade central está obrigada a "localizar" o menor quando o demandante sabe com exatidão onde se encontra.

91 Além da localização do menor, cada vez que resulte necessário (letra *a*), a Autoridade central deve tomar ou fazer com que se tomem as medidas provisórias cabíveis para prevenir "novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas" (letra *b*). O texto deste subparágrafo novamente manifesta um feito assinalado anteriormente: a capacidade de ação das Autoridades centrais pode variar de um Estado para outro. Em relação ao fundo, as medidas provisórias que foram consideradas giram especialmente entorno a ideia de evitar uma nova deslocação do menor.

92 A letra *c* consagra o dever das Autoridades centrais de procurar encontrar uma solução extrajudicial ao assunto. De fato, segundo a experiência exposta por certas delegações, o número de casos que é possível resolver sem ter que recorrer aos tribunais é considerável. Portanto, mais uma vez, é a Autoridade central a que, nestas etapas prevê um

esas etapas previas a un eventual procedimiento judicial o administrativo, dirige la evolución del problema; así pues, a ella le corresponde decidir en qué momento han fracasado los intentos llevados a cabo para garantizar la "restitución voluntaria" del menor, o para facilitar una "solución amigable".

93 La letra *d* se refiere a los intercambios de informaciones relativas a la situación social del niño. Esta obligación se encuentra supeditada al criterio de las Autoridades centrales implicadas en cada caso. En efecto, la introducción de la expresión "si se estimase conveniente" prueba que no se ha querido imponer una obligación rígida en la materia: la posibilidad de que no haya informaciones que facilitar, así como el temor de que puedan ser utilizados en el contexto de tácticas dilatorias de las partes, son algunos de los argumentos que aconsejaron tal actitud. Por otra parte, se rechazó una propuesta por la que se permitía condicionar la transmisión de ciertas informaciones a que se mantuviera su carácter confidencial⁴⁰.

94 La obligación impuesta a las Autoridades centrales de facilitar información sobre el contenido del derecho de su Estado para la aplicación del Convenio aparece en la letra *e*. Tal deber se refiere especialmente a dos aspectos: por una parte, en el caso de que el traslado haya tenido lugar antes de que se haya dictado una resolución relativa a la custodia del menor, la Autoridad central del Estado de la residencia habitual de este menor podrá expedir una certificación sobre el contenido del derecho de dicho Estado, con vistas a la aplicación del Convenio; por otra parte, la Autoridad central deberá informar a los particulares respecto al funcionamiento del Convenio y de las Autoridades centrales, así como sobre los posibles procedimientos a seguir. En cambio, la posibilidad de ir más allá, es decir de obligar a las Autoridades centrales a asesorar jurídicamente en casos concretos, no se contempla en la norma.

95 Cuando, para lograr el retorno del menor, sea preciso hacer intervenir a las autoridades judiciales o administrativas del Estado donde se encuentra, la Autoridad central debe iniciar ella misma - si ello es posible según su derecho interno - o favorecer la apertura de un procedimiento; dicha obligación se extiende también a los procedimientos que resulten necesarios para la organización o el ejercicio efectivo del derecho de visita (letra *f*).

96 En los casos en los que la Autoridad central no pueda recurrir directamente a las autoridades competentes en su propio Estado, debe conceder o facilitar al demandante la obtención de la asistencia

⁴⁰ Véanse Doc. trab. N^o 9 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) y Acta N^o 5

eventual procedimento judicial ou administrativo, dirige a evolução do problema; uma vez que, a ela corresponde decidir em que momento fracassaram as intenções prospectadas para organizar a "restituição voluntária" do menor, ou para facilitar uma "solução amigável".

93 A letra *d* se refere aos intercâmbios de informações relativas a situação social da criança. Esta obrigação se encontra subordinada ao critério das Autoridades centrais implicadas em cada caso. De fato, a introdução da expressão "quando desejável" prova que não se quis impor uma obrigação rígida na matéria: a possibilidade de que não existam informações a serem fornecidas, assim como o temor de que possam ser usadas no contexto de táticas dilatórias das partes, são alguns dos argumentos que aconselharam tal atitude. Por outro lado, se rejeitou a proposta na qual se permitia condicionar a transmissão de certas informações para manter o seu caráter confidencial⁴⁰.

94 A obrigação imposta as Autoridades centrais de fornecer informações sobre o conteúdo do direito do seu Estado para a aplicação da Convenção aparece na letra *e*. Tal dever se refere especialmente a dois aspectos: por um lado, no caso em que a transferência tenha ocorrido antes de que tenha sido determinada uma resolução relativa a guarda do menor, a Autoridade central do Estado de residência habitual deste menor poderá expedir uma certificação sobre o conteúdo do direito de tal Estado, com vista a aplicação da Convenção; por outro lado, a Autoridade central deverá informar aos indivíduos sobre o funcionamento da Convenção e das Autoridades centrais, assim como sobre os possíveis procedimentos a serem seguidos. Em contrapartida, a possibilidade de ir mais além, ou seja, de obrigar as Autoridades centrais a assessorar juridicamente nos casos concretos, não se contempla na norma.

95 Se, para lograr o retorno do menor, é preciso fazer intervir as autoridades judiciais ou administrativas do Estado onde se encontra, a Autoridade central deve iniciar ela mesma - se o mesmo é possível segundo o direito interno - o favorecimento da abertura de um procedimento; tal obrigação se estende também aos procedimentos que resultem necessários para a organização ou o exercício efetivo do direito de visita (letra *f*).

96 Nos casos em que a Autoridade central não pode recorrer diretamente as autoridades competentes no seu próprio Estado, deve conceder ou facilitar ao demandante a obtenção de assistência gratuita, em

⁴⁰ Ver Doc. trab. n. 9 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) e Ata n. 5

gratuita, de conformidad con el artículo 25 (letra *g*). Hay que señalar que la expresión "en su caso" en este subapartado se refiere a la falta de recursos económicos del demandante, sobre la base de los criterios establecidos por la ley del Estado en el que se solicite la asistencia; así pues, no se refiere a consideraciones abstractas relativas a la conveniencia o no de concederla.

97 Al final del proceso seguido por este párrafo, la letra *h* recoge, entre las obligaciones de las Autoridades centrales, la puesta en práctica de las medidas administrativas necesarias y pertinentes en cada caso para garantizar el retorno sin peligro del menor.

98 Por último, la letra *i* señala una obligación de las Autoridades centrales que no afecta directamente a los particulares sino al propio Convenio: se trata del deber de "mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación". Esta obligación va a actuar en dos niveles: por una parte, en el plano de las relaciones bilaterales entre Estados partes en el Convenio; por otra parte, a nivel multilateral, tomando parte llegado el caso en las comisiones reunidas al efecto por la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya.

CAPITULO III - RESTITUCION DEL MENOR

Artículo 8 - El acceso a las Autoridades centrales

99 De conformidad con el *apartado primero*, se puede presentar una solicitud con vistas a conseguir el retorno de un menor ante cualquier Autoridad central; a partir de ese momento, ésta estará obligada a cumplir todas las obligaciones convencionales. Esto significa que el solicitante es libre de dirigirse a la Autoridad central que estime más adecuada; no obstante, por motivos de eficacia, el texto hace una mención expresa de la Autoridad central de la residencia habitual del menor, si bien dicha mención no debe ser interpretada en el sentido de que las demandas ante las demás Autoridades centrales vayan a ser excepcionales.

100 Dado que el uso del formulario modelo tan sólo es recomendado, era indispensable incluir en el texto del Convenio los elementos que debe contener una solicitud presentada ante una Autoridad central para que ésta sea admisible, así como los documentos facultativos que se pueden adjuntar o que puedan completar dicha demanda. Los elementos que debe contener cualquier solicitud dirigida a una Autoridad central, en este contexto, se enumeran en el *apartado segundo* del artículo 8. Se trata básicamente de los datos que permiten la identificación del menor y de

conformidade com o artigo 25 (letra *g*). É necessário assinalar que a expressão "conforme as circunstâncias" neste subparágrafo se refere a falta de recursos económicos do demandante, sobre a base dos critérios estabelecidos pela lei do Estado em que se solicite a assistência; portanto, não se refere a considerações abstratas relativas a conveniência ou não de concedê-la.

97 Ao final do processo seguido por este parágrafo, a letra *h* reúne, entre as obrigações das Autoridades centrais, a execução de medidas administrativas necessárias e pertinentes em cada caso para garantir o retorno sem perigo ao menor.

98 Por último, a letra *i* evidencia uma obrigação das Autoridades centrais que não afeta diretamente os indivíduos, mas a própria Convenção: se trata do dever de "manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e eliminar, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta". Esta obrigação atua em dois níveis: por um lado, no plano das relações bilaterais entre Estados membros da Convenção; por outro lado, em nível multilateral, informando sobre o caso nas comissões reunidas para o feito pela Secretaria Permanente da Conferência da Haia.

CAPITULO III - RESTITUIÇÃO DO MENOR

Artigo 8 - O acesso as Autoridades centrais

99 Em conformidade com o *parágrafo primeiro*, se pode apresentar um pedido com vistas a conseguir o retorno de um menor perante qualquer Autoridade central; a partir desde momento, está será obrigada a cumprir todas as obrigações convencionais. Isto significa que o solicitante é livre de se dirigir a Autoridade central que estime ser mais adequada; não obstante, por motivos de eficácia, o texto faz uma menção expressa a Autoridade central da residência habitual do menor, embora esta menção não deve ser interpretada no sentido que as demandas perante as demais Autoridades centrais possam ser excepcionais.

100 Dado que o uso do formulário modelo é somente recomendado, era indispensável incluir no texto da Convenção os elementos que devem conter um pedido apresentando perante uma Autoridade central para que esta seja admissível, assim como os documentos facultativos que se podem juntar ou que podem completar a demanda. Os elementos que devem conter qualquer pedido dirigido a uma Autoridade central, neste contexto, se enumeram no segundo parágrafo do artigo 8. Se trata basicamente dos dados que permitem a identificação do menor e

las partes afectadas, así como de los que pueden contribuir a la localización del menor (letras *a, b y d*). En relación con la fecha de nacimiento del menor, el Convenio señala que sólo se hará constar "cuando sea posible obtenerla". Con esta precisión, se ha pretendido favorecer la acción del demandante que ignore dicho dato; no obstante, en cualquier caso deberá facilitar indicios respecto a la edad del menor dado que, según lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio, tal extremo puede determinar la inadmisión de la demanda de acuerdo con el artículo 27. Además, es preciso que la demanda haga constar "los motivos en que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor" (letra *c*). Esta es una exigencia lógica que permitirá, por lo demás, la aplicación del artículo 27 que confiere a las Autoridades centrales la facultad de desestimar las solicitudes claramente infundadas. Los motivos alegados deben, en principio, referirse a los dos elementos, el jurídico y el de hecho, recogidos en el artículo 3. Por lo demás, dado que el elemento jurídico puede basarse en el contenido del derecho de la residencia habitual del menor, en una resolución o en un acuerdo, se hubiera podido pensar en exigir un apoyo documental en esta fase inicial. No obstante, el Convenio ha elegido una vía distinta y coloca tal prueba entre los documentos que, de forma facultativa, pueden adjuntarse a la demanda o completarla. La razón es que la obtención de los documentos en cuestión será a veces difícil; además, puede exigir de un tiempo valioso para la localización rápida del menor. Por lo demás, cada vez que la Autoridad central logra obtener la entrega voluntaria del menor o una solución amistosa del caso, tales documentos pueden resultar accesorios.

101 En este sentido, las dos primeras letras del *apartado tercero* en relación con la documentación facultativa que puede adjuntarse, o completar en un momento posterior, a la demanda, se refieren a los documentos sobre los que se fundamenta la reclamación de restitución del menor. En relación con este extremo, hay que señalar, en primer lugar, que la exigencia de que las copias de cualquier resolución o acuerdo estén legalizadas no es contraria a lo dispuesto en el artículo 23, que establece que "no se exigirá ninguna legalización ni otras formalidades análogas, en el contexto del presente Convenio". Se trata simplemente de comprobar copias o documentos, privados en origen, para garantizar su conformidad con los originales y asegurar, de este modo, su libre circulación. En segundo lugar, la prueba del contenido del derecho del Estado de la residencia habitual del menor se puede establecer bien con una certificación, bien con una declaración responsable, es decir mediante documentos que incluyan declaraciones solemnes que comprometan la responsabilidad de sus autores. En cuanto a saber

das partes afetadas, assim como aqueles que podem contribuir a localização do menor (letras *a, b e d*). Em relação a data do nascimento do menor, a Convenção assinala que somente poderá constar "quando for possível obtê-la". Com esta precisão, se pretendeu favorecer a ação do demandante que ignora este dado; não obstante, em qualquer caso deverá fornecer indícios a respeito da idade do menor já que, segundo as disposições do artigo 4 da Convenção, tal extremo pode determinar a inadmissão da demanda de acordo com o artigo 27. Além disso, é preciso que na demanda conste "os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retomo da criança" (letra *c*). Esta é uma exigência lógica que permitirá, além do tudo, a aplicação do artigo 27 que confere as Autoridades centrais a facultade de recusar os pedidos claramente infundados. Os motivos alegados devem, por princípio, se referir aos dois elementos, o jurídico e o de direito, reconhecidos no artigo 3. Além disso, já que o elemento jurídico pode se basear no conteúdo do direito da residência habitual do menor, em uma resolução ou um acordo, se poderia pensar em exigir um apoio documental nesta fase inicial. Não obstante, a Convenção elegeu uma via distinta e colocou tal prova entre os documentos que, de forma facultativa, podem se juntar a demanda ou completá-la. A razão é que a obtenção dos documentos em questão será as vezes difícil; além disso, pode exigir um tempo valioso para a localização rápida do menor. Ademais, cada vez que a Autoridade central logra em obter a entrega voluntária do menor ou uma solução amistosa do caso, tais documentos podem resultar acessórios.

101 Neste sentido, as duas primeiras letras do *parágrafo terceiro* em relação a documentação facultativa que se pode juntar, ou completar em um momento posterior, a demanda, se referem aos documentos sobre aquilo que fundamenta a reclamação da restituição do menor. Em relação a este ponto, se deve assinalar, em primeiro lugar, que a exigência de que as cópias de qualquer resolução ou acordo sejam legalizadas não é contrária ao disposto do artigo 23, que estabelece que "nenhuma legalização ou formalidade similar serão exigíveis no contexto da presente Convenção". Se trata simplesmente de comprovar cópias ou documentos, privados em origem, para garantir a sua conformidade com os originais e assegurar, deste modo, a sua livre circulação. Em segundo lugar, a prova do conteúdo do direito do Estado da residência habitual do menor se pode estabelecer seja com uma certificação, seja com uma declaração responsável, ou seja, mediante documentos que incluam declarações solenes que comprometam a responsabilidade dos seus autores. Em relação ao saber quem pode realizar tais

quién puede realizar tales declaraciones, el Convenio ha elegido una fórmula amplia que debe facilitar la tarea del demandante (letra *f*). Así pues, además de las Autoridades centrales y de las demás autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del menor, las declaraciones en cuestión pueden proceder de cualquier persona cualificada, por ejemplo de un notario, de un abogado o de instituciones científicas.

Por otra parte, hay que subrayar que, en una fase posterior, es decir cuando las autoridades judiciales o administrativas del Estado de refugio intervienen, éstas pueden solicitar, de conformidad con el artículo 15, la presentación de algunos de los documentos considerados como facultativos en el momento de recurrir a las Autoridades centrales.

Por último, el Convenio admite la posibilidad de que la demanda vaya acompañada o sea completada por "cualquier otro documento pertinente" (letra *g*). En principio, dado que la demanda es presentada por el titular de la custodia que ha sido desposeído, será éste quien podrá aportar dichos documentos complementarios. No obstante, ello no impide que si la demanda es transmitida a otra Autoridad central, la Autoridad central a la que se recurrió en primer lugar pueda adjuntar a la demanda, especialmente, informaciones sobre la situación social del menor -si dispone de ellas y las considera útiles- en virtud de la función que le atribuye el artículo 7, apartado 2*d*.

Artículo 9 - Transmisión de la demanda a la Autoridad central del Estado en el que se encuentra el menor

102 Una consecuencia directa de la libertad de la que goza el demandante de dirigirse a la Autoridad central de su elección, es la obligación que pesa sobre ésta de transmitir la demanda a la Autoridad central del Estado en el que tiene motivos para creer que se encuentra el menor; tal obligación se va a presentar asimismo cuando la Autoridad central que conozca de un caso a través de otra Autoridad central, llegue a la conclusión de que el menor se encuentra en un país distinto. Se trata de una función que viene a completar el cuadro esbozado en el artículo 7, dado que tiene relación directa con la obligación de cooperar entre Autoridades centrales que establece el apartado primero de dicho artículo.

Ahora bien, aunque el sentido del artículo 9 es claro, su redacción no resulta muy lograda. Y es que, "La Autoridad central requirente" a la que se refiere este artículo sólo existe cuando la demanda presentada de conformidad con el artículo 8 ha sido transmitida a *otra* Autoridad central en virtud del propio artículo 9. En consecuencia, la obligación de informar a una "Autoridad central requirente" sólo existe cuando la demanda ha sido transmitida a una tercera Autoridad central, al no encontrarse el menor en el Estado de la segunda Autoridad central implicada.

declarações, a Convenção elegeu uma fórmula ampla que deve facilitar a tarefa do demandante (letra *f*). Portanto, além das Autoridades centrais e das demais autoridades competentes do Estado da residência habitual do menor, as declarações em questão podem proceder de qualquer pessoa qualificada, por exemplo um notário, de um advogado ou de instituições científicas.

Por outro lado, se deve sublinhar que, em uma fase posterior, ou seja, quando as autoridades judiciais ou administrativas do Estado de refúgio intervêm, estas podem solicitar, em conformidade com o artigo 15, a apresentação de alguns dos documentos considerados como facultativos no momento de recorrer as Autoridades centrais.

Por último, a Convenção admite a possibilidade de que a demanda seja acompanhada por "qualquer outro documento pertinente" (letra *g*). Em princípio, já que a demanda é apresentada pelo titular da guarda que foi despossuído, será este quem poderá fornecer tais documentos complementários. Não obstante, isto não impede que se a demanda for transmitida a outra Autoridade central, a Autoridade central a qual se recorreu em primeiro lugar possa juntar a demanda, especialmente, informações sobre a situação social do menor - se dispõe delas e as considera úteis - em virtude da função que foram atribuídas no artigo 7, parágrafo 2*d*.

Artigo 9 - Transmissão da demanda a Autoridade central do Estado onde se encontra o menor

102 Uma consequência direta da liberdade que goza o demandante de se dirigir a Autoridade central de sua escolha, é a obrigação que pesa sobre esta de transmitir a demanda a Autoridade central do Estado onde se tem motivos para acreditar que se encontra o menor; tal obrigação vai se apresentar também quando a Autoridade central que tem conhecimento de um caso através de outra Autoridade central, chegue a conclusão de que o menor se encontra em outro país distinto. Se trata de uma função que completa o quadro esboçado no artigo 7, já que tem relação direta com a obrigação de cooperar entre Autoridades centrais como estabelece o primeiro parágrafo de tal artigo.

Contudo, mesmo o sentido do artigo 9 sendo claro, a sua redação não resulta muito bem lograda. "A Autoridade central requirente", a que se refere este artigo só existe quando a demanda apresentada em conformidade com o artigo 8 foi transmitida a *outra* Autoridade central em virtude do próprio artigo 9. Por consequência, a obrigação de informar uma "Autoridade central requirente" só existe quando a demanda foi transmitida a uma terceira Autoridade central, por não se encontrar o menor no Estado da segunda Autoridade central implicada. Em

En cambio, la obligación de transmitir una demanda en virtud de este artículo incumbe a *toda* Autoridad central, independientemente del hecho de que sea la primera en recibir la demanda o resulte implicada por otra Autoridad central, ya que esta disposición debe considerarse aplicable a las dos hipótesis que intenta cubrir.

Artículo 10 - La restitución voluntaria del menor

103 La función de las Autoridades centrales recogida en el artículo 7, apartado 2c, "tomar todas las medidas apropiadas para garantizar la restitución voluntaria del menor", tiene en este artículo un tratamiento preferente que pone de manifiesto el interés atribuido al recurso a esta vía. En el texto del Convenio, se ha suprimido la frase que introducía esta disposición en el anteproyecto y que situaba en el tiempo ("antes de la apertura de cualquier procedimiento judicial o administrativo") la obligación establecida. La razón de tal supresión se encuentra en la dificultad de ciertos sistemas jurídicos para aceptar que una autoridad pública, como la Autoridad central, pueda actuar antes de la presentación de una demanda ante las autoridades competentes; ahora bien, el texto de la disposición convencional no impide que las Autoridades centrales de los demás Estados actúen de la manera descrita. En cualquier caso, no se trata de una obligación rígida, en un doble sentido: por una parte, los esfuerzos para la entrega voluntaria del menor pueden proseguir tras la presentación de la demanda ante las autoridades judiciales o administrativas, si dichos esfuerzos se iniciaron antes; por otra parte, en la medida en que la iniciativa con vistas al retorno del menor no se transfiere a esas otras autoridades, es la Autoridad central la que debe decidir si las tentativas para alcanzar dicho objetivo han fracasado.

Por lo demás, resulta claro que los trámites previstos en este artículo no deben perjudicar la acción de las Autoridades centrales para impedir un nuevo traslado del menor, de conformidad con el artículo 7, apartado 2b.

Artículo 11 - La utilización de procedimientos de urgencia por las autoridades judiciales o administrativas

104 La importancia del factor tiempo en todo el tema aparece de nuevo en este artículo. Si el artículo 2 del Convenio impone a los Estados contratantes la obligación de utilizar procedimientos de urgencia, el *apartado primero* de este artículo reproduce dicha obligación respecto de las autoridades del Estado al que haya sido llevado el menor que deben resolver sobre su restitución. La obligación en cuestión tiene una doble vertiente: por una parte, la de utilizar los procedimientos más rápidos que existan en el propio

contrapartida, a obrigação de transmitir uma demanda em virtude deste artigo incumbe a *toda* Autoridade central, independentemente do fato que seja a primeira a receber a demanda ou resulte implicada por outra Autoridade central, já que esta disposição deve ser considerada aplicável às duas hipóteses que tenta cobrir.

Artigo 10 - A restituição voluntária do menor

103 A função das Autoridades centrais reunida no artigo 7, parágrafo 2c, "fazer com que se tomem todas as medidas apropriadas para assegurar a entrega voluntária da mesma", tem neste artigo um tratamento preferencial que manifesta o interesse atribuído ao recurso desta via. No texto da Convenção, se suprimiu a frase que introduzia esta disposição no anteprojeto e que situava no tempo ("antes da abertura de qualquer procedimento judicial ou administrativo") a obrigação estabelecida. A razão de tal supressão se encontra na dificuldade de certos sistemas jurídicos de aceitar que uma autoridade pública, como a Autoridade central, possa atuar antes da apresentação de uma demanda perante as autoridades competentes; contudo, o texto da disposição convencional não impede que as Autoridades centrais dos demais Estados atuem na maneira descrita. Em qualquer caso, não se trata de uma obrigação rígida, em um duplo sentido: por um lado, os esforços para a entrega voluntária do menor podem prosseguir mediante a apresentação da demanda perante as autoridades judiciais ou administrativas, se estes esforços se iniciaram antes; por outro lado, na medida em que a iniciativa com vistas ao retorno do menor não se transfere a estas outras autoridades, é a Autoridade central que deve decidir se as tentativas para alcançar tal objetivo fracassaram.

Além disso, resulta claro que os tramites previstos neste artigo não devem prejudicar a ação das Autoridades centrais para impedir uma nova transferência do menor, em conformidade com o artigo 7, parágrafo 2b.

Artigo 11 - A utilização de procedimentos de urgência pelas autoridades judiciais ou administrativas

104 A importância do fator tempo em todo o tema aparece de novo neste artigo. Se o artigo 2 da Convenção impõe aos Estados contratantes a obrigação de utilizar procedimentos de urgência, o *primeiro parágrafo* deste artigo reproduz esta obrigação em relação as autoridades do Estado onde foi levado o menor que deve resolver sobre a sua restituição. A obrigação em questão tem uma dupla vertente: por um lado, utilizar os procedimentos mais rápidos que existem no próprio sistema

sistema jurídico y, por otra parte, la de dar un tratamiento prioritario, en la medida de lo posible, a las demandas en cuestión.

105 En su afán por animar a las autoridades internas a dar la máxima prioridad a los problemas planteados por los traslados internacionales de menores, el *apartado segundo* establece un plazo no vinculante de seis semanas, tras el cual el demandante o la Autoridad central del Estado requerido pueden solicitar una declaración sobre los motivos del retraso. Además, cuando la Autoridad central del Estado requerido haya recibido la respuesta, tendrá de nuevo una obligación de información, ya sea para con la Autoridad central del Estado requirente o para con el demandante si éste ha presentado directamente la demanda. En resumen, la importancia de esta disposición no se puede medir por la exigibilidad de las obligaciones que consagra sino por el hecho mismo de que llama la atención de las autoridades competentes sobre el carácter decisivo del factor tiempo en las situaciones consideradas y porque fija el plazo máximo que debería tardarse en adoptar una resolución al respecto.

Artículos 12 y 18 - Obligación de restituir al menor

106 Estos dos artículos se pueden analizar juntos dado que, a pesar de su distinta naturaleza, presentan cierto carácter complementario.

El artículo 12 constituye una pieza fundamental del Convenio dado que en él se precisan las situaciones en las que las autoridades judiciales o administrativas del Estado en el que se encuentra el menor están obligadas a ordenar su retorno. Por tal motivo, conviene señalar una vez más que la restitución no voluntaria de un menor se basa, según el Convenio, en una resolución adoptada por las autoridades competentes al respecto en el Estado requerido; en consecuencia, la obligación de retorno de la que trata este artículo se predica de estas autoridades. A tal efecto, el artículo distingue dos hipótesis: la primera se refiere al deber de las autoridades cuando se ha recurrido a ellas dentro del año siguiente al traslado o no retorno ilícitos de un menor; la segunda se refiere a las condiciones que rodean dicho deber cuando la presentación de la demanda es posterior al plazo antes mencionado.

107 En el apartado primero, el artículo presenta una solución única al problema planteado por la determinación del período durante el cual las autoridades deben ordenar el retorno inmediato del menor. El problema es importante puesto que si el retorno del menor debe decidirse en su propio interés, es cierto que cuando está integrado en un nuevo ambiente, su retorno sólo debería tener lugar tras un análisis del fondo del derecho de custodia, lo

jurídico e, por outro lado, dar um tratamento prioritário, na medida do possível, as demandas em questão.

105 Na sua ânsia de incentivar as autoridades internas a dar a máxima prioridade aos problemas levantados pelos tratados internacionais de menores, o *parágrafo segundo* estabelece um prazo não vinculante de seis semanas, depois do qual o demandante ou a Autoridade central do Estado requerido podem solicitar uma declaração sobre os motivos do atraso. Além disso, quando a Autoridade central do Estado requerido tenha recebido a resposta, terá de novo a obrigação de informação, seja para com a Autoridade central do Estado requerente que para com o demandante se este apresentou diretamente a demanda. Em resumo, a importância desta disposição não se pode medir pela exigência das obrigações que a consagram, mas pelo fato de chamar a atenção das autoridades competentes sobre o caráter decisivo do fator tempo nas situações consideradas e porque fixa o prazo máximo que deveria transcorrer na adoção de uma resolução a este respeito.

Artigo 12 e 18 - Obrigação de restituir o menor

106 Estes dois artigos podem ser analisados juntos dado que, apesar da sua distinta natureza, apresentam certo carácter complementar.

O artigo 12 constitui uma peça fundamental da Convenção já que nele se precisam as situações em que as autoridades judiciais ou administrativas do Estado em que se encontra o menor estão obrigadas a ordenar o seu retorno. Por este motivo, convém assinalar uma vez mais que a restituição não voluntária de um menor se baseia, segundo a Convenção, em uma resolução adotada pelas autoridades competentes em relação ao Estado requerido; por consequência, a obrigação do retorno que trata este artigo se atribui a estas autoridades. Com este fim, o artigo distingue duas hipóteses: a primeira se refere ao dever das autoridades quando se recorreu a elas no prazo de um ano da transferência ou não retorno ilícitos de um menor; a segunda se refere as condições que cercam este dever quando a apresentação da demanda é posterior ao prazo anteriormente mencionado.

107 No primeiro parágrafo, o artigo apresenta uma solução única ao problema levantado pela determinação do período durante o qual as autoridades devem ordenar o retorno imediato do menor. O problema é importante já que se o retorno do menor deve ser decidido em seu próprio interesse, é certo que quando está integrado em um novo ambiente, o seu retorno só deveria acontecer sob uma análise do fundo do direito de guarda, o que

que nos situaría fuera del objetivo convencional. Ahora bien, las dificultades que encuentra cualquier intento de traducir el criterio de la integración del menor en una norma objetiva han llevado a la fijación de un plazo, tal vez arbitrario, pero que constituye la respuesta "menos mala" a las preocupaciones expresadas en este punto.

108 Con el planteamiento adoptado, ha sido preciso afrontar una pluralidad de cuestiones: *en primer lugar*, el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo; *en segundo lugar*, la extensión del plazo y, *en tercer lugar*, el momento de expiración del plazo. En lo referente al primer punto, es decir la determinación del momento en el que empieza a correr el plazo, el artículo hace alusión al traslado o no retorno ilícitos; la concreción de la fecha decisiva en caso de retención debe ser entendida como la fecha en la que el menor hubiese tenido que ser devuelto al titular de derecho de custodia o en la que éste negó su consentimiento a una extensión de la estancia del menor en otro lugar distinto del de su residencia habitual. En segundo término, la consagración del plazo único de un año, abstracción hecha de las dificultades encontradas en cuanto a la localización del menor, constituye una mejora sustancial del sistema previsto en el artículo 11 del anteproyecto elaborado por la Comisión especial. En efecto, de esta manera, se ha clarificado la aplicación del Convenio al eliminar las dificultades inherentes a la prueba de los problemas suscitados por la localización del menor. En tercer lugar, en lo que se refiere al *terminus ad quem*, el artículo consagra el momento de la presentación de la demanda, en lugar de la fecha de la resolución, ya que el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio.

En resumen, cada vez que las circunstancias que acabamos de analizar se dan en un caso específico, las autoridades judiciales o administrativas deben ordenar el retorno inmediato del menor, a menos que comprueben la existencia de una de las excepciones previstas en el propio Convenio.

109 El apartado segundo obedece a la necesidad, experimentada a lo largo de los trabajos preparatorios⁴¹, de flexibilizar las consecuencias de la adopción de un plazo estricto pasado el cual no sería posible ampararse en el Convenio. La solución finalmente adoptada⁴² amplía sensiblemente el ámbito de aplicación del Convenio al consagrar, durante un período indefinido, una verdadera obligación de devolver al menor. En cualquier caso, no se puede ignorar que dicha obligación desaparece si se llega a probar que "el menor ha quedado

⁴¹ Véase Informe de la Comisión especial N° 92.

⁴² Véanse Doc. Trab. N° 25 (Propuesta de la delegación de la República Federal de Alemania) y Actas Nos. 7 y 10.

nos situaria fora do objetivo convencional. Contudo, as dificuldades que encontra qualquer intenção de traduzir o critério da integração do menor em uma norma objetiva têm levado a fixação de um prazo, talvez arbitrário, mas que constitui a resposta "menos ruim" as preocupações expressas neste ponto.

108 Com a formulação adotada, foi necessário afrontar uma pluralidade de questões: *em primeiro lugar*, o momento a partir do qual inicia a computar o prazo; *em segundo lugar*, a extensão do prazo e, *em terceiro lugar*, o momento de expiração do prazo. No que se refere ao primeiro ponto, ou seja, a determinação do momento em que começa a decorrer o prazo, o artigo faz alusão a transferência ou não retorno ilícitos; a concretização da data decisiva em caso de retenção deve ser entendida como a data em que o menor deveria ter sido devolvido ao titular do direito de guarda ou em que este negou o seu consentimento a uma extensão da estadia do menor em outro lugar distinto da sua residência habitual. Em segundo lugar, a consagração do prazo único de um ano, abstração feita pelas dificuldades encontradas em relação a localização do menor, constituem uma melhoria substancial do sistema previsto no artigo 11 do anteprojeto elaborado pela Comissão especial. De fato, desta maneira, se esclareceu a aplicação da Convenção ao eliminar as dificuldades inerentes a prova dos problemas suscitados pela localização do menor. Em terceiro lugar, no que se refere ao *terminus ad quem*, o artigo consagra o momento de apresentação da demanda, ao invés da data da resolução, já que o possível atraso da ação das autoridades competentes não deve prejudicar os interesses das partes amparadas pela Convenção.

Em resumo, cada vez mais as circunstâncias que acabamos de analisar se dão em um caso específico, as autoridades judiciais ou administrativas que devem ordenar o retorno imediato do menor, a menos que comprovem a existência de uma das exceções previstas na própria Convenção.

109 O segundo parágrafo obedece a necessidade, experimentada ao longo dos trabalhos preparatórios⁴¹, de flexibilizar as consequências da adoção de um prazo restrito passado o qual não seria possível se amparar na Convenção. A solução finalmente adotada⁴² amplia sensivelmente o âmbito de aplicação da Convenção ao consagrar, durante um período indefinido, uma verdadeira obrigação de devolver o menor. Em todo caso, não se pode ignorar que esta obrigação desaparece se se chega a provar que "a criança já se encontra integrada no seu novo

⁴¹ Ver Relatório da Comissão especial n. 92.

⁴² Ver Doc. Trab. N. 25 (Proposta da delegação da República Federal da Alemanha) e Atas n. 7 e 10

integrado en su nuevo medio". La disposición no precisa en absoluto quién debe probar este extremo; no obstante, parece lógico pensar que esa tarea le corresponde al secuestrador o a la persona que se opone al retorno del menor, sin perjuicio del poder de apreciación de las autoridades internas al respecto. En cualquier caso, la prueba o la comprobación del nuevo arraigo del menor abre la puerta a la posibilidad de un procedimiento más largo que el previsto en el apartado primero. En definitiva, tanto por estos motivos como porque el retorno tendrá lugar siempre, por la propia naturaleza de las cosas, mucho después de un año de la sustracción, el Convenio no habla en este contexto de restitución "inmediata" sino simplemente de restitución.

110 Un problema común a las dos situaciones analizadas es la determinación del *lugar* donde hay que entregar al menor. A este respecto, el Convenio no aceptó una propuesta en el sentido de que el retorno se haría siempre hacia el Estado de la residencia habitual del menor antes de su traslado. Sin duda alguna, una de las razones subyacentes a la idea de restituir al menor, es la preocupación por evitar que la competencia "natural" de los tribunales del Estado de su residencia se vea escarncada por una vía de hecho; no obstante, la inclusión de semejante precisión en el texto del Convenio hubiese hecho su aplicación innecesariamente rígida. En efecto, no hay que olvidar que lo que se pretende proteger mediante la lucha contra las sustracciones internacionales de menores es su derecho a no ser separados de cierto entorno que, en ocasiones, será fundamentalmente familiar. Ahora bien, si el demandante ya no vive en el Estado de la residencia habitual anterior al traslado, el retorno del menor a dicho Estado plantearía problemas prácticos difíciles de resolver. Así pues, hay que interpretar que el silencio del Convenio al respecto permite que las autoridades del Estado de refugio devuelvan al menor directamente al demandante, con independencia del lugar de su residencia actual.

111 El apartado tercero del artículo 12 introduce una idea totalmente lógica, que responde a preocupaciones de economía procesal, en virtud de la cual las autoridades que entienden de una causa pueden suspender el procedimiento o desestimar la demanda cuando tienen razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado. Los medios por los que estas autoridades pueden llegar a dicha convicción no están recogidos en el artículo; por consiguiente, dependerán del derecho interno del Estado en cuestión.

112 Por último, el *artículo 18* hace constar que nada en este capítulo limita las competencias de la autoridad judicial o administrativa competente para

meio". A disposição não precisa em absoluto quem deve provar este ponto; não obstante, parece lógico pensar que esta tarefa corresponde ao sequestrador ou a pessoa que se opõe ao retorno do menor, sem prejuízo do poder de apreciação das autoridades internas a este respeito. Em todo caso, a prova ou a comprovação do novo enraizamento do menor abre a porta para a possibilidade de um procedimento mais longo que aquele previsto no primeiro parágrafo. Em definitiva, tanto por estes motivos como porque o retorno terá sempre lugar, pela própria natureza das coisas, muito depois de um ano da subtração, a Convenção não fala neste contexto de restituição "imediata", mas simplesmente de restituição.

110 Um problema comum das situações analisadas é a determinação do *lugar* onde se deve entregar o menor. A este respeito, a Convenção não aceitou uma proposta neste sentido de que o retorno se faria sempre ao Estado da residência habitual do menor antes da transferência. Sem dúvida alguma, uma das razões subjacentes a ideia de restituir o menor, é a preocupação de evitar que a competência "natural" dos tribunais do Estado de sua residência se veja escarncada por uma via de fato; não obstante, a inclusão de semelhante precisão no texto da Convenção teria feito a sua aplicação desnecessariamente rígida. De fato, não se deve esquecer que o que se pretende proteger mediante a luta contra as subtrações internacionais de menores é o seu direito a não ser separado de certo contexto que, em certas ocasiões, será fundamentalmente familiar. Contudo, se o demandante já não vive mais no Estado da residência habitual anterior a transferência, o retorno do menor a este Estado criaria problemas práticos difíceis de serem resolvidos. Portanto, se deve interpretar que o silêncio da Convenção a este respeito permite que as autoridades do Estado de refúgio devolvam o menor diretamente ao demandante, com independência do lugar da sua residência atual.

111 O parágrafo terceiro do artigo 12 introduz uma ideia totalmente lógica, que responde as preocupações de economia processual, em virtude da qual as autoridades informadas sobre um caso podem suspender o procedimento ou desestimar a demanda quando tem razões para crer que o menor tenha sido levado a outro Estado. Os meios pelos quais estas autoridades podem chegar a esta convicção não estão recolhidos no artigo; por consequência, dependerão do direito interno do Estado em questão.

112 Por último, o *artigo 18* afirma que nada neste capítulo limita as competências da autoridade judicial ou administrativa competente para ordenar

ordenar el retorno del menor en cualquier momento. Redactada sobre la base del artículo 15 del anteproyecto, esta disposición, que no impone ninguna obligación, subraya el carácter no exhaustivo, complementario, del Convenio. En efecto, esta norma viene a autorizar a las autoridades competentes para que ordenen el retorno del menor amparándose en otras disposiciones más favorables a tal fin. Esto puede producirse, sobre todo, en las situaciones previstas en el apartado segundo del artículo 12, es decir cuando, habiéndose recurrido a la autoridad más de un año después de que se produjera el traslado del menor, el retorno puede ser denegado si el menor se ha integrado en su nuevo entorno social y familiar.

Artículos 13 y 20 - Posibles excepciones a la restitución del menor

113 En la primera parte del presente Informe hemos comentado ampliamente la justificación, el origen y el alcance de las excepciones previstas en los artículos analizados⁴³. Por tanto aquí nos limitaremos a formular algunas consideraciones respecto a su tenor literal. En términos generales, hay que insistir en que las excepciones previstas en los dos artículos en cuestión no son de aplicación automática en el sentido de que no determinan forzosamente el no retorno del menor; por el contrario, la naturaleza misma de estas excepciones estriba en dar a los jueces la posibilidad - no de imponerles la obligación- de denegar dicho retorno en ciertas circunstancias.

114 En cuanto al *artículo 13*, el párrafo introductorio del apartado primero, señala que la carga de la prueba de las circunstancias enunciadas en los subapartados *a* y *b* corresponde a la persona que se opone al retorno del menor, es decir a una persona, institución u organismo que a veces no coincidirá con el secuestrador. Es cierto que la solución elegida se limita a precisar una máxima jurídica, según la cual el que alega un hecho (o un derecho) debe probarlo; no obstante, al adoptar esta óptica, el Convenio ha pretendido equilibrar la posición de la persona desposeída en relación con el secuestrador que, en principio, ha podido elegir la jurisdicción que le convenía.

115 Las excepciones recogidas en la letra *a* responden a que la conducta del presunto titular del derecho de custodia permite dudar de la existencia de un traslado o de una retención ilícitos, según el Convenio. Por una parte, se trata de situaciones en las que el que tenía a su cargo a la persona del menor no ejercía efectivamente el derecho de custodia en el momento del traslado o del no retorno. El Convenio

⁴³ Véanse *supra* Nos. 28 a 35.

o retorno do menor a qualquer momento. Redigida com base no artigo 15 do anteprojeto, esta disposição, que não impõe nenhuma obrigação, enfatiza o caráter não exaustivo, complementar, da Convenção. De fato, esta norma autoriza as autoridades competentes a ordenar o retorno do menor amparando-se em outras disposições mais favoráveis para este fim. Isto pode produzir, sobretudo, nas situações previstas no segundo parágrafo do artigo 12, ou seja, quando, tendo recorrido a autoridade mais de um ano após a ocorrência da transferência do menor, o retorno pode ser negado se o menor se integrou ao novo ambiente social e familiar.

Artigos 13 e 20 - Possíveis exceções para a restituição do menor

113 Na primeira parte do presente Relatório comentamos amplamente a justificação, a origem e o alcance das exceções previstas nos artigos analisados⁴³. Portanto, aqui nos limitaremos a formular algumas considerações sobre o seu teor literal. Em termos gerais, é necessário insistir que as exceções previstas nos artigos em questão não são aplicáveis automaticamente no sentido que não determinam forçosamente a retenção do menor; pelo contrário, a própria natureza destas exceções é de dar aos juízes a possibilidade - não a obrigação - de negar o direito de retorno em certas circunstâncias.

114 Sobre o *artigo 13*, a parte introdutória do parágrafo primeiro, aponta que o ônus probatório das circunstâncias elencadas nas alíneas *a* e *b* corresponde a pessoa que se opõe ao retorno do menor, ou seja, uma pessoa física, instituição ou organismo que as vezes não coincidirá com o sequestrador. É certo que a solução adotada se limita a precisar uma máxima jurídica, segundo a qual quem alega um feito (ou um direito) o deve provar; não obstante, ao adotar esta óptica, a Convenção pretendeu equilibrar a posição da pessoa despossuída em relação ao sequestrador que, por princípio, pôde escolher a jurisdição que o convenia.

115 As exceções contidas na alínea *a* respondem a qual conduta do presunto titular do direito de guarda permite duvidar da existência de uma transferência ou retenção ilícita, segundo a Convenção. Por um lado, se trata de situações nas quais quem era encarregado da pessoa do menor não exercia efetivamente o direito de guarda no momento da transferência ou não retorno. A

⁴³ Veja-se *supra* nos. 28 e 35

no incluye ninguna definición de lo que cabe entender por "ejercicio efectivo" de la custodia, pero la disposición se refiere de forma expresa al cuidado de la persona del menor; así pues, si se compara el texto con el de la definición del derecho de custodia recogida en el artículo 5, se puede llegar a la conclusión de que existe custodia efectiva cuando su titular se encarga del cuidado de la persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles en cada caso concreto (enfermedad, estancia de estudios, etc.). En consecuencia, la determinación del carácter efectivo o no de la custodia de un menor debe decidirse por el juez en cada supuesto.

Por lo demás, si se relaciona este párrafo con la definición de traslado o retención ilícitos del artículo 3, se llega a la conclusión de que la prueba de que la custodia no era efectiva no constituye una excepción a la obligación de entregar al niño, cuando el titular desposeído la custodia, no la ejercía de forma efectiva debido precisamente a la acción del "secuestrador". En efecto, la delimitación de las situaciones protegidas que se contiene en el artículo 3 preside todo el Convenio y ninguno de sus artículos puede interpretarse de manera contradictoria con dicha delimitación.

Por otra parte, la conducta del titular del derecho puede asimismo alterar la calificación de la acción del "secuestrador" en el caso de que hubiese dado su consentimiento o aprobación con posterioridad al traslado, al que se ahora opone. Esta precisión hizo posible la supresión de toda referencia al ejercicio de "buena fe" del derecho de custodia, con lo que se evitó que el Convenio pueda ser utilizado como instrumento de un posible "regateo" entre las partes.

116 Las excepciones previstas en la letra *b* se refieren a situaciones en las que la sustracción internacional de un menor ha tenido realmente lugar pero en las que su retorno sería contrario a su interés, tal y como se entiende en este subapartado. Cada uno de los términos utilizados en la disposición refleja el delicado compromiso alcanzado en el transcurso de los trabajos de la Comisión especial y que se mantuvo sin cambios; por consiguiente, no se pueden deducir, *a contrario*, interpretaciones extensivas del rechazo, durante el Decimocuarto período de sesiones, de propuestas encaminadas a incluir una referencia expresa a la imposibilidad de alegar esta excepción cuando el retorno del menor pudiera perjudicar sus perspectivas económicas o educativas⁴⁴.

117 No hay nada que añadir a los comentarios ya hechos respecto al apartado segundo del presente artículo (especialmente, *supra* n.º 31).

En cuanto al apartado tercero, contiene una

⁴⁴ Véanse Doc. trab. N.º 12 (*Proposal of the United States delegation*) y N.º 42 (*Proposition de la délégation hellénique*), así como el Acta N.º 8.

Convenção não inclui nenhuma definição do que se deve entender por "exercício efetivo" de guarda, porém a disposição se refere de forma expressa aos cuidados com a pessoa do menor; assim, se se compara o texto com o da definição de direito de guarda recolhido no artigo 5, se pode chegar a conclusão de que existe guarda efetiva quando o titular se encarrega dos cuidados da pessoa do menor, incluso se não convivem, por razões plausíveis em cada caso concreto (doença, estadia de estudos, etc...). Por consequência, a determinação do caráter efetivo ou não da guarda de um menor deve ser decidida pelo juiz em cada caso.

Além disso, se se relaciona este parágrafo com a definição de transferência ou retenção ilícitas do artigo 3, se chega a conclusão de que a prova de que a guarda não era efetiva não constitui uma exceção a obrigação de devolver a criança, quando o titular desposseído da guarda, não a exercia de forma efetiva devido a ação do "sequestrador". De fato, a delimitação das situações protegidas que são contidas no artigo 3 preside toda a Convenção e nenhum dos seus artigos podem ser interpretados de maneira contraditória com esta delimitação.

Por outro lado, a conduta do titular do direito pode assim mesmo alterar a classificação da ação do "sequestrador" no caso em que tivesse dado um consentimento ou aprovação posterior a transferência, a qual agora se opõe. Esta precisão possibilitou a supressão de toda referência ao exercício da "boa fé" do direito de guarda, com o qual se evitou que a Convenção pudesse ser utilizada como instrumento de uma possível "barganha" entre as partes.

116 As exceções previstas na alínea *b* se referem a situações nas quais a subtração internacional de um menor realmente aconteceu, porém nas quais o seu retorno seria contrário ao seu interesse, tal e como se compreende neste subparágrafo. Cada um dos termos utilizados na disposição reflete o delicado compromisso alcançado no decorrer dos trabalhos da Comissão especial e que se mantiveram inalterados; por consequência, não se pode deduzir, *a contrario*, interpretações extensivas de rejeição, durante o Décimo quarto período de sessões, de propostas encaminhas para incluir uma referência expressa a impossibilidade de alegar esta exceção quando o retorno do menor puder prejudicar as suas perspectivas econômicas ou educativas⁴⁴.

117 Não existe nada para se acrescentar aos comentários já feitos sobre o segundo parágrafo do presente artigo (especialmente, *supra* n. 31).

Em relação ao terceiro parágrafo, este contém uma

⁴⁴ Veja-se Doc. trab. n. 12 (*Proposal of the United States Delegation*) e n. 42 (*Proposition de la délégation hellénique*), assim como a Ata n. 8.

disposición de carácter muy distinto; se trata, en efecto, de una disposición procesal cuya finalidad es, por una parte, equilibrar la carga de la prueba impuesta a la persona que se opone al retorno del menor y, por otra parte, reforzar la utilidad de las informaciones facilitadas por las autoridades del Estado de la residencia habitual de éste. Tales informaciones, que pueden proceder de la Autoridad central o de cualquier otra autoridad competente, pueden resultar especialmente valiosas para que las autoridades requeridas comprueben la existencia de las circunstancias sobre las que se basan las excepciones previstas en los dos primeros apartados de este artículo.

118 La posibilidad reconocida en el *artículo 20* de no devolver a un menor cuando tal restitución no sea permitida por "los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales", ha sido ubicada de manera significativa en el último artículo del capítulo; de esta forma, se ha querido destacar el carácter claramente excepcional que siempre debe tener su aplicación. En relación con el contenido de esta disposición, nos limitaremos a formular dos observaciones: en primer lugar, aunque su tenor literal recuerda mucho la terminología de los textos internacionales en materia de protección de los derechos humanos, la norma no se refiere a los desarrollos alcanzados en el plano internacional; muy al contrario, sólo se refiere a los principios admitidos en el derecho del Estado requerido, ya sea por vía del derecho internacional general o convencional, ya sea por vía legislativa interna. En consecuencia, para poder denegar un retorno sobre la base de este artículo, será preciso que los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan; no basta con que el retorno sea incompatible, o incluso claramente incompatible, con dichos principios. En segundo lugar, la invocación de tales principios no deberá en ningún caso ser más frecuente ni más fácilmente admitida de lo que lo sería para resolver situaciones puramente internas. Lo contrario sería en sí mismo discriminatorio, es decir opuesto a uno de los principios fundamentales más generalmente reconocido en los derechos internos. Ahora bien, el estudio de la jurisprudencia de los distintos países demuestra que la aplicación por parte del juez de la legislación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales se lleva a cabo con una prudencia que cabe esperar se mantenga respecto a las situaciones internacionales cubiertas por el Convenio.

Artículo 14 - Flexibilización de la prueba del derecho extranjero

119 Dado que el Convenio hace depender el carácter

disposição de carácter muito distinto; se trata, de fato, de uma disposição processual cuja finalidade é, por um lado, equilibrar o ônus da prova imposta a pessoa que se opõe ao retorno do menor e, por outro lado, reforçar a utilidade das informações facilitadas pelas autoridades do Estado de residência habitual deste. Tais informações, que podem proceder da Autoridade central ou de qualquer outra autoridade competente, podem resultar especialmente valiosas para que as autoridades requeridas comprovem a existência das circunstâncias sobre as quais se baseiam as exceções previstas nos primeiros parágrafos deste artigo.

118 A possibilidade reconhecida no *artigo 20* de não devolver um menor quando esta restituição não for permitida pelos "princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais", foi colocada de maneira significativa no último artigo do capítulo; desta forma, se quis destacar o caráter claramente excepcional que sempre deve ter a sua aplicação. Em relação ao conteúdo desta disposição, nos limitaremos a formular duas observações: em primeiro lugar, mesmo que o seu teor literal lembre muito a terminologia dos textos internacionais em matéria de direitos humanos, a norma não se refere ao progresso alcançado no plano internacional; muito pelo contrário, somente se refere aos princípios admitidos no direito do Estado requerido, seja por via do direito internacional geral ou convencional, seja por via da legislação interna. Por consequência, para poder negar um retorno em base a este artigo, será preciso que os princípios fundamentais na matéria aceitos pelo Estado requerido não o permitam; não basta que o retorno seja incompatível, ou mesmo claramente incompatível, com tais princípios. Em segundo lugar, a invocação de tais princípios não deverá em nenhum caso ser mais frequente nem mais facilmente admitida do que seria para resolver situações puramente internas. O contrário seria por si mesmo discriminatório, ou seja, oposto a um dos princípios fundamentais mais geralmente reconhecidos nos direitos internos. Contudo, o estudo da jurisprudência dos distintos países demonstra que a aplicação por parte do juiz da legislação relativa aos direitos humanos e liberdades fundamentais se pratica com uma prudência que se espera seja mantida em relação as situações internacionais abrangidas pela Convenção.

Artigo 14 - Flexibilização da prova do direito estrangeiro

119 Dado que a Convenção fez depender o carácter

ilícito de un traslado de menores de que se haya producido violando el ejercicio efectivo de un derecho de custodia atribuido por el derecho de la residencia habitual del menor en cuestión, es obvio que las autoridades del Estado requerido deberán tener en cuenta dicho derecho para decidir sobre su retorno. En este sentido, la disposición incluida en el artículo 13 del anteproyecto⁴⁵ según la cual dichas autoridades "tendrán en cuenta" el derecho de la residencia habitual del menor, podía considerarse superflua. No obstante, la disposición destacaba por una parte que no se trataba de aplicar un derecho sino de utilizarlo como instrumento en la apreciación de la conducta de las partes; de otra parte, en la medida en que era aplicable a las resoluciones que podían servir de fundamento al derecho de custodia violado, hacía que el Convenio apareciese como una especie de *lex specialis*, en virtud de la cual las resoluciones en cuestión tendrían en el Estado requerido un efecto indirecto que no podía estar condicionado por la obtención de un exequátur o de cualquier otra modalidad de reconocimiento de las resoluciones extranjeras.

Dado que el primer aspecto resultaba forzosamente de otras disposiciones convencionales, el contenido actual del artículo 14 sólo se ocupa del segundo. El artículo se presenta, pues, como una disposición facultativa relativa a la prueba del derecho de la residencia habitual del niño, en virtud de la cual las autoridades competentes "podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas oficialmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables". No es preciso insistir en la importancia práctica que esta norma puede tener para conseguir las decisiones rápidas que están en la base de mecanismo convencional.

Artículo 15 - Posibilidad de solicitar una decisión o una certificación de las autoridades de la residencia habitual del menor

120 Este artículo responde a las dificultades que las autoridades competentes del Estado requerido pueden tener para resolver sobre la demanda de retorno de un menor sin estar seguras de cual sería la aplicación al caso concreto del derecho de su residencia habitual. En tal caso, las autoridades en cuestión pueden solicitar la presentación por parte del demandante de una decisión o una certificación hecha por las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor. Sobre este extremo, sólo haremos dos observaciones. La primera se refiere al carácter no vinculante de la solicitud, en el sentido

⁴⁵ Véase Informe de la Comisión especial, Nos. 102-103.

ilícito de uma transferência de menores com a sua ocorrência em violação ao exercício efetivo de um direito de guarda atribuído pelo direito da residência habitual do menor em questão, é óbvio que as autoridades do Estado requerido deverão levar em consideração este direito para decidir sobre o seu retorno. Neste sentido, a disposição incluída no artigo 13 do anteprojeto⁴⁵ segundo o qual estas autoridades "deverão tomar em consideração" o direito da residência habitual do menor, poderia se considerar supérflua. Não obstante, a disposição destacada por um lado não se tratava de aplicar um direito, mas de utilizá-lo como instrumento na apreciação da conduta das partes; por outro lado, na medida em que eram aplicáveis às resoluções que poderiam servir de fundamento do direito de guarda violado, faria com que a Convenção parecesse como uma espécie de *lex specialis*, em virtude da qual as resoluções em questão teriam no Estado requerido um efeito indireto que não poderia estar condicionado a obtenção de um exequatur ou de qualquer outra modalidade de reconhecimento das resoluções estrangeiras.

Dado que o primeiro aspecto resultava forzosamente de outras disposições convencionais, o conteúdo atual do art. 14 só se ocupa do segundo. O artigo se apresenta, pois, como uma disposição facultativa relativa a prova do direito da residência habitual da criança, em virtude do qual as autoridades competentes "poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual do menor sem ter de recorrer a procedimentos específicos para provar a vigência dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis". Não é preciso insistir na importância prática que esta norma pode ter para conseguir as decisões rápidas que estão na base do mecanismo convencional.

Artigo 15 - Possibilidade de solicitar uma decisão ou uma certificação das autoridades da residência habitual do menor

120 Este artigo responde as dificuldades que as autoridades do Estado requerido podem ter para resolver sobre a demanda de retorno de um menor quando não tem certeza sobre qual seria a aplicação ao caso concreto do direito da sua residência habitual. Em tal caso, as autoridades em questão podem solicitar a apresentação por parte do demandante de uma decisão ou certificação feita pelas autoridades do Estado da residência habitual do menor. Sobre este ponto, faremos somente duas observações. A primeira se refere ao caráter não vinculante do pedido, no sentido que o retorno do

⁴⁵ Ver Relatório da Comissão especial, n. 102-103

de que el retorno del menor no puede condicionarse a que se cumpla; en efecto, esta conclusión se impone a la vista tanto del tenor literal del artículo (que habla de "solicitar" y no de "exigir") como de la posibilidad, reconocida por la misma disposición, de que la obtención de los documentos solicitados no sea posible en el Estado de la residencia del menor. Ahora bien, en relación con este último punto, la obligación que el artículo impone a las Autoridades centrales de ayudar al demandante a obtener la decisión o la certificación debe facilitarle la labor dado que la Autoridad central puede expedir una certificación relativa a su derecho en materia de custodia, según el artículo 8f. En segundo lugar, el contenido de la decisión o la certificación debe referirse al carácter ilícito, en el sentido del Convenio, del traslado o del no retorno; en nuestra opinión, esto significa que una u otra deberán pronunciarse sobre los dos elementos previstos en el artículo 3, y constatar por tanto que el traslado ha interrumpido una custodia efectiva y legítima *prima facie*, según el derecho de la residencia habitual del menor.

Artículo 16 - Prohibición de resolver respecto al fondo del derecho de custodia

121 Para facilitar el cumplimiento del objetivo convencional relativo al retorno del menor, este artículo intenta evitar que se tome en el Estado de refugio una resolución sobre el fondo del derecho de custodia. A tal fin, prohíbe a las autoridades competentes de dicho Estado que resuelvan al respecto si son informadas de que el menor afectado ha sido trasladado o retenido de forma ilícita, de acuerdo con el Convenio. Esta prohibición desaparecerá cuando quede probado que no procede devolver al menor, de conformidad con el Convenio, o cuando haya transcurrido un período razonable sin que se haya presentado ninguna demanda en aplicación del Convenio. Las dos circunstancias que pueden poner fin al deber consagrado en este artículo son muy distintas, tanto por su justificación como por sus consecuencias. En efecto, es totalmente lógico prever que la obligación desaparece en cuanto se comprueba que las condiciones para el retorno del menor no se cumplen, ya sea porque las partes han llegado a un acuerdo amistoso, ya sea porque procede estimar una de las excepciones previstas en los artículos 13 y 20; además, en tales casos, la resolución respecto al fondo del derecho de custodia resolverá el litigio de forma definitiva.

En cambio, dado que la "información" que puede justificar una prohibición de resolver, ha de proceder de la presentación de una petición de retorno del menor, directamente por el demandante, o de una comunicación oficial de la Autoridad central del mismo Estado, es difícil imaginar casos en los que la información no irá seguida de una petición y que no

menor não pode ser condicionado ao seu cumprimento; de fato, esta conclusão se impõe observando tanto o teor literal do artigo (que fala de "solicitar" e não de "exigir") como a possibilidade, reconhecida pela mesma disposição, de que a obtenção dos documentos solicitados não seja possível no Estado da residência do menor. Contudo, em relação com este último ponto, a obrigação de que o artigo impõe as Autoridades centrais de ajudar o demandante a obter a decisão ou a certificação deve facilitá-lo no trabalho dado que a Autoridade central pode expedir um certificado relativo ao seu direito em matéria de guarda, segundo o artigo 8f. Em segundo lugar, o conteúdo da decisão ou da certificação deve se referir ao caráter ilícito, no sentido da Convenção, da transferência ou retenção; na nossa opinião, isto significa que uma ou outra deverão se pronunciar sobre os elementos previstos no artigo 3, e constatar portanto que a transferência interrompeu a guarda efetiva e legítima *prima facie*, segundo o direito da residência habitual do menor.

Artigo 16 - Proibição de decidir em relação ao fundo do direito de guarda menor

121 Para facilitar o cumprimento do objetivo convencional relativo ao retorno do menor, este artigo procura evitar que se tome no Estado de refúgio uma resolução sobre o fundo do direito de guarda. Com este fim, proíbe as autoridades competentes deste Estado que decidam a este respeito se são informadas de que o menor afetado foi transferido ou retido de forma ilícita, de acordo com a Convenção. Esta proibição desaparecerá quando estiver provado que não procede devolver o menor, em conformidade com a Convenção, ou quando já tiver transcorrido um período razoável sem que tenha sido apresentada alguma demanda de aplicação da Convenção. As duas circunstâncias que podem pôr fim ao dever consagrado neste capítulo são muito distintas, tanto pela sua justificação quanto pelas suas consequências. De fato, é totalmente lógico prever que a obrigação desaparece quando se comprova que as condições para o retorno do menor não são atendidas, seja porque as partes chegaram a um acordo amistoso, seja porque procede considerar uma das exceções previstas nos artigos 13 e 20; além disso, em tais casos, a resolução em relação ao fundo do direito de guarda resolverá a lide de forma definitiva.

Em contrapartida, já que a "informação" que pode justificar uma proibição de decidir sobre o mérito do caso, deve proceder da apresentação de um pedido de retorno do menor, diretamente pelo demandante, ou pela comunicação oficial da Autoridade central do mesmo Estado, é difícil imaginar casos em que a informação não será seguida por uma petição e que

estén incluidos en la primera hipótesis. Por lo demás, si semejantes situaciones existen, lo ambiguo de la expresión "período razonable" puede llevar a la adopción de una resolución antes del vencimiento del plazo de un año previsto en el artículo 12, apartado primero; en tal supuesto, la resolución adoptada coexistiría con la obligación de devolver al menor de acuerdo con el Convenio, lo que plantearía un problema del que trata el artículo 17.

Artículo 17 - Existencia de una resolución relativa a la custodia en el Estado requerido

122 La génesis de este artículo muestra claramente el objetivo que persigue: la Primera comisión aprobó inicialmente una disposición que daba prioridad absoluta a la aplicación del Convenio, haciendo prevalecer la obligación de devolver al menor sobre cualquier otra resolución relativa a la custodia, dictada o susceptible de ser reconocida en el Estado requerido. Al mismo tiempo, aceptó la posibilidad de una reserva que hubiese permitido denegar dicho retorno cuando éste resultara incompatible con una resolución existente en el Estado de refugio, anterior a la sustracción⁴⁶. El texto actual es pues el resultado de un compromiso con vistas a eliminar una reserva en el Convenio, sin reducir el grado de aceptabilidad del mismo por parte de los Estados⁴⁷. En este sentido, se modificó la disposición original subrayando que no será obstáculo para el retorno del menor la *sola* existencia de una resolución y brindando al juez la posibilidad de tener en cuenta los motivos de dicha resolución para decidir respecto a la demanda de retorno.

123 La solución incluida en el artículo concuerda perfectamente con el objetivo convencional de desanimar a los posibles secuestradores que no podrán proteger su acción ni mediante una resolución "muerta", anterior al traslado pero nunca ejecutada, ni mediante una resolución obtenida posteriormente y que, en la mayoría de los casos, resultará fraudulenta. Por consiguiente, la autoridad competente del Estado requerido deberá considerar la demanda de retorno como prueba de que se ha producido un elemento nuevo que le obliga a cuestionar una resolución no efectiva, o adoptada sobre la base de criterios abusivos de competencia o, aún, que no respeta los derechos de defensa de todas las partes afectadas. Por otra parte, dado que la resolución relativa al retorno del menor no afecta el fondo del derecho de custodia, los motivos de la

⁴⁶ Doc. trab. N.º 53, párrafo 2 (*Proposal of the United Kingdom delegation*), N.º 32, artículo XG (*Proposal of the Netherlands delegation*) y N.º 19 (*Proposal of the Japanese delegation*), así como el Acta N.º 12.

⁴⁷ Véanse Doc. trab. N.º 77 (Propuesta del Presidente, apoyada por el Ponente y por las delegaciones de la República Federal de Alemania, de Australia, de Canadá, de España, de Finlandia, de Francia, de Irlanda, del Reino Unido y de Suiza) y el Acta N.º 17.

não esteja incluído na primeira hipótese. Além disso, se semelhantes situações existem, a ambiguidade da expressão "período razoável" pode chegar a adoção de uma resolução antes do vencimento do prazo de um ano previsto no artigo 12, primeiro parágrafo; sobre tal suposição, a resolução adotada coexistirá com a obrigação de devolver o menor de acordo com a Convenção, o que levantaria um problema do qual trata o artigo 17.

Artigo 17 - Existência de uma resolução relativa a guarda no Estado requerido

122 A gênese deste artigo mostra claramente o objetivo a ser perseguido: a Primeira comissão aprovou inicialmente uma disposição que dava prioridade absoluta a aplicação da Convenção, fazendo prevalecer a obrigação de devolver o menor sobre qualquer outra resolução relativa a guarda, ditada ou suscetível de ser reconhecida no Estado requerido. Ao mesmo tempo, aceitou a possibilidade de uma reserva que permitisse negar este retorno quando este resultasse incompatível com uma resolução existente no Estado de refúgio, anterior a subtração⁴⁶. O texto atual é portanto o resultado de um compromisso com vistas a eliminar uma reserva na Convenção, sem reduzir o grau de aceitação do mesmo por parte dos Estados⁴⁷. Neste sentido, se modificou a disposição original sublinhando que não será obstáculo para o retorno do menor a *mera* existência de uma resolução e brindando ao juiz a possibilidade de levar em conta os motivos desta resolução para decidir em relação a demanda de retorno.

123 A solução incluída no artigo concorda perfeitamente com o objetivo convencional de desanimar os possíveis sequestradores que não poderão proteger a sua ação nem mediante uma resolução "morta", anterior a transferência, mas nunca executada, nem mediante uma resolução obtida posteriormente e que, na maioria dos casos, resultará fraudulenta. Por consequência, a autoridade competente do Estado requerido deverá considerar a demanda de retorno como prova de que se produziu um elemento novo que a obriga a questionar uma resolução não efetiva, ou adotada sobre a base de critérios abusivos de competência ou, ainda, que não respeita os direitos de defesa de todas as partes afetadas. Por outro lado, já que a resolução relativa ao retorno do menor não afeta o fundo do direito de guarda, os motivos da resolução

⁴⁶ Doc. Trab. n. 53, parágrafo 2 (*Proposal of the United Kingdom delegation*), N. 32 artigo GC (*Proposal of the Netherlands delegation*) e N. 19 (*Proposal of the Japanese delegation*), assim como a Ata n. 12.

⁴⁷ Ver Doc. Trab. N. 77 (Proposta do Presidente, apoiada pelo Relator e as delegações da República Federal da Alemanha, da Austrália, do Canadá, da Espanha, da Finlândia, da Irlanda, do Reino Unido e da Suíça) e Ata n. 17.

resolución que pueden ser tenidos en cuenta se limitan a los que afectan a "la aplicación del Convenio". En cuanto a la situación provocada por una resolución dictada por las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor antes de su "sustracción", concediendo la custodia al "secuestrador", normalmente sería resuelta por la aplicación del artículo 3 del Convenio, ya que la existencia del derecho de custodia reclamado debe ser apreciada de conformidad con el derecho de dicho Estado.

Artículo 19 - Alcance de las resoluciones sobre el retorno del menor

124 La presente disposición expresa la idea sobre la que descansa todo el Convenio; de hecho, ya nos hemos ocupado de ella en varias ocasiones a lo largo de este Informe, tanto para justificarla como para comentarla. Este artículo se limita a precisar el alcance del retorno del menor que el Convenio intenta garantizar; un retorno que, para poder ser "inmediato" o "rápido", no debe prejuzgar el fondo del derecho de custodia y que pretende precisamente evitar que una resolución posterior sobre ese derecho pueda ser influenciada por un cambio en las circunstancias, introducido de forma unilateral por una de las partes.

CAPÍTULO IV - DERECHO DE VISITA

Artículo 21

125 Ante todo, es preciso reconocer que el Convenio no trata de establecer una regulación exhaustiva del derecho de visita, algo que sin duda hubiese sobrepasado los objetivos convencionales. En efecto, incluso si la atención prestada al derecho de visita responde a la convicción de que debe ser el corolario normal del derecho de custodia, en relación con las metas del Convenio bastaba con garantizar la cooperación de las Autoridades centrales en lo relativo a su organización o a la protección de su efectivo ejercicio. Por otra parte, el tiempo particularmente corto que le ha dedicado la Primera comisión es tal vez el mejor indicador del alto grado de consenso alcanzado en torno al mismo.

126 Como acabamos de señalar, el artículo descansa en su conjunto sobre la cooperación entre Autoridades centrales. Una propuesta encaminada a introducir, en un nuevo apartado, la competencia exclusiva en materia de derecho de visita de las autoridades y de la ley del Estado de la residencia habitual del menor fue rechazada por una amplia mayoría⁴⁸. Así pues, la organización y protección del ejercicio efectivo del derecho de visita siguen siendo

⁴⁸ Véanse Doc. trab. N° 31 (*Proposal of the Danish delegation*) y Acta N° 13.

que podem ser levados em conta se limitam aqueles que afetam a "aplicação da Convenção". Em relação a situação provocada por uma resolução ditada pelas autoridades do Estado da residência habitual do menor antes da "subtração", concedendo a guarda ao "sequestrador", normalmente seria resultada da aplicação do artigo 3 da Convenção, já que a existência do direito de guarda reclamado deve ser apreciada em conformidade com o direito deste Estado.

Artigo 19 - Alcance das resoluções sobre o retorno do menor

124 A presente disposição expressa a ideia sobre o que repousa toda a Convenção; de fato, já nos ocupamos dela em várias ocasiões ao longo deste Relatório, tanto para justificá-la como para comentá-la. Este artigo se limita a precisar o alcance do retorno do menor que a Convenção procura garantir; um retorno que, para poder ser "imediato" ou "rápido", não deve prejudicar o fundo do direito de guarda e que pretende precisamente evitar que uma resolução posterior sobre este direito possa ser influenciada por uma alteração das circunstâncias, introduzida de forma unilateral por uma das partes.

CAPITULO IV - Direito de visita

Artigo 21

125 Antes de tudo, é preciso reconhecer que a Convenção não trata de estabelecer uma regulamentação exhaustiva do direito de visita, algo que sem dúvida teria ultrapassado os objetivos convencionais. De fato, mesmo que a atenção prestada ao direito de visita responde a convicção de que deve ser o corolário normal do direito de guarda, em relação as metas da Convenção, bastava garantir a cooperação das Autoridades centrais em relação a sua organização ou a proteção do seu exercício efetivo. Por outro lado, o tempo particularmente curto que dedicou a Primeira comissão é talvez o melhor indicador do alto grau de consenso alcançado entorno ao mesmo.

126 Como acabamos de assinalar, o artigo se baseia em seu conjunto sobre a cooperação entre Autoridades centrais. Uma proposta encaminhada a introduzir, em um novo parágrafo, a competência exclusiva em matéria de direito de visita das autoridades e da lei do Estado da residência habitual do menor foi rejeitada por uma ampla maioria⁴⁸. Desta forma, a organização e proteção do exercício efetivo do direito de visita seguem sendo

⁴⁸ Ver Doc. trab. n. 31 (*Proposal of the Danish delegation*) e Ata n. 13

consideradas por el Convenio como una función esencial de las Autoridades centrales. En este sentido, el apartado primero consagra dos puntos importantes: por un lado, la libertad de los particulares para recurrir a la Autoridad central de su elección y, por otro lado, el objeto de la demanda dirigida a la Autoridad central puede ser la organización de un derecho de visita, es decir su establecimiento, o la protección del ejercicio de un derecho de visita ya determinado. Ahora bien, sobre todo cuando la solicitud se refiere a la organización del presunto derecho o cuando su ejercicio se enfrenta a la oposición del titular de la custodia, el recurso a procedimientos legales se impondrá muy a menudo; a tal efecto, el apartado tercero del artículo considera la posibilidad, para las Autoridades centrales, de iniciar o favorecer dichos procedimientos, directamente o mediante intermediarios.

127 Los problemas abordados en el apartado segundo son de carácter muy distinto. Se trata de garantizar el ejercicio pacífico del derecho de visita, sin que ponga en peligro el derecho de custodia. Desde esta perspectiva, la disposición contiene elementos importantes para alcanzar dicho objetivo. En el centro mismo de la solución esbozada, hay que situar, una vez más, la cooperación de las Autoridades centrales, una cooperación que trata tanto de facilitar el ejercicio del derecho de visita, como de garantizar el cumplimiento de cualquier condición a la que dicho ejercicio pudiera estar sujeto.

Entre los medios concretos para garantizar el ejercicio del derecho de visita, el artículo 21 sólo contempla uno, cuando señala que la Autoridad central debe tratar de "eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho"; en especial, dichos obstáculos pueden ser legales o derivados de posibles responsabilidades de tipo penal. El resto se deja a la cooperación entre las Autoridades centrales, considerada como el mejor método para lograr que se cumplan las condiciones impuestas al ejercicio del derecho de visita. En efecto, este cumplimiento constituye para el titular de la custodia la única garantía de que dicho ejercicio no perjudicará sus propios derechos.

128 En cuanto al modo en que las Autoridades centrales vayan a organizar la cooperación con vistas a garantizar el carácter "inocente" del ejercicio de un derecho de visita, el Convenio no da ejemplos que hubiesen podido interpretarse de forma restrictiva. Así pues, a título puramente indicativo, se puede mencionar, como lo hacía el Informe del anteproyecto⁴⁹, que conviene evitar que el menor figure en el pasaporte del titular del derecho de

⁴⁹ Véase Informe de la Comisión especial, N° 110.

consideradas pela Convenção como uma função essencial das Autoridades centrais. Neste sentido, o primeiro parágrafo consagra dois pontos importantes: por um lado, a liberdade dos indivíduos de recorrer a Autoridade central de sua escolha e, por outro lado, o objeto da demanda dirigida a Autoridade central poder ser a organização de um direito de visita, ou seja, o seu estabelecimento, ou a proteção do exercício de um direito de visita já determinado. Portanto, sobretudo quando o pedido se refere a organização do presunto direito ou quando o seu exercício enfrenta a oposição do titular da guarda, o recurso a procedimentos legais será imposto com muita frequência; a tal efeito, o terceiro parágrafo do artigo considera a possibilidade, para as Autoridades centrais, de iniciar a favorecer estes procedimentos, diretamente ou mediante intermediários.

127 Os problemas abordados no segundo parágrafo são de caráter muito distintos. Se trata de garantir o exercício pacífico do direito de visita, sem que se coloque em perigo o direito de guarda. Nesta perspectiva, a disposição contém elementos importantes para alcançar este objetivo. No próprio centro da solução esboçada, é necessário situar, uma vez mais, a cooperação das Autoridades centrais, uma cooperação que trata tanto de facilitar o exercício do direito de visita, como de garantir o cumprimento de qualquer condição a que este direito possa estar sujeito.

Entre os meios concretos para garantir o exercício do direito de visita, o artigo 21 somente contempla um, quando evidencia que a Autoridade central deve tratar de "remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito"; em especial, estes obstáculos podem ser legais ou derivados de possíveis responsabilidades de tipo penal. O resto se deixa à cooperação entre as Autoridades centrais, considerada como o melhor método para lograr o cumprimento das condições impostas ao exercício do direito de visita. De fato, este cumprimento constitui para o titular da guarda a única garantia de que este exercício não prejudicará os próprios direitos.

128 Em relação ao modo com que as Autoridades centrais vão organizar a cooperação com vistas a garantir o caráter "inocente" do exercício de um direito de visita, a Convenção não dá exemplos que poderiam ser interpretados de forma restritiva. Então, a título puramente indicativo, se pode mencionar, como o fazia o Relatório do anteprojeto⁴⁹, que convém evitar que o menor figure no passaporte do titular do direito de visita e que,

⁴⁹ Ver Relatório da Comissão especial, n. 110

visita y que, en caso de visita "transfronteriza", sería bueno que éste se comprometiese ante la Autoridad central del Estado de la residencia habitual del menor a devolverlo en una fecha precisa indicando el o los lugares donde tiene intención de vivir con el menor. Una copia de dicho compromiso sería posteriormente transmitida tanto a la Autoridad central de la residencia habitual del titular del derecho de visita como a la del Estado en el que ha declarado que vivirá con el menor. De este modo se podría conocer en todo momento la localización del niño y poner en marcha el procedimiento para garantizar su retorno, tan pronto como expire el plazo establecido. En cualquier caso, es obvio que ninguna de las medidas propuestas puede, por sí sola, garantizar el ejercicio correcto del derecho de visita; de todos modos no creemos que este Informe pueda ir más allá: las medidas concretas que puedan tomar la Autoridades centrales implicadas dependerán de las circunstancias del caso y de la capacidad de acción reconocida a cada Autoridad central.

CAPITULO V - DISPOSICIONES GENERALES

129 Este capítulo contiene una serie de disposiciones heterogéneas por la materia que tratan, pero que era preciso abordar fuera de los capítulos anteriores. Se trata, por una parte, de ciertas disposiciones procesales comunes a las causas relativas, tanto al retorno del menor, como a la organización del derecho de visita y, por otra parte, de la regulación de los problemas planteados por la aplicación del Convenio en los Estados plurilegislativos, así como de sus relaciones con otros convenios y de su ámbito de aplicación *ratione temporis*.

Artículo 22 - "*Cautio judicatum solvi*"

130 De acuerdo con la clara tendencia favorable a la supresión convencional de las medidas procesales discriminatorias para con los extranjeros, este artículo declara que ninguna fianza, ningún depósito, bajo la denominación que sea, podrá ser impuesto en el contexto del Convenio. El texto merece dos breves comentarios. El primero se refiere al ámbito de aplicación *ratione personae* de la prohibición consagrada; en este punto, la solución elegida es sumamente generosa, tal como lo exigía un convenio construido sobre la idea subyacente de la protección de los menores⁵⁰. En segundo lugar, la fianza o depósito del que los extranjeros quedan exentos son los que, en cada sistema jurídico y bajo distintas denominaciones, tienen por objeto garantizar que

⁵⁰ Véase la construcción más restrictiva que se contiene en el artículo 14 del *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia*. Convenio adoptado también en la Decimocuarta sesión de la Conferencia.

em caso de visita transnacional, seria bom que este se comprometesse perante a Autoridade central do Estado da residência habitual do menor a devolvê-lo em uma data precisa indicando os lugares onde tem intenção de viver com o menor. Uma cópia deste compromisso seria posteriormente transmitida tanto a Autoridade central da residência habitual do titular do direito de visita como aquela do Estado em que declarou que viverá com o menor. Deste modo se poderia conhecer em todo momento a localização da criança e colocar em marcha o procedimento para garantir o seu retorno, assim que expirar o prazo estabelecido. Em qualquer caso, é óbvio que nenhuma das medidas propostas pode, por si só, garantir o correto exercício do direito de visita; em todo caso não acreditamos que este Relatório possa ir mais além: as medidas concretas que podem tomar as Autoridades centrais implicadas dependerão das circunstâncias do caso e da capacidade de ação reconhecida a cada Autoridade central.

CAPITULO V - Disposições gerais

129 Este capítulo contém uma série de disposições heterogêneas pela matéria que tratam, mas que era preciso abordar fora dos capítulos anteriores. Se trata, por um lado, de certas disposições processuais comuns as relativas causas, tanto ao retorno do menor, como a organização do direito de visita e, por outro lado, da regulamentação dos problemas levantados pela aplicação da Convenção nos Estados plurilegislativos, assim como das suas relações com outras convenções e o seu âmbito de aplicação *ratione temporis*.

Artigo 22 - "*Cautio judicatum solvi*"

130 De acordo com a clara tendência favorável a supressão convencional das medidas processuais discriminatórias em relação aos estrangeiros, este artigo declara que nenhuma fiança, nenhum depósito, sob qualquer denominação que for, poderá ser imposta no contexto da Convenção. O texto merece dois breves comentários. O primeiro se refere ao âmbito de aplicação *ratione personae* da proibição consagrada; neste ponto, a solução escolhida é extremamente generosa, assim como o exigia uma convenção construída sobre a ideia subjacente de proteção dos menores⁵⁰. Em segundo lugar, a fiança ou depósito dos quais os estrangeiros ficam isentos é o que, em cada sistema jurídico e sob distintas denominações, tem por objetivo garantir

⁵⁰ Ver a construção mais restrictiva que contém o artigo 14 da *Convenção tendente a facilitar o acesso internacional a justiça*. Convenção adotada também na Decimaquarta sessão da Conferência.

cumplirán el contenido de las resoluciones en cuanto se refiere al pago de los gastos y costas derivados de un juicio. En un afán de coherencia, el artículo precisa que la norma se aplica sólo en relación con los "procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio", evitando una fórmula más amplia que hubiese podido ser interpretada como aplicable, por ejemplo, a los juicios directamente relacionados con la determinación de fondo del derecho de custodia. Por otra parte, se deduce claramente de cuanto antecede que el Convenio no prohíbe que se exijan otras fianzas o depósitos posibles, especialmente las fianzas impuestas con vistas a garantizar el ejercicio correcto de un derecho de visita.

Artículo 23 - Exención de legalización

131 Este artículo reproduce al pie de la letra el texto del artículo paralelo del anteproyecto, que se limitaba a expresar en una disposición separada una idea contenida en todos los Convenios de La Haya en que se encuentra implicada la transmisión de documentos entre los Estados contratantes. De su redacción abierta se deduce que la norma no exime sólo de las "legalizaciones diplomáticas" sino de cualquier otra exigencia de este tipo; no obstante, queda excluida de la disposición la posible exigencia de legalización de las copias o documentos privados, de acuerdo con la ley interna de las autoridades de que se trate.

Artículo 24 - Traducción de documentos

132 En cuanto a las lenguas a utilizar en las relaciones entre Autoridades centrales, el Convenio ha mantenido la solución contenida en el anteproyecto; en virtud de dicha solución, los documentos se remitirán en su lengua original, acompañados de una traducción a alguna de las lenguas oficiales del Estado requerido o, cuando dicha traducción resulte difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés⁵¹. En este punto, por lo demás, el Convenio admite la posibilidad de formular una reserva, de acuerdo con el artículo 42, en virtud de la cual un Estado contratante podrá oponerse a la utilización de una de las lenguas utilizables en sustitución de las lenguas oficiales; evidentemente, la reserva no podrá excluir la utilización de las dos lenguas previstas a tal fin. Por último, hay que subrayar, por una parte que el sistema establecido pretende ser un sistema de facilidad *mínimo*, que puede ser mejorado por otros convenios que excluyan entre los Estados partes cualquier exigencia de traducción, y por otra, que sólo se refiere a las comunicaciones entre

⁵¹ Una solución parcialmente diferente se consagra en el artículo 7 del *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia*, citado *supra*.

que cumram o conteúdo das resoluções naquilo que se refere ao pagamento dos gastos e custos derivados de um juízo. Em um desejo de coerência, o artigo precisa que a norma se aplica somente em relação aos "procedimentos processos judiciais ou administrativos previstos na presente Convenção", evitando uma fórmula mais ampla que poderia ser interpretada como aplicável, por exemplo, aos juízos diretamente relacionados com a determinação do fundo do direito de guarda. Por outro lado, se deduz claramente do exposto que a Convenção não proíbe que se exijam outras fianças ou depósitos possíveis, especialmente as fianças impostas com vistas a garantir o exercício correto de um direito de visita.

Artigo 23 - Isenção de legalização

131 Este artigo reproduz ao pé da letra o texto do artigo paralelo do anteprojeto, que se limitava a expressar em uma disposição separada uma ideia contida em todas as Convenções da Haia em que se encontra implicada a transmissão de documentos entre Estados contratantes. Da sua formulação aberta se deduz que a norma não exime somente as "legalizações diplomáticas", mas qualquer outra exigência deste tipo; não obstante, resta excluída a disposição de uma possível exigência de legalização das cópias ou documentos privados, de acordo com a lei interna das autoridades que os trate.

Artigo 24 - Tradução de documentos

132 Em relação as línguas a serem utilizadas nas relações entre as Autoridades centrais, a Convenção manteve a solução contida no anteprojeto; em virtude desta solução os documentos serão remetidos na sua língua original, acompanhados de uma tradução em alguma das línguas oficiais do Estado requerido ou, quando esta tradução resultar difícilmente realizável, de uma tradução em francês ou inglês⁵¹. Neste ponto, além disso, a Convenção admite a possibilidade de formular uma reserva, de acordo com o artigo 42, em virtude da qual o Estado contratante poderá opor-se a utilização de uma das línguas utilizáveis em substituição as línguas oficiais; evidentemente, a reserva não poderá excluir a utilização das duas línguas previstas para tal fim. Por último, se deve ressaltar, por um lado que o sistema estabelecido pretende ser um sistema de facilitação *mínimo*, que pode ser melhorado por outras convenções que excluam entre os Estados partes qualquer exigência de tradução, e por outro lado, que só se refira as comunicações entre Autoridades centrais. Em consequência, as demandas e os demais

⁵¹ Uma solução parcialmente diferente se consagra no artigo 7 da *Convenção tendente a facilitar o acesso internacional a justiça*, citado *supra*.

Autoridades centrales. En consecuencia, las demandas y los demás documentos remitidos a las autoridades judiciales o administrativas internas deberán cumplir las normas impuestas por la ley de cada Estado en materia de traducción.

Artículo 25 - Asistencia judicial y jurídica

133 La disposición amplía el ámbito de asistencia jurídica en una doble perspectiva: por un lado, mediante la inclusión entre los eventuales beneficiarios, junto a los nacionales de los Estados partes, a las personas que tengan su residencia habitual en estos Estados y, por otro lado, mediante la ampliación de la asistencia prevista al asesoramiento jurídico, un aspecto que no siempre está cubierto por los distintos sistemas estatales de asistencia judicial⁵².

Artículo 26 - Gastos derivados de la aplicación del Convenio

134 El principio expresado en el apartado primero, según el cual cada Autoridad central asumirá sus propios gastos en la aplicación del Convenio, no encontró oposición. Implica ante todo que una Autoridad central no puede reclamar tales gastos de otra Autoridad central. La determinación de cuáles sean los gastos previstos, dependerá de los servicios realmente ofrecidos por cada Autoridad central, de acuerdo con las posibilidades de acción que le reconozca la ley interna del Estado de que se trate.

135 En contraste con la facilidad con que se aceptó el contenido del apartado primero, el apartado segundo se refiere a uno de los puntos más controvertidos en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones y que se resolvió finalmente mediante la aceptación de la reserva que figura en el apartado tercero de este mismo artículo. En efecto, sólo se pudo poner fin a la controversia entre las delegaciones que querían garantizar al demandante la gratuidad total en la aplicación del Convenio (incluida la exención de los gastos y costas no cubiertos por el sistema de asistencia judicial y jurídica que podrían resultar de un juicio o, eventualmente, de los gastos causados por la participación de un abogado), y las delegaciones favorables a la solución contraria contemplada en el anteproyecto⁵³, incluyendo una reserva en favor de las segundas. La razón es que, dado que los distintos criterios tenían sus raíces en la estructura de los sistemas jurídicos implicados, cualquier intento de hacer prevalecer en términos absolutos una postura

⁵² Véanse en un sentido similar, los artículos 1 y 2 del *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia*, citado *supra*.

⁵³ Artículo 22, apartado 2a del anteproyecto elaborado por la Comisión especial.

documentos remetidos as autoridades judiciais ou administrativas internas deverão cumprir as normas impostas pela lei de cada Estado em matéria de tradução.

Artigo 25 - Assistência judicial e jurídica

133 A disposição amplia o âmbito de assistência jurídica em uma dupla perspectiva: por um lado, mediante a inclusão entre os eventuais beneficiários, junto com os cidadãos dos Estados partes, as pessoas que tenham a sua residência habitual nestes Estados e, por outro lado, mediante a ampliação da assistência prevista ao assessoramento jurídico, um aspecto que não sempre está coberto pelos distintos sistemas estatais de assistência judicial⁵².

Artigo 26 - Gastos derivados da aplicação da Convenção

134 O princípio expresso no parágrafo primeiro, segundo o qual cada Autoridade central assumirá os seus próprios gastos na aplicação da Convenção, não encontrou oposição. Implica antes de tudo que uma Autoridade central não pode reclamar tais gastos de outra Autoridade central. A determinação de quais são os gastos previstos, dependerá dos serviços realmente oferecidos por cada Autoridade central, de acordo com as possibilidades de ação que reconheça a lei interna do Estado do qual se trata.

135 Em contraste com a facilidade com que se aceitou o conteúdo do parágrafo primeiro, o parágrafo segundo se refere a um dos pontos mais controversos do decorrer do Décimo quarto período de sessões e que se resolveu finalmente mediante a aceitação da reserva que figura no parágrafo terceiro deste mesmo artigo. De fato, somente foi possível pôr fim a controvérsia entre as delegações que queriam garantir ao demandante a gratuidade total da aplicação da Convenção (incluindo a extensão dos gastos e custos não cobertos pelo sistema de assistência judicial e jurídica que poderiam resultar de um juízo ou, eventualmente, dos gastos causados pela participação de um advogado), e as delegações favoráveis a solução contrária contemplada no anteprojeto⁵³, incluindo uma reserva em favor das segundas. A razão é que, dado que os distintos critérios tinham as suas raízes na estrutura dos sistemas jurídicos implicados, qualquer intenção de fazer prevalecer em termos absolutos uma postura respeito outra, teria levado a exclusão *a priori* da

⁵² Ver em um sentido similar, os artigos 1 e 2 da *Convenção sobre o acesso internacional a justiça*, citado *supra*.

⁵³ Artigo 22, parágrafo 2a do anteprojeto elaborado pela Comissão especial

respecto a otra, hubiese llevado a la exclusión *a priori* del Convenio de cierto número de Estados, un resultado que nadie deseaba⁵⁴. En cambio, el acuerdo fue total en lo que se refiere a la norma incluida en la última frase del apartado segundo, que autoriza a las Autoridades centrales a "exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor".

136 El apartado cuarto incluye una disposición de carácter totalmente distinto, en virtud de la cual las autoridades competentes internas pueden trasladar al "secuestrador" o a la persona que impide el ejercicio de un derecho de visita, el pago de ciertos gastos desembolsados por el demandante o en su nombre, especialmente "los gastos de viajes, todos los costes o pagos efectuados para localizar al menor, las costas de la representación judicial del demandante y los gastos de la restitución del menor". No obstante, dado que se trata de una norma simplemente facultativa que respeta el poder de apreciación de los tribunales en cada caso, su alcance parece ser sobre todo simbólico, como eventual elemento de disuasión de conductas contrarias a los objetivos convencionales.

Artículo 27 - Posibilidad de rechazar una solicitud

137 El sentido común indica que no se puede obligar a las Autoridades centrales a aceptar las solicitudes que se sitúen fuera del ámbito de aplicación del Convenio o que carezcan claramente de fundamento. En esos casos, la única obligación de las Autoridades centrales consiste en comunicar "inmediatamente al solicitante de los motivos de su decisión o a la Autoridad central por conducto de la cual se haya presentado la demanda, según el caso". Esto significa que el rechazo de una solicitud puede realizarse tanto por la Autoridad central directamente requerida por el solicitante, como por una Autoridad central requerida originalmente por otra Autoridad central.

Artículo 28 - Poder para actuar exigido por la Autoridad central

138 La disposición contenida en este artículo no es más que otra manifestación del punto de vista adoptado por el Convenio en todo lo relativo a la organización y las competencias de las Autoridades centrales. Dado que se quiere evitar que los Estados tengan que modificar su derecho para poder aceptarla, el Convenio tiene en cuenta el hecho de que, según el derecho de varios Estados miembros

⁵⁴ Véanse Doc. trab. Nos. 51 y 61 (Propuestas de la delegación belga) y Nos. 57 y 67 (Propuestas de las delegaciones de los Estados Unidos, del Canadá y de los Países Bajos), así como las Actas Nos. 11 y 14.

Convenção em um certo número de Estados, um resultado que ninguém desejava⁵⁴. Em contrapartida, o acordo foi total no que se refere a norma incluída na última frase do segundo parágrafo, que autoriza as Autoridades centrais a "exigir o pagamento das despesas ocasionadas pelo retorno da criança".

136 O quarto parágrafo inclui uma disposição de caráter totalmente distinto, em virtude da qual as autoridades competentes internas podem transferir ao "sequestrador" ou a pessoa que impede o exercício do direito de visita, o pagamento de certos gastos desembolsados pelo demandante ou em seu nome, especialmente "as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança". Não obstante, já que se trata de uma norma simplesmente facultativa que respeita o poder de apreciação dos tribunais em cada caso, o seu alcance parece ser sobretudo simbólico, como eventual elemento de dissuasão de condutas contrárias aos objetivos convencionais.

Artigo 27 - Possibilidade de negar um pedido

137 O sentido comum indica que não se pode obrigar as Autoridade centrais a aceitar as solicitações que se situem fora do âmbito de aplicação da Convenção ou que carecem claramente de fundamento. Nestes casos, a única obrigação das Autoridades centrais consiste em comunicar "de imediato o requerente ou, se for o caso, a Autoridade Central que haja remetido o pedido das suas razões". Isto significa que a rejeição de um pedido pode ocorrer tanto pela Autoridade central diretamente requerida pelo solicitante, como por uma Autoridade central originariamente requerida por outra Autoridade central.

Artigo 28 - Poder de agir exigido pela Autoridade central

138 A disposição contida neste artigo não é mais que outra manifestação do ponto de vista adotado pela Convenção em tudo aquilo que é relativo a organização e as competências das Autoridades centrais. Dado que se quer evitar que os Estados tenham que modificar o seu direito para poder aceitá-la, a Convenção leva em conta o fato que, segundo o direito de vários Estados membros da

⁵⁴ Ver Doc. trab. N. 51 e 61 (Proposta da delegação Belga) e Nos. 57 e 67 (Proposta das delegações dos Estados Unidos, Canada e Países Baixos), assim como as Atas n. 11 e 14

de la Conferencia, la Autoridad central podrá necesitar una autorización del solicitante. De hecho, el "formulario modelo" introduce, como ejemplo de documento eventualmente incorporado a la solicitud de retorno del menor (nota al n.º IX), una referencia al "poder para actuar otorgado a la Autoridad central"; ahora bien, tal poder deberá adjuntarse, cada vez que una Autoridad central lo exija, a los elementos previstos en el artículo 8 y a las solicitudes presentadas en aplicación del artículo 21.

Artículo 29 - Acceso directo a las autoridades internas competentes

139 El Convenio no trata de establecer un sistema exclusivo entre los Estados contratantes para lograr el retorno de los menores. Por el contrario, se presenta como un instrumento complementario con la finalidad de ayudar a las personas cuyo derecho de custodia o de visita ha sido violado. Por consiguiente, dichas personas pueden optar entre recurrir a las Autoridades centrales - es decir de utilizar los mecanismos propios del Convenio- o elegir la vía de la acción directa ante las autoridades competentes en materia de custodia y de visita del Estado en el que se encuentra el menor. En el segundo caso, es decir cuando las personas afectadas optan por recurrir directamente a las autoridades en cuestión, pueden incluso realizar una segunda elección e introducir su petición "en aplicación o no de las disposiciones del presente Convenio". En este último caso, es claro que las autoridades no estarán obligadas a aplicar las disposiciones del Convenio, a menos que el Estado las haya convertido en normas internas de acuerdo con el artículo 2 del Convenio.

Artículo 30 - Admisibilidad de los documentos

140 Mediante esta disposición, el Convenio ha pretendido resolver el problema existente en ciertos Estados miembros de la Conferencia en cuanto a la admisibilidad de los documentos. Así pues, se trata simplemente de facilitar la admisión por parte de las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes de las demandas presentadas directamente o por mediación de una Autoridad central, así como de los documentos que puedan unirse o ser facilitados por las Autoridades centrales. En efecto, no se debe interpretar este artículo como incluyendo una norma sobre el valor de prueba que haya que reconocer a dichos documentos: tal problema está totalmente fuera del ámbito convencional⁵⁵.

Artículos 31 a 33 - La aplicación del Convenio en relación con los Estados plurilegislativos

⁵⁵ Véanse artículo 26 del anteproyecto, Doc. trab. N.º 49 (*Proposal of the United States delegation*) y Acta N.º 11.

Conferência, a Autoridade central poderá necessitar de uma autorização do solicitante. De fato, o "formulário modelo" introduz, como exemplo de documento eventualmente incorporado ao pedido de retorno do menor (nota ao n.º IX), uma referência ao "poder para atuar outorgado à Autoridade central"; contudo, tal poder deverá se juntar, cada vez que uma Autoridade central o exigir, aos elementos previstos no artigo 8 e as solicitações apresentadas em aplicação do artigo 21.

Artigo 29 - Acesso direto as autoridades internas competentes

139 A Convenção não trata de estabelecer um sistema exclusivo entre os Estados contratantes para lograr o retorno dos menores. Pelo contrário, se apresenta como um instrumento complementar com a finalidade de ajudar as pessoas cujo direito de guarda ou de visita foi violado. Por consequência, estas pessoas podem optar entre recorrer as Autoridades centrais - ou seja, utilizar os mecanismos próprios da Convenção - ou eleger a via de ação direta perante as autoridades competentes em matéria de guarda e de visita do Estado em que se encontra o menor. No segundo caso, ou seja, quando as pessoas afetadas optam por recorrer diretamente as autoridades em questão, podem também realizar uma segunda eleição e introduzir a sua petição "ao abrigo ou não das disposições da presente Convenção". Neste último caso, é claro que as autoridades não estarão obrigadas a aplicar as disposições da Convenção, a menos que o Estado as tenha convertido em normas internas de acordo com o artigo 2 da Convenção.

Artigo 30 - Admissibilidade dos documentos

140 Mediante esta disposição, a Convenção pretendeu resolver o problema existente em certos Estados membros da Conferência em relação a admissibilidade dos documentos. Portanto, se trata simplesmente de facilitar a admissão por parte das autoridades judiciais ou administrativas dos Estados contratantes das demandas apresentadas diretamente ou por mediação de uma Autoridade central, assim como dos documentos que podem ser unidos ou facilitados pelas Autoridades centrais. De fato, não se deve interpretar este artigo como incluindo uma norma sobre o valor de prova que se deve reconhecer a estes documentos: tal problema está totalmente fora do âmbito convencional⁵⁵.

Artigo 31 a 33 - A aplicação da Convenção em relação com os Estados plurilegislativos

⁵⁵ Ver artigo 25 do anteprojeto, Doc. trab. n. 49 (*Proposal of the United States delegation*) e Ata n. 11.

141 Estos tres artículos regulan la aplicación del Convenio en relación con los Estados que cuentan con sistemas jurídicos no unificados. A semejanza de los últimos convenios elaborados por la Conferencia de la Haya, se hace una distinción entre los Estados con varios sistemas de derecho de aplicación territorial y los Estados que cuentan con varios sistemas de derecho aplicables a distintas categorías de personas. Concretamente, las soluciones elegidas se inspiran en las adoptadas en los convenios elaborados en el transcurso del Decimotercer período de sesiones de la Conferencia⁵⁶.

En lo que se refiere al primer grupo de Estados, el artículo 31 señala cómo hay que entender, por una parte, la referencia a la residencia habitual del menor y, por otra, la referencia al derecho del Estado de tal residencia. En cuanto al segundo grupo de Estados, el artículo 32 confía la determinación del derecho que hay que tener en cuenta a las normas vigentes en cada Estado.

Por último, respecto al contenido de estos dos artículos, es preciso señalar que su interés no se limita a los Estados directamente contemplados; en efecto, las normas en cuestión deberán ser tenidas en cuenta por cualquier Estado contratante en sus relaciones con ellos, por ejemplo cada vez que un menor sea trasladado de uno de tales Estados a otro Estado, tenga o no un sistema de derecho unificado.

142 Por otra parte, el artículo 33 delimita los casos en los que los Estados plurilegislativos están obligados a aplicar el Convenio, excluyendo las situaciones en las que un Estado que tenga un sistema de derecho unificado no estuviese obligado a hacerlo. En resumidas cuentas, este artículo se limita a declarar que el Convenio sólo es aplicable en las relaciones internacionales, al tiempo que califica como relaciones internas todas aquellas que tienen lugar dentro de un Estado, sea o no plurilegislativo.

Artículo 34 - Relaciones con otros convenios

143 Este artículo ya se ha comentado en la primera parte del presente Informe (nº 39 y 40).

Artículo 35 - Ambito de aplicación *ratione temporis* del Convenio

144 En el transcurso del Decimocuarto período de sesiones se propusieron varias soluciones a la cuestión de determinar si el Convenio debía aplicarse a las sustracciones que se hubiesen producido entre dos Estados contratantes con anterioridad a su entrada en vigor, o sólo a aquellas que hubiesen tenido lugar con posterioridad a dicha

⁵⁶ Véase, en particular, el Informe del Sr. von Overbeck sobre el Convenio sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales. *Actes et documents de la Trizième session*, tomo II, p. 374 y ss.

141 Estes três artigos regulamentam a aplicação da Convenção em relação aos Estados que possuem sistema jurídicos não unificados. Semelhante as últimas convenções elaboradas pela Conferência da Haia, se faz uma distinção entre os Estados com vários sistemas de direito de aplicação territorial e os Estados que possuem vários sistemas de direito aplicáveis a distintas categorias de pessoas. Concretamente, as soluções elegidas se inspiram naquelas adotadas nas convenções elaboradas no decorrer do Décimo terceiro período de sessões da Conferência⁵⁶.

No que se refere ao primeiro grupo de Estados, o artigo 31 assinala como se deve entender, por um lado, a referência a residência habitual do menor e, por outro lado, a referência ao direito do Estado de tal residência. Em relação ao segundo grupo de Estados, o artigo 32 confia a determinação do direito que se deve levar em conta as normas vigentes em cada Estado.

Por último, em relação ao conteúdo destes dois artigos, é preciso assinalar que o seu interesse não se limita aos Estados diretamente contemplados; de fato, as normas em questão deveriam ser levadas em conta por qualquer Estado contratante em suas relações com estes, por exemplo, cada vez que um menor for transferido de um desses Estados a outro Estado, tendo ou não um sistema de direito unificado.

142 Por outro lado, o artigo 33 delimita os casos em que os Estados plurilegislativos estão obrigados a aplicar a Convenção, excluindo as situações nas quais um Estado que possui um sistema de direito unificado não estivesse obrigado a fazê-lo. Em resumo, este artigo se limita a declarar que a Convenção só é aplicável nas relações internacionais, ao passo que qualifica como relações internas todas aquelas que tem lugar dentro de um Estado, sendo ou não plurilegislativo.

Artigo 34 - Relações com outras convenções

143 Este artigo já foi comentado na primeira parte do presente Relatório (n. 39 e 40).

Artigo 35 - Âmbito de aplicação *ratione temporis* da Convenção

144 No decorrer do Décimo quarto período de sessões foram propostas várias soluções a questão de determinar se a Convenção deveria ser aplicada as subtrações que tivessem ocorrido entre os Estados contratantes anteriormente a sua entrada em vigor ou somente aquelas que tivessem acontecido depois desta data. A primeira era sem

⁵⁶ Ver, em particular, o Relatório do Sr. von Overbeck sobre a Convenção sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais. *Actes et documents de la Trizième session*, ponto II, p. 374 e ss.

fecha. La primera era sin duda la más generosa, puesto que preveía la aplicación del Convenio a cualquier "sustracción", independientemente del momento en que se hubiera realizado⁵⁷. No obstante, esta decisión fue seguida más tarde de la aceptación de la posibilidad, para cualquier Estado contratante, de hacer una declaración a fin de limitar la aplicación del Convenio a las "sustracciones" que se hubieran producido con posterioridad a su entrada en vigor en ese Estado⁵⁸. De este modo, la situación quedaba muy abierta, a la vez que se reconocía a cada Estado la posibilidad de limitar la aplicación del Convenio, si lo estimaba necesario. Ahora bien, resulta claro que la existencia de declaraciones de este tipo en el contexto de un convenio de aplicación marcadamente bilateral planteaba problemas técnicos. Para resolverlos, la primera Comisión se pronunció finalmente en favor de la solución contraria a la adoptada en primer lugar, es decir en favor de la solución más restrictiva. Así pues, ésta es la que aparece en el artículo 35, según el cual el Convenio sólo se aplica entre los Estados contratantes "en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor entre esos Estados"⁵⁹. Por otra parte, del conjunto de las disposiciones convencionales (y en particular del artículo 12, apartado 2), cabe deducir que no existe límite alguno para iniciar el procedimiento siempre que el menor no haya cumplido los dieciséis años, de conformidad con el artículo 4. En efecto, el inicio del procedimiento con posterioridad a la expiración del período de un año previsto en el apartado primero del artículo 12 no hace más que matizar la obligación de hacer volver al menor, admitiendo que tal obligación no existe cuando se comprueba que el menor se ha integrado en su nuevo entorno.

145 La disposición tiene sin duda el mérito de ser clara. No obstante, no se puede ignorar que su aplicación está destinada a frustrar las expectativas legítimas de algunos particulares afectados. Ahora bien, dado que en definitiva se trata de una restricción a la obligación de devolver al niño, nada se opone a que dos o varios Estados acuerden entre ellos derogarla de conformidad con el artículo 36, es decir que se pongan de acuerdo para aplicar el Convenio de forma retroactiva.

Por lo demás, la disposición sólo se refiere a las disposiciones convencionales relacionadas con el retorno del menor. En efecto, la regulación convencional del derecho de visita sólo se puede

dúvida a mais generosa, posto que previa a aplicação da Convenção a qualquer "subtração", independentemente do momento em que tivesse sido realizada⁵⁷. Não obstante, esta decisão foi seguida mais tarde da aceitação da possibilidade, para qualquer Estado contratante, de fazer uma declaração a fim de limitar a aplicação da Convenção às "subtrações" que ocorreram posteriormente a sua entrada em vigor neste Estado⁵⁸. Deste modo, a situação ficava muito aberta, uma vez que se reconhecia a cada Estado a possibilidade de limitar a aplicação da Convenção, se o estimasse necessário. Contudo, resulta claro que a existência de declarações deste tipo no contexto de uma convenção de aplicação marcadamente bilateral levanta problemas técnicos. Para resolvê-los, a primeira Comissão se pronunciou finalmente em favor da solução contrária aquela adotada em primeiro lugar, ou seja, em favor da solução mais restritiva. Assim, está é aquela que aparece no artigo 35, segundo a qual a Convenção só se aplica aos Estados contratantes "apenas às transferências ou às retenções ilícitas ocorridas após sua entrada em vigor nesses Estados"⁵⁹. Por outro lado, do conjunto das disposições convencionais (e em particular do artigo 12, parágrafo 2), cabe deduzir que não existe algum limite para iniciar o procedimento sempre que o menor não tenha completado dezesseis anos, em conformidade com o artigo 4. De fato, o início do processo posterior a data de expiração do período de um ano previsto no primeiro parágrafo do artigo 12 não faz que qualificar a obrigação de fazer voltar o menor, admitindo que esta obrigação não existe quando comprova que o menor já se integrou ao seu novo meio.

145 A disposição tem sem dúvida o mérito de ser clara. Não obstante, não se pode ignorar que a sua aplicação está destinada a frustrar as expectativas legítimas de alguns indivíduos afetados. Contudo, dado que em definitiva se trata de uma restrição a obrigação de devolver a criança, nada se opõe ao fato que os vários Estados concordem entre eles de derogá-la em conformidade com o artigo 36, ou seja, que entrem em acordo para aplicar a Convenção de forma retroativa.

Além disso, a disposição se refere somente as disposições convencionais relacionadas com o retorno do menor. De fato, a regulamentação convencional do direito de visita só pode ser alegada,

⁵⁷ Véanse Doc. trab. N^o 53 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) y Acta N^o 13.

⁵⁸ Véanse Doc. trab. N^o 68 (Propuesta de la delegación del Canadá) y Acta N^o 15.

⁵⁹ Véanse Doc. trab. N^o 81 (Propuesta del Presidente con el apoyo de las delegaciones de Austria, República Federal de Alemania, Suiza y el Reino Unido) y el Acta N^o 18. Una propuesta verbal de la Ponente, en el sentido de extender el Convenio a las situaciones nacidas en el año anterior a su entrada en vigor, no fue adoptada.

⁵⁷ Ver Doc. trab. N.53 (*Proposal of the United Kingdom delegation*) e Ata n. 13.

⁵⁸ Ver Doc. trab. n. 68 (Proposta da delegação do Canada) e Ata n. 15.

⁵⁹ Ver Doc. trab. n. 81 (Proposta do Presidente com o apoio das delegações da Áustria, República Federal da Alemanha, Suíça e Reino Unido) e a ata n. 18. Uma proposta verbal da Relatora, no sentido de estender a Convenção as situações nascidas no ano anterior a sua entrada em vigor, não foi adotada.

alegar, por la propia naturaleza de las cosas, en relación con una denegación de su ejercicio que se haya producido o siga produciéndose con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio.

Artículo 36 - Posibilidad de limitar convencionalmente las restricciones al retorno del menor

146 De acuerdo con los principios generales en los que se inspira el Convenio y sobre la base de la experiencia de otros Convenios de la Conferencia de La Haya⁶⁰, este artículo admite la posibilidad de que dos o varios Estados contratantes acuerden derogar en sus relaciones mutuas las disposiciones del Convenio que puedan implicar restricciones al retorno de los menores, especialmente las contempladas en los artículos 13 y 20. Esto demuestra, por una parte, el carácter de compromiso de ciertas disposiciones convencionales y la posibilidad de adoptar criterios más favorables al objetivo principal del Convenio en las relaciones entre Estados de concepciones jurídicas muy homogéneas y, por otra parte, como ya se ha señalado en varias ocasiones a lo largo del presente Informe, que el Convenio no está inspirado por ninguna idea de exclusividad en su ámbito de aplicación. Si tales convenios complementarios se celebran, habría que evitar un eventual efecto negativo, temido por ciertas delegaciones: el de que fuera del ámbito de aplicación geográficamente restringido de tales acuerdos, los Estados partes tengan la tentación de hacer una interpretación amplia de las restricciones incluidas en este Convenio, debilitando su alcance⁶¹.

CAPITULO VI - CLAUSULAS FINALES

147 Las cláusulas contenidas en los artículos 37 a 45 del Convenio están redactadas de conformidad con las disposiciones adoptadas en los últimos períodos de sesiones de la Conferencia de la Haya. Así pues, no es necesario proceder a su comentario detallado, por lo que nos limitaremos a formular algunas breves observaciones sobre las mismas.

La primera se refiere a la adaptación de las cláusulas finales a la decisión adoptada en relación con la apertura condicionada del Convenio a Estados no miembros de la Conferencia. Dado que este punto ya se ha abordado anteriormente⁶², basta con señalar aquí que el carácter semi-cerrado del Convenio procede del mecanismo de la declaración de aceptación por los Estados partes y no de la

⁶⁰ Por ejemplo el *Convenio relativo al procedimiento civil, de 1 de marzo de 1954*.

⁶¹ Véanse, en relación con este artículo, los Doc. trab. N? 70 (Propuesta de las delegaciones belga, francesa y luxemburguesa) y N? 80 (*Proposal of the United States delegation*), así como las Actas Nos. 15 y 18.

⁶² Véase *supra* N? 42.

pela própria natureza das coisas, em relação a uma negação do seu exercício que se produziu ou continua se produzindo posteriormente a entrada em vigor de Convenção.

Artigo 36 - Possibilidade de limitar convencionalmente as restrições ao retorno do menor

146 De acordo com os princípios gerais dos quais se inspira a Convenção e sobre a base da experiência de outras Convenções da Conferência da Haia⁶⁰, este artigo admite a possibilidade de que os vários Estados contratantes acordem derogar nas suas relações mutuas as disposições da Convenção que poderiam implicar restrições ao retorno dos menores, especialmente aquelas contempladas no artigo 13 e 20. Isto demonstra, por um lado, o caráter de compromisso de certas disposições convencionais e a possibilidade de adotar critérios mais favoráveis ao objetivo principal da Convenção nas relações entre Estados de concepções jurídicas muito homogêneas e, por outro lado, como já foi assinalado em várias ocasiões ao longo do presente Relatório, que a Convenção não está inspirada por nenhuma ideia de exclusividade em seu âmbito de aplicação. Se tais convenções complementares se celebram, teria que evitar um eventual efeito negativo, temido por certas delegações: o de que fora do âmbito de aplicação geograficamente restringido de tais acordos, os Estados partes tenham a tentação de fazer uma interpretação ampla de mais restrições incluídas nesta Convenção, debilitando o seu alcance⁶¹.

CAPITULO VI - CLAUSULAS FINAIS

147 As cláusulas contidas nos artigos 37 a 45 da Convenção estão escritas em conformidade com as disposições adotadas nos últimos períodos das sessões da Conferência da Haia. Não é necessário proceder com um comentário detalhado, por isso nos limitaremos a formular algumas breves observações sobre as mesmas.

A primeira se refere a adaptação das cláusulas finais a decisão adotada em relação a abertura condicionada da Convenção a Estados não membros da Conferência. Dado que este ponto já se abordou anteriormente⁶², é suficiente assinalar aqui que o caráter semifechado da Convenção procede do mecanismo da declaração de aceitação pelos Estados partes e não da existência de restrições impostas aos

⁶⁰ Por exemplo, a Convenção relativa ao procedimento civil, de 1 de março de 1954.

⁶¹ Ver, em relação a este artigo, os Doc. trab. n. 70 (Proposta das delegações belga, francesa e luxemburguesa) e n. 80 (*Proposal of the United States delegaton*), assim como as atas n. 15 e 18.

⁶² Ver *supra* n. 42

existencia de restricciones impuestas a los Estados que pueden adherirse (artículo 38).

148 En cuanto al "grado" de aceptación del Convenio por los Estados que tienen dos o varias unidades territoriales en las que se aplican sistemas de derecho distintos a las materias regidas por el Convenio, el artículo 40 prevé que tales Estados podrán declarar - en el momento de la firma, de la ratificación, de la aceptación, de la aprobación o de la adhesión- que el Convenio se aplica a todas o sólo a algunas de las unidades territoriales en cuestión. Dicha declaración podrá ser ampliada en todo momento por otra declaración. Por el contrario, una modificación de la declaración encaminada a restringir la aplicación del Convenio debería ser considerada como una denuncia parcial, de conformidad con el artículo 44, apartado 3. Según el artículo 39, la misma solución se aplica para los territorios representados en el plano internacional por ciertos Estados; en efecto, aunque tales situaciones estén llamadas a desaparecer como consecuencia lógica de la aplicación progresiva del principio que proclama el derecho de los pueblos a la autodeterminación, la Conferencia ha considerado deseable mantener una cláusula que aún puede resultar útil.

149 Por último, conviene decir unas palabras respecto al artículo 41, dado que la disposición es totalmente nueva en un Convenio de la Haya: se introdujo, al igual, por lo demás, que en el otro Convenio aprobado en el curso del Decimocuarto período de sesiones, es decir el *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia*, a petición expresa de la delegación australiana. La finalidad de este artículo es precisar que la ratificación del Convenio por un Estado no afectará a la distribución interna de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo entre sus autoridades.

La cosa parece evidente y así es cómo hay que entender la intervención del jefe de la delegación canadiense durante los debates de la Cuarta comisión donde se decidió la introducción de esta disposición en los dos Convenios (véase Acta n.º 4 de la Sesión plenaria); la delegación canadiense, expresando abiertamente la opinión de gran número de delegaciones, estimaba inútil la introducción de este artículo en ambos Convenios. No obstante, el artículo 41 se adoptó en gran medida para dar satisfacción a la delegación australiana, para la que la ausencia de dicha disposición parecía plantear una dificultad constitucional insuperable.

150 En cuanto al problema de las reservas, el Convenio sólo permite las previstas en los artículos 24 y 26. No se admitirá ninguna otra reserva. Por otra parte, el artículo 42 señala, como es habitual, que un Estado podrá "retirar, en cualquier momento,

Estados que podem aderi-la (artigo 38).

148 Sobre o "grau" de aceitação da Convenção pelos Estados que tem duas ou várias unidades territoriais nas quais se aplicam sistemas de direito distintos as matérias regidas pela Convenção, o artigo 40 prevê que tais Estados possam declarar - no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão - que a Convenção se aplica a todos ou só a algumas das unidades territoriais em questão. Esta declaração poderá ser ampliada a qualquer momento por outra declaração. Em contrapartida, uma modificação da declaração encaminhada para restringir a aplicação da Convenção deveria ser considerada como uma denúncia parcial, em conformidade com o artigo 44, parágrafo 3. Segundo o artigo 39, a mesma solução se aplica para os territórios representados no plano internacional por certos Estados; de fato, mesmo que tais situações estejam condenadas a desaparecer como consequência lógica da aplicação progressiva do princípio que proclama o direito dos povos a autodeterminação, a Conferência considerou desejável manter uma cláusula que ainda pode resultar útil.

149 Por último, convém dizer umas palavras a respeito do artigo 41, dado que a disposição é totalmente nova em uma Convenção da Haia: se introduziu, assim como em outra Convenção aprovada no curso do Décimo quarto período de sessões, ou seja, a *Convenção sobre o acesso internacional a justiça*, o pedido expresso da delegação australiana. A finalidade deste artigo é precisar que a ratificação da Convenção por um Estado não afetará a distribuição interna dos poderes executivos, judiciais e legislativos entre suas autoridades.

A coisa parece evidente e assim o é como se deve entender a intervenção do chefe da delegação canadense durante os debates da Quarta comissão onde se decidiu a introdução desta disposição nas duas Convenções (ver ata n.º 4 da Sessão plenária); a delegação canadense, expressando abertamente a opinião de um grande número de delegações, estimava útil a introdução deste artigo em ambas Convenções. Não obstante, o artigo 41 foi adotado em grande parte para satisfazer a delegação australiana, porque a ausência de tal disposição parecia levantar uma dificuldade constitucional insuperável.

150 Em relação ao problema das reservas, a Convenção só permite aquelas previstas nos artigos 24 e 26. Não se admitirá nenhuma outra reserva. Por outro lado, o artigo 42 assinala, como é habitual, que um Estado poderá "a qualquer momento, modificar

una reserva que hubiera formulado".

151 Por último, conviene subrayar la especial importancia de la obligación de notificación asumida por el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de Holanda (artículo 45), en el marco de un convenio como éste, especialmente si se considera el papel que juegan las declaraciones de aceptación de las posibles adhesiones.

Madrid, abril de 1981
ELISA PÉREZ-VERA

essa declaração apresentando outra em substituição".

151 Por último, convém sublinhar a especial importância da obrigação de notificação assumida pelo Ministério das Relações Exteriores do Reino da Holanda (artigo 45), no âmbito de um acordo como este, especialmente se se considera o papel que jogam as declarações de aceitação das possíveis adesões.

Madrid, abril de 1981
ELISA PÉREZ-VERA

APÊNDICE A

Decreto n. 3413/2000

Promulgação da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

DECRETO Nº 3.413, DE 14 DE ABRIL DE 2000.

Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças foi concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o ato multilateral em epígrafe por meio do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999;

Considerando que o ato em tela entrou em vigor internacional em 1º de dezembro de 1983;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Adesão da referida Convenção em 19 de outubro de 1999, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 1º de janeiro de 2000;

DECRETA :

Art. 1º A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial, apensa por cópia a este Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 14 de abril de 2000; 179ª da Independência e 112ª da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Luiz Felipe Lampreia

Este texto não substitui o publicado no D.O. de 17.4.2000

Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

Os Estados signatários da presente Convenção,

Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda;

Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita;

Decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições:

Capítulo 1
Âmbito da Convenção

Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

- a. assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
- b. fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Artigo 2

Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.

Artigo 3

A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

- a. tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e
- b. esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

Artigo 4

A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezoito anos.

Artigo 5

Nos termos da presente Convenção:

- a. o "direito de guarda" compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;
- b. o "direito de visita" compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.

Capítulo II Autoridades Centrais

Artigo 6

Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção.

Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado.

Artigo 7

As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.

Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

- a. localizar uma criança transferida ou retida ilícitamente;
- b. evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
- c. assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
- d. proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança;
- e. fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
- f. dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retomo da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;
- g. acordar ou facilitar, conforme às circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;
- h. assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;
- i. manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.

Capítulo III Retorno da Criança

Artigo 8

Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança.

O pedido deve conter:

- a. informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribui a transferência ou a retenção da criança;
- b. caso possível, a data de nascimento da criança;
- c. os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retomo da criança;
- d. todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança.
- e. O pedido pode ser acompanhado ou complementado por:
- f. cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante;
- g. atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria;
- h. qualquer outro documento considerado relevante.

Artigo 9

Quando a Autoridade Central que recebeu o pedido mencionado no Artigo 8 tiver razões para acreditar que a criança se encontra em outro Estado Contratante, deverá transmitir o pedido, diretamente e sem demora, à Autoridade Central desse Estado Contratante e disso informará a Autoridade Central requerente ou, se for caso, o próprio requerente.

Artigo 10

A Autoridade Central do Estado onde a criança se encontrar deverá tomar ou fazer com que se tomem todas as medidas apropriadas para assegurar a entrega voluntária da mesma.

Artigo 11

As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retomo da criança.

Se a respectiva autoridade judicial ou administrativa não tiver tomado uma decisão no prazo de 6 semanas a contar da data em que o pedido lhe foi apresentado, o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido, por sua própria iniciativa ou a pedido da Autoridade Central do Estado requerente, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora. Se for a Autoridade Central do Estado requerido a receber a resposta, esta autoridade deverá transmiti-la à Autoridade Central do Estado requerente ou, se for o caso, ao próprio requerente.

Artigo 12

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retomo da criança.

Artigo 13

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:

- a. que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b. que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

Artigo 14

Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.

Artigo 15

As autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante podem, antes de ordenar o retorno da criança, solicitar a produção pelo requerente de decisão ou de atestado passado pelas autoridades do Estado de residência habitual da criança comprovando que a transferência ou retenção deu-se de forma ilícita nos termos do Artigo 3º da Convenção, desde que essa decisão ou atestado possam ser obtidas no referido Estado. As autoridades centrais dos Estados Contratantes deverão, na medida do possível, auxiliar os requerentes a obter tal decisão ou atestado.

Artigo 16

Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.

Artigo 17

O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção.

Artigo 18

As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento.

Artigo 19

Qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente Convenção, não afetam os fundamentos do direito de guarda.

Artigo 20

O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Capítulo IV Direito de Visita

Artigo 21

O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retomo da criança.

Às Autoridades Centrais, incumbe, de acordo com os deveres de cooperação previstos no Artigo 7, promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito. As autoridades centrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito.

As Autoridades Centrais podem, diretamente ou por meio de intermediários, iniciar ou favorecer o procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito.

Capítulo V Disposições Gerais

Artigo 22

Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja a sua denominação, poderá ser imposta para garantir o pagamento de custos e despesas relativas aos processos judiciais ou administrativos previstos na presente Convenção.

Artigo 23

Nenhuma legalização ou formalidade similar serão exigíveis no contexto da presente Convenção.

Artigo 24

Os pedidos, comunicações e outros documentos serão enviados na língua original à Autoridade Central do Estado requerido e acompanhados de uma tradução na língua oficial, ou numa das línguas oficiais, desse Estado, ou, quando tal tradução for dificilmente realizável, de uma tradução em francês ou inglês.

No entanto, um Estado Contratante poderá, fazendo a reserva prevista no Artigo 42, opor-se à utilização seja do francês, seja do inglês, mas não de ambos, em todo pedido, comunicação ou outro documento enviado à respectiva Autoridade Central.

Artigo 25

Os nacionais de um Estado Contratante e as pessoas que habitualmente residam nesse Estado terão direito, em tudo o que esteja relacionado à aplicação da presente Convenção, à assistência judiciária e jurídica em qualquer outro Estado Contratante, nas mesmas condições dos nacionais desse outro Estado e das pessoas que nele habitualmente residam.

Artigo 26

Cada Autoridade Central deverá arcar com os custos resultantes da aplicação da Convenção.

A Autoridade Central e os outros serviços públicos dos Estados Contratantes não deverão exigir o pagamento de custas pela apresentação de pedidos feitos nos termos da presente Convenção. Não poderão, em especial, exigir do requerente o pagamento de custos e despesas relacionadas ao processo ou, eventualmente, decorrentes da participação de advogado ou de consultor jurídico. No entanto, poderão exigir o pagamento das despesas ocasionadas pelo retorno da criança.

Todavia, qualquer Estado Contratante poderá, ao fazer a reserva prevista no Artigo 42, declarar que não se obriga ao pagamento dos encargos previstos no parágrafo anterior, referentes à participação de advogado ou de consultor jurídico ou ao pagamento dos custos judiciais, exceto se esses encargos puderem ser cobertos pelo seu sistema de assistência judiciária e jurídica.

Ao ordenar o retomo da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas podem, caso necessário, impor à pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de visita o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança.

Artigo 27

Quando for constatado que as condições exigidas pela presente Convenção não se encontram preenchidas ou que o pedido não tem fundamento, a Autoridade Central não será obrigada a recebê-lo. Nesse caso, a Autoridade Central informará de imediato o requerente ou, se for o caso, a Autoridade Central que haja remetido o pedido das suas razões.

Artigo 28

A Autoridade Central poderá exigir que o pedido seja acompanhado de uma autorização escrita dando-lhe poderes para agir em nome do requerente ou para nomear um representante habilitado a agir em seu nome.

Artigo 29

A Convenção não impedirá qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue ter havido violação do direito de guarda ou de visita, nos termos dos Artigos 3 ou 21, de dirigir-se diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados Contratantes, ao abrigo ou não das disposições da presente Convenção.

Artigo 30

Todo o pedido apresentado às autoridades centrais ou diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante nos termos da presente Convenção, bem como qualquer documento ou informação a ele anexado ou fornecido por uma Autoridade Central, deverá ser admissível para os tribunais ou para as autoridades administrativas dos Estados Contratantes.

Artigo 31

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou mais sistemas de direito aplicáveis em diferentes unidades territoriais:

- a. qualquer referência à residência habitual nesse Estado significa residência habitual numa unidade territorial desse Estado;
- b. qualquer referência à lei do Estado de residência habitual corresponde à lei da unidade territorial onde a criança tenha a sua residência habitual.

Artigo 32

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou vários sistemas de direito aplicáveis a diferentes categorias de pessoas, qualquer referência à lei desse Estado corresponderá a referência ao sistema legal definido pelo direito deste Estado.

Artigo 33

Um Estado no qual diferentes unidades territoriais tenham as suas próprias regras de direito em matéria de guarda de crianças não será obrigado a aplicar a presente Convenção nos casos em que outro Estado com um sistema de direito unificado não esteja obrigado a aplicá-la.

Artigo 34

Nas matérias às quais se aplique a presente Convenção, esta prevalecerá sobre a Convenção de 5 de outubro de 1961 Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de menores, no caso dos Estados Partes a ambas Convenções. Por outro lado, a presente Convenção não impedirá que outro instrumento internacional em vigor entre o Estado de origem e o Estado requerido ou que o direito não convencional do Estado requerido sejam invocados para obter o retorno de uma criança que tenha sido ilicitamente transferida ou retida, ou para organizar o direito de visita.

Artigo 35

Nos Estados Contratantes, a presente Convenção aplica-se apenas às transferências ou às retenções ilícitas ocorridas após sua entrada em vigor nesses Estados.

Caso tenham sido feitas as declarações previstas nos Artigos 39 ou 40, a referência a um Estado Contratante feita no parágrafo anterior corresponderá a referência à unidade ou às unidades territoriais às quais a Convenção se aplica.

Artigo 36

Nenhuma disposição da presente Convenção impedirá que dois ou mais Estados Contratantes, com o objetivo de reduzir as restrições a que poderia estar sujeito o retomo da criança, estabeleçam entre si um acordo para derrogar as disposições que possam implicar tais restrições.

Capítulo VI Cláusulas Finais

Artigo 37

A Convenção é aberta a assinatura dos Estados que eram membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado quando de sua 14^o sessão.

A Convenção será ratificada, aceita ou aprovada e os instrumentos de ratificação, de aceitação ou de aprovação serão depositados junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

Artigo 38

Qualquer outro Estado poderá aderir à Convenção.

O instrumento de adesão será depositado junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

A Convenção entrará em vigor, para o Estado aderente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito de seu instrumento de adesão.

A adesão apenas produzirá efeito nas relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que tenham declarado aceitar essa adesão. Esta declaração deverá ser igualmente feita por qualquer Estado membro que ratifique, aceite ou aprove a Convenção após tal adesão. Esta declaração será depositada junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, que, por via diplomática, enviará uma cópia autenticada a cada um dos Estados Contratantes.

A Convenção entrará em vigor entre o Estado aderente e o Estado que tenha declarado aceitar essa adesão no primeiro dia do terceiro mês após o depósito da declaração de aceitação.

Artigo 39

Qualquer Estado poderá, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, declarar que a Convenção será aplicável ao conjunto dos territórios que internacionalmente representa ou apenas a um ou mais deles. Essa declaração produzirá efeito no momento em que a Convenção entrar em vigor para esse Estado.

Tal declaração, bem como qualquer extensão posterior, será notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

Artigo 40

O Estado Contratante que compreenda duas ou mais unidades territoriais nas quais sejam aplicáveis diferentes sistemas de direito em relação às matérias reguladas pela presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, que a presente Convenção deverá aplicar-se a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais delas, e poderá, a qualquer momento, modificar essa declaração apresentando outra em substituição.

Tais declarações serão notificadas ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, e mencionando expressamente as unidades territoriais às quais a Convenção será aplicável.

Artigo 41

Quando o Estado Contratante possua um sistema de Governo em virtude do qual os poderes executivo, judiciário e legislativo sejam partilhados entre autoridades centrais e outras autoridades desse Estado, a assinatura, ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou adesão a esta, ou a declaração feita nos termos do Artigo 40, não trarão qualquer consequência quanto à partilha interna de poderes nesse Estado.

Artigo 42

Todo Estado Contratante poderá, até o momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou quando de uma declaração feita nos termos dos Artigos 39 ou 40, fazer uma ou ambas reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo. Nenhuma outra reserva será admitida.

Qualquer Estado poderá, a qualquer momento, retirar uma reserva que haja feito. A retirada deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

O efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês após a notificação mencionada no parágrafo anterior.

Artigo 43

A Convenção entrará em vigor no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão previsto nos Artigos 37º e 38º.

Em seguida, a Convenção entrará em vigor:

1. para cada Estado que a ratifique, aceite, aprove ou a ela adira posteriormente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do respectivo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.
2. Para os territórios ou unidades territoriais onde a Convenção tenha sido tornada extensiva nos termos dos Artigos 39º ou 40º, no primeiro dia do terceiro mês após a notificação prevista nesses Artigos.

Artigo 44

A Convenção terá uma duração de cinco anos a partir da data da sua entrada em vigor, em conformidade com o primeiro parágrafo do Artigo 43, mesmo para os Estados que a tenham ratificado, aceito, aprovado ou a ela aderido posteriormente.

A Convenção será tacitamente renovada de cinco em cinco anos, salvo denuncia.

A denuncia deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos pelo menos 6 meses antes de expirar-se o período de cinco anos. A denúncia poderá limitar-se a certos territórios ou unidades territoriais onde a Convenção vigore.

A denuncia só produzirá efeito em relação ao Estado que a tenha notificado. A Convenção permanecerá em vigor para os outros Estados Contratantes.

Artigo 45

O Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos notificará os membros da Conferência, bem como os Estados que a ela tenham aderido em conformidade com as disposições contidas no Artigo 38º:

1. das assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações referidas no Artigo 37;
2. das adesões referidas no Artigo 38;
3. da data em que a Convenção entrará em vigor, de acordo com o Artigo 43;
4. das extensões referidas no Artigo 39;
5. das declarações mencionadas nos Artigos 38 e 40;
6. das reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo, e das retiradas de reservas previstas no Artigo 42;
7. das denúncias referidas no Artigo 44.

Em fé do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados, assinaram a presente Convenção.

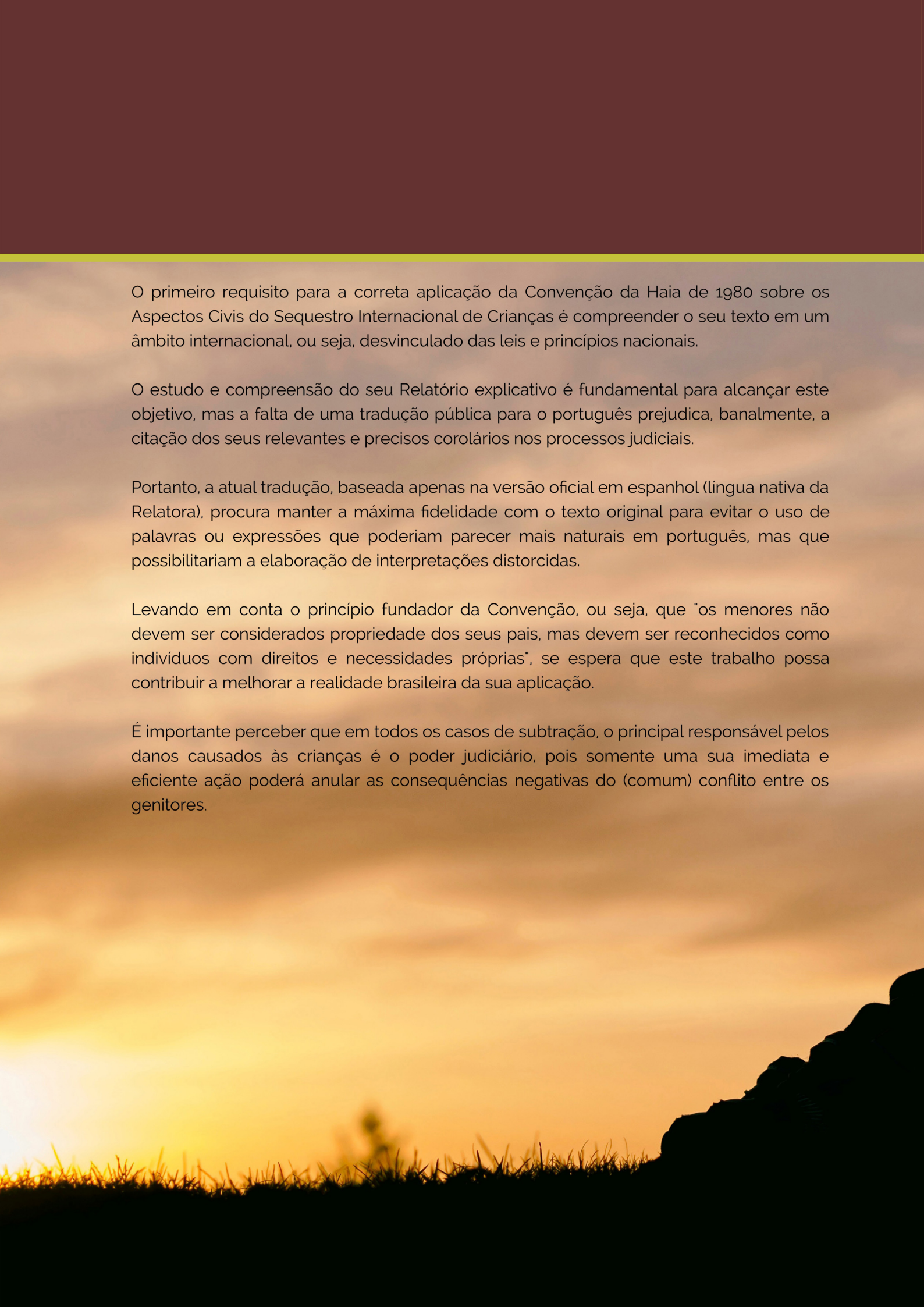
Feita na Haia, em 25 de outubro de 1980, em francês e em inglês, sendo ambos os textos igualmente originais, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Governo do Reino dos Países Baixos e do qual será remetida, por via diplomática, uma cópia certificada conforme a cada um dos Estados Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado à data da sua 14ª Sessão.

ÍNDICE

Introdução	1
I <i>Conclusão dos trabalhos da Conferência da Haia sobre o direito internacional privado</i>	1
II <i>Objetivos e estrutura do presente Relatório</i>	2
PRIMEIRA PARTE - CARACTERÍSTICAS GERAIS DA CONVENÇÃO	3
I OBJETO DA CONVENÇÃO	4
A <i>Delimitação do tema</i>	4
B <i>Os objetivos da Convenção</i>	5
C <i>Importância dada ao interesse do menor</i>	7
D <i>Exceções a obrigação de garantir o retorno imediato dos menores</i>	10
II A NATUREZA DA CONVENÇÃO	13
A <i>Uma convenção de cooperação entre autoridades</i>	13
B <i>Caráter autônomo da Convenção</i>	14
C <i>Relação com outras Convenções</i>	15
D <i>Abertura da Convenção aos Estados não membros da Conferência da Haia</i>	16
III INSTRUMENTOS DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO	16
A <i>As autoridades centrais</i>	16
B <i>O formulário modelo</i>	19
IV ESTRUTURA E TERMINOLOGIA	21
A <i>A estrutura da Convenção</i>	21
B <i>Terminologia utilizada pela Convenção</i>	22
SEGUNDA PARTE - COMENTÁRIO AOS ARTIGOS DA CONVENÇÃO	22
CAPÍTULO I - Âmbito de aplicação da Convenção	22
Artigo 1 - <i>Os objetivos da Convenção</i>	23
a <i>Observações gerais</i>	23
b <i>Letra a</i>	23
c <i>Letra b</i>	24
Artigo 2 - <i>Obrigação geral dos Estados contratantes</i>	25
Artigo 3 - <i>O caráter ilícito de uma transferência ou de uma retenção</i>	26
a <i>Observações gerais</i>	26
b <i>O elemento jurídico</i>	26
c <i>O elemento de direito</i>	31
Artigo 4 - <i>Âmbito de aplicação racione personae</i>	33
a <i>Os menores protegidos</i>	33
b <i>Os titulares dos direitos de guarda e de visita</i>	35
c <i>Os possíveis "sequestradores"</i>	35
Artigo 5 - <i>Certas expressões utilizadas na Convenção</i>	36
CAPÍTULO II - AUTORIDADES CENTRAIS	37
Artigo 6 - <i>Criação das Autoridades centrais</i>	37
Artigo 7 - <i>Obrigações das Autoridades Centrais</i>	38
CAPÍTULO III - RESTITUIÇÃO DO MENOR	41
Artigo 8 - <i>O acesso as Autoridades centrais</i>	41
Artigo 9 - <i>Transmissão da demanda a Autoridade central do Estado onde se encontra o menor</i>	43
Artigo 10 - <i>A restituição voluntária do menor</i>	44
Artigo 11 - <i>A utilização de procedimentos de urgência pelas autoridades judiciais ou administrativas</i>	44
Artigo 12 e 18 - <i>Obrigação de restituir o menor</i>	45
Artigos 13 e 20 - <i>Possíveis exceções para a restituição do menor</i>	48
Artigo 14 - <i>Flexibilização da prova do direito estrangeiro</i>	50
Artigo 15 - <i>Possibilidade de solicitar uma decisão ou uma certificação das autoridades da residência habitual do menor</i>	51
Artigo 16 - <i>Proibição de decidir em relação ao fundo do direito de guarda menor</i>	52
Artigo 17 - <i>Existência de uma resolução relativa a guarda no Estado requerido</i>	53
Artigo 19 - <i>Alcance das resoluções sobre o retorno do menor</i>	54
CAPÍTULO IV - Direito de visita	54
Artigo 21	54
CAPÍTULO V - Disposições gerais	56
Artigo 22 - <i>"Cautio judicatum solvi"</i>	56
Artigo 23 - <i>Isenção de legalização</i>	57
Artigo 24 - <i>Tradução de documentos</i>	57
Artigo 25 - <i>Assistência judicial e jurídica</i>	58
Artigo 26 - <i>Gastos derivados da aplicação da Convenção</i>	58
Artigo 27 - <i>Possibilidade de negar um pedido</i>	59
Artigo 28 - <i>Possibilidade de negar um pedido</i>	59
Artigo 29 - <i>Acesso direto as autoridades internas competentes</i>	60
Artigo 30 - <i>Admissibilidade dos documentos</i>	60
Artigo 31 a 33 - <i>A aplicação da Convenção em relação com os Estados plurilegislativos</i>	60
Artigo 34 - <i>Relações com outras convenções</i>	61
Artigo 35 - <i>Âmbito de aplicação racione temporis da Convenção</i>	61
Artigo 36 - <i>Possibilidade de limitar convencionalmente as restrições ao retorno do menor</i>	63
CAPÍTULO VI - CLAUSULAS FINAIS	63

APÊNDICE A

Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças	69
Capítulo 1 Âmbito da Convenção	69
Artigo 1	69
Artigo 2	69
Artigo 3	69
Artigo 4	69
Artigo 5	70
Capítulo II Autoridades Centrais	70
Artigo 6	70
Artigo 7	70
Capítulo III Retorno da Criança	70
Artigo 8	70
Artigo 9	70
Artigo 10	70
Artigo 11	71
Artigo 12	71
Artigo 13	71
Artigo 14	71
Artigo 15	71
Artigo 16	71
Artigo 17	71
Artigo 18	71
Artigo 19	71
Artigo 20	72
Capítulo IV Direito de Visita	72
Artigo 21	72
Capítulo V Disposições Gerais	72
Artigo 22	72
Artigo 23	72
Artigo 24	72
Artigo 25	72
Artigo 26	72
Artigo 27	72
Artigo 28	72
Artigo 29	73
Artigo 30	73
Artigo 31	73
Artigo 32	73
Artigo 33	73
Artigo 34	73
Artigo 35	73
Artigo 36	73
Capítulo VI Cláusulas Finais	73
Artigo 37	73
Artigo 38	73
Artigo 39	74
Artigo 40	74
Artigo 41	74
Artigo 42	74
Artigo 43	74
Artigo 44	74
Artigo 45	74



O primeiro requisito para a correta aplicação da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças é compreender o seu texto em um âmbito internacional, ou seja, desvinculado das leis e princípios nacionais.

O estudo e compreensão do seu Relatório explicativo é fundamental para alcançar este objetivo, mas a falta de uma tradução pública para o português prejudica, banalmente, a citação dos seus relevantes e precisos corolários nos processos judiciais.

Portanto, a atual tradução, baseada apenas na versão oficial em espanhol (língua nativa da Relatora), procura manter a máxima fidelidade com o texto original para evitar o uso de palavras ou expressões que poderiam parecer mais naturais em português, mas que possibilitariam a elaboração de interpretações distorcidas.

Levando em conta o princípio fundador da Convenção, ou seja, que "os menores não devem ser considerados propriedade dos seus pais, mas devem ser reconhecidos como indivíduos com direitos e necessidades próprias", se espera que este trabalho possa contribuir a melhorar a realidade brasileira da sua aplicação.

É importante perceber que em todos os casos de subtração, o principal responsável pelos danos causados às crianças é o poder judiciário, pois somente uma sua imediata e eficiente ação poderá anular as consequências negativas do (comum) conflito entre os genitores.