



SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE  
MENORES: JURISPRUDENCIA RECIENTE  
DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES  
DE JUSTICIA CHILENOS\*

*INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION:  
CHILEAN CASE LAW OF THE  
SUPERIOR COURTS OF JUSTICE*

LUCÍA RIZIK-MULET\*\*

*Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2016*

*Fecha de aceptación: 1 de diciembre de 2016*

*Disponibilidad en línea: 30 de diciembre de 2016*

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

Rizik-Mulet, Lucía, *Sustracción internacional de menores: jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos*, 29 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 193-234 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il14-29.simj>

[doi:10.11144/Javeriana.il14-29.simj](https://doi.org/10.11144/Javeriana.il14-29.simj)

---

\* El artículo se ha sustentado en parte de la investigación realizada para optar al grado de Máster en derecho privado, Universidad Carlos III de Madrid, y que obtuvo el Premio Extraordinario del curso 2013-2014.

\*\* Personal investigador adjunto, Universidad Diego Portales, Chile. Profesora de la Universidad Finis Terrae, Chile. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Máster en necesidades, derechos y cooperación al desarrollo en infancia, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en derecho privado, Universidad Carlos III de Madrid. Doctoranda en derecho, Universidad Diego Portales, Chile. Contacto: [luciarizik@gmail.com](mailto:luciarizik@gmail.com)

## RESUMEN

El siguiente artículo es una revisión de la jurisprudencia chilena reciente en materia de sustracción internacional de niños. El objetivo general es demostrar que los tribunales chilenos prefieren resolver cuestiones relativas a la custodia en el marco del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, lo cual desatiende sus objetivos. Sin embargo, poco a poco, los tribunales superiores de justicia chilenos han procurado, de manera incipiente asegurar el retorno del niño a su lugar de residencia habitual; así, interpreta de manera restrictiva las excepciones al retorno del niño. La metodología utilizada fue el análisis jurisprudencial, con una revisión crítica de las sentencias, en el marco de las posiciones doctrinarias que sustentan que el interés superior del niño en el ámbito del Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, se identifica con la protección del niño de los efectos de la sustracción, y el resguardo de que sea la autoridad administrativa o judicial del lugar de residencia habitual la que tome la decisión sobre la guarda o custodia del niño.

**Palabras clave:** Sustracción internacional; interés superior del niño; excepciones al retorno

### ABSTRACT

*The following article is a review of recent Chilean case law on international child abduction. The general objective is to demonstrate that Chilean courts prefer to resolve custody issues under the framework of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, which disregards its objectives. However, step by step, Chilean courts have tried, in an incipient way, to ensure the return of the child to his normal place of residence; therefore, interpreting in a restrictive way the exceptions to the child's return. The methodology used was case-law analysis, with a critical review of the rulings within the framework of the doctrinal positions that support children's best interests in the scope of the Convention on Civil Aspects of International Child Abduction; these identify with the protection of the child from the effects of the abduction and the reassurance that the administrative or judicial authority of the normal place of residence will be the ones to make the decision on the custody of the child.*

**Keywords:** *International abduction; best interests of the child; exceptions to return*

### SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. EL ISN COMO FUNDAMENTO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980.- II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES.- A. Derecho de custodia.- B. Derecho de visita.- C. Residencia habitual.- D. La obligación de restituir al niño menor de 16 años.- E. Excepciones a la restitución del niño.- 1. No ejercicio efectivo de la custodia en el momento de la retención o traslado.- 2. Consentimiento en el traslado o retención en el extranjero.- 3. Grave riesgo de que la restitución exponga a un peligro físico, psíquico o le coloque en una situación intolerable.- 4. Oposición del niño a la restitución.- 5. Derechos Fundamentales.- 6. Integración del niño a su nuevo medio.- III. APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.- A. Posición tradicional de los tribunales chilenos: la denegación del retorno del niño con el objeto de resguardar el ISN de permanecer al cuidado de la madre sustractora.- B. Una nueva concepción del ISN en el marco del Convenio de La Haya de 1980 por los tribunales de justicia chilenos.- CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención o CDN)<sup>1</sup> considera a la familia como un grupo fundamental para la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar particularmente de los niños. Frente a las nuevas estructuras familiares que ampara el derecho, se ha puesto especial atención a la protección de los derechos del niño en contextos de crisis familiar. Por ello, varias de las disposiciones establecidas en la Convención se refieren a la responsabilidad que les cabe a los padres y a la familia ampliada en el cuidado y protección del niño y los límites a la separación temporal o permanente del niño de sus padres o familiares.

Algunos de los principales problemas con relación a la protección de los derechos del niño en contextos de crisis familiar, se producen en las familias internacionales, es decir, aquellas conformadas por individuos que están bajo jurisdicciones de distintos países<sup>2</sup>. En particular, el traslado o retención ilícita de los hijos menores de 16 años fuera de su lugar de residencia habitual.

Los Estados han adoptado medidas para luchar contra la sustracción internacional de menores mediante la celebración de tratados internacionales en la materia. En Chile, actualmente rige el Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 (en adelante “el Convenio de La Haya de 1980”, o “el Convenio”)<sup>3</sup>, el cual preten-

- 
- 1 Organización de las Naciones Unidas, ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General, Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
  - 2 Nuria González-Martín, *Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya-Álvarez)*, 29 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 1-37 (2015). Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num29/articulos/sustraccion-internacional-parental-menores-mediacion-dos-casos-para-reflexion-mexico-amparo-directo-revision-9032014-estados-unidos-america-lozano-v-montoya-alvarez>
  - 3 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, La Haya, 25 de octubre de 1980. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>

de resguardar el interés superior del niño/a (en adelante, ISN), mediante la protección del derecho de custodia y parcialmente, del derecho de visita.

El presente trabajo analiza críticamente sentencias de los tribunales superiores de justicia chilenos en casos sobre sustracción internacional de menores. Postulo, que la aplicación del Convenio ha sido deficiente pues, amparándose en las excepciones al retorno establecidas en ese instrumento y en el ISN, los tribunales han desvirtuado la naturaleza del instrumento internacional, lo cual afecta el derecho de los niños a no ser trasladados o retenidos ilícitamente en el extranjero. Y aunque de manera incipiente, los tribunales han procurado asegurar el retorno del niño a su lugar de residencia habitual, se hace necesaria una concepción jurídica precisa del ISN en el marco del Convenio de La Haya de 1980.

## I. EL ISN COMO FUNDAMENTO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

El ISN, incluido en el preámbulo del Convenio, es un concepto de origen anglosajón, reconocido en distintos instrumentos internacionales, tanto de derechos humanos como de derecho internacional privado<sup>4</sup>.

---

4 El primer instrumento internacional de derechos humanos en que fue reconocido el interés superior del niño fue la Declaración de Derechos del Niño de 1959. Organización de las Naciones Unidas, ONU, Asamblea General, Declaración de los Derechos del Niño, Resolución 1386 (XIV), 14 UN GAOR Supp. (No. 16), 19, ONU Doc. A/4354 (1959), 20 de noviembre de 1959, principio 2. Posteriormente, también fue incluido en otros como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979, artículos 5 y 16. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0031>. Organización de las Naciones Unidas, ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General, Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, artículo 3. En lo que a instrumentos internacionales de derecho internacional privado se refiere, el Convenio sobre tutela de menores de 1902 aludía en el artículo 7 al interés del menor, y también lo hace el Convenio sobre protección de menores de 1961 que lo sustituye. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio sobre Tutela de Menores, La Haya, 12 de junio de 1902, artículo 7. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/the-old-conventions/1902-guardianship-convention>. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, La Haya, 5 de octubre de

Se ha sostenido que la relevancia del ISN radica en que este “se erige y consolida en la Convención como el principio por antonomasia de los derechos del niño, que planea sobre los demás Principios Generales, así como sobre los derechos y demás disposiciones que la integran, informando de su correcta interpretación y aplicación. Todo ello pone en definitiva de manifiesto el carácter interdependiente de este principio —propio en definitiva de los derechos humanos en general— respecto a las demás disposiciones de la Convención y, de manera relevante, respecto a sus otros Principios Generales que, a su vez, devienen elementos esenciales en su precisión”<sup>5</sup>. Por ello, siguiendo a Miguel Cillero-Bruñol, el ISN se identifica con la satisfacción de los demás derechos, y “tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no ‘constituye’ soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”<sup>6</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño ha resaltado que la CDN reconoce e incorpora el ISN como un *principio jurídico interpretativo fundamental*, un *derecho sustantivo* y una *norma de*

---

1961. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=39>. Ver respectivamente, Organización de las Naciones Unidas, ONU, Asamblea General, Declaración de los Derechos del Niño, Resolución 1386 (XIV), 14 UN GAOR Supp. (No. 16), 19, ONU Doc. A/4354 (1959), 20 de noviembre de 1959. Chile, Decreto 789, 9 de diciembre de 1989, promulga la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, *Diario Oficial*, 9 de diciembre de 1989. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15606>. Chile, Decreto 830, promulga Convención sobre los Derechos del Niño, *Diario Oficial*, 27 de septiembre de 1990. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824>. A la fecha, Chile no ha adherido al Convenio sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores de 1961.

- 5 María del Rosario Carmona-Luque, *La Convención sobre los Derechos del Niño: instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*, 105 (Editorial Dykinson, Madrid, 2011).
- 6 Miguel Cillero-Bruñol, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en *Justicia y derechos del niño*, 45-62, 55-56 (Ministerio de Justicia, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, UNICEF, Santiago de Chile, 1999). Disponible en: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_PEJusticiayderechos1.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf)

*procedimiento*<sup>7</sup>. Agrega que el contenido del concepto del ISN es dinámico, por lo que debe determinarse caso a caso, considerando los hechos y la situación del niño afectado. Por lo anterior, ha recomendado algunos elementos que deben evaluarse para determinarlo en cada caso, como: a) la opinión del niño; b) la identidad del niño; c) la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones; d) el cuidado, protección y seguridad del niño; e) la situación de vulnerabilidad; f) el derecho del niño a la salud; g) y el derecho del niño a la educación.

Así mismo, el Comité de los Derechos del Niño ha propuesto garantías y salvaguardas para todos quienes estén en la situación de evaluar y determinar el ISN. Estas garantías y salvaguardas son: a) el derecho del niño a expresar su propia opinión; b) la determinación de los hechos debe realizarse por profesionales altamente cualificados; c) dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible; d) contar con profesionales cualificados a lo largo del procedimiento; e) el niño debe contar con representación letrada; f) las decisiones deben ser motivadas, justificadas y explicadas; g) establecer mecanismos

---

7 En 2013, el Comité de los Derechos del Niño emitió la Observación General 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), en la cual subrayó que el interés superior del niño es un concepto triple: “a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales; b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo; c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho”. Organización de las Naciones Unidas, ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párr. 6 (29 de mayo de 2013). Disponible en: [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf)

para examinar o revisar las decisiones; h) y evaluar el impacto de la decisión en los derechos del niño<sup>8</sup>.

Ahora bien, ¿cómo se proyecta la relevancia del ISN en el Convenio de La Haya de 1980? El ISN fundamenta los objetivos del propio Convenio; sin embargo, fue excluido de la parte dispositiva del Convenio e incorporado solo en la parte considerativa. Esto debido a que, por un lado, al momento de aprobarse el Convenio, se consideraba que la norma jurídica que descansa sobre el ISN era de tal imprecisión que parecía más un paradigma social que una norma jurídica concreta y, por otro lado, la interpretación de la noción del ISN por parte de las autoridades locales implicaba la formulación de “juicios de valor subjetivos sobre la otra comunidad nacional de la que el menor acaba de ser arrancado”<sup>9</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, para identificar el ISN frente a una sustracción internacional, contamos con dos metodologías. Por una parte, podemos elaborar ciertos criterios o parámetros que nos permitan interpretar y determinar el ISN en el caso concreto. Esta metodología coincide con la fórmula anglosajona, que ha optado por elaborar una lista con criterios mínimos o factores que deberán tenerse en cuenta para determinar cuál es el ISN en cada caso concreto<sup>10</sup>. Por otra parte, en los ordena-

---

8 Sobre la evaluación y determinación del interés superior del niño y las garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño, Organización de las Naciones Unidas, ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14 (29 de mayo de 2013), párr. 46-99.

9 Elisa Pérez-Vera, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, párrs. 22-23 (Madrid, 1981). Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/expl28s.pdf>. Ricardo C. Pérez-Manrique, *El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación*, 23 *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, 123-127 (Editorial Abeledo Perrot, 2012). Texto disponible en: [https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/familia/Ricardo%20Perez%20Manrique%20\(Spanish\).pdf](https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/familia/Ricardo%20Perez%20Manrique%20(Spanish).pdf)

10 Se ha señalado que si bien esta fórmula, empleada entre otros, por Reino Unido (Children Act, 1989), Estados Unidos (Uniform Marriage and Divorce Act, 1970) y Australia (Family Law Act, 1975) presenta ventajas en lo relativo a la concreción del concepto *interés del menor*, también ha sido cuestionada debido a que por un lado puede dejar fuera cuestiones propias de la evolución social y, por otro, obstruye la valoración de los distintos parámetros *in casu*. Mónica Herranz-Ballesteros, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, 47 (Editorial Lex Nova, Madrid, 2004). Reino Unido, Children Act, 1989. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>. Estados Unidos, Uniform Marriage and Divorce Act, 1970. Disponible en: <http://www.uniformlaws.org/shared/>

mientos jurídicos de corte continental, la incorporación del ISN como cláusula general obliga a que el margen de discrecionalidad que se deja al intérprete conduzca a una decisión acorde con los derechos fundamentales, en función de la finalidad de la ley en la que se incluye<sup>11</sup>.

En este orden de consideraciones, la interpretación del ISN deberá realizarse tomando en cuenta los objetivos y fines que persigue la norma<sup>12</sup>. Respecto al Convenio de La Haya de 1980, la doctrina ha señalado que el ISN se identifica con el objetivo convencional relativo al retorno del niño menor de 16 años, sin perjuicio de que las excepciones al retorno sean una manifestación del ISN en determinados casos, siempre que sean interpretadas restrictivamente, pues su excesivo empleo neutralizaría la eficiencia del Convenio<sup>13</sup>. Esto pues los dos objetivos del Convenio, uno de carácter preventivo, y el otro reparatorio o restitutivo, responden conjuntamente a un concepto determinado de ISN, aunque lo suficientemente flexibles para contemplar las excepciones que permiten admitir el no retorno justificado en la persona del niño menor o su propio entorno<sup>14</sup>.

De este modo, en el marco del Convenio, la autoridad administrativa o judicial no está facultada para valorar las aptitudes parentales de los progenitores para ejercer el cuidado y la crianza del niño/a, sino más bien, debe resolver con celeridad y sentido de urgencia, si se ha llevado a cabo una retención o un traslado ilícito, y, en caso de que así sea, ordenar su restitución de manera

---

docs/Marriage%20and%20Divorce%20Act/UMDA%201973.doc. Australia, Family Law Act, 1975. Disponible en: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C01106>

- 11 En su investigación, Mónica Herranz-Ballesteros utiliza la definición de cláusula general propuesta por José María Miquel-González según la cual, las cláusulas generales son una técnica de formación judicial de la regla aplicable al caso concreto. Mónica Herranz-Ballesteros, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, 45, 49 (Editorial Lex Nova, Madrid, 2004). José María Miquel-González, *Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho*, 1 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Ejemplar dedicado a La vinculación del juez a la ley, 297-326 (1997). Disponible en: [https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/miguel\\_gonzalez.pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/miguel_gonzalez.pdf)
- 12 Mónica Herranz-Ballesteros, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, 55 (Editorial Lex Nova, Madrid, 2004).
- 13 *Ibid.*, p. 107.
- 14 Elisa Pérez-Vera, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, párr. 25 (Madrid, 1981).

segura, y que sean los tribunales del lugar de residencia habitual del niño/a quienes decidan sobre el fondo, asegurando, en cualquier caso, el contacto fluido entre el niño/a y sus progenitores, mientras se tramita la solicitud de restitución.

Como vemos, la clave está en determinar el ISN en relación con las excepciones al retorno, lo que analizaremos más adelante, centrándonos en la excepción contemplada en el artículo 13.b del Convenio<sup>15</sup>, usualmente utilizada por los tribunales chilenos para negar la restitución del niño.

## II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

### A. Derecho de custodia

El Convenio no establece un concepto jurídico de derecho de custodia<sup>16</sup>. Sin embargo, el artículo 5<sup>17</sup> describe su contenido mínimo para efectos de interpretar y aplicar el Convenio. Así, el derecho de custodia debe al menos comprender el derecho relativo al cuidado del niño, y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia<sup>18</sup>.

15 Artículo 13.b del Convenio. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

16 Para Blanca Gómez-Bengoechea: “el Convenio sigue la tradición arraigada en la Conferencia de La Haya, y no define los conceptos jurídicos de los que se sirve, aunque, en este caso, sí que establece un contenido mínimo para lograr aproximarse a los fines del Convenio en la mayor medida de lo posible”. Blanca Gómez-Bengoechea, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 1980*, 70 (Editorial Dykinson, Madrid, 2002). En el mismo sentido, Elisa Pérez-Vera, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, párr. 83 (Madrid, 1981).

17 Artículo 5. “A los efectos del presente Convenio: a) el ‘derecho de custodia’ comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el ‘compren de visita’ comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.

18 Para E. Pérez-Vera, los términos que emplea el Convenio para referirse a la custodia dejan al margen los posibles mecanismos de protección de sus bienes. Se trata pues de un concepto más restrictivo que el de ‘protección de los menores’”. Elisa Pérez-Vera, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, párr. 84 (Madrid, 1981).

Conforme el artículo 3 del Convenio<sup>19</sup>, el ejercicio del derecho de custodia debe haberse atribuido a una persona, institución o cualquier organismo con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Las tres fuentes que menciona el artículo 3 del Convenio para atribuir el derecho de custodia son, de pleno derecho, por resolución judicial o administrativa y por acuerdo entre las partes.

### *B. Derecho de visita*

El artículo 5 b) del Convenio señala que el derecho de visita comprende el derecho de llevar al niño por un período limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual<sup>20</sup>. Este derecho impide activar la acción de retorno que incluye el Convenio. Sin embargo, el artículo 21 autoriza la interposición de una solicitud ante las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, que tenga como finalidad organizar y ejercer efectivamente el derecho de visita. Las Autoridades Centrales estarán encargadas de adoptar las medidas tendientes a asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de las condiciones establecidas para tal efecto<sup>21</sup>.

De este modo, en principio, el Convenio no otorga una fuerte protección a la relación del niño con su padre o madre no custodio. Sin embargo, mediante la interpretación judicial, se han

---

19 Artículo 3. “El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

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

20 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Derecho de familia internacional*, 371 (Colex, Madrid, 2004).

21 Celia M. Caamiña-Domínguez, *Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado (epígrafes XVI a XXII)*, en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, 606-651, 618 (Mariano Yzquierdo-Tolsada & Matilde Cuenca-Casas, dirs., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011).

incorporado ciertas garantías denominadas cláusulas *nē exeat* [prohibición de salida], que consisten en prohibir la salida del país del niño sin la autorización del progenitor no custodio o de un tribunal. Estas cláusulas atribuyen al padre o madre no custodio la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del niño, cuestión que deriva del derecho de custodia que ampara el Convenio.

### C. Residencia habitual

El Convenio emplea el concepto de “residencia habitual” como punto de conexión, lo que se fundamenta en la idea de que las autoridades más próximas al niño menor de 16 años le otorgarán mayor protección<sup>22</sup>. Al respecto, Sandra García-Cano señala que “la elección de la residencia habitual como punto de conexión, en abandono de la nacionalidad, respecto de los regímenes de protección, se justifica tradicionalmente en que al tratarse de una reglamentación en la que el Estado procura garantizar la protección de determinados intereses particulares desde una óptica de política social, la aplicación de la residencia habitual es el único criterio que garantiza una aplicación homogénea y eficaz de las legislaciones nacionales sobre el territorio nacional”<sup>23</sup>. En consecuencia, la residencia habitual posee ciertas ventajas frente a otros puntos de conexión como el domicilio legal o la nacionalidad, pues resulta sencillo de determinar, se encuentra próximo al entorno del niño, y es una garantía de equilibrio procesal por medio de un criterio de competencia que tiene en cuenta el ISN<sup>24</sup>.

La residencia habitual hace referencia al centro social de vida del niño<sup>25</sup>. Es el lugar donde están radicados sus vínculos

---

22 Mónica Herranz-Ballesteros, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, 99 (Editorial Lex Nova, Madrid, 2004).

23 Sandra García-Cano, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, 40 (Editorial Colex, Madrid, 2003).

24 Pilar Jiménez-Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, 27-28 (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008).

25 Celia M. Caamiña-Domínguez, *Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado (epígrafes XVI a XXII)*, en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VI, *Las relaciones*

afectivos, derivados de la vida cotidiana. También se ha definido como el espacio físico de su centro de intereses<sup>26</sup>.

Para determinar cuál es el lugar de residencia habitual del niño, no es necesario contar con datos jurídicos como la inscripción del niño en sistemas de control administrativo, el domicilio legal o la nacionalidad del niño o de sus padres, pues esta información no es suficiente por sí sola<sup>27</sup>. Debe atenderse más bien a consideraciones como que la residencia habitual del niño menor de 16 años es independiente de la de sus padres; que no cabe darle un contenido subjetivo al concepto de residencia habitual, por ejemplo, las intenciones de las partes respecto al lugar de residencia; y un factor que sin duda es relevante para determinarla es el grado de integración del niño al lugar en que reside<sup>28</sup>.

#### *D. La obligación de restituir al niño menor de 16 años*

En aquellos casos en que la autoridad judicial o administrativa corrobore que se ha llevado a cabo un traslado o retención ilícita de un niño, deberá ordenar su restitución.

La restitución será “inmediata” cuando se inicie el procedimiento ante la autoridad administrativa o judicial del Estado contratante donde está el niño, en el transcurso de un año desde el traslado o retención ilícita, conforme al artículo 12.1 del

---

*paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, 606-651, 619 (Mariano Yzquierdo-Tolsada & Matilde Cuenca-Casas, dirs., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011).

26 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*, volumen II, capítulo VII, 387-477, 455 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., Editorial Comares, Granada, 2013).

27 Alfonso Luis Calvo-Caravaca y Javier Carrascosa-González se refieren especialmente a la forma de determinar la residencia habitual de los bebés. Señalan que “parece adecuado estimar que los bebés también tienen ‘residencia habitual’ y que esta se localiza en el país de su ‘centro social de vida’, allí donde normalmente habitan. Y como habitan con las personas de las que dependen físicamente, debe estimarse que su residencia habitual se halla en el país en el que tales personas tienen su centro social de vida”. Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*, volumen II, capítulo VII, 387-477, 455 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., Editorial Comares, Granada, 2013).

28 Sandra García-Cano, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, 67 (Editorial Colex, Madrid, 2003).

Convenio<sup>29</sup>. Sin embargo, la autoridad judicial o administrativa podrá denegar la restitución cuando concorra alguna de las excepciones establecidas en los artículos 13 y 20<sup>30</sup> del Convenio.

Cuando el procedimiento se inicie habiendo transcurrido más de un año desde la retención o traslado ilícito, la autoridad judicial o administrativa deberá igualmente ordenar su restitución, pero tendrá la opción de denegarla no solo si concurren las excepciones establecidas en los artículos 13 y 20 del Convenio, sino también cuando en el procedimiento se demuestre que el niño ha quedado integrado a su nuevo medio, pues el transcurso del tiempo supone el debilitamiento de las posibilidades de restitución, con el objeto de proteger su estabilidad<sup>31</sup>. La protección de la estabilidad del niño será relevante también en aquellos casos en que el progenitor privado del hijo no ha realizado gestiones que tengan por objeto tomar contacto con el niño o conocer su paradero.

### *E. Excepciones a la restitución del niño*

El Convenio contempla ciertos supuestos o excepciones, en los que la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar el retorno del niño. Estas excepciones no son de aplicación automática, es decir, no obligan a la autoridad judicial o administrativa a decretar el no retorno una vez acreditadas, sino que únicamente le otorgan la posibilidad de denegarlo<sup>32</sup>. Al no imponer la obligación de denegar el retorno, la autoridad judicial o administrativa dispone de discrecionalidad, lo que le

---

29 Artículo 12.1. “Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

30 Artículo 20. “La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

31 José Miguel de la Rosa-Cortina, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, 142 (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010).

32 Elisa Pérez-Vera, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, párr. 113 (Madrid, 1981).

permite valorar otros elementos, como el futuro resultado de una acción sobre responsabilidad parental o los efectos emocionales que tendría en el niño una orden de retorno<sup>33</sup>. Por otro lado, el sustractor encuentra en las excepciones su principal herramienta para consolidar las consecuencias de la sustracción internacional<sup>34</sup>.

### 1. No ejercicio efectivo de la custodia en el momento de la retención o traslado

Este supuesto, más que una excepción al retorno del niño, es una condición para configurar la ilicitud del traslado o la retención<sup>35</sup>. Lo anterior implica que la retención o traslado ilícito en realidad no se ha producido, por lo que la acción carecería de objeto<sup>36</sup>.

### 2. Consentimiento en el traslado o retención en el extranjero

El segundo supuesto establecido en el artículo 13.a del Convenio señala que la autoridad administrativa o judicial no está obligada a ordenar la restitución cuando el titular de la custodia haya consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención del niño. Tanto el consentimiento a la retención o al traslado,

33 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*, volumen II, capítulo VII, 387-477, 461 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., Editorial Comares, Granada, 2013). Celia M. Caamiña-Domínguez, *Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado (epígrafes XVI a XXII)*, en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, 606-651, 621 (Mariano Yzquierdo-Tolsada & Matilde Cuenca-Casas, dirs., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011).

34 Para Blanca Gómez-Bengochea, “la persona que haya sustraído al niño querrá hacer valer las excepciones en él recogidas y ampliar al máximo el contenido de los términos en él empleados, que, como veremos a continuación, constituyen conceptos jurídicos indeterminados”. Blanca Gómez-Bengochea, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 1980*, 90 (Editorial Dykinson, Madrid, 2002).

35 Celia M. Caamiña-Domínguez, *Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado (epígrafes XVI a XXII)*, en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, 606-651, 621 (Mariano Yzquierdo-Tolsada & Matilde Cuenca-Casas, dirs., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011).

36 Mar Montón-García, *Sustracción de menores por sus propios padres*, 102 (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003).

como la posterior aceptación, pueden ser expresos o tácitos, pero siempre deben ser ciertos.

### 3. Grave riesgo de que la restitución exponga a un peligro físico, psíquico o le coloque en una situación intolerable

Estamos aquí ante un real motivo de denegación, en la medida en que, incluso cuando se dan los requisitos establecidos en el Convenio para ordenar el retorno, el ISN a no ser desplazado de su residencia habitual cede ante el interés de no ser expuesto a un peligro o situación intolerable<sup>37</sup>.

Esta disposición plantea dificultades que derivan de las expresiones utilizadas en su redacción, y de otros inconvenientes relativos a su aplicación práctica. En primer lugar, se alude a la diferencia existente en los términos empleados en las versiones española, francesa (redacción original del Convenio) e inglesa. Mientras que las versiones francesa y española emplean la expresión “*danger physique ou psychique*” y “peligro grave físico o psíquico”, respectivamente, la versión en inglés se refiere a “*physical or psychological harm*”. De este modo, parte de la doctrina considera que la expresión inglesa resulta más adecuada que la francesa, debido a la exactitud de los términos, pues el motivo de denegación busca evitar el “daño físico o psíquico” antes que el “peligro físico o psíquico”<sup>38</sup>.

En segundo lugar, el artículo plantea importantes dificultades interpretativas, pues los conceptos “grave riesgo”, “peligro físico o psíquico” o “situación intolerable” resultan indeterminados y por ello se hace necesario establecer criterios que permitan interpretar restrictivamente la disposición, conforme a los fines

---

37 Elisa Pérez-Vera, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, párr. 29 (Madrid, 1981).

38 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*, volumen II, capítulo VII, 387-477, 462 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., Editorial Comares, Granada, 2013). Celia M. Caamiña-Domínguez, *Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado (epígrafes XVI a XXII)*, en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, 606-651, 622 (Mariano Yzquierdo-Tolsada & Matilde Cuenca-Casas, dirs., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011).

del Convenio<sup>39</sup>. De este modo, se ha entendido que el “grave riesgo” debe ser extremo y muy probable; el “peligro físico o psíquico” y la “situación intolerable” deben ser elevados, serios y actuales<sup>40</sup>. Así mismo, los tres conceptos deben verificarse siempre en relación con el niño, y no con respecto al secuestrador o sus familiares<sup>41</sup>. Finalmente, la excepción debe alegarse y probarse por quien la alega<sup>42</sup>. Para probar la concurrencia de esta excepción y fundamentar el motivo de denegación, la utilización de informes sociales, tanto del niño como de su familia es recomendable, sin que su ofrecimiento e incorporación implique innecesarias dilaciones<sup>43</sup>.

En tercer lugar, una de las cuestiones más complejas que suscita este supuesto es la delimitación entre el procedimiento de restitución establecido en el Convenio, y el fondo de la custodia, especialmente en los casos en que el secuestrador es al mismo tiempo, el titular del cuidado del niño. En cualquier caso, debe evitarse que el sustractor se beneficie del ilícito.

Sobre esto, es común que el sustractor esté imposibilitado de retornar al lugar de residencia habitual, por ejemplo, porque el Estado de residencia del niño le niega el visado, y se configura el

39 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*, volumen II, capítulo VII, 387-477, 462 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., Editorial Comares, Granada, 2013). Celia M. Caamiña-Domínguez, *Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado (epígrafes XVI a XXII)*, en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, 606-651, 622-623 (Mariano Yzquierdo-Tolsada & Matilde Cuenca-Casas, dirs., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011).

40 *Ibid.*, p. 642-643.

41 “La situación anterior al traslado del menor solo es relevante para denegar su restitución solo si dicha situación anterior se mantiene en el momento de la restitución. Si las circunstancias han cambiado y ya no hay riesgo de daño para el menor, debe ordenarse la restitución del mismo”. Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*, volumen II, capítulo VII, 387-477, 463 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., Editorial Comares, Granada, 2013).

42 *Ibid.*

43 Se ha apreciado que, aun cuando los informes sociales resultan importantes para probar la procedencia de esta excepción y justificar así la denegación del retorno del menor, en ocasiones resultan más útiles para dilatar el procedimiento judicial o administrativo, lo que supone una demora innecesaria que solo beneficia al sustractor. Blanca Gómez-Bengoechea, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 1980*, 93 (Editorial Dykinson, Madrid, 2002). José Miguel de la Rosa-Cortina, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, 151 (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010).

“grave riesgo” en una doble circunstancia, pues, por un lado, de restituir al niño el secuestrador no tendría garantías procesales para enfrentar un nuevo procedimiento sobre el fondo de la custodia, ya que no podría asistir, y por otro, el niño quedaría en una situación de desamparo en el Estado al que sería restituido hasta el término del procedimiento sobre el fondo de la custodia<sup>44</sup>. En estos casos, la decisión sobre el retorno se supedita a la existencia de garantías para un proceso justo en el Estado al que el niño sea restituido<sup>45</sup>. Por ello, no se configurarían los supuestos de “grave riesgo” para el niño, si el Estado al que será restituido ofrece ciertas “garantías” o “seguridades” en relación con su protección, también denominadas *undertakings*<sup>46</sup>.

#### 4. Oposición del niño a la restitución

Podrá denegarse el retorno si se comprueba que es el niño quien se opone al mismo. Su opinión deberá ponderarse en razón de su edad y el grado de madurez.

Esta disposición debe ser complementada con el derecho del niño a ser oído, establecido en el artículo 12 de la CDN. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que en aquellos Estados en que la CDN esté vigente, se garantizará el

44 Pilar Jiménez-Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, 105 (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008).

45 “La ‘situación intolerable’ en la que podría quedar el menor si se ordenase su devolución se examina en este supuesto desde la perspectiva del sistema judicial del Estado de la residencia habitual anterior, donde se va a llevar a cabo dicho proceso. Tendrían especial incidencia en la valoración del ‘en la q del Estado de origen’ no tanto los aspectos de Derecho material, sobre a quién puede o va a corresponder la custodia del menor, como los aspectos de Derecho procesal relativos a un proceso equitativo, donde se garantice la intervención de los titulares de derechos de responsabilidad parental ya sean víctimas de la sustracción o el secuestrador”. Pilar Jiménez-Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, 104 (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008).

46 Como apuntan los autores, “las garantías pueden consistir en compromisos del peticionario de la restitución, en la acreditación de que los tribunales y autoridades del Estado al que va a ser restituido el menor pueden protegerle de modo conveniente, comprobaciones de hecho de la seguridad del menor en el país de su residencia habitual o en el hecho de que los tribunales de dicho país han dictado o van a dictar ‘Como apuntan espejo’, que son resoluciones de protección del menor idénticas a las adoptadas por las autoridades del país al que ha sido trasladado el menor”. Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*, volumen II, capítulo VII, 387-477, 463-464 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., Editorial Comares, Granada, 2013).

derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, por lo que deberán tomarse las medidas necesarias tanto para recabar las opiniones del niño en los asuntos que le afecten, como para tener debidamente en cuenta dichas opiniones<sup>47</sup>.

El procedimiento de restitución en Chile obliga al juez a oír al niño solo cuando su opinión pueda resultar relevante, según dispone el Auto Acordado de la Corte Suprema<sup>48</sup>, resultando ciertamente más restrictivo que el artículo 16 de la Ley 19.968<sup>49</sup>, el cual 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.

El motivo de denegación que estamos examinando genera algunas interrogantes: ¿es necesario que el sustractor alegue la excepción? En caso de que se alegue, ¿quién tiene la carga de la prueba? En caso de no alegarse, ¿es facultativo u obligatorio para la autoridad judicial o administrativa considerar la opinión del niño? ¿Es vinculante su opinión? ¿Cómo accede la autoridad respectiva a su opinión?

A la primera y segunda pregunta, dos observaciones. El Convenio de La Haya de 1980 no reconoce expresamente que el niño deba ser oído *siempre*, sino que su opinión podrá ser considerada por la autoridad judicial o administrativa cuando compruebe su oposición al retorno. No se trata pues del reconocimiento del derecho del niño a ser escuchado, ni de la incorporación de este derecho como principio formativo del procedimiento, aunque la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Con-

---

47 Organización de las Naciones Unidas, ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, párr. 19 (20 de julio de 2009). Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532>

48 Chile, Corte Suprema de Justicia, Auto Acordado, Acta 205/2015, modifica y refunde texto del auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas, *Diario Oficial*, versión única 19 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1086720>

49 Chile, Ley 19.968, 25 de agosto de 2004, crea los tribunales de familia, *Diario Oficial*, 30 de agosto de 2004. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>

venio de La Haya de 1980 en 2011 valoró que la jurisprudencia esté interpretando esta disposición en tal sentido<sup>50</sup>.

En el caso chileno, la vigencia de la CDN, la aplicación del artículo 16 de la Ley 19.968, y el Auto Acordado de la Corte Suprema autorizan al juez a escuchar al niño, independientemente de que se produzca oposición.

Ahora bien, alegado o no por las partes, la disposición consagra la obligación de la autoridad judicial o administrativa de comprobar que el niño se opone a la restitución. Por lo anterior, la prueba de este motivo de denegación recae en la autoridad respectiva, pues la denegación del retorno motivada por esta cláusula exige que sea esta la que demuestre la procedencia de la excepción.

El Convenio no señala cómo la autoridad judicial o administrativa debe comprobar que la opinión del niño es contraria al retorno. De preferencia, deberá escuchársele directamente; así lo recomienda el Comité de los Derechos del Niño, aunque también podrá expresar su opinión por medio de un representante o de cualquier órgano apropiado, en concordancia con el artículo 12.2 de la CDN. Lo relevante es que la opinión sea libre, es decir, exenta de coerción y de presiones del secuestrador o del entorno<sup>51</sup>.

Parte de la doctrina ha planteado algunos problemas respecto a la pertinencia de los interrogatorios a los niños, principalmente relacionados a los daños psíquicos que pueden sufrir, y la situación intolerable que podría producirse si se pone al niño en la obligación de elegir entre el secuestrador y el titular de la

---

50 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 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, párr. 157 (La Haya, 2011). Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14s.pdf>, <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf>

51 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Derecho de familia internacional*, 373 (Colex, Madrid, 2004). Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*, volumen II, capítulo VII, 387-477, 461 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., Editorial Comares, Granada, 2013).

custodia<sup>52</sup>. Al respecto se ha propuesto que para el desarrollo de los interrogatorios resulta necesario que quien entreviste al niño cuente con la formación adecuada para ello y que el niño esté debidamente informado tanto del procedimiento de restitución como de las consecuencias del mismo en razón de su edad y grado de madurez<sup>53</sup>. En el caso chileno, si el juez decide escuchar al niño directamente, cuenta con la asesoría de los profesionales del Consejo Técnico del tribunal, para la adecuada comparecencia y declaración del niño<sup>54</sup>.

Si el niño expresa su opinión por medio de un representante, no parece claro que ella esté libre de coerciones o presiones cuando quien la emite en su representación sea el titular de la custodia o el sustractor, pues están directamente interesados en el resultado del procedimiento. Por lo anterior, el juez deberá corroborar que quien ejerza la representación lo haga en función únicamente de los intereses del niño y no de otras personas<sup>55</sup>. La Comisión Especial del Convenio de La Haya de 1980 concluyó que, a partir del análisis de los datos sobre jurisprudencia de la base de datos sobre sustracción internacional de niños (The International Child Abduction Database, INCADAT), se ha producido “una acentuada concientización de la necesidad

---

52 Blanca Gómez-Bengochea, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 1980*, 96 (Editorial Dykinson, Madrid, 2002). Elisa Pérez-Vera, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, párr. 30 (Madrid, 1981).

53 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 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, párr. 164 (La Haya, 2011).

54 El artículo 5 de la Ley 19.968 incorpora al Consejo Técnico como órgano asesor a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, pudiendo asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas; asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente; evaluar, a requerimiento del juez, la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo; asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad, entre otras. Chile, Ley 19.968, 25 de agosto de 2004, crea los tribunales de familia, *Diario Oficial*, 30 de agosto de 2004.

55 Organización de las Naciones Unidas, ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12 (20 de julio de 2009), párrs. 36-37.

de una representación independiente del niño en los casos de sustracción difíciles”<sup>56</sup>.

Por otra parte, la forma en que la autoridad judicial o administrativa considere la opinión del niño debe ajustarse a los criterios de edad y grado de madurez, según dispone el artículo 13 del Convenio, utilizando términos similares a los del artículo 12.1 de la CDN. Al respecto, se ha destacado que el amplio margen para valorar la trascendencia de la opinión del niño permite que en ocasiones se proteja el interés del secuestrador (en muchos casos, nacional del Estado de la autoridad judicial o administrativa que decide)<sup>57</sup>. Al mismo tiempo, este amplio margen impide muchas veces separar el procedimiento mismo de restitución con el fondo de la custodia<sup>58</sup>.

Para evitar estas consecuencias, Pilar Jiménez-Blanco propone operar desde tres perspectivas: valorar la madurez del niño, informar al niño sobre el procedimiento y sus consecuencias, y salvar los obstáculos que han determinado que este se oponga a la restitución<sup>59</sup>.

En lo relativo a la edad, se ha optado por no imponer una edad mínima sobre la cual deba considerarse la opinión del niño y dejarle a la autoridad respectiva la valoración de las circunstancias de edad y madurez, en relación con el caso concreto<sup>60</sup>, cuestión que está en sintonía con la opinión del Comité de los Derechos del Niño, que ha desaconsejado a los Estados partes

---

56 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 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, párr. 158 (La Haya, 2011).

57 Blanca Gómez-Bengochea, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 1980*, 95 (Editorial Dykinson, Madrid, 2002).

58 Pilar Jiménez-Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, 112 (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008).

59 *Ibid.*

60 Elisa Pérez-Vera señala que todos los intentos por introducir una cláusula que estableciera una edad mínima para considerar la opinión del menor fracasaron, debido a que las cifras manejadas tenían un carácter artificial (y arbitrario). Elisa Pérez-Vera, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, párr. 30 (Madrid, 1981).

introducir por ley o en la práctica, límites de edad que restrinjan este derecho<sup>61</sup>.

## 5. Derechos Fundamentales

Podrá denegarse la restitución “cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales”.

La doctrina ha señalado que con su ubicación sistemática (en el artículo 20 y no en el artículo 13 del Convenio), se buscaba destacar el carácter excepcionalísimo de este motivo de denegación que ha tenido escasa aplicación práctica<sup>62</sup>.

Por otra parte, este motivo de denegación del retorno se asemeja a una “cláusula limitada de orden público”, o a “una especie de cláusula de orden público”<sup>63</sup>.

Para analizar la procedencia de este motivo de denegación y evitar que su aplicación torne difusa la frontera entre el procedimiento de restitución y el fondo de la custodia debe tenerse debidamente en cuenta de qué manera y en qué medida el Estado requirente no cumple las condiciones para resguardar los derechos humanos y señalar cuáles son los principios fundamentales del Estado requerido que no se protegen ni salvaguardan en el Estado de residencia habitual del niño<sup>64</sup>.

61 Organización de las Naciones Unidas, ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12 (20 de julio de 2009), párr. 21. Al respecto, el Comité agregó que “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso a caso”.

62 Elisa Pérez-Vera, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, 30 (Madrid, 1981).

63 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Derecho de familia internacional*, 373 (Colex, Madrid, 2004). José Miguel de la Rosa-Cortina, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, 162 (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010). Para Pilar Jiménez-Blanco, la utilización de esta cláusula estaría reservada para “aquellos casos en los que están involucrados sistemas jurídicos cuyas decisiones ‘en interés del menor’ van a diferir en su fundamentación de lo normalmente asumido en los sistemas occidentales”. Pilar Jiménez-Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, 107 (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008).

64 María Gabriela González-Cofré, Juan Francisco Zarricueta-Baeza, María Paz Martín-Cofré & Arturo Javier Klenner-Gutiérrez, *Sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes*.

Se han sistematizado algunos supuestos en que podrá denegarse el retorno de conformidad con el artículo 20 del Convenio, por ejemplo, cuando la atribución de la custodia se haya producido en función de circunstancias discriminatorias y sin tener en cuenta el ISN; en aquellos casos en que no se respete la libertad religiosa; cuando en el Estado de origen se admita la mutilación genital femenina; o exista un incumplimiento grave de derechos fundamentales reconocidos en la CDN por parte del Estado de origen<sup>65</sup>.

## 6. Integración del niño a su nuevo medio

Si ha pasado más de un año desde la retención o traslado ilícito, podrá negarse su restitución, si se demuestra que el niño se ha integrado en su nuevo medio, según dispone el artículo 12.2 del Convenio. Si ha transcurrido un plazo inferior al año, esta excepción no tiene trascendencia para la autoridad judicial o administrativa. Este motivo de denegación del retorno se ha justificado en el principio del ISN, en relación con el daño que se ocasionará al niño si se le obliga a regresar una vez que ya está adaptado a su nuevo medio<sup>66</sup>. Debe tenerse en cuenta, en todo caso que no debería admitirse este motivo de denegación únicamente por dilaciones procesales presentadas con el único objeto de provocar el transcurso del tiempo. Tampoco debería aplicarse el artículo 12.2 del Convenio si el sustractor ha mantenido oculto al niño con el objeto de provocar el transcurso del tiempo<sup>67</sup>.

---

*Análisis, normativa y jurisprudencia*, 69 (Editorial Thomson Reuters, PuntoLex, Santiago de Chile, 2011). Pilar Jiménez-Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, 106-109 (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008).

65 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Derecho de familia internacional*, 373 (Colex, Madrid, 2004). José Miguel de la Rosa-Cortina, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, 162 (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010).

66 Blanca Gómez-Bengochea, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 1980*, 113 (Editorial Dykinson, Madrid, 2002).

67 Celia M. Caamiña-Domínguez, *Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado (epígrafes XVI a XXII)*, en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, 606-651, 626 (Mariano Yzquierdo-

Ahora bien, una de las cuestiones más relevantes en torno a esta cláusula es saber determinar cuándo un niño está suficientemente integrado a su medio. El artículo 12.2 del Convenio no señala qué elementos debemos valorar a la hora de determinar si el niño está o no suficientemente integrado, por lo que será la autoridad judicial o administrativa la que determine cuáles circunstancias son las más importantes o relevantes.

A partir del análisis de la jurisprudencia desarrollada en la materia, la doctrina ha propuesto algunas directrices que permiten valorar las circunstancias en que podemos considerar que un niño está integrado a su nuevo medio, por ejemplo, cuando el arraigo no solo sea físico sino también emocional y psicológico<sup>68</sup>.

### III. APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

A partir de la valoración y el estudio de la jurisprudencia chilena relativa al Convenio de La Haya de 1980, analizaremos los problemas de aplicación y las soluciones más satisfactorias con respecto a los objetivos del Convenio en las sentencias de los tribunales superiores de justicia. Por lo general, las sentencias han abordado el tema de la aplicación del Convenio denegando el retorno, prestando atención a la problemática derivada de la excepción al retorno establecida en el artículo 13.b, lo cual beneficia al sustractor, que en la mayoría de los casos es la madre. Lo anterior se debe a que los tribunales identifican el ISN con la permanencia de los hijos al cuidado de ella. Sin embargo, corresponde señalar que los tribunales, en fallos recientes, han acogido las órdenes de retorno del niño en las que han resuelto conforme a los objetivos del Convenio y se han abstenido de

---

Tolsada & Matilde Cuenca-Casas, dirs., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011).

68 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*, volumen II, capítulo VII, 387-477, 465 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., Editorial Comares, Granada, 2013).

emitir pronunciamientos sobre aspectos relativos a la custodia del niño<sup>69</sup>.

Para cumplir los objetivos planteados en este trabajo, se utilizarán sentencias emanadas de las distintas Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema de Chile. Las sentencias revisadas fueron dictadas con posterioridad al 1 de octubre de 2005, fecha en que entró en vigor la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia y hasta el 31 de diciembre de 2016. Naturalmente, hay muchas más sentencias de las que se citarán, pero no hacen más que reiterar los distintos enfoques que analizaré a continuación. La elección del período arriba indicado se justifica porque, a partir de la entrada en vigor de la Ley 19.968, dos principios generales de la CDN se incorporaron a la legislación nacional: el derecho del niño a ser oído y el ISN. Estos principios también cumplen un importante rol en el Convenio de La Haya de 1980, como ya hemos visto sobradamente.

*A. Posición tradicional de los tribunales chilenos: la denegación del retorno del niño con el objeto de resguardar el ISN de permanecer al cuidado de la madre sustractora*

Una revisión de la jurisprudencia nacional permite afirmar que nuestros tribunales superiores de justicia han denegado sistemáticamente el retorno de los niños trasladados o retenidos ilícitamente a Chile, con base en dos argumentos. Por un lado, los tribunales han dicho que la restitución podría resultar perjudicial y riesgosa para el niño, debido al desarraigo que se produciría con sus vínculos creados con el entorno chileno. Por otro lado, los tribunales afirman que el retorno del niño a su lugar de residencia habitual implicaría una separación física

---

69 La bibliografía chilena que se refiere al Convenio y su aplicación es escasa. Destacan María Gabriela González-Cofré, Juan Francisco Zarricueta-Baeza, María Paz Martín-Cofré & Arturo Javier Klenner-Gutiérrez, *Sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Análisis, normativa y jurisprudencia*, 69 (Editorial Thomson Reuters, PuntoLex, Santiago de Chile, 2011). Y Leonor Etcheberry-Court, *El Convenio sobre Aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores*, en *Estudios de Derecho Civil X, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014*, 309-320 (Álvaro Vidal-Olivares, Gustavo Severín-Fuster & Claudia Mejías-Alonzo, eds., Thomson Reuters-La Ley, 2015).

de la madre, lo que provocaría graves alteraciones en el niño a corto plazo e inseguridades en el desarrollo de su personalidad.

De este modo, aunque hay seis motivos establecidos en el Convenio de La Haya de 1980 para denegar el retorno del niño, la parte demandada invoca con muchísima frecuencia la excepción del artículo 13.b que es acogida por los tribunales superiores de justicia. Otros motivos, como la oposición del niño a la restitución (artículo 13.2 del Convenio) y el no ejercicio efectivo de la custodia (artículo 13.a) se alegan en menor medida y de manera complementaria a la excepción de existencia de un grave riesgo de que la restitución del niño lo exponga a un peligro o situación intolerable, establecida en el artículo 13.b<sup>70</sup>. Así mismo, no se han encontrado sentencias en las que se haya alegado por las partes o apreciado de oficio por los tribunales, la excepción al retorno contemplada en el artículo 20 del Convenio<sup>71</sup>, cuestión que, en todo caso, se repite en varios Estados Contratantes<sup>72</sup>. En consecuencia, resulta pertinente referirse al desarrollo jurisprudencial de la excepción del artículo 13.b.

Para fundamentar las sentencias, los tribunales adoptan distintas actitudes. En primer lugar, es posible observar que los tribunales frecuentemente han sustentado sus argumentos en informes de calificación diagnóstica, informes sociales e informe confidencial del niño, con el objeto de probar el “grave riesgo” o la “situación intolerable”, que se identifica con la fuerte

---

70 Chile, Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta Mixta, rol 1.715-2011, Resolución 22013, 30 de mayo de 2011. Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 8.849-2011, 22 de marzo de 2012. Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 8.727-2012, 28 de febrero de 2013.

71 La Autoridad Central de Chile informó a la Comisión Permanente para el Convenio de La Haya de 1980 que hasta 2006 nunca se había discutido en juicio el motivo de denegación del artículo 20 del Convenio. Tampoco fue posible encontrar sentencias posteriores a esa fecha las que se hubiese alegado, analizado o acogido tal motivo de denegación. Chile, 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, respuesta 10 (Comisión Permanente para el Convenio de La Haya, La Haya, 2006). Disponible en: [http://www.hcch.net/upload/abd\\_2006\\_cl.pdf](http://www.hcch.net/upload/abd_2006_cl.pdf)

72 Cristina González-Beilfuss, *La aplicación del Convenio de La Haya sobre secuestro de menores: Estudio de Derecho comparado*, en *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, II Jornadas de Derecho Internacional Privado, 65 y ss., 79 (Patronato Universitario de Toledo, Toledo, 1993). José Miguel de la Rosa-Cortina, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, 163 (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010).

vinculación del niño con su entorno chileno, y la dependencia que manifiesta respecto de la madre sustractora, lo que haría improcedente su retorno al lugar de residencia habitual<sup>73</sup>.

Así mismo, los jueces utilizan herramientas destinadas a reproducir una interpretación literal de los términos fundamentales del artículo 13.b. De este modo, es una práctica repetida referirse a las definiciones de conceptos como “grave riesgo”, “peligro físico o síquico” y “situación intolerable” conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Lo mismo ha ocurrido con conceptos jurídicos como el de “residencia habitual”<sup>74</sup>. *A sensu contrario* no se observa que los tribunales superiores recurran a instrumentos técnico jurídicos para interpretar el Convenio.

El artículo 13.b es tan determinante en la jurisprudencia chilena que, por lo general se incluye en la fundamentación de la sentencia, aun cuando no se consideren procedentes los presupuestos fácticos para aplicar el Convenio, o se haya acogido un motivo de denegación distinto. En un caso en que un padre de nacionalidad peruana demandó el retorno de su hija, que fue sustraída por su madre, se estableció que no se cumplían los requisitos para que el padre solicitara la restitución debido a que carecía de resolución judicial o acuerdo entre las partes que le otorgara la custodia de la niña. Pero a reglón seguido, el tribunal agregó que la restitución se rechazaba por aplicación del artículo 13.b, ya que según los informes psicológicos y sociales presentados “resulta altamente perjudicial y de riesgo para la menor que sea desarraigada de los lazos que ha construido en nuestro país, lazos que son fundamentales para su conocimien-

---

73 Chile, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 249-2013, Resolución 1587, 7 de enero de 2014. Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.623-2011, 16 de septiembre de 2011. Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.266-2012, 22 de octubre de 2012. Chile, Corte Suprema, rol 4.943-2006, 7 de mayo de 2007. Chile, Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 211-2011, 2 de diciembre de 2011. Chile, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1.042-2007, 9 de agosto de 2007.

74 Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 2.246-2009, 6 de julio de 2009. Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 1.715-2011, 30 de mayo de 2011. Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 2.692-2011, 4 de julio de 2001. Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 1.316-2012, 18 de julio de 2012. Chile, Corte de Apelaciones de La Serena, rol 228-2011, 3 de enero de 2012.

to y confianza y además, la separación obligada de la madre provocará en la niña graves alteraciones psicológicas a corto plazo y profundas inseguridades en el desarrollo futuro de su personalidad”<sup>75</sup>.

En un caso similar, también de restitución hacia Perú, la Corte Suprema consideró que “ante la falta de un derecho de tuición regulado, no podía admitirse el requerimiento del padre respecto del niño, pues no ha podido atribuirse en forma exclusiva el cuidado personal de este, careciendo, por ende, del derecho para accionar por secuestro o retención ilícita del menor. Además, cabe la excepción del 13 letra b)”<sup>76</sup>.

Como adelanté, cuando se acoge la excepción del artículo 13.b, el “grave riesgo” o la “situación intolerable” derivan de la negativa del sustractor de retornar junto al niño al lugar de residencia habitual, o de las consecuencias de separarlo de esta última o de su nuevo entorno social y familiar, lo que resulta bastante criticable pues quien ha cometido la sustracción, termina beneficiándose de ella y consiguiendo *de facto* la custodia del niño.

El asunto se torna más complejo si quien sustrae al niño en gran parte de los casos es la madre, lo que ha dado pie para que los tribunales presenten fundamentos basados en roles de género. Así mismo, se apela al grado de integración del niño como elemento para ratificar la procedencia de la excepción, sobre todo cuando los niños están en edad preescolar, ya que si el niño está muy arraigado en su nuevo medio social y familiar entonces restituirlo implicaría infringirle un grave daño<sup>77</sup>.

En un caso en que el padre solicitó la restitución a España de su hija, retenida en Chile por la madre con quien compartía la custodia, la Corte Suprema rechazó la restitución con base en que “no puede obviarse que la menor de autos, tiene dos años,

---

75 Chile, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1.042-2007, 9 de agosto de 2007.

76 Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 1.948-2011, 12 de julio de 2011.

77 Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.266-2012, 22 de octubre de 2012. Chile, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1.042-2007, 9 de agosto de 2007. Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 8.849-2011, 22 de marzo de 2012. Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 2.367-2012, 8 de agosto de 2012.

siempre ha vivido junto a su madre, primero en España y luego en este país, con ella y con su familia materna desde el 10 de junio de 2010. Desde esta perspectiva no puede desconocerse la particular situación de la menor dada por su condición etaria y etapa de desarrollo en la que se encuentra, donde si bien tanto la figura paterna y la materna son importantes y determinantes para su formación, lo cierto es que no puede desconocerse aquella regla natural o biológica que da cuenta de una especial vinculación con esta última<sup>78</sup>. Otra sentencia incluso confundió al sujeto de protección del Convenio, y rechazó la restitución porque las graves desavenencias ocurridas durante la vida matrimonial de los padres de la niña, traducidas en violencia intrafamiliar eran un riesgo para la integridad física y psíquica de la demandada (la madre), quien por el desconocimiento del idioma, se ve impedida de proveer a la salvaguarda de sus derechos<sup>79</sup>.

En otro caso, los tribunales acogieron la restitución del niño a Panamá, pero la Corte de Apelaciones de San Miguel, conociendo del asunto por medio de un recurso de amparo, decidió suspender los efectos de esa sentencia durante seis meses debido al estado de gravedad de la madre, que le impedía retornar a Panamá junto al niño<sup>80</sup>. Finalmente, hay tribunales que han denegado el retorno del niño en atención “al daño causado por una mala figura paterna y la estabilidad y soporte afectivo que ha logrado establecer con su familia chilena”<sup>81</sup>.

El Convenio identifica el ISN con la obligatoriedad de la restitución al país de residencia habitual, pues está en una mejor posición para evaluar la custodia. Los motivos para no ordenar restituir son estrictos y excepcionales. Por ello, frente a la excepción al retorno basada en el grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o cualquier otra situación intolerable, el juez, una vez constatado que la retención o el traslado ha sido ilícito,

---

78 Chile, Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta Mixta, rol 1.715-2011, Resolución 22013, 30 de mayo de 2011. En el mismo sentido: Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 2.246-2009, 6 de julio de 2009. Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 1.316-2012, 18 de julio de 2012.

79 Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3.732-2008, 14 de julio de 2008.

80 Chile, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 226-2008, 14 de agosto de 2008.

81 Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.266-2012, 22 de octubre de 2012.

debe evaluar si la reinstalación del niño a la situación anterior al traslado o retención ilícita, lo pone en un grado de perturbación importante, más allá de un simple impacto emocional provocado por un cambio de ambiente o entorno, o el menoscabo económico o educativo que puede constituir el retorno. En definitiva, no es suficiente entonces acreditar los beneficios que otorga al niño su nuevo entorno, sino que es necesario que se demuestre que la restitución implicará exponer al niño a la vulneración de sus derechos. Y es en este momento en que el ISN de ser restituido a su lugar de residencia habitual deja de coincidir con el interés del padre o madre que reclama su restitución.

Ahora bien, para evitar que prosperen las denegaciones basadas en el riesgo psicológico que puede producir al niño la separación de su sustractor, podrían emplearse las denominadas *undertakings*. Al respecto, debe destacarse una sentencia de la Corte Suprema, en la que parece desecharse tácitamente la posibilidad de recurrir a este tipo de garantías. Un padre de nacionalidad italiana solicitó la restitución de su hija de tres años, trasladada ilícitamente a Chile por su madre. Tanto en primera como en segunda instancia la solicitud fue acogida por los tribunales pues, conforme a la legislación italiana, ambos padres compartían la custodia de la niña. Así mismo, descartaron la excepción del artículo 13.b alegada por la madre, ya que no se produciría un grave riesgo para la niña en virtud de la separación de esta con su madre, al garantizar el padre todos los gastos, tanto del retorno como de la estancia en Italia de la niña y su madre. Sin embargo, la Corte Suprema consideró que la sentencia de segunda instancia, al ordenar el regreso de la niña a Italia en compañía de ambos padres incurría en *ultra petita*, pues imponía a la demandada una exigencia que significa una limitación grave al ejercicio de un derecho constitucional: la libertad personal de desplazamiento. Por lo anterior, dicta una sentencia de reemplazo en la que rechaza la restitución de la niña por no haberse probado en juicio la legislación italiana invocada en cuanto a que la tuición era compartida (se acompañó una copia fragmentada de un texto normativo sin autorización de

autenticidad alguna) y porque conforme al informe psicológico para el desarrollo adecuado de la niña, esta debe permanecer junto a su madre y que separarla a tan corta edad la expone a daños psicológicos permanentes, lo que configura la excepción del artículo 13.b<sup>82</sup>.

En relación con la oposición del niño al retorno (artículo 13.2 del Convenio) es necesario reiterar que, aun cuando no se alega con mucha frecuencia, la opinión del niño sí es tomada en cuenta por los tribunales, pues según dispone el auto acordado, el niño puede ser oído en audiencia por la autoridad judicial, cuando esta lo estime adecuado. En un caso en que el padre de nacionalidad argentina solicitó la restitución de su hijo menor de 16 años trasladado ilícitamente a Chile por su madre, la Corte de Apelaciones de Valparaíso consideró que sin perjuicio de que los presupuestos fácticos del artículo 3 se cumplen en la causa, rechaza la solicitud de restitución pues el niño está adaptado al medio social y porque manifestó su opinión de permanecer junto a su madre, por lo que el tribunal decide respetar su derecho a decidir acerca de su destino, dado el grado de madurez que presenta, aunque sin plasmar en la sentencia la forma en que se ponderó la edad y madurez del mismo<sup>83</sup>.

En otro caso, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, aunque rechazó la restitución del niño con base en la excepción del artículo 13.b, en virtud del temor que el menor manifestó hacia la figura paterna presuntamente por hechos de violencia sexual, también fundamentó su decisión en que la opinión del niño era contraria al retorno. Se trataba de un niño de 9 años en que el grado de madurez fue constatado por psicóloga presentada en juicio<sup>84</sup>.

---

82 Chile, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 388-2006, 7 de agosto de 2006. Chile, Corte Suprema, rol 4.943-2006, 7 de mayo de 2007.

83 Chile, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 884-2006, 4 de enero de 2007.

84 Chile, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 895-2012, 24 de enero de 2013.

*B. Una nueva concepción del ISN en el marco del Convenio de La Haya de 1980 por los tribunales de justicia chilenos*

En los últimos años, los tribunales superiores de justicia han comenzado a interpretar de manera restrictiva los motivos de denegación del retorno del niño, en particular del artículo 13.b, para proteger de este modo al niño de los efectos de la sustracción, y resguardar que sea la autoridad administrativa o judicial del lugar de residencia habitual la que tome la decisión sobre la custodia del niño.

En este sentido, debe reseñarse el litigio resuelto por la Corte Suprema en el que un padre de nacionalidad francesa solicitó la restitución de su hija, que fue trasladada por su madre a Chile en circunstancias de que ambos compartían la custodia en virtud de una sentencia judicial. En segunda instancia, la solicitud de restitución fue rechazada por la Corte de Apelación pues, según consideró, el entorno familiar era disfuncional entre los progenitores. Sin embargo, la Corte Suprema revocó dicha sentencia y acogió la solicitud de restitución señalando que “el cuidado compartido de la niña no la desvincula de la madre, y la presencia del padre inequívocamente es necesaria. Vivir en Francia no importa para ella grave riesgo ni peligro físico, o al menos no hay hechos probados en ese sentido. Lo mismo debe decirse del carácter de intolerable. En la especie, cabe preguntarse qué podría constituirlo”<sup>85</sup>.

Así mismo en una resolución que de la Corte de Apelaciones de Santiago revocó una sentencia de primera instancia que rechazaba la solicitud de restitución interpuesta por un padre de nacionalidad española que compartía con la madre de la niña la custodia de la misma, pues el juez de primera instancia “se funda en el deber de favorecer la vinculación y apego con la madre, como figura protectora y encargada de su guarda y custodia, amén de poder terminar las terapias ya iniciadas, que privilegie el entorno de estabilidad emocional que favorezca la debida recu-

---

85 Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 8.727-2012, 28 de febrero de 2013.

peración de la niña y el rol parental de la madre. Empero todas estas circunstancias debe determinarlas el tribunal competente, porque ellas apuntan a elementos como el cuidado personal y la patria potestad en el sentido que se ha visto, de mayor amplitud que en nuestro derecho nacional. Ahora bien, ese tribunal es el del lugar donde la menor tiene su residencia habitual, y está determinado en autos que dicho lugar es España”<sup>86</sup>.

Dos sentencias recientes se refieren de manera muy acertada a la configuración del traslado ilícito y la improcedencia de la excepción contenida en el artículo 13.b. En el primer caso, en 2012, una madre colombiana se trasladó a Chile con su hija menor de 16 años de edad, mientras estaba cumpliendo el régimen de visitas, pues el padre mantenía la custodia total de la niña luego de un acuerdo celebrado entre ambos progenitores. El padre, dentro del plazo estipulado en el Convenio y a través de la Autoridad Central chilena, interpuso la acción de restitución. La madre alegó que la restitución exponía a la niña a un peligro físico o psíquico, lo que apoyó en el mérito de un documento público colombiano en el que tanto la niña, como su madre y el padre están inscritos como víctimas de la guerrilla, debido al secuestro del padre por miembros de las FARC en 2010. Así mismo, señaló que la niña estaba expuesta a una situación intolerable, desde el momento en que ella está viviendo en Chile junto a su madre, hermanos y abuela, con quienes mantiene un fuerte vínculo de apego. El tribunal determinó que el acuerdo de los padres sobre el cuidado personal de la niña fue posterior a la inclusión de la familia en el registro de víctimas de las FARC, y que la venida a Chile fue muy posterior a ese registro; agregó que esa situación debió alegarse al momento de determinarse la custodia de la niña y no una vez producido el traslado ilícito de la misma, por lo cual estableció que son los tribunales colombianos los que deben decidir sobre la custodia de la niña<sup>87</sup>.

---

86 Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.623-2011, 16 de septiembre de 2011.

87 Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 16.650-2013, 16 de junio de 2014.

En el segundo caso, los progenitores —el padre de nacionalidad argentina y la madre de nacionalidad chilena— mantenían el cuidado personal compartido de su hijo, mientras residían en la ciudad de Mendoza, Argentina. La madre se trasladó a Chile y retuvo a su hijo en el país. Interpuesta la acción de restitución por el padre, la Corte Suprema estableció que para la procedencia de la excepción establecida en el artículo 13.b del Convenio, es necesario presentar antecedentes objetivos, que permitan concluir “la existencia de situaciones como las que la ley exige, esto es de entidad y que implican la contingencia, inminencia o proximidad de que se produzca un daño material, moral, espiritual o psicológico”<sup>88</sup>.

---

88 Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 160-2015, 15 de abril de 2015. Ahora bien, el fallo no fue resuelto por unanimidad de los miembros del tribunal y en el voto disidente se señaló que la opinión reiterada de la Corte Suprema es que para determinar la procedencia de la excepción “reviste especial importancia la edad del niño y su consecuente etapa de desarrollo, en la que evidentemente si bien la figura paterna y materna son de gran importancia y determinantes para su formación y desarrollo, no puede desconocerse que salvo situaciones de inhabilidad de la madre, cuyo no es el caso, por razones biológicas y naturales, se produce una especial vinculación entre el hijo y esta última, dada por la existencia de la vida prenatal, que en los inicios del desarrollo humano se presenta como simbólica, transformándose paulatinamente hacia la independencia, en la medida que el niño avanza en su desarrollo”.

## CONCLUSIONES

1. La adhesión de Chile al Convenio de La Haya de 1980 se enmarca en el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas con la entrada en vigor de la CDN.
2. El Convenio tiene como objetivo garantizar la restitución inmediata del niño y velar por el respeto de los derechos de custodia; le corresponde al juez natural del lugar de residencia habitual resolver todos aquellos asuntos vinculados a la custodia. En este marco, el Convenio ampara el ISN, que en los casos de sustracción internacional corresponde al derecho a retornar de forma rápida y segura al país de residencia habitual, para preservar en todo momento su derecho a mantener contacto con sus progenitores.
3. Uno de los problemas de aplicación del Convenio surge en casos en que el sustractor es quien ostenta la titularidad de la custodia, pero no cuenta con la facultad de decidir sobre el lugar de residencia habitual, o casos en que ambos progenitores la comparten y uno de ellos sustrae al menor del lugar de residencia habitual. En una mayoría muy significativa de las decisiones analizadas, los niños fueron trasladados o retenidos por la madre, quien además tenía la nacionalidad chilena. Ante estas situaciones, los tribunales en varias ocasiones han optado por rechazar la restitución en virtud del riesgo psicológico que puede causar a los hijos la separación de su madre, lo que en consecuencia beneficia a esta última del ilícito que ha cometido.
4. Conectado con el punto anterior, si bien los tribunales frecuentemente aclaran que, en sus decisiones, la cuestión de fondo está fuera de discusión, finalmente acogen la excepción que permite denegar el retorno en los casos que suponga un grave riesgo de que el menor sea expuesto a un peligro físico o psicológico o una situación intolerable, en virtud de argumentos propios de un litigio de custodia. Lo anterior, debido a los amplios márgenes interpretativos utilizados por los tribunales y a la inversión de la carga

de la prueba que se produce en la práctica, pues mientras el solicitante debe probar que cuenta con un título que legitima la custodia, para el sustractor es suficiente presentar informes que avalan las inmejorables condiciones que el nuevo entorno familiar y social representan para el menor de 16 años.

5. No es una práctica común para los tribunales superiores de justicia emplear las denominadas *undertakings*. Si bien se trata de garantías que provienen de la tradición anglosajona y no continental, los jueces chilenos cuentan con las facultades suficientes para adoptar cualquier medida dirigida a proteger al niño, por lo que su manejo puede ser una alternativa en todas aquellas decisiones en que se rechaza la restitución del niño únicamente por el riesgo psicológico que podría producirle la separación con el sustractor.
6. Sin embargo, la jurisprudencia chilena ha comenzado a interpretar de manera restrictiva el artículo 13.b, al cautelar el derecho del niño a no ser trasladado o retenido ilícitamente en un país extranjero, establecido en el artículo 12 de la CDN.

## BIBLIOGRAFÍA

## Libros

- Calvo-Caravaca, Alfonso Luis & Carrascosa-González, Javier, *Derecho de familia internacional* (Colex, Madrid, 2004).
- Carmona-Luque, María del Rosario, *La Convención sobre los Derechos del Niño: instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos* (Editorial Dykinson, Madrid, 2011).
- García-Cano, Sandra, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades* (Editorial Colex, Madrid, 2003).
- Gómez-Bengoechea, Blanca, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 1980* (Editorial Dykinson, Madrid, 2002).
- González-Cofré, María Gabriela; Zarricueta-Baeza, Juan Francisco; Martín-Cofré, María Paz & Klenner-Gutiérrez, Arturo Javier, *Sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Análisis, normativa y jurisprudencia* (Editorial Thomson Reuters, PuntoLex, Santiago de Chile, 2011).
- Herranz-Ballesteros, Mónica, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* (Editorial Lex Nova, Madrid, 2004).
- Jiménez-Blanco, Pilar, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores* (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008).
- Montón-García, Mar, *Sustracción de menores por sus propios padres* (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003).
- Rosa-Cortina, José Miguel de la, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales* (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010).

## Colaboración en obras colectivas, capítulos de libros

- Calvo-Caravaca, Alfonso Luis & Carrascosa-González, Javier, *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*, volumen II, capítulo VII, 387-477 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., Editorial Comares, Granada, 2013).
- Caamiña-Domínguez, Celia M., *Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado (epígrafes XVI a XXII)*, en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, 606-651 (Mariano Yzquierdo-Tolsada & Matilde Cuena-Casas, dirs., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011).
- Cillero-Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en *Justicia y derechos del niño*, 45-62 (Ministerio de Justicia, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, UNICEF, Santiago de Chile, 1999). Disponible en: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_PEJusticiayderechos1.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf)

- Etcheberry-Court, Leonor, *El Convenio sobre Aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores*, en *Estudios de Derecho Civil X, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014, 309-320 (Álvaro Vidal-Olivares, Gustavo Severín-Fuster & Claudia Mejías-Alonzo, eds., Thomson Reuters-La Ley, 2015).
- González-Beilfuss, Cristina, *La aplicación del Convenio de La Haya sobre secuestro de menores: Estudio de Derecho comparado*, en *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, II Jornadas de Derecho Internacional Privado (Patronato Universitario de Toledo, Toledo, 1993).

## Revistas

- González-Martín, Nuria, *Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya-Álvarez)*, 29 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 1-37 (2015). Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num29/articulos/sustraccion-internacional-parental-menores-mediacion-dos-casos-para-reflexion-mexico-amparo-directo-revision-9032014-estados-unidos-america-lozano-v-montoya-alvarez>
- Miquel-González, José María, *Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho*, 1 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Ejemplar dedicado a La vinculación del juez a la ley, 297-326 (1997). Disponible en: [https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/miguel\\_gonzalez.pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/miguel_gonzalez.pdf)
- Pérez-Manrique, Ricardo C., *El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación*, 23 *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, 123-127 (Editorial Abeledo Perrot, 2012). Texto disponible en: [https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/familia/Ricardo%20Perez%20Manrique%20\(Spanish\).pdf](https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/familia/Ricardo%20Perez%20Manrique%20(Spanish).pdf)

## Tratados internacionales

- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, La Haya, 25 de octubre de 1980. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores*, La Haya, 5 de octubre de 1961. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=39>
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio sobre Tutela de Menores*, La Haya, 12 de junio de 1902. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/the-old-conventions/1902-guardianship-convention>
- Organización de las Naciones Unidas, *Asamblea General, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*, Resolución

34/180, 18 de diciembre de 1979. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0031>

Organización de las Naciones Unidas, ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General, Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Organización de las Naciones Unidas, ONU, Asamblea General, Declaración de los Derechos del Niño, Resolución 1386 (XIV), 14 UN GAOR Supp. (No. 16), 19, ONU Doc. A/4354 (1959), 20 de noviembre de 1959. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>

## Normativa comparada

Australia, Family Law Act, 1975. Disponible en: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C01106>

Estados Unidos, Uniform Marriage and Divorce Act, 1970. Disponible en: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Marriage%20and%20Divorce%20Act/UMDA%201973.doc>

Reino Unido, Children Act, 1989. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>

## Normatividad chilena

Chile, Decreto 789, 9 de diciembre de 1989, promulga la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, *Diario Oficial*, 9 de diciembre de 1989. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15606>

Chile, Decreto 830, promulga Convención sobre los Derechos del Niño, *Diario Oficial*, 27 de septiembre de 1990. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824>

Chile, Ley 19.968, 25 de agosto de 2004, crea los tribunales de familia, *Diario Oficial*, 30 de agosto de 2004. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>

## Jurisprudencia internacional

Organización de las Naciones Unidas, ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12 (20 de julio de 2009). Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532>

Organización de las Naciones Unidas, ONU, Comité de los Derechos del Niño, Ob-

servación General 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14 (29 de mayo de 2013). Disponible en: [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf)

## Jurisprudencia chilena

- Chile, Corte de Apelaciones de La Serena, rol 228-2011, 3 de enero de 2012.
- Chile, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 388-2006, 7 de agosto de 2006.
- Chile, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1.042-2007, 9 de agosto de 2007.
- Chile, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 226-2008, 14 de agosto de 2008.
- Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3.732-2008, 14 de julio de 2008.
- Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.623-2011, 16 de septiembre de 2011.
- Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.266-2012, 22 de octubre de 2012.
- Chile, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 249-2013, Resolución 1587, 7 de enero de 2014.
- Chile, Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 211-2011, 2 de diciembre de 2011.
- Chile, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 884-2006, 4 de enero de 2007.
- Chile, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 895-2012, 24 de enero de 2013.
- Chile, Corte Suprema de Justicia, Auto Acordado, Acta 205/2015, modifica y refunde texto del auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas, *Diario Oficial*, versión única 19 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1086720>
- Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 2.692-2011, 4 de julio de 2001.
- Chile, Corte Suprema, rol 4.943-2006, 7 de mayo de 2007.
- Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 2.246-2009, 6 de julio de 2009.
- Chile, Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta Mixta, rol 1.715-2011, Resolución 22013, 30 de mayo de 2011.
- Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 1.948-2011, 12 de julio de 2011.
- Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 8.849-2011, 22 de marzo de 2012.
- Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 1.316-2012, 18 de julio de 2012.
- Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 2.367-2012, 8 de agosto de 2012.
- Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 8.727-2012, 28 de febrero de 2013.
- Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 16.650-2013, 16 de junio de 2014.
- Chile, Corte Suprema de Justicia, rol 160-2015, 15 de abril de 2015.

## Informes, documentos, reportes

- Chile, 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 (Comisión Permanente para el Convenio de La Haya, La Haya, 2006). Disponible en: [http://www.hcch.net/upload/abd\\_2006\\_cl.pdf](http://www.hcch.net/upload/abd_2006_cl.pdf)
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 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 (La Haya, 2011). Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14s.pdf>, <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf>
- Pérez-Vera, Elisa, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* (Madrid, 1981). Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/expl28s.pdf>