

El Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su aplicación en Chile: las modalidades de restitución del menor¹

The Hague Convention of 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and its application in Chile: Processes to Bring about the Return of the Child

Lucía Rizik Mulet

luciarizik@gmail.com

Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Máster en Necesidades, Derechos y Cooperación para el Desarrollo en Infancia, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Privado, Universidad Carlos III de Madrid. Estudiante de Doctorado en Derecho, Universidad Diego Portales, Chile.

Resumen: Para garantizar la restitución de las niñas y niños menores de 16 años que han sido objeto de sustracción internacional con la mayor celeridad posible, el Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 establece tres modalidades o formas para concretar dicho retorno. El presente trabajo analiza estas modalidades, con el fin de resaltar la importancia de ajustar las actuaciones judiciales y administrativas a los requerimientos del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 y de realizar las modificaciones legales pertinentes para su adecuada implementación.

Palabras clave: secuestro internacional, restitución del menor, mediación y procedimiento judicial.

Abstract: *The Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction of 1980 provides three ways to carry out and ensure the prompt return of children under 16, who have been internationally subtracted, as soon as possible. This paper analyses these modalities, in order to highlight the importance of adjusting the judicial and administrative proceedings to the requirements of this agreement and to develop relevant legal amendments for its proper performance.*

Keywords: *child abduction, return of the child, mediation, proceeding for the return.*

¹ Artículo enviado el 15.03.2014 y aceptado el 10.10.2014.

Introducción²

El secuestro internacional de niños(as) suele originarse en situaciones de crisis familiar de parejas o matrimonios mixtos, que finalizan (o se inician) con la separación o el divorcio entre ellos, y tiene como consecuencia el traslado o retención ilícita del niño(a) a un país distinto al de su residencia habitual, privándolo del contacto con uno de sus progenitores³. Técnicamente se denomina *legal kidnapping*.

Para reparar las consecuencias de este tipo de conductas, Chile adhirió al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante «CLH 1980»)⁴. En el marco del CLH 1980, el concepto sustracción o secuestro internacional de menores hace referencia al desplazamiento (traslado) o retención de un menor de 16 años a un lugar distinto al de su residencia habitual, vulnerando el derecho de custodia atribuido a su titular de conformidad al derecho vigente. Los objetivos del CLH 1980 son garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados y retenidos ilícitamente, y velar por el respeto de los derechos de custodia y visita vigentes en los Estados contratantes.

La concreción de los objetivos convencionales podrá llevarse a cabo por medio de dos modalidades o vías: una judicial y otra extrajudicial. Para la vía judicial, el CLH 1980 dispone del procedimiento convencional de retorno, el que es complementado por cada Estado Parte con los procedimientos de urgencia de que dispongan para ordenar la restitución del menor de 16 años, conforme lo establece el artículo 2 del CLH 1980. Para la vía extrajudicial se incluyen dos modalidades de retorno o restitución: el retorno voluntario y la restitución amistosa o «solución amigable».

El presente trabajo no tiene como propósito estudiar el CLH 1980, tema sobre el cual existe abundante (y brillante) bibliografía⁵. El objetivo es analizar las modalidades de

² El contenido del presente artículo fue incluido en la tesina de Máster en Derecho Privado, de la Universidad Carlos III de Madrid, titulada “La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia chilena”.

³ Los matrimonios mixtos, es decir aquellos formados por personas de distinta nacionalidad, han sido catalogados como parejas de alto riesgo, pues detrás de ellas muchas veces no sólo hay un conflicto de leyes, sino también de civilizaciones, al convivir dentro de la pareja distintas formas de entender las relaciones familiares. Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho de Familia Internacional*, 2ª edición. Editorial Colex, Madrid, 2004, p. 358.

⁴ El CLH 1980 fue adoptado en sesión plenaria, celebrada en el decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el 25 de octubre de 1980. Entró en vigor el 1 de diciembre de 1983. Chile aprobó el CLH 1980 el 30 de marzo de 1994, por medio del Decreto promulgatorio N° 386, publicado en el Diario Oficial el 17 de junio de 1994.

⁵ Existen muchos trabajos de interés sobre la materia, entre otros, *vid.*, BEAUMONT, P/McELEARY, P. *The Hague Convention on international child abduction*. Editorial Oxford University Press, 1999; BEAUMONT, P.

restitución del menor de 16 años establecidas en el CLH 1980 y su aplicación en Chile, con el fin de determinar si es necesario ajustar las actuaciones judiciales y administrativas chilenas a los requerimientos del CLH 1980 y realizar modificaciones legales para su adecuado funcionamiento.

1. La vía judicial de restitución

1.1. Procedimiento judicial convencional: disposiciones generales y trámites básicos

Las disposiciones generales de carácter procedimental del CLH 1980 están consagradas en los artículos 22 a 30. Se trata de prohibiciones, exenciones y requerimientos establecidos con el propósito de facilitar tanto la comunicación entre autoridades como el acceso de los solicitantes, y de contribuir a la celeridad del procedimiento de restitución.

The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on The Hague convention on international child abduction. Editorial Martinus Nijhoff Publishers, 2009; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M. «Sustracción Internacional de menores». En: YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VI. Editorial Thompson Reuters, Pamplona 2011, pp. 606-658; *Sustracción de menores en la Unión Europea.* Editorial Colex, Madrid, 2010; «La mediación ante el secuestro internacional de menores». *Revista Internacional de Estudios de Derecho procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2011, pp. 1-35; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Protección de menores». En: CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.). *Derecho Internacional Privado*, vol. II. 14ª edición. Editorial Comares, Granada, 2013, pp. 449-477; «Secuestro internacional de menores». En: CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho de Familia Internacional*, 2ª edición. Editorial Colex, 2004, pp. 356-390; «Globalización, secuestro internacional de menores y Convenio de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)». *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2003, pp. 165-195; DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales.* Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010; GÓMEZ BENGOCHEA, B. *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 1980.* Editorial Dykinson, Madrid, 2002; GONZÁLEZ BIELFUSS, C. «La aplicación del Convenio de La Haya sobre secuestro de menores: Estudio de Derecho comparado». En: AA.VV. *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*. II Jornadas de Derecho Internacional Privado. Patronato Universitario de Toledo, Toledo, 1993, pp. 65 y ss.; JIMÉNEZ BLANCO, P. *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores.* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008; LOWE, N. «Problems relating to Access disputes under the Hague Convention on international child abduction». *International Journal of Law and the family*, 1994, pp. 374-385; MCCLEAN, D. «The Hague Child abduction Convention-The common law response». *Netherlands International Law Review*, vol. 40, núm. 1, 1993, pp. 67-78; MIRALLES SANGRO, P.P. *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España.* Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989; MONTÓN GARCÍA, M. *La Sustracción de menores por sus propios padres.* Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003; PÉREZ-VERA, E. *Informe Explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* [en línea]. Madrid, abril de 1981. Disponible en: <<http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>> [consulta: 13 de octubre de 2014]; SHUZ, R. *The Hague child abduction convention. A critical analysis.* Editorial Hart Publishing, Oxford, 2014.

El artículo 22 prohíbe la imposición de fianzas o depósitos a quien entable la acción de restitución, cuando tengan como propósito garantizar el pago de las costas del procedimiento judicial o administrativo desarrollado en el marco del CLH 1980. La doctrina ha subrayado que si bien esta norma no es atingente a quien debe defenderse de la acción de restitución, en el caso chileno el demandado podrá solicitar la declaración de privilegio de pobreza o la asesoría letrada gratuita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 591 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 129 y siguientes del Código de Procedimiento Civil⁶.

A las partes del procedimiento de restitución tampoco se les podrá exigir la legalización de la documentación presentada ni cualquier otra formalidad análoga, conforme lo dispone el artículo 23 del CLH 1980⁷.

Para iniciar el procedimiento de retorno, la persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención ilícitos, podrá dirigir la solicitud de retorno a la Autoridad Central, ya sea a la del lugar de residencia habitual del menor o a la de cualquier otro Estado contratante⁸. Dicha solicitud deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 8 letra a) a la g) del CLH 1980, relativos a la identidad de las partes afectadas, los motivos que justifican la solicitud de retorno del menor y la información de que disponga sobre su localización⁹.

La Autoridad Central que reciba la solicitud deberá evaluar si tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante. En caso afirmativo, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central del Estado al que el menor

⁶ AA. VV. *Sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Análisis, normativa y jurisprudencia*. Editorial Thomson Reuters – Punto Lex, Santiago de Chile, 2011, p. 79-80.

⁷ Para E. PÉREZ VERA, “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 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 legislaciones que se trate”. PÉREZ-VERA, E. *Informe Explicativo...*, *op. cit.*, párr. 38-39

⁸ Las Autoridades Centrales son designadas por el Estado contratante y están encargadas del cumplimiento de las obligaciones que les impone el CLH 1980, conforme al tenor de los artículos 6 y 7. Por tratarse de un Convenio de cooperación entre los Estados contratantes, el rol de las Autoridades Centrales es fundamental, debiendo colaborar entre sí, con el objeto de garantizar la restitución inmediata del menor y la consecución de los objetivos del Convenio, adoptando una serie de medidas que permitan, entre otras cosas, localizar al menor, prevenir que sufra mayores daños, intercambiar información relativa a la situación del menor, etc. El artículo 10 del Convenio dispone también que la Autoridad Central del Estado contratante en que se encuentre el menor, adoptará o hará que se adopten todas las medidas tendientes a la restitución voluntaria del menor.

⁹ CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Protección de menores», *op. cit.*, p. 459 y, de los mismos autores, *Derecho de familia internacional*, *op. cit.*, p. 372.

de 16 años fue trasladado o retenido, informando a la Autoridad Central requirente y al solicitante si procediere. Sin embargo, cuando se ponga de manifiesto que no se cumplen las condiciones del CLH 1980 o la solicitud carece de fundamento, la Autoridad Central no está obligada a aceptarla, lo que deberá informar al solicitante y a la Autoridad Central que transmitió la solicitud, conforme al artículo 27 del CLH 1980¹⁰. El Estado de Chile, al momento de depositar el instrumento de adhesión, designó como Autoridad Central a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana¹¹.

Una vez que la Autoridad judicial o administrativa haya sido informada de que se ha producido un traslado o retención de un menor de 16 años, deberá abstenerse de resolver sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia, según dispone el artículo 16 del CLH 1980. Asimismo, es necesario tener presente que las decisiones que adopte la Autoridad judicial o administrativa del Estado requerido, en el marco del CLH 1980, no afectarán la cuestión de fondo del derecho de custodia, de conformidad a lo establecido en el artículo 19.

El plazo máximo para resolver la solicitud de restitución del menor de 16 años por la Autoridad judicial o administrativa del Estado requerido es de seis semanas, desde el inicio del procedimiento. En caso de exceder dicho plazo, el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a solicitud de la Autoridad Central del Estado requirente, podrán solicitar a la autoridad judicial o administrativa una declaración sobre las razones de la demora de la decisión, conforme lo establece el artículo 11 del CLH 1980.

Antes de ordenar la restitución del menor, la autoridad administrativa o judicial del Estado contratante podrá pedir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o certificación que acredite que el traslado o retención era ilícito, conforme a las consideraciones establecidas en el artículo

¹⁰ En las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños, del año 2011 se destaca que para la Oficina Permanente, la facultad discrecional contemplada en el artículo 27 debe ser ejercida con extrema cautela. Al respecto, varios expertos de la comisión especial subrayaron que las Autoridades Centrales requeridas no debiesen rechazar solicitudes excepto cuando fueren manifiestamente infundadas o se encontraran fuera del alcance del Convenio, no debiendo asumir un rol de tribunal. En opinión de la Comisión especial, “al momento de ejercer sus funciones relativas a la aceptación de solicitudes, las Autoridades Centrales deberían respetar el hecho de que, por lo general, la evaluación de cuestiones de hecho y de derecho debe estar a cargo del tribunal o de cualquier otra autoridad competente que decida respecto de la solicitud de restitución”. *Vid. OFICINA PERMANENTE. Conclusiones y Recomendaciones e Informe de la parte I de la sexta reunión de la comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños* (traducción no oficial). La Haya, junio de 2011, párr. 63-65.

¹¹ Decreto N° 354, 6 de agosto de 1982.

3 del CLH 1980, siempre que sea posible que dicho Estado pueda proveerla, así dispone el artículo 15 del CLH 1980. Serán las Autoridades Centrales quienes hagan todo lo posible para que el demandante obtenga dicha decisión o certificación.

Cumplidos los requisitos previstos en el artículo 3 del CLH 1980 y transcurrido menos de un año desde el traslado del menor, la autoridad administrativa o judicial deberá ordenar la restitución inmediata del menor, según establece el artículo 12 del CLH 1980¹². Para computar el plazo, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ distinguen entre traslado y retención. En los casos de traslado, señalan que debe considerarse como momento inicial, “el primer acto destacado de infracción del derecho de custodia”¹³. En los casos de retención, el cálculo debe iniciarse una vez transcurrido el plazo acordado para tener consigo al menor¹⁴. En ambos supuestos, la interrupción del plazo de un año se produce con la presentación de la solicitud de retorno ante las autoridades administrativas o judiciales donde se encuentra el menor.

Sin bien la finalidad del CLH 1980 es la restitución del menor y el respeto por el derecho de custodia y el derecho de visita, y por lo tanto, ordenar su restitución inmediata, existen ciertos motivos (excepcionales) establecidos en los artículos 12, 13 y 20 del CLH 1980, que permitirán a la Autoridad administrativa o judicial denegar el retorno, y que deberán alegarse y probarse en el procedimiento de urgencia¹⁵.

1.2. *El procedimiento autónomo aplicable al CLH 1980*

El CLH 1980 no especifica la estructura del procedimiento que debe llevarse a cabo ante las autoridades judiciales o administrativas del país al que el menor de 16 años fue trasladado o está retenido, con el objeto de resolver la acción directa de retorno. Sin embargo, el artículo 2 del CLH 1980 dispone que “los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus terri-

¹² El establecimiento del plazo de un año para ordenar la restitución inmediata del menor de 16 años, se justifica en su propio interés, pues se consideró que en un plazo mayor a un año, el menor podría estar integrado a su nuevo medio, y en dicho caso, lo que corresponde es revisar cuestiones de fondo sobre la custodia. Así, se trata de un plazo flexible, que no impide a la autoridad judicial o administrativa que ordene la restitución del menor después de un año, sino que dicha orden podrá denegarse en caso que se demuestre que el menor está integrado a su nuevo medio.

¹³ CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Protección de menores», *op. cit.*, p. 460.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Los motivos por los cuales la autoridad judicial o administrativa puede negar el retorno del menor de 16 años son: a) No ejercicio efectivo de la custodia en el momento de la retención o traslado; b) Consentimiento en el traslado o retención del menor; c) Grave riesgo de que la restitución exponga a un peligro físico, psíquico o le coloque en una situación intolerable; d) Oposición del menor a la restitución; e) Derechos Fundamentales; f) Integración del menor a su nuevo medio, sólo cuando la solicitud fuese presentada con posterioridad a un año del traslado o retención.

torios respectivos los objetivos del CLH 1980. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan”¹⁶. En el caso chileno, la cuestión no ha sido resuelta por las autoridades políticas ni administrativas, sino por la Corte Suprema de Chile (en adelante, “Corte Suprema”), la que en el ejercicio de su potestad normativa consagrada en el artículo 82.1 de la Constitución Política (en adelante «CP»), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 93.1 n° 2 del mismo texto constitucional, dictó un auto acordado que prevé un procedimiento expedito para el ejercicio de la acción de retorno del menor de 16 años que fue trasladado o retenido ilícitamente en Chile, determinando qué tribunales tendrán competencia para conocer del asunto, la forma de notificar durante el procedimiento, los plazos para dictar resoluciones y sentencias, y los recursos procesales¹⁷. Se trata del Auto Acordado de la Excelentísima

¹⁶ Varios Estados han incorporado procedimientos de urgencia para tramitar las acciones de restitución en virtud del CLH 1980. Si bien, este trabajo no es un estudio comparado sobre la materia, sólo a modo de ejemplo podemos señalar que países como España o Francia contienen en su normativa general sobre procedimiento civil, la tramitación de las solicitudes de restitución. Así, en España, la Ley de enjuiciamiento civil incluye en el Libro III sobre jurisdicción voluntaria, título IV sobre medidas provisionales en relación con las personas, sección segunda, las medidas relativas al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional (artículos 1901 y ss.). En Francia, el Nuevo Código de Procedimiento Civil dispone en el artículo 1210-4 que las demandas para obtener el retorno de los niños en aplicación del CLH 1980, tendrá la forma e instrucción de los procedimientos sumarios. A nivel latinoamericano, Uruguay y Colombia han establecido leyes especiales que introducen a la legislación procedimientos destinados a tramitar la restitución de personas menores de 16 años trasladadas o retenidas ilícitamente. En Uruguay, la acción de restitución se rige por la Ley n°. 18.895 publicada en el diario oficial el 22 de mayo de 2012 que establece un proceso destinado a la restitución de personas menores de 16 años trasladadas o retenidas ilícitamente. En Colombia, el procedimiento tiene una regulación mixta pues tres leyes son aplicables: el Código de infancia y adolescencia incluido en el ordenamiento jurídico colombiano por la ley n°. 1.098 del año 2006; la ley n°. 1.006 del 23 de enero de 2006, que fija algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia, y el artículo 435 numerales 3, 5 y 10 del Código de procedimiento civil, al que se remite la ley n°. 1.006 de 2006 para la tramitación de estas solicitudes en un procedimiento verbal y sumario. En otros países no existe un procedimiento único. Así, en Estados Unidos los procedimientos de urgencia se rigen por las reglas de la Corte Federal, estatal o local, según corresponda. En Argentina no hay un procedimiento especial, sino que la Autoridad central solicita a los tribunales competentes el procedimiento más urgente con que cuente el Código procesal para tramitar esta acción. Para un panorama general sobre los procedimientos administrativos y judiciales de urgencia en los distintos Estados partes del CLH 1980, consúltase la página web www.hcct.net, sección “cuestionario de preguntas y respuestas en materia de sustracción internacional de menores”.

¹⁷ Según dispone el artículo 82.1 de la CP, “la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales”. Destaca el jurista chileno A. SQUELLA que las facultades económicas de la Corte Suprema son aquellas que se ejercen para conseguir una mejor y más pronta administración de justicia, y autorizan en definitiva, a dictar autos acordados. Agrega que los autos acordados “tienen la finalidad de conseguir una eficaz y expedita administración de justicia. Por lo mismo, no pueden ser entendidos como expresión de la función jurisdiccional que compete a los tribunales de justicia, sino tal vez como manifestaciones legislativas de los tribunales superiores de justicia, por medio de las cuales estos últimos, y en especial la Corte Suprema, regulan determinadas materias que en rigor tendrían que ser normadas por medio de leyes”. Para E. ALDUNATE LIZANA, la potestad normativa de

Corte Suprema sobre procedimiento aplicable al CLH 1980, relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores, del 3 de noviembre del año 1998, modificado parcialmente por el Auto Acordado de 17 de mayo de 2002 (en adelante, “el auto acordado”)¹⁸.

La pretensión del procedimiento de urgencia establecido en el auto acordado es que la solicitud de restitución se desarrolle de forma ágil y rápida, evitando que acciones dilatorias impidan cumplir con el objetivo del CLH 1980. El procedimiento busca también la pronta localización del menor de 16 años, y que una vez localizado, se impongan las medidas cautelares necesarias para evitar que salga nuevamente del país hasta el término del procedimiento.

El auto acordado aplicable al CLH 1980 ha sido una fuente fundamental para la elaboración de la denominada “Ley modelo”, proyecto desarrollado por el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el año 2007, y que propone normas procesales básicas para cumplir con los plazos breves en que deben ser resueltas las solicitudes de restitución en el marco del CLH 1980 o de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores¹⁹.

la Corte Suprema no se sustenta únicamente en el artículo 82.1 de la CP, sino también en el artículo 93.1 n° 2 de la CP, el cual señala que “son atribuciones del Tribunal Constitucional: 2° Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones”. Sobre los autos acordados como fuente del derecho, sus características, aplicación y tipología, *vid.* SQUELLA NARDUCCI, A. *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011p. 351; ALDUNATE LIZANA, E. «La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional» [en línea]. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2009, n° 33, pp. 371-390. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200010&lng=es&nrm=iso [consulta: 13 de octubre 2014]; y ZÚÑIGA URBINA, F. «Corte Suprema y sus competencias. Notas acerca de su potestad normativa (autos acordados)» [en línea]. *Ius et Praxis*, vol. 4, n° 1, 1998, pp. 221-234. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740113> [consulta: 13 de octubre de 2013].

¹⁸ Respectivamente, Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores, Corte Suprema, 3 de noviembre de 1998; y Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema que modifica el Auto Acordado sobre secuestro internacional de menores, Corte Suprema, 17 de mayo de 2002.

¹⁹ Sobre el proyecto de “Ley modelo” desarrollado por los expertos convocados por la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente, *vid.* INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y EL ADOLESCENTE Y LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Conclusiones y recomendaciones de la reunión interamericana de expertos sobre sustracción internacional de niños*. La Haya: 10 de noviembre de 2006. Disponible en: http://www.hcch.net/upload/concl_iin_s.pdf [consulta: 13 de octubre de 2014]; Relatoría y mesa de trabajo n° 3, moderada por el DR. RICARDO PÉREZ MANRIQUE y la relatora DRA. LILÍAN BENDAHAN. *Norma Modelo de proceso de restitución internacional de niños*. Disponible en: http://www.hcch.net/upload/iap28_3s.pdf

El procedimiento de urgencia que recoge el auto acordado, en la práctica, ha sido objeto de importantes modificaciones derivadas de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968 del año 2005, ley que si bien no hace referencia expresa al CLH 1980, establece las normas procesales para los procedimientos ante los tribunales de familia.

1.2.1. Competencia judicial

El auto acordado establece la manera de determinar la competencia judicial de los tribunales para conocer de la solicitud de retorno. Conforme al artículo 1 del auto acordado, será competente el juzgado de familia del domicilio presunto del menor y, si en la comuna del domicilio respectivo existiere más de un juzgado de familia, el conocimiento de la solicitud corresponderá a aquél que se encuentre de turno²⁰. Las materias sobre las cuales los tribunales de familia tienen competencia para conocer, juzgar y resolver, están contempladas en el artículo 8 de la Ley N° 19.968 y no menciona las acciones en virtud de un traslado o retención de un menor de 16 años, ni hace referencia al CLH 1980.

1.2.2. Inicio del procedimiento

La solicitud deberá presentarse en el tribunal competente, con los mismos requisitos establecidos en el CLH 1980. La normativa de la Corte Suprema enfatiza en que la solicitud presentada no deberá cumplir con solemnidades distintas a las establecidas en el CLH 1980. Asimismo, los documentos presentados junto a la solicitud no requerirán de legalizaciones ni formalidades, salvo que estuviesen redactados en un idioma distinto al castellano, en cuyo caso deberá acompañarse la traducción de dicha documentación realizada por un perito inscrito en la nómina de la Corte de Apelaciones (en adelante «CA») respectiva.

1.2.3. Medidas cautelares

Inmediatamente después de ingresada la acción de retorno ante los tribunales de familia, el juez deberá (1) emitir las órdenes necesarias a las distintas instituciones del país

[consulta: 13 de octubre de 2014]; *Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños*. Disponible en: http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf [consulta: 13 de octubre de 2014].

²⁰ Si bien ambos auto acordados hacen referencia a “juzgados de menores” y no a “juzgados de familia”, la Ley N° 19.968 del 30 de agosto de 2004 estableció que “todas las referencias que se hagan en leyes generales o especiales a los juzgados de letras de menores, a los jueces de menores o con competencia en materia de menores, se entenderán hechas a los juzgados y jueces de familia o con competencia en materia de familia, respectivamente. De la misma forma, las referencias a las causas o materias de menores se entenderán hechas a las causas o materias de familia”.

para localizar al menor dentro del territorio y (2) dictar una orden de arraigo del menor. El auto acordado no hace referencia a la posibilidad de decretar otro tipo de medidas cautelares durante la sustanciación del procedimiento, aunque nada impide que se decreten. La Ley N° 19.968 autoriza al juez a adoptar las medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento e incluso antes del inicio del mismo, siempre que cumplan con los dos requisitos establecidos en el artículo 22 de la Ley N° 19.968: verosimilitud del derecho invocado y peligro de demora²¹.

1.2.4. *La audiencia y forma de notificación*

El tribunal de familia tendrá un plazo de 24 horas desde la interposición de la solicitud para dictar la providencia que fijará audiencia dentro de quinto día desde la notificación de la misma, según dispone el artículo 5 del auto acordado. A dicha audiencia deberán concurrir el sustractor del menor y el solicitante de la restitución, ambos con su abogado.

El auto acordado establece también que el menor de 16 años sea oído en la audiencia, lo que está en concordancia con el artículo 16 de la Ley N° 19.968, que impone al juez la obligación de considerar de manera principal, en la resolución del asunto sometido a su conocimiento, “el interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído”. Para ello, si lo requiere, el juez puede ser asesorado por el personal técnico del tribunal. Sin embargo, en la práctica muchas veces los niños(as) son entrevistados por personal especializado fuera de la audiencia, quienes posteriormente presentarán el informe respectivo al tribunal.

La notificación de la providencia que fija la audiencia deberá realizarse por Carabineros de Chile, receptor judicial o receptor *ad hoc* según designe el propio tribunal, conforme lo establece el artículo 6 del auto acordado. Si el notificado no fuere habido pero es posible certificar de que se trata de su morada, procederá la notificación conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de establecer que se encuentra en el lugar del juicio. En caso de no poder notificarse la resolución de esa forma, el Defensor Público asumirá la representación de la persona que ha trasladado o retenido ilícitamente al menor, una vez notificado.

La audiencia fijada tendrá por objeto (1) establecer si el menor se encuentra en el país y (2) si concurre algunas de las causales de oposición a la entrega autorizada por el CLH 1980. Sólo cuando fuese necesario, el tribunal podrá decretar la rendición de prueba en

²¹ NÚÑEZ ÁVILA, R., CORTÉS ROSSO, M. *Derecho Procesal de Familia. La primera reforma procesal civil en Chile*. Editorial Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, pp. 179-180.

la misma audiencia. El artículo 7 del auto acordado dispone que la prueba rendida en el procedimiento será apreciada en conciencia por el tribunal.

1.2.5. Medidas para resolver mejor

Dentro del plazo establecido para la dictación de la sentencia definitiva, el tribunal podrá decretar medidas para resolver mejor, las que deberán evacuarse en un plazo de quince días. Estas medidas sólo podrán decretarse para verificar si se configuran las causales de oposición establecidas en los artículos 12 y 13 del CLH 1980, según dispone el artículo 10 del auto acordado. Esta disposición es contraria a las reglas probatorias de la Ley N° 19.968, pues la práctica de la prueba no puede ocurrir nunca después de la audiencia de juicio, ya que la resolución de la controversia debe comunicarse una vez concluida la audiencia²².

1.2.6. La sentencia definitiva

La sentencia definitiva deberá dictarse en un plazo máximo de cinco días contados, según sea el caso, desde el término de la audiencia, el cumplimiento de las medidas para resolver mejor o la caducidad de las mismas. En el procedimiento ordinario de la Ley N° 19.968, en cambio, según dispone el artículo 65.3, el fallo puede ser redactado una vez terminada la audiencia de juicio y comunicada la decisión; o luego de comunicada la decisión del caso puede diferir la redacción de la sentencia hasta por cinco días, plazo que sólo puede ser ampliado por razones fundadas.

1.2.7. Recursos procesales

Respecto a los recursos, la regla general establecida en el artículo 9 del auto acordado señala que las resoluciones que se dicten durante la sustanciación del procedimiento no serán objeto de recurso alguno. Excepcionalmente, la sentencia definitiva podrá ser impugnada a través del recurso de apelación, el que deberá interponerse en un plazo de cinco días contados desde la notificación de la sentencia. Será conocido por el tribunal de alzada, sin esperar la comparecencia de las partes y en un plazo de cinco días, contados desde el ingreso de los autos a la secretaría del tribunal de alzada.

Por otra parte, si bien con la modificación del Auto Acordado del año 2002 la procedencia de recursos procesales es excepcional, y respecto de la sentencia definitiva sólo procedería el recurso de apelación, en la práctica, el recurso de casación, tanto en la forma

²² *Ibid.*, p. 250.

como en el fondo, ha sido interpuesto por las partes y concedido por los tribunales²³.

El auto acordado omite referirse a los efectos del recurso de apelación. Siguiendo la práctica de los tribunales de familia, debemos remitirnos a la regla general en materia de recurso de apelación establecida en el Código de Procedimiento Civil y reiterada en la Ley N°. 19.968 sobre tribunales de familia, conforme a la cual el recurso de apelación deberá concederse en el sólo efecto devolutivo. Recordemos que el artículo 67 de la Ley N° 19.968 concede el recurso de apelación en ambos efectos únicamente en las autorizaciones para salir del país en los casos que corresponde de acuerdo a la ley, en el procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la Ley N° 19.620 y en las acciones de separación, nulidad o divorcio de la Ley de Matrimonio Civil. Sin embargo, la práctica judicial nos demuestra que los recursos de apelación son concedidos en ambos efectos.

En qué efecto se conceda el recurso de apelación no es una cuestión baladí pues, en aquellos casos en que el recurrente sea el sustractor, podría ordenarse la restitución del menor de 16 años antes de la vista de la causa, en cuyo caso la sentencia de alzada no produciría efectos prácticos, ya que el menor podría ser entregado a quien lo requiere y trasladado a otro país.

2. La vía extrajudicial: la restitución voluntaria y la solución amistosa

El procedimiento contencioso de restitución no es el único mecanismo para conseguir la restitución del menor de 16 años. En virtud de lo dispuesto en el artículo 7, letra

²³ El Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores, del 3 de noviembre del año 1998, señalaba expresamente en el artículo 8 que los recursos de casación en la forma y en el fondo no eran procedentes, lo que fue modificado en el Auto Acordado del año 2002. Al respecto, el Presidente de la Corte Suprema y un Ministro dejaron constancia de que “no obstante que del tenor del artículo 9° aparece claro que en este tipo de procedimientos no proceden los recursos de casación en la forma y en el fondo, corresponde mantener la última frase del antiguo número 8° del Auto acordado, para evitar posibles confusiones”. La Corte Suprema ha admitido la procedencia del recurso de casación, ya sea en la forma o en el fondo, en: Sentencia causa rol núm. 4.943-2006, del 7 de mayo de 2007; Sentencia Legal Publishing, núm. 38656, del 14 de abril de 2008; Sentencia causa rol núm. 2.246-2009, del 6 de julio de 2009; Sentencia causa rol núm. 1.715-2011, del 30 de mayo de 2011; Sentencia causa rol núm. 2.692-2011, del 4 de julio de 2011; Sentencia causa rol núm. 1.948-2011, del 12 de julio de 2011; Sentencia causa rol núm. 2.905-2011, del 1 de agosto de 2011; Sentencia causa rol núm. 8.849-2011, del 22 de marzo de 2012; Sentencia causa rol núm. 1316-2012, del 18 de julio de 2012; Sentencia causa rol núm. 2367-2012, del 8 de agosto de 2012; Sentencia causa rol núm. 8.727-2012, del 28 de febrero de 2013.

c), del CLH 1980, las autoridades centrales deberán adoptar medidas para garantizar la restitución voluntaria del menor de 16 años o facilitar una solución amigable al conflicto ²⁴.

La restitución voluntaria del menor de 16 años se explica principalmente por lo dispuesto en el artículo 10 del CLH 1980, que obliga a la autoridad central del Estado requerido a adoptar o hacer que se adopten medidas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor de 16 años.

La restitución voluntaria requiere de un grado de espontaneidad del que carece la solución amigable. MIRALLES SANGRO las diferencia expresando que “en el retorno voluntario, el tipo de espontaneidad ha de ser plena, mientras en el amistoso tendrá que darse, además de un mínimo grado de espontaneidad, una dosis de mediación, negociación o intervención de una tercera persona o entidad”²⁵.

La comisión especial sobre el funcionamiento práctico del CLH 1980 sobre sustracción de menores y la implementación del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños de los años 2001 y 2006 han recomendado fomentar la restitución voluntaria del menor de 16 años cuando sea posible, con la intervención de la Autoridad Central y sin que las medidas adoptadas impliquen un retraso indebido en el procedimiento (judicial o administrativo) de restitución²⁶.

En cuanto a la búsqueda de una solución amigable entre las partes, distintos métodos alternativos de resolución de conflictos pueden resultar útiles. Desde la Conferencia de La Haya se ha fomentado el manejo de estos métodos en asuntos vinculados al derecho de familia internacional²⁷. Sin embargo, para la Conferencia de La Haya la mediación

²⁴ MIRALLES SANGRO, P.P. *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, pp. 157-158.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Véase OFICINA PERMANENTE. *Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, abril de 2001; y *Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*, noviembre de 2006.

²⁷ Si bien el CLH 1980 no hace una expresa referencia a la mediación como procedimiento para la búsqueda de soluciones amistosas, convenios posteriores sí la incluyen. Es el caso del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de niños, en vigor desde el 1 de enero de 2002; el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de los adultos, en vigor desde el 1 de enero de 2009; y el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional

resulta más ventajosa que otros métodos, principalmente porque (a) es un proceso estructurado pero flexible, lo que permite adaptarlo a cada caso; (b) permite la discusión simultánea de cuestiones jurídicas y otras que no lo son, así como la participación informal de terceros que podrían no tener legitimación para intervenir en un proceso judicial; (c) las partes son las que construyen la solución al conflicto; (d) la mediación puede ayudar en las etapas tempranas del conflicto, evitando que éste se intensifique y (e) evita procesos legales engorrosos y costosos, tanto para las partes como para los Estados²⁸.

La mediación puede constituir un mecanismo de solución entre las partes cuando el ejercicio de las acciones de restitución sea obstaculizado por circunstancias derivadas de su ámbito de aplicación, de la no localización del menor, y para la operatividad de los motivos de denegación del retorno²⁹. Se ha discutido sobre la utilización de la mediación en casos donde se ha producido violencia doméstica, ya que este método puede ser una oportunidad para que el agresor manipule o intimide a su víctima. Algunos consideran que en casos de violencia doméstica, la mediación no debiese permitirse. Otros, creen que bien manejada y asegurando que la mediación sea una elección de las partes, puede ser un mecanismo que resuelva el conflicto y no prive a los menores de 16 años de su derecho a relacionarse con ambos padres³⁰.

Para que la mediación sea una alternativa válida, el procedimiento debe ofrecer ciertas garantías a las partes involucradas que lo hagan más atractivo frente al procedimiento judicial o administrativo de retorno. Al respecto, a partir de estudios llevados a cabo por REUNITE (*Reunite International Child Abduction Centre*), la doctrina ha sistematizado las siguientes garantías: a) debe otorgar seguridad, es decir, ser complementario al procedimiento judicial de retorno cuando éste ya se ha iniciado, y debe desarrollarse manteniendo localizado al menor de 16 años; b) cualquier mediación debe iniciarse y concluirse en un tiempo inferior al establecido en el CLH 1980 (seis semanas); c) tanto los Estados involucrados como las partes deben aceptar el procedimiento de mediación; d) el progenitor víctima de la sustracción debe en todo momento contar con traductores e intérpretes que le permitan conocer y comprender lo que sucede en el procedimiento; e) el progenitor víctima de la sustracción debe contar con ciertos incentivos para

de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, en vigor desde el 1 de enero de 2013. Al 13 de octubre de 2014, Chile no ha adherido a ninguno de estos convenios.

²⁸ OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Mediación. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. La Haya: Hague Conference on Private International Law, 2012, p. 23.

²⁹ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M. «La mediación ante el secuestro internacional de menores», *op. cit.*, p. 35.

³⁰ Sobre la mediación en casos sobre sustracción internacional de menores envueltos en situaciones de violencia doméstica, *vid.*: ALANEN, J. «When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense». *The University of Miami Interamerican Law Review*, vol. 40, n° 1, 2008, pp. 49-108.

someterse a la mediación; f) los mediadores deben ser especializados y el esquema de la mediación debe contar con el apoyo de las partes y sus abogados; g) una vez alcanzado el acuerdo, debe procurarse que este tenga efectos jurídicos, evitando que sea ignorado en un país extranjero³¹.

En Chile, la ley define mediación familiar como “aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”³². Tiene carácter previo a la interposición de la demanda en las causas relativas a derecho de alimentos, cuidado personal y régimen de relación directa y regular, y en el resto de las materias podrán llevarse a cabo si las partes así lo desean³³. Cuando se trate de asuntos en que la mediación no sea un requisito previo a la interposición de la demanda, como es el caso de la sustracción internacional de menores, el juez puede ordenar que un funcionario especialmente calificado instruya a las partes sobre la alternativa de recurrir a ella, y durante el curso de la demanda ambas podrían solicitarla³⁴. La mediación familiar será conducida por cualquier persona que se encuentre inscrita en el registro de mediadores del ámbito territorial en el que preste servicios³⁵.

La autoridad central de Chile, respondiendo al cuestionario de funcionamiento práctico del CLH 1980 del año 2006, informó que la falta de personal adecuado para realizar restituciones voluntarias o soluciones amigables ha impedido tomar medidas dirigidas a incentivar este tipo de soluciones, utilizándose sólo la conciliación judicial, incluida en el procedimiento ordinario de la Ley N° 19.968. Agrega que en los pocos casos en que se ha llegado a un acuerdo a través de la conciliación judicial, la experiencia en la materia no ha sido positiva, pues por lo general el sustractor huye con el menor de 16 años en el tiempo que media entre la ratificación del acuerdo y la ejecución del mismo³⁶.

Fuera del marco convencional, la mediación puede transformarse en la única alternativa para dar solución al conflicto, cuando no existan otros acuerdos en la materia³⁷.

³¹ CALVO BABÍO, F. “La mediación en la sustracción internacional de menores”. En: AA.VV. *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Editorial Dykinson, Madrid, 2006, p. 174.

³² Artículo 103, Ley N° 19.968, crea los Tribunales de Familia, 30 de agosto de 2004.

³³ Artículo 106, Ley N° 19.968.

³⁴ Artículo 107, Ley N° 19.968

³⁵ El ámbito territorial en el que un mediador puede prestar servicios corresponderá al menos a todo el territorio jurisdiccional de un Tribunal de primera instancia con competencia en asuntos de familia, y a lo más al territorio jurisdiccional de una C.A o de varias, siempre que se encuentren en la misma región. Artículo 112, Ley N° 19.968, crea los Tribunales de Familia, 30 de agosto de 2004.

³⁶ AUTORIDAD CENTRAL DE CHILE. *Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (2006)*. Disponible en: http://www.hcch.net/upload/wop/abd_pd01s2006.pdf [consulta: 13 de octubre de 2014].

³⁷ Chile sólo ha suscrito un acuerdo en materia de retención y traslado ilícito de menores de 16 años distinto a la CLH 1980. Se trata del Convenio bilateral entre Chile y la República Oriental del Uruguay de 1982. Decreto N° 288, 31 de mayo de 1982.

Asimismo, en casos mediáticos o de revuelo internacional, la denominada “mediación a alto nivel” puede resultar de gran utilidad para que el Estado al que el menor de 16 años fue trasladado o en el que está retenido, reconozca ciertos derechos y tome medidas encaminadas a resolver el asunto³⁸.

3. Problemas en el funcionamiento de las modalidades de restitución del menor

A continuación se analizarán los problemas de funcionamiento de las modalidades de restitución del CLH 1980. Para ello se utilizarán los informes de la Autoridad Central de Chile, disponibles en la sección de sustracción de niños de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y las sentencias de distintas Cortes de Apelaciones del país, así como de la Corte Suprema. Las sentencias analizadas fueron dictadas con posterioridad al 1 de octubre de 2005, fecha en que entró en vigor la Ley N° 19.968 sobre tribunales de familia, y hasta el 30 de agosto de 2013³⁹.

La razón por la cual se eligió el período arriba indicado se justifica en que, por un lado, a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 19.968, uno de los principios que inspiran

³⁸ Frente a la gran variedad de casos sobre sustracción internacional, CALVO BABÍO señala que la mediación puede cumplir un papel en tres sentidos: (a) mediación a alto nivel, es decir, a través de los gobiernos, originada por el eco mediático que ha tenido el caso, lo que puede llevar no sólo a la solución del conflicto sino también a que se adopten acuerdos a nivel gubernamental o a la suscripción de convenios; (b) mediación en casos donde no exista convenios: principalmente con países no occidentales y (c) mediación en procedimientos convencionales. *Vid.* CALVO BABÍO, F. *La mediación...*, *op. cit.*, p. 167.

³⁹ La búsqueda de jurisprudencia nacional arrojó un total de veinticinco fallos. De la Corte Suprema de Chile: Sentencia causa rol núm. 4.943-2006, del 7 de mayo de 2007; Sentencia Legal Publishing, núm. 38656, del 14 de abril de 2008; Sentencia causa rol núm. 2.246-2009, del 6 de julio de 2009; Sentencia causa rol núm. 1.715-2011, del 30 de mayo de 2011; Sentencia causa rol núm. 2.692-2011, del 4 de julio de 2011; Sentencia causa rol núm. 1.948-2011, del 12 de julio de 2011; Sentencia causa rol núm. 2.905-2011, del 1 de agosto de 2011; Sentencia causa rol núm. 8.849-2011, del 22 de marzo de 2012; Sentencia causa rol núm. 1316-2012, del 18 de julio de 2012; Sentencia causa rol núm. 2367-2012, del 8 de agosto de 2012; Sentencia causa rol núm. 8.727-2012, del 28 de febrero de 2013. Sentencia causa rol núm. 1.725-2006, del 13 de diciembre de 2006; Valparaíso. Sentencia causa rol núm. 884-2007, del 4 de enero de 2007; San Miguel. Sentencia causa rol núm. 1.042-2007, del 9 de agosto de 2007; Santiago. Sentencia causa rol núm. 2.773-2008, del 24 de junio de 2008; Santiago. Sentencia causa rol núm. 3.732-2008, del 14 de julio de 2008; San Miguel. Sentencia causa rol núm. 226-2008, del 14 de agosto de 2008; La Serena. Sentencia causa rol núm. 67-2009, del 14 de abril de 2009; Valparaíso. Sentencia causa rol núm. 406-2010, del 17 de agosto de 2010; Santiago. Sentencia causa rol núm. 1.623-2011, del 16 de septiembre de 2011; Valdivia. Sentencia causa rol núm. 211-2011, del 2 de diciembre de 2011; La Serena. Sentencia causa rol núm. 228-2011, del 3 de enero de 2012; Concepción. Sentencia causa rol núm. 575-2011, del 14 de febrero de 2012; Santiago. Sentencia causa rol núm. 1.266-2012, del 22 de octubre de 2012; Valparaíso. Sentencia causa rol núm. 895-2012, del 24 de enero de 2013.

el CLH 1980 se incorporó a la legislación nacional: el interés superior del niño(a). En el CLH 1980 también cumple un importante rol la opinión del menor de 16 años, la que en función de su edad y madurez puede ser determinante para denegar la restitución, en el caso de la excepción al retorno establecida en el artículo 13.2 del CLH 1980. El derecho del niño(a) a ser escuchado también fue incorporado a la Ley N° 19.968. Por otro lado, la Ley N° 19.968 ha derogado tácita y parcialmente el auto acordado de la Corte Suprema en la materia. Así lo han señalado los tribunales superiores de justicia chilenos en numerosas sentencias, como veremos a continuación. Todo lo anterior ha implicado una modificación sustancial a la solución normativa chilena para la tramitación de las solicitudes de restitución, en el marco del CLH 1980.

3.1. Los problemas de aplicación del auto acordado de la Corte Suprema

Como ya se mencionó, desde la entrada en vigor del CLH 1980 en el año 1994, ni las autoridades políticas ni las administrativas han dictado normativa alguna relativa a un procedimiento de urgencia para la tramitación de las solicitudes de retorno o visita. La falta de normas procesales se subsanó el año 1998 con el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores de 1998, modificado el 17 de mayo de 2002, cuyo objetivo fue específicamente contar con un procedimiento expedito para las solicitudes de retorno. Hasta la fecha, el auto acordado es la única disposición que colabora con el funcionamiento efectivo del CLH 1980, aunque en la práctica judicial se ha visto parcialmente derogado por la Ley N° 19.968 sobre tribunales de familia, en vigor desde 2005.

La solución configurada en el ordenamiento jurídico chileno para subsanar las dificultades que surgen en la aplicación del CLH 1980, particularmente en lo que se refiere a la tramitación de la solicitud de retorno, es discutible.

En primer lugar –y aunque esta cuestión excede las pretensiones del presente trabajo de investigación– porque la potestad normativa de la Corte Suprema, particularmente en relación a los autos acordados, no recibe un tratamiento ni en la doctrina ni en la jurisprudencia que permita su inserción en un modelo que explique con claridad, y de un modo compatible con la CP, la distribución de potestades, ya que la CP no establece un criterio que delimite el ejercicio de dicha potestad reglamentaria, como sí lo hace con la potestad legislativa y reglamentaria del Congreso y del Presidente de la República⁴⁰.

En segundo lugar, los tribunales de justicia han entendido que la Ley N° 19.968 ha

⁴⁰ ALDUNATE LIZANA, E. *La distribución de potestades...*, op. cit, pp.380-381.

derogado tácita y parcialmente el auto acordado aplicable al CLH 1980, porque la Ley N° 19.968 sería una norma posterior y de jerarquía superior al auto acordado. Lo curioso es que ni el CLH 1980 ni las materias que éste trata están incorporados en el artículo 8 de la Ley N° 19.968 que establece taxativamente las materias sometidas a la competencia de los tribunales de familia. Al respecto, las disposiciones derogadas tácitamente por la Ley N° 19.968 serían todos aquellos artículos del auto acordado que resulten incompatibles con la ley. Por ejemplo, la jurisprudencia ha declarado que el artículo 9 del auto acordado relativo al recurso de apelación, fue derogado por el artículo 67 de la Ley N° 19.968, el cual dispone que el tribunal de alzada conocerá y fallará la apelación sin esperar la comparecencia de las partes, las que se entenderán citadas sólo por el ministerio de la ley a la audiencia en que se conozca y falle el recurso, y efectuada la relación, los abogados de las partes podrán dividir el tiempo de sus alegatos para replicar al de la otra parte. Por lo tanto, “las apelaciones en materia de familia deben ser conocidas siempre en relación, es decir, previa vista de la causa, cumpliéndose con el conjunto de actuaciones y trámites que la ley ordena para que el tribunal de alzada quede habilitado para conocer del asunto y resolverlo”⁴¹. La Corte Suprema ha agregado que “en contra de la sentencia que resuelve esta clase de asuntos, proceden los recursos que el artículo 67 contempla, es decir, los de apelación y casación”⁴². Asimismo, en relación al plazo de cinco días para deducir el recurso de apelación contra la sentencia definitiva dispuesto en el auto acordado, la C.A de Valdivia ha señalado que este se encuentra derogado, a la luz de lo dispuesto en la Ley N° 19.968, conforme al cual las partes tienen un plazo de diez días hábiles para deducir el recurso de apelación⁴³. Otra disposición del auto acordado derogada tácitamente es la referida a la apreciación de la prueba en conciencia, ya que el artículo 32 de la Ley N° 19.968 establece que “los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”⁴⁴.

⁴¹ *Vid.* Corte Suprema, 1 de agosto de 2011, rol núm. 2905-2011. Antes de esta sentencia de la Corte Suprema, algunas Cortes de Apelaciones optaron por ver los recursos “en relación” y no “en cuenta”, fundamentándolo en que esta situación “lejos de provocarles algún perjuicio, sólo les beneficia, atendidas las formalidades de que se encuentra revestida la primera de las formas que tiene el tribunal *ad quem* para conocer de los asuntos sometidos a su decisión”. C.A de Valparaíso, 17 de agosto de 2010, rol núm. 406-2010.

⁴² *Vid.* Corte Suprema, 1 de agosto de 2011, rol núm. 2905-2011.

⁴³ *Vid.* C.A de Valdivia, 2 de diciembre de 2011, rol núm. 211-2011.

⁴⁴ Para la Corte Suprema, las reglas de la sana crítica son el sistema que “conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio racional puesto en juicio. Que en este sentido, cabe destacar que las reglas que constituyen el modo de apreciación antes aludido, no están establecidas en la ley y, por lo tanto, se trata de un procedimiento intelectual, interno y subjetivo del que analiza, siendo esta una materia esencialmente de atribución de valor o mérito y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces de fondo. La regla general es que la actividad de valoración o ponderación de las probanzas y, con ello la fijación de los hechos en el proceso queda agotada en las instancias de juicio, a menos que los sentenciadores del grado –al determinar aquellos– hayan desatendido las razones lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud ha correspondido asignarles valor y determinar su eficacia”. *Vid.* Corte Suprema, 1 de agosto de 2011, rol núm. 2905-2011; Corte Suprema, 22 de marzo de 2012, rol núm. 8849-2011.

Un mecanismo más adecuado para subsanar las dificultades que presenta la aplicación del CLH 1980, desde el punto de vista procesal, sería que por medio de una ley que otorgue competencia a los tribunales de familia para conocer y juzgar las cuestiones relativas a la tramitación judicial de las solicitudes amparadas en el CLH 1980. Dicha ley debería incorporar además, un procedimiento especial de urgencia para la tramitación de las solicitudes, compatible con la Ley Nº 19.968 sobre tribunales de familia.

3.2. La problemática de los documentos redactados en idiomas distintos al castellano

Como hemos visto, el auto acordado ha sufrido diversas modificaciones debido a la derogación tácita de algunos de sus artículos, aunque varias disposiciones continúan vigentes. Es lo que ocurre con el artículo 3, que establece la forma en que deben presentarse los documentos redactados en un idioma distinto al castellano, esto es, traducidos al castellano por un perito inscrito en la nómina de la C.A respectiva. En un caso en que el padre demandó la restitución de su hija por el traslado ilícito llevado a cabo por la madre, con quien compartía la custodia conforme a la normativa italiana, el tribunal expresó que no era posible admitir como prueba del derecho extranjero “una fotocopia, sin autorización de autenticidad alguna, que contiene la transcripción de un texto normativo aparentemente obtenido de un documento original. No señala dicho instrumento su origen ni correspondencia, por lo que de su examen resulta imposible determinar si lo que allí se lee se refiere a una copia de un texto parcializado o completo de normas atinentes al caso”⁴⁵.

En otro caso en que se acompañó la legislación alemana en idioma inglés, una traducción del Código Civil alemán en español de una editorial española reconocida y documentos redactados en alemán con traducción al castellano pero sin que conste quien realizó dicha traducción, la documentación fue rechazada por no ajustarse a los términos del artículo 3 del auto acordado, por lo que no habiéndose acreditado el derecho alemán, no pudo acreditarse que la custodia era compartida⁴⁶.

Es criticable que la falta de traducción de la legislación extranjera pueda fundamentar una resolución que deniega el retorno del niño(a), en circunstancias de que es el propio CLH 1980 el que otorga la facultad a la autoridad judicial respectiva para tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales del Estado de residencia habitual del menor y que el auto acordado autoriza al juez para dictar de oficio todas aquellas medidas que permitan verificar si es procedente alguna de las excepciones de los artículos 12 y 13 del CLH 1980.

⁴⁵ Vid. Corte Suprema, 7 mayo de 2007, rol núm. 4.943-2007.

⁴⁶ Vid. C.A de Concepción, 14 de febrero de 2012, rol núm. 575-2011.

3.3. Escasa experiencia práctica en restitución voluntaria y amistosa

Desde la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se ha promovido la adopción de medidas para que los Estados partes estimulen la restitución voluntaria y la solución amistosa en el marco del CLH 1980, a través de las distintas comisiones especiales para el funcionamiento del CLH 1980 realizadas desde su entrada en vigor en 1983, y de la Guía de Buenas Prácticas en mediación. Sin embargo, al tratarse de instrumentos que no tienen fuerza obligatoria, no es posible imponerlos desde la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a cada Estado Parte. En el caso chileno, resulta lamentable la escasa experiencia práctica en esta materia, principalmente si, como dice la Autoridad Central, ello se debe a la falta de recursos económicos, más aun teniendo en cuenta que la mediación familiar es obligatoria en temáticas como el cuidado personal y el régimen de relación directa y regular. Subsana la falta de recursos, la Autoridad Central contaría con una importante estructura orgánica de mediación familiar para implementar esta vía como una alternativa (paralela) al procedimiento judicial.

Conclusiones

Primera. En lo que respecta a la vía judicial, el auto acordado aplicable al CLH 1980 es un avance para el cumplimiento de los objetivos o fines del mismo, en cuanto otorga rapidez y agilidad a la tramitación de la solicitud ante los tribunales de justicia, en sintonía con el derecho del niño(a) a ser restituido a su país de residencia habitual establecido en el artículo 11 de la Convención sobre los derechos del niño, evitando en la medida de lo posible el daño que una situación como ésta le puede provocar. Se destacan como aspectos positivos del auto acordado, los plazos cortos para la tramitación del procedimiento, el aseguramiento del arraigo del menor de 16 años en la primera actuación judicial y el deber de la autoridad judicial de primera instancia de oír al menor de 16 años. Dentro de los aspectos negativos, la implementación de la normativa procesal a través de un auto acordado y no por medio de una ley, y como consecuencia, la tácita y parcial derogación del auto acordado por una norma de mayor jerarquía, como lo es la Ley N° 19.968, contribuyen a que el procedimiento de urgencia carezca de una sistematización normativa adecuada. Lo anterior lleva a dilaciones innecesarias y a confusión entre los abogados y los jueces.

Segunda. El legislador debe incluir en el artículo 8 de la Ley N° 19.968 las acciones sobre traslado o retención ilícita de menores de 16 años, para que los tribunales de familia tengan legalmente competencia para conocer de estas materias. Además, el le-

gislador debe decidir si las solicitudes de restitución se conocerán y resolverán a través del procedimiento ordinario, o por medio de un procedimiento especial inspirado en los principios de celeridad y rapidez.

Tercera. En cuanto a la vía extrajudicial, si bien en nuestra legislación la mediación es una alternativa para la resolución de conflictos en el ámbito de la familia, la falta de mediadores y de personal especializado en la materia, la imposibilidad de desarrollar procedimientos de mediación en paralelo al procedimiento judicial y la falta de recursos económicos para la autoridad central dificultan la implementación de métodos alternativos para la búsqueda de una solución amigable.

