

Universidad Nacional de La Plata

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Especialización en Derecho de Familia

Trabajo Final Integrador

**“Sustracción internacional de menores y la Ley
islámica”**

Alumno: Hugo Martín Sánchez

Año de ingreso 2017

Director de TFI: Bruno Manuel Tondini

ÍNDICE TEMÁTICO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I. ASPECTOS PREVIOS PARA COMPRENDER EL FENÓMENO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	
1.- Globalización, multiculturalismo e inmigración.....	8
2.- Derecho Internacional Privado.....	10
CAPÍTULO II. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y SUS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	
3. Sustracción internacional de menores.....	13
4. Conferencias de la Haya de Derecho Internacional Privado.....	16
5.- Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980.....	18
6.- Estructura del Convenio de la Haya 1980. Objeto y objetivos.	
a) Ámbito espacial.....	21
b) Subjetividad e ilicitud del traslado.....	21
c) Conceptos claves.	22
d) Excepciones a la restitución.....	24
e) Autoridades Centrales.....	27
7.- Convenio del 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.....	28
8.- Convención sobre los Derechos del Niño.....	30
9.- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.....	31
CAPÍTULO III. ISLAM Y SHARIA	
10.- Aspectos relevantes en relación al islam.....	33
11.- División religiosa del islam.....	34
12.- La Sharia o ley islámica.....	36
13.- Fuentes de la Sharia.....	41
14.- Fiqh y escuelas de jurisprudencia.....	43

CAPÍTULO IV. ASPECTOS CENTRALES EN EL DERECHO DE FAMILIA ISLÁMICO

15.- Custodia y guarda (*hadana* y *wilayah*)47

16.- Pérdida custodia madre o límites de la *hadana*

 a) Nuevo matrimonio de la madre.....49

 b) Condición de ser musulmana.....50

 c) No trasladarse o mudarse.....51

17.- Aspectos principales en relación a la religión del menor.....52

CAPÍTULO V. CASOS TESTIGO Y LA APLICACIÓN DE LA SHARIA

18.- Arabia Saudita.....54

19.- Pakistán.....57

20.- Túnez.....61

21.- Líbano.....63

22.- Irán.....64

CAPÍTULO VI. INSTRUMENTOS EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN RELACIÓN AL ISLAM

23.- Convenios bilaterales entre Estados occidentales y musulmanes relativos a sustracción internacional de menores.....67

24.- Proceso de Malta.....73

25.- Corte Internacional de Familia.....78

26.- La figura de la mediación.....79

27.- Mediación e islam.....85

28.- Redes de jueces internacionales.....87

CONCLUSIÓN.....91

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....93

INTRODUCCIÓN

El traslado y la retención ilícita de niños, niñas y adolescentes fuera del país de residencia habitual presenta un serio problema para los progenitores y los menores en cuestión. Una vez que ocurre dicha situación se ponen en marcha diversos mecanismos legales cuyo objetivo principal es reintegrar a su lugar de residencia habitual a los niños que han sido abruptamente trasladados sin el consenso entre los progenitores.

La división de familias se ha convertido en algo común en la sociedad actual. Separaciones, divorcios y nuevos matrimonios marcan continuamente la vida familiar. Sin embargo, cuando las relaciones matrimoniales y entre padres e hijos adquieren una dimensión internacional, los conflictos pueden volverse más severos y adquirir proporciones desmesuradas. En ese contexto, el niño a menudo se convierte en objeto de rencores familiares y víctima de su doble pertenencia cultural. En efecto, en las parejas mixtas, mientras que el acuerdo reine entre sus padres, los menores pueden enriquecerse por su multiculturalidad. En el caso de concretizado un divorcio o conflicto entre los progenitores, si uno de ellos regresa a su país con el niño y lo desplaza de manera ilícita el conflicto se diversifica, en muchos casos añadiéndole la cara cultural o religiosa que se traduce en la confrontación de dos lógicas jurídicas diferentes y difícilmente conciliables. El niño se encuentra prisionero entre dos culturas, y pierde sus referencias afectivas, sociales y culturales. En consecuencia, en caso de desavenencias de parejas o matrimonios mixtos y multiculturales, los conflictos en materia de la atribución del derecho de guarda y de visitas se incrementan, al punto que la posibilidad, los riesgos de un desplazamiento o retención ilícitos del NNyA en un lugar distinto al de su residencia habitual se multiplican.

A nivel internacional, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, con jerarquía constitucional en nuestro país (artículo 75 inciso 22), prevé en su artículo 11 que los Estados deben adoptar medidas para luchar contra traslados y retenciones ilícitas de menores fuera del país de su residencia habitual, disponiendo a dichos efectos que los países promuevan acuerdos bilaterales o

multilaterales o adhieran a los ya existentes, en tanto que el artículo 35 del citado instrumento refiere a la toma de todas las medidas apropiadas, entre otras de carácter multilateral para impedir el secuestro, venta o la trata de niños.

Ansiosos por encontrar soluciones apropiadas y objetivos a estas situaciones humanitariamente dramáticas, como así también para proteger el interés del niño, diversos foros internacionales han elaborados instrumentos específicos para asegurar la cooperación entre Estados. Es por ello que este mandato fue cumplido a nivel universal con el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y en el ámbito continental americano, el proceso de codificación llevado a cabo por las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos, dio origen a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, concluida en Montevideo, el 15 de julio de 1989 (CIDIP IV).

Si bien los convenios multilaterales y bilaterales cubren una extensa red de protección, quedan muchos casos que no caen en el ámbito de aplicación de ningún tratado vigente. Cuando los menores sustraídos no tienen residencia habitual en un Estado parte de algunos de los convenios o son ilícitamente sustraídos hacia Estados no partes o retenidos en ellos, la respuesta jurídica variará considerablemente según la jurisdicción que entienda en el caso. Para estos supuestos, las soluciones son mucho más complejas y dependen en gran medida de la buena voluntad de los progenitores y de la intervención diplomática de los Estados involucrados.

Por ello, los instrumentos internacionales referidos previamente resultan ineficaces en aquellas situaciones en las que un niño es trasladado o retenido ilícitamente hacia un país con mayoría musulmana, y que tienen un sistema legal basado o influenciado por la ley islámica o Sharia.

Es extremadamente difícil reconciliar las diferencias atento la existencia de un progenitor proveniente de un sistema legal secular con otro de un sistema legal religioso, siendo que se encuentren separados o divorciados. La asignación de la custodia o

guarda de un niño será asimismo diferente al aplicarse la ley Islámica, dependiendo de la particular tradición coránica y la jurisdicción.

Es así que, en el presente trabajo, se examinarán las razones por las cuales los países del norte de África y Oriente Medio amparados en la ley Islámica se rehúsan a ratificar el Convenio, dada la complejidad de asuntos tales como religión, cultura, y el rol de la mujer y el menor en la sociedad islámica.

Cabe destacar que la ley islámica presenta diferentes legislaciones a lo largo de los diversos países con mayoría musulmana, combinando doctrinas históricas con procesos institucionales y administrativos del Estado moderno, por lo que a menudo se utiliza concepto de “choque de civilizaciones” para definirlo. Las peculiares estructuras familiares de sociedades lejanas a las occidentales como las islámicas, presididas por una fuerte jerarquización caracterizada por la preeminencia del padre, así como por la imposición de que las hijas y los hijos han de ser educados en la religión islámica de su progenitor masculino, junto con el establecimiento de unas complejas y en muchas ocasiones desconocidas relaciones paternofiliales, hacen que con frecuencia los tribunales favorezcan en materia de custodia del niño o de la niña, al padre o madre nacional, propiciando que el progenitor extranjero desplace ilícitamente al menor a su país de origen.

Resulta muy frecuente el caso de un padre musulmán que, en ejercicio del derecho de visitas del niño, lo lleva a su país de origen y lo retiene indefinidamente, amparado por la ley Islámica, que le reconocerá el derecho de custodia exclusivo a los fines de que aquel crezca con la educación, principios y religión musulmana, lo cual resultaría imposible si el menor retornara al país de su residencia habitual, occidental y junto a su madre no musulmana.

Al momento de abordar el estado actual de la cuestión uno se debe preguntar, ¿por qué, siendo que el Convenio de la Haya de 1980 ha atraído tantos miembros, contiene un atractivo sistema de autoridad central bajo el cual se brinda asistencia en la búsqueda del retorno del niño trasladado ilícitamente, donde se brinda asistencia y

representación legal y gratuita, existen Estados que no adhieren a la misma? La respuesta la encontramos en la multiculturalidad y el grado religioso del conflicto. Encontramos países tales como Egipto, Arabia Saudita, Túnez, Jordania, Argelia, Líbano, Irán o Pakistán que no forman parte del Convenio, Estados que no se encuentran inmunes al crecimiento de los casos de retención o traslado ilícito de menores, siendo que muchos de ellos presentan un sistema legal basado o influenciado por la ley Islámica, dada la incompatibilidad respecto al derecho de custodia de los NNyA.

La elección del tema fue mi interés por la problemática planteada, por el aumento de casos que se da en la actualidad, por la falta de normas uniformes que acojan el problema, ya sea por la cantidad de tratados bilaterales y la libre interpretación que pueden tener los Estados a la hora de aplicarlos. Cabe destacar que es un tema sensible que afecta a muchas familias que sufren por el incumplimiento de los plazos establecidos en los tratados para la restitución, generando el arraigo de los niños en el nuevo centro de vida y la pérdida de contacto físico y afectivo del progenitor que ha sufrido la sustracción. Esta investigación intenta contribuir con herramientas para la reflexión y debate, definiendo los elementos de una cooperación que respete la diversidad y asegure la protección del niño.

En efecto, el presente trabajo proveerá un análisis profundo respecto a los complejos problemas concernientes a los Estados con mayoría musulmana que no han ratificado los instrumentos multilaterales referidos y el impacto que tienen en los progenitores y los NNyA, con el fin de realizar una aproximación en el entendimiento de la ley islámica.

Asimismo, este trabajo se concentrará en los acuerdos bilaterales existentes entre Estados de tradición islámica (algunos miembros del Convenio de La Haya) y de los Estados miembros occidentales del Convenio. A su vez, se realizará un enfoque en el Proceso de Malta, que constituye un diálogo entre Estados signatarios de instrumentos internacionales y no signatarios que tienen como base la ley Islámica o influenciado por

esta. Este proceso tiene como base mejorar la cooperación internacional a los fines de resolver disputas legales en aquellos casos en los que los Convenios internacionales no son aplicables, buscando en particular mejorar la protección del niño, intentando que mantenga el contacto con ambos padres (aún si viven en diferentes Estados) y combatir el traslado ilícito de los mismos.

CAPITULO I

ASPECTOS PREVIOS PARA COMPRENDER EL FENÓMENO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1.- Globalización, multiculturalismo e inmigración

Previo a todo, debemos considerar a la globalización como un fenómeno complejo consistente en la libre circulación mundial de factores productivos, de la información y de los modelos sociales y culturales (Pereznieto Castro y Silva 2020:548). Al ser un fenómeno netamente complejo, diversos autores afirman que existen dos grandes estructuras o elementos que conforman la misma. La primera de ellas es la eliminación de barreras económico-políticas a la libre circulación de factores productivos, mientras que la segunda corresponde al proceso de desarrollo tecnológico sin precedentes de las comunicaciones físicas y de las telecomunicaciones, lo que permite un desplazamiento fluido de personas, información, y de modelos culturales y sociales por todo el mundo (Serrano y Duarte 2017:126).

De este modo, tal como destaca Dreyzin de Klor, la globalización remite a un proceso social, económico, cultural y demográfico que se instala en el seno de las naciones y resulta ser el punto de referencia obligado al provocar la intensificación de las relaciones sociales a nivel mundial, y la creación de sociedades o Estados multiculturales (Dreyzin de Klor 2012:17)

Ahora bien, el proceso de globalización tiene como consecuencia el aumento del multiculturalismo, que se basa en las diferencias nacionales y étnicas utilizando cultura como sinónimo de nación o pueblo; es decir, como una comunidad intergeneracional más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una patria determinada y comparte una lengua y una historia específica). Atendiendo a dicha definición de “cultura”, un estado es multicultural si sus miembros pertenecen a naciones diferentes (un estado multicultural), o bien si éstos han emigrado de diversas naciones (un estado poliétnico), siempre y cuando ello suponga un aspecto importante de la identidad personal y la vida política. (Kymlicka 1996:36)

Desde el estudio de diversos campos, tales como la historia, la economía, la geografía y la antropología, se han trazado los patrones de migración, por lo que la multiculturalidad no es un carácter exclusivo de las sociedades posmodernas, pero sí es cierto éstas conviven con la globalización.

Según Motilla de la Calle, ante la inmigración se abren diversos modelos en los estados receptores en aras a incorporar a las minorías culturales en la sociedad. El primero de ellos consiste en la asimilación, la cual pretende igualar a la población migrante en los derechos y libertades de los demás ciudadanos, pero sin tener en cuenta aspectos de su identidad cultural ni de la comunidad a la cual pertenece. Se impondrían al extranjero los valores de la sociedad de acogida, desconociendo estos sistemas el principio del pluralismo y el derecho a la libertad de conciencia. El segundo de ellos, denominado de segregación o “enclaustramiento comunitario”, permite a la minoría migrante separarse de la sociedad de acogida y vivir, junto con otros grupos culturales y religiosos sin interrelacionarse. Por último, el tercer modelo se sitúa en medio de los anteriores al respetar la identidad cultural y religiosa de las minorías, pero aceptando ciertos valores básicos de la sociedad occidental. De este modo, los estados no pueden imponer una uniformidad en relación con la aceptación de la totalidad de sus valores, y, asimismo, la globalización, aunque favorece la difusión mundial de ciertos estilos de vida y productos culturales, no conduce a la homogeneidad cultural del mundo (Motilla de la Calle 2003, citado en Blázquez Rodríguez y Adam Muñoz 2005:175).

Todo esto confluye en el aumento de las familias internacionalizadas, lo cual ha sido producto de una mayor accesibilidad a los medios de transporte internacionales, la desigualdad de oportunidades entre los países desarrollados y en vías de desarrollo, la permeabilidad de las fronteras ya sea por una flexibilización o supresión de requisitos y controles migratorios en el marco de acuerdos regionales, entre otros factores.

Ahora bien, como consecuencia de la movilidad de las personas, la constitución, composición y funcionamiento de la familia ha experimentado una profunda transformación en las últimas décadas. Como se ha desarrollado previamente, la sociedad actual propicia las relaciones personales y laborales entre personas de distintos países, culturas y religiones; una nueva realidad social que ha llevado aparejado un correlativo aumento de los matrimonios y parejas de análoga relación de afectividad en que cada uno de los miembros es nacional de un país diferente.

2.- Derecho Internacional Privado.

Los fenómenos descritos previamente, globalización y multiculturalismo, permiten explicar la creciente creación de normas jurídicas que no sólo son ajenas a los espacios nacionales, sino que son susceptibles de generar relaciones que entran en colisión o contravienen a estos derechos.

Esto comienza a manifestarse con fuerza en las relaciones familiares del individuo y en su esfera privada, dado que en las familias transfronterizas se posicionan los aspectos culturales y religiosos de las personas. En definitiva, se produce una tensión en lo jurídico al intentar compatibilizar el respeto de la identidad cultural de cada uno con los valores y principios constitucionales de la sociedad de acogida. Esta coexistencia dará lugar a fricciones mínimas cuando se trata de sociedades, culturas y sistemas jurídicos más o menos similares, pero producirá una mayor problemática cuando la diversidad es mayor y, en particular cuando las personas que rebasan las fronteras del estado de acogida pertenecen a sistemas jurídicos de carácter confesional, tal como el islámico (Blázquez Rodríguez y Adam Muñoz 2005:39).

El sistema tradicional de Derecho Internacional Privado estaba diseñado para operar esporádicamente, sin embargo, hoy en día, resulta ser de aplicación constante.

En relación con el DIPr. de la persona y familia, se aprecia que determinadas situaciones privadas internacionales, como así también modelos culturales de organización familiar y desarrollo personal, antes desconocidas o inexistentes en ciertos países, se difunden por todo el mundo y llegan a países diferentes de aquéllos de los que proceden.

Tal como sostiene Duran Ayago respecto al DIPr.:

“... tiende a hacerse multicultural, procurando aceptar, en mayor o en menor grado, los fenómenos e instituciones procedentes de civilizaciones distintas e intentando evitar el rechazo sistemático de la aplicación del Derecho extranjero que responde a valores distintos a los occidentales. (...) Es más, este Derecho Internacional Privado multicultural tiende a convertirse en intercultural, puesto que se trata de regular una ‘nueva cultura social’ resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de emigrantes y de países de emigración” (Duran Ayago 2004:296).

En efecto, surgen cuestiones no sólo relativas al idioma, las costumbres propias, sino también en cuanto a diversidad de prácticas matrimoniales, disoluciones del vínculo conyugal o relaciones paterno-filiales inadmisibles a la luz de los valores occidentales.

Es por ello que el DIPr. capta la problemática vinculada a las relaciones jurídicas de la familia vinculadas a diferentes ordenamientos jurídicos, e inmediatamente es implementado ante la señal de un posible conflicto entre una norma legal nacional y una extranjera que colisionan. Del mismo modo busca adoptar soluciones particulares basadas en la heterogeneidad, compaginando la protección de los Derechos Humanos y la protección de las minorías en una sociedad multicultural, fundamentalmente en el ámbito del derecho de familia.

Del mismo modo, y tal como advierte Ciuro Caldani, no puede considerarse al DIPr. como un mero conflicto de leyes, sino un conflicto de derechos, de modo que además de las referencias a la ley aplicable hay que tener en cuenta la jurisdicción competente y el proceso, que conduce a la sentencia o a la admisión de la sentencia ya resuelta (Ciuro Caldani 1997:11).

Así las cosas, la convivencia de culturas, no resulta en nada extraño a los sistemas jurídicos, de modo que en las relaciones jurídicas en las que participan personas pertenecientes a Estados con diferentes culturas no se puede ni debe excluir su propio derecho, sino que se ha de analizar cuáles son los valores y tener presente que éstos, junto con la realidad social, han de ser tenidos en cuenta.

Es por eso que el sistema de DIPr. avanza junto con las transformaciones que actualmente se están produciendo en la sociedad en relación al acogimiento y convivencia de individuos que pertenecen a diversas confesiones religiosas, etnias, nacionalidades, ya que, dada la internacionalización cada vez mayor de las sociedades, las relaciones privadas internacionales son cada vez más frecuentes y numerosas, lo cual aumenta la posibilidad del aumento del conflicto.

Ahora bien, desde otro ángulo, Bentolila advierte que el DIPr. se encuentra en crisis, y que claudica al no encontrarse posibilidad de sanción cuando quien incumple no es un particular, sino un Estado, explicando en dicho sentido que los Estados tienen la posibilidad de inaplicar el DIPr. cuando éste contraria los principios del orden público interno el cual siempre estará definido por el Estado en cuestión, quien podrá repeler la internacionalidad bajo el reclamo de la soberanía (Bentolila 2006:45). En igual sentido, tal como señala Cheliz Inglés, y fundamentalmente en conflictos familiares “hay un gran ‘nacionalismo judicial’, es decir, los Tribunales de un Estado tienden a atribuir la custodia al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho Estado, propiciando que el progenitor extranjero desplace ilícitamente al menor a su país de origen.” (Cheliz Inglés 2015:249)

Paralelamente, esta rama del derecho tiene íntima vinculación con la cooperación internacional, que está fundada en la reciprocidad y la cortesía internacional, entendiéndose en consecuencia que las fronteras nacionales no pueden actuar como obstáculo para conseguir justicia, uno de los fines de toda sociedad jurídicamente organizada.

Dicho esto, tampoco puede establecerse una separación total entre el derecho de fondo y el DIPr., dado que el primero de ellos incide sobre las reglas de conflicto y en muchos países la reforma del derecho interno no se ha visto acompañada de modificaciones en el DIPr. En virtud de ello, la tendencia va hacia una modificación y una

diversificación de los puntos de conexión otorgando primacía al medio donde verdaderamente se desarrolla la vida familiar.

En este sentido, el punto de conexión suele situarse favoreciendo a los menores de edad y a un desplazamiento del centro de gravedad de las cuestiones de la ley aplicable hacia las cuestiones de la competencia de las autoridades, fijando reglas de competencia y de autoridades sobre el plano internacional, acercando y ampliando el acceso del menor y del adolescente a las autoridades judiciales y extrajudiciales. Por ello, ha sido tarea de los juristas el otorgamiento de reglas de competencia internacional judicial, con vista a que la protección del menor sea lo más eficaz posible. Es por ello que el interés del menor se plasma otorgando intervención a la autoridad más próxima al menor, privilegiando la de su residencia habitual tal como se desarrollará en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO II

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y SUS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

3.- Sustracción internacional de menores.

Al producirse la ruptura familiar o crisis en aquellas familias internacionalizadas, habida cuenta de la presencia de elementos extranjeros y la distancia geográfica que dificulta el contacto entre el niño y el progenitor no conviviente, la situación suele complejizarse. Las familias que tienen puntos de conexión con más de un país enfrentan problemas únicos si su relación se rompe, dado que la reacción humana en este momento ya difícil es a menudo regresar a su país de origen con los hijos de la relación.

En este contexto se piensa y tiene como resultado la sustracción internacional de menores. Pero el primer inconveniente que se presenta es conceptualizar dicho fenómeno, de acuerdo a lo expresado por Alonso Carvajal y Chamorro Alonso:

(...) en la práctica no parece que pueda afirmarse la utilización de una terminología uniforme quizá porque no puede hablarse de un tratamiento unitario de la

cuestión, ésta puede presentar tanto diferentes ángulos (privado, público, civil, penal, social, nacional, internacional, convencional, extraconvencional), como diferentes fases, (amenaza, consumación, recuperación y protección ulterior del o de la menor y del progenitor custodio) y a su vez en cada uno de ellos diferentes grados de intensidad. (...) hemos podido ver cómo se pueden utilizar expresiones como 'secuestro interparental', 'traslado ilícito', 'detención ilegal', o la francófona 'enlèvement', aunque parece que se impone la utilización de la expresión 'kidnapping' o 'abduction'." (Alonso Carvajal y Chamorro Alonso 2001:25)

Amén de ello, en el primero de los instrumentos internacionales en la materia a nivel global, es decir, el Convenio de la Haya de 1980 aplicable a los aspectos civiles del fenómeno, se ha optado por utilizar la expresión "sustracción internacional", del mismo modo que utiliza el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, signado en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.

Ahora bien, de la lectura del Convenio de la Haya de 1980, el cual se desarrollará más adelante, podemos ir adelantando que se identifica que el traslado o la retención de un menor cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, ya sea atribuido de pleno derecho o ya lo sea por decisión judicial o administrativa o por un acuerdo vigente según el derecho de un estado, y cuando este derecho se ejercía de manera efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Ante estas situaciones, la frecuencia de los casos es cada vez mayor producto de las mejoras en el transporte internacional y comunicaciones, la laxitud en el cruce de fronteras, menores requerimientos de visas y el decreciente rigor del control de pasaportes. Pero, no se conoce con exactitud la cantidad de casos a nivel global de sustracción internacional. La Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de

Derecho Internacional Privado ha publicado diversos análisis estadísticos, aunque únicamente aquellas solicitudes ingresadas en virtud del Convenio de la Haya de 1980 a través de las Autoridades Centrales, por lo que no se han incorporado aquellas presentadas sin el conocimiento o participación de aquellas, ni sustracciones que involucran a Estados que no forman parte de la Convención¹.

Pero afirmado lo precedente y apuntada la complejidad de supuestos, debe centrarse exclusivamente en aquellos con traslado transfronterizo entre uniones mixtas y a su vez indicando la coexistencia de un estado de partida y otro de destino de la sustracción.

Las condiciones, enunciadas por Dyer, que tienen que darse para encontrarnos ante una sustracción internacional de menores son (Dyer 1982:20):

- a- Una familia internacional con dos progenitores y uno o más niños, donde la relación entre los padres se encuentra en un estado de deterioro o inestabilidad;
- b- Diferencias culturales significativas entre los dos progenitores, tal como diferentes nacionalidades;
- c- Miedo o frustración del padre no custodio por el acceso limitado al menor;
- d- La oportunidad de la sustracción;
- e- El sustractor debe creer que va a ganar algo con la sustracción, y que el país de refugio le proveerá la protección que no puede conseguir en su país de residencia habitual.

En definitiva, el sustractor busca la protección de sus intereses, y la eventual custodia de sus hijos menores, siempre buscando la ventaja producto de su ley nacional y bajo la tutela de las autoridades de su país, propiciando la utilización de vías de hecho, lo que se conoce como *forum shopping*.

¹ Los informes de la Oficina Permanente de la Conferencia de Derecho Internacional Privado pueden ser visualizados en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/publications1/?cid=24&dtid=32>

Estos supuestos, les hace pensar en la posibilidad de obtener una decisión favorable

a sus intereses que, legitimaría su acción, máxime cuando la actuación de la autoridad bajo cuya tutela se sitúa no tiene por qué suponer ningún tipo de irregularidad. Esto ocurre muy a menudo cuando los progenitores son no sólo de distintas nacionalidades sino pertenecientes a distintas culturas o civilizaciones.

Asimismo, la sustracción internacional se diferencia de la trata por la calidad de la persona que sustrae, que debe tener un vínculo de parentesco con el niño-víctima y por los propósitos o fines de la sustracción, que son los de ejercer un derecho de custodia exclusivo impidiendo el derecho de contacto con otros parientes (Herz 2008).

Claramente la sustracción obedece a esquemas que compatibilizan con la violencia doméstica, siendo el menor la primera víctima, como así también sufriendo esta violencia el progenitor que se ve privado de la relación con su hijo, en la mayor parte de los casos, la mujer. Esto conlleva elementos de desgaste físico, psicológico, social y económico. Del mismo modo en relación al menor, estos permanecen en riesgo en cuanto a problemas físicos y emocionales al entrar en la adolescencia o en la adultez (Freeman 2006).

En definitiva, la sustracción internacional de menores es un problema humano, social y jurídico que representa una forma más de violencia familiar, siendo asimismo la mayor injuria que el niño podría recibir, desconociendo a sus derechos fundamentales y a su dignidad como ser humano.

4. Conferencias de la Haya de Derecho Internacional Privado

Desde sus inicios, en 1893 y por iniciativa de Tobías Asser², ha sido tarea de la Conferencia de la Haya de DIPr. desarrollar e incrementar los tratados multilaterales, a pesar de los diferentes sistemas legales, para permitir a los individuos, familias y personas jurídicas el disfruta de un alto grado de seguridad jurídica. Luego de la

² Tobías Asser, jurista neerlandés que obtuviera el Premio Nobel de la Paz en 1911 -junto a Alfred Fried- por su trabajo en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

Segunda Guerra Mundial el desafío más importante de la Conferencia de la Haya ha sido unificar progresivamente los diversos enfoques entre los sistemas de derecho.

La Conferencia de la Haya se transformó a partir de 1955 en una organización intergubernamental y gobernada por sus propios miembros³. Su propósito tradicional ha sido trabajar en la unificación progresiva de reglas de DIPr., incluyendo el derecho comercial, procedimientos civiles internacional, y derecho de familia y niñez, enfatizando más recientemente en la cooperación judicial y administrativa de esas áreas.

Las Convenciones contemporáneas en materia de niñez son sucesoras de acuerdos que datan de más de un siglo, y que buscaban armonizar las legislaciones aplicables a las relaciones familiares. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial se ha producido un movimiento de reforma casi universal en todos los campos del derecho en relación al menor, siendo que el interés en el mismo constituye un factor de progreso y de unificación del DIPr.

Entre 1956 y 1978, la Conferencia de la Haya adoptó una serie de convenciones en materia de matrimonio y divorcio, y su consecuente régimen patrimonial, adopción y protección de la niñez. Estas convenciones ayudaron a tender un puente entre diversas legislaciones en materia de derecho de familia, particularmente dentro de Europa, desarrollando nuevos esquemas de cooperación entre estados contratantes.

Con las convenciones contemporáneas en materia de niñez, la Conferencia de la Haya extendió estos modelos, asignando responsabilidades a las autoridades centrales de cada estado contratante.

Cuando Egipto, Israel, Marruecos, Jordania y Malasia se sumaron a la Conferencia (entre 1961 y 2002), se volvió necesario encontrar una manera de tener en cuenta el hecho de que estos países tienen un sistema legal complejo basado en leyes personales (*personal law*). En efecto, y haciendo un primer pantallazo sobre un tema que se desarrollará en siguientes capítulos, dentro de estos países se aplican diferentes

³ Inicialmente contaba con 15 miembros que provenían de Europa occidental. Al momento de la realización del presente trabajo se encuentra conformada por 90 miembros (89 Estados y la Unión Europea) de diversos sistemas legales, entre ellos la República Argentina.

leyes a diferentes categorías de personas pertenecientes a diferentes tradiciones culturales y religiosas (cristianos, musulmanes y judíos, por ejemplo), incluso coexistiendo diferentes sistemas judiciales (eclesiásticos, Sharia, tribunales rabínicos, etc.) para estas diferentes categorías de personas. (Van Loon 2010:262).

Es así que las Convenciones de la Haya han tomado un enfoque innovador en el DIPr., conjugándose un híbrido de derecho internacional público y privado en virtud de la cooperación entre las autoridades gubernamentales de los Estados contratantes. Durante el curso de desarrollo de estos acuerdos, la Conferencia de la Haya se ha transformado a sí misma, expandiéndose para incluir a un grupo diverso de Estados miembros y observadores, tomando un rol de monitoreo para la elaboración e implementación de las Convenciones.

Por esto, y según Van Loon, el objetivo de la Conferencia de la Haya no es unificar los sistemas legales internos de los estados, sino conseguir la unificación de manera gradual de las reglas de DIPr. a escala universal, permitiendo la coordinación, comunicación y cooperación interestatal (Conferencia de Derecho Internacional Privado 2010:5).

5.- Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980

El principal instrumento a nivel global para asegurar la pronta restitución internacional de niños ilícitamente sustraídos o retenidos fuera del Estado de residencia habitual ha sido el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Este instrumento fue adoptado el 25 de octubre de 1980, en la decimocuarta sesión de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya. Nuestro país ha incorporado dicho Convenio en 1991, a partir de la entrada en vigencia de la ley 23.857, que desde la modificación de nuestra Constitución Nacional en 1994 tiene jerarquía suprallegal.

Actualmente 101 Estados forman parte del Convenio de la Haya de 1980, la mayoría miembros de la Conferencia de la Haya⁴. Sin embargo, en el caso de los Estados no miembros, el inciso cuarto del artículo 38 prevé que la adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados Contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión, la cual habrá de ser formulada también por cualquier Estado Miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión.

La redacción del mismo comenzó en la década del '70, cuando la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya reconoció la necesidad de la cooperación internacional ante el incremento de los casos de sustracción internacional de menores, por lo que se distingue de otros tratados de DIPr. en el sentido que tiene como objeto la unificación de reglas al existir un conflicto de leyes o de jurisdicción aplicables a la materia, sino que consiste principalmente en ser un instrumento de cooperación entre autoridades.

No obstante, el Convenio de la Haya de 1980 no ha sido el primer instrumento en tratar o referirse a este problema, siendo que, a nivel europeo, se signó algunos meses antes en Luxemburgo el Convenio Europeo Relativo al Reconocimiento y la Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores, así como al Restablecimiento de la Custodia. Aunque ambos se refieren al mismo tema, la diferencia sustantiva entre ellos se encuentra en el hecho de que el Convenio europeo requiere de un pronunciamiento judicial previo relativo a la custodia del menor para que su desplazamiento sea considerado como ilícito.

6.- Estructura del Convenio de la Haya 1980. Objeto y objetivos.

Adentrándonos en el Convenio debemos decir que se estructura en 44 artículos, motivados por un preámbulo preciso que refiere:

⁴ El estado actual de ratificaciones se encuentra disponible en el siguiente link:

<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

“Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita.”

Este tratado multilateral tiene dos objetivos principales, los cuales se encuentran establecidos en su artículo 1:

- Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante (artículo 1 inciso a);
- Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes (artículo 1 inciso b).

Por ello, lo que se pretende mediante la “acción directa” para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual, es restablecer el status quo de éste, previamente alterado mediante la sustracción o retención ilícita (Pérez de Vera 1981). Con este restablecimiento se intenta conseguir disuadir a aquellos sustractores que pretendan llevar a cabo secuestros internacionales con la intención de que sus actuaciones sean legalizadas por la jurisdicción del estado de acogida, pero siempre respetando y velando por el interés superior del menor, principio elemental recogido en el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

Este Convenio se sustenta sobre dos ideas principales. En primer lugar, considera que los cambios bruscos en lo que se refiere al entorno en el que vive menor pueden originar importantes perjuicios, por lo que deben evitarse; y en segundo lugar sostiene

que son las Autoridades del país de residencia habitual del menor las que mejor pueden conocer y decidir sobre la custodia del menor (De la Rosa Cortina 2010:61).

Asimismo, el Convenio se encuentra organizada en cinco partes: la primera donde se detalla su ámbito de aplicación así como los conceptos fundamentales y objetivos del texto; la segunda parte, donde se destaca el rol de las Autoridades Centrales en el procedimiento de restitución; la tercera, que se refiere al procedimiento de retomo del menor y las posibles excepciones al mismo; la cuarta parte alude al derecho de visita; y para culminar, las cláusulas finales y disposiciones generales, que contienen normas de gran importancia sobre la entrada en vigor del Convenio.

Respecto a su contenido, tal como remarcan Calvo Caravaca y Carrascosa González es un convenio de carácter fáctico, dado que no establece el régimen jurídico del fondo de la cuestión, conforme surge de su artículo 19. A su vez, tampoco es un convenio de competencia judicial, ni de derecho aplicable ni de reconocimiento de decisiones extranjeras, ni sobre los aspectos penales del desplazamiento, sino que establece sistemas de cooperación de autoridades centrales establecidas en los Estados parte y una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual, o prevenirla. En efecto, contiene una regla de competencia judicial internacional negativa, dado que impide conocer por lo que lógicamente, si se decreta el retorno del menor, no cabrá entrar en el fondo del asunto, sólo podrá entrarse en el mismo si de acuerdo no restituir al menor (Calvo Caravaca y Carrascosa González 2003:177).

6.- a) Ámbito espacial

En cuanto a su ámbito espacial, se desprende que el Convenio será aplicable cuando se produzca un traslado ilícito desde el Estado contratante donde el menor tenga la residencia habitual hacia otro Estado contratante, o cuando tenga lugar una retención ilícita en cualquier Estado contratante distinto al de la residencia habitual del menor, conforme el artículo 4. Este requisito de aplicabilidad determina la internacionalidad de la situación. Con ello, quedan fuera de la aplicación del Convenio los casos de desplazamiento o retención ilícitos que se producen dentro de la frontera del Estado de residencia habitual del menor ya que, obviamente, en este caso, estaríamos ante una

hipótesis típicamente interna. Tampoco es obligatorio aplicar el Convenio cuando el menor tiene residencia habitual o bien es trasladado o retenido en un Estado que no es parte del Convenio, lo cual es un factor a considerar y que toma especial relevancia para el presente trabajo. Este procedimiento puede iniciarse en el Estado donde el menor haya sido trasladado o retenido, o a través de la Autoridad Central donde el niño tiene su residencia habitual, aunque ambos remedios no son excluyentes.

6.- b) Subjetividad e ilicitud del traslado

Desde el plano subjetivo, se aplica a los sujetos menores de 16 años (artículo 4), siendo irrelevante la nacionalidad y la filiación del mismo. Ahora bien, llegado el caso de que se hubiere iniciado el procedimiento de restitución antes de que el menor alcance los 16 años y éste llegara a dicha edad sin que se hubiera adoptado una decisión al respecto, la cláusula final del artículo 4 impediría que esta fuera dictada.

Asimismo, debe haberse producido un traslado o retención de un menor considerados “ilícitos” (artículo 3). El traslado o la retención del menor se considera ilícitos cuando: a) se infringe el 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 primero de los supuestos que establece el Convenio es el traslado, que ocurre cuando un niño es desplazado a un Estado distinto al de su residencia habitual sin autorización alguna del otro progenitor. El otro supuesto, es la retención ilícita del menor, que se da cuando este ha salido legalmente de su lugar de residencia habitual con el permiso debido de ambos progenitores, pero el progenitor acompañante decide unilateralmente retenerlo en el país de visita, convirtiéndose en país de refugio por el vencimiento del plazo.

6.- c) Conceptos claves.

Ahora bien, de la lectura del artículo 3 se detalla la aplicación de dos conceptos claves para este Convenio, los cuales son “derecho de custodia” y “residencia habitual”.

- **Derecho de custodia:** el peticionante, en primer lugar, debe tener el derecho de custodia respecto al menor según el derecho de residencia habitual del niño. El derecho de custodia, para los efectos de la aplicación del Convenio, debe entenderse como el derecho que tiene el progenitor que cuida a la persona menor de 16 años y establece el lugar de residencia habitual. Es menester considerar que se respeta el derecho soberano de cada Estado de regular el derecho de custodia con sus diferentes terminologías y alcances, sin embargo, el mismo es derivado de la patria potestad o responsabilidad parental, siendo que según el inciso final del artículo 3, el derecho de custodia efectivo, puede venir *“de una atribución de pleno derecho, de una decisión Judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”*.

Es por ello que puede suceder respecto al derecho de custodia:

I. Que haya sido ejercido de forma conjunta, es decir que este derecho es ejercido por padre y madre derivado de la ley. No hay sentencia o resolución, porque no hay conflicto aparente y toda la familia vive en un supuesto de armonía;

II. Que se ejerza el derecho de forma separada, es decir que solamente uno de los progenitores tiene el cuidado directo del menor y el otro por lógica tiene regulado el derecho de visita, este puede establecerse mediante sentencia, acuerdo o resolución administrativa.

De tal manera que el ejercicio de custodia comprende el cuidado de la persona menor de edad de forma directa por ambos progenitores como atribución derivada de la ley o bien solamente por uno de éstos en caso de separación. En ese sentido deberá de entenderse que la persona que ejerce el cuidado directo del hijo, no necesariamente implica que tiene la potestad exclusiva para decidir sobre todo lo concerniente a la dirección de la vida de éste, lo que puede implicar cambio de domicilio y residencia, sino que el progenitor no custodio debe de ser tomado en cuenta para tales decisiones.

Cabe reiterar que el Convenio no provee derechos sustantivos, dado que no merita respecto a la disputa sobre el derecho de custodia del menor, sino que solo

determina en qué estado debe dirimirse. Ello no implica que este derecho de custodia deba necesariamente tener origen en el derecho del Estado de residencia habitual del menor, o en una decisión de las autoridades judiciales o administrativas de ese Estado. Este podría haberse atribuido por las autoridades de un tercer Estado y luego haber sido reconocido por las autoridades del Estado de residencia habitual, de acuerdo con su derecho.

- **Residencia habitual:** Antes de conceptualizar la residencia habitual, para efectos de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980, es necesario aclarar que, en la doctrina, los vocablos domicilio y residencia se usan indistintamente, el lugar de residencia está dado de forma material, mientras que el domicilio es un concepto jurídico, para efectos de ubicar a una persona dentro un lugar determinado o circunscripción.

En materia de sustracción internacional el Convenio de 1980 no establece el término de domicilio, sino el de residencia habitual.

Pérez Vera entiende que la residencia habitual como un concepto de hecho, y no de derecho, a la luz de características tales como la continuidad, la duración y cualquier otro hecho que revele lazos estables entre una persona y ese lugar (Pérez Vera 1981). Es por ello que la determinación del mismo es importante para observar la competencia de la autoridad tanto administrativa como judicial que vaya a conocer de un caso de sustracción internacional, debiendo solicitar como estado requirente el de residencia habitual y conocer de la solicitud de restitución como estado requerido el país de refugio. Aunque, jurisprudencialmente existe concordia en establecer que el lugar de residencia habitual es el centro de vida del menor sustraído, reflejando la realidad de su situación, que puede tener muy poco que ver con el Estado del que es nacional o aquél en el que tiene su domicilio legal, que es el de sus representantes legales (Méndez 2016).

Con esto se pone de manifiesto que el mero traslado de un menor a otro domicilio no supone la pérdida de su residencia habitual, sino que hace falta que el menor adquiera cierto arraigo, nuevos lazos sociales, vínculos escolares y afectivos.

6.- d) Excepciones a la restitución

Ahora bien, dado que la regla es la restitución, existen excepciones a la misma, algunas de las cuales funcionan a instancia de parte y otras resultan directamente de la norma, siendo que en primer lugar deben cumplirse los requisitos previstos, es decir, derecho de custodia atribuido de acuerdo a con la residencia habitual del menor; derecho de custodia ejercido en forma activa en el momento del traslado o de la retención del menor, y que este no haya cumplido los 16 años.

El artículo 12 inciso segundo prevé que aun cuando la solicitud se haya presentado pasado el año desde el traslado o retención ilícitos, igualmente la autoridad ordenará la restitución del menor, *"salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente"*. En este caso, quien debe demostrar que el menor se ha adaptado a su nuevo entorno es quien lo ha trasladado o retenido ilícitamente y, por lo tanto, se opone a la restitución. Es decir que, aún después de transcurrido un año de la conducta ilícita, el Convenio parte de la presunción de que el menor no se ha integrado al nuevo medio, por lo que la carga de la prueba de que ello si ha ocurrido la tiene quien ha trasladado al menor.

Otra situación excepcional está consagrada en el artículo 13, mediante la cual la autoridad judicial o administrativa del estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

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

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

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

Mientras la excepción del artículo 13 inciso “a” tiene que ver con quien ejerce la guarda del menor y tiende a destruir la presunción de retención o traslado ilícito que sustenta al Convenio (por ende, la legitimación activa del solicitante) la del inciso “b” se refiere a la persona del menor. Es decir, en este caso no se cuestiona la ilicitud del traslado, sino que el eventual cuestionamiento al retomo del menor a su residencia habitual se analiza desde el punto de vista de la protección de su persona.

Este inciso es la excepción más esgrimida para evitar el regreso de un menor. Se trata del grave riesgo de que la restitución ponga al niño en un peligro físico o psíquico, o bien se lo coloque en una situación “intolerable”. Lamentablemente, no existe una interpretación inequívoca de este precepto, por lo que su verdadero alcance lo dará la autoridad encargada en cada caso. En virtud de esto, se puede negar el retorno si se prueba de forma fehaciente que el niño podría sufrir un daño al retornar al lugar de residencia habitual.

Algunas razones utilizadas para invocar esta excepción son, por ejemplo, el comportamiento violento del padre para con la madre o el menor, o casos en que el niño es muy pequeño y no se recomienda separarlo de la madre para su correcto desarrollo, por lo que el bienestar del menor debe afectarse de una manera inusual para que la situación sea extrema, demasiado severa como para ser tolerada. En Estados Unidos, se intentó realizar un marco, bastante acotado para el uso de esta excepción en el fallo Friedrich v. Friedrich⁵, afirmándose que:

“A pesar de que no es necesario resolver la presente apelación, consideramos que un grave riesgo de peligro para los propósitos del Convenio puede existir en solamente dos situaciones:

⁵ Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996), se encuentra publicado en el siguiente link:
<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0082.htm>

Primero, hay un grave riesgo de peligro cuando el retorno del niño lo coloca ante un peligro inminente antes de la resolución de la disputa de custodia -por ejemplo, el retornar al menor a una zona de guerra, hambre o enfermedad.

Segundo, hay un grave riesgo de daño en casos de serio abuso o negligencia, o dependencia emocional extrema, cuando la corte en el país de residencia habitual, por cualquier razón, puede ser incapaz o no desee dar protección adecuada al menor. La prueba psicológica como la que la Sra. Friedrich presentó en los procedimientos que a continuación se señalan resulta relevante únicamente si esta ayuda a probar la existencia de una de estas situaciones”

En cuanto al peligro físico o psíquico, podría consistir en la exposición del mismo a una epidemia existente en el estado en el que poseía su residencia habitual al momento del traslado o retención, a la imposibilidad de proseguir un tratamiento que se está llevando a cabo en el nuevo estado o en relación a algún perjuicio de orden emocional o psicológico producto de la separación de uno de sus progenitores. (González Pedrouzo 2000:32)

También el juez puede negarse a la restitución sin mediar solicitud de parte, cuando de la propia manifestación de voluntad del menor surge o se puede comprobar que éste se opone a la restitución. Según el artículo 13 inciso segundo, en este caso, el límite está dado por la edad y la madurez del menor, lo cual encuentra vinculación directa con la CDN y el derecho del mismo a ser oído, el cual se encuentra amparado por este instrumento. En este caso será el Juez quien determine si el menor ha alcanzado la edad y la madurez que amerita tener en cuenta su opinión para cada caso concreto.

Además de las excepciones referidas anteriormente, existen casos en los que el Juez podrá denegar la restitución de oficio. El artículo 20 consagra una causal para la denegación de la restitución que no se basa en aspectos subjetivos relativos a la conducta de los guardadores o a la protección del menor. Se trata de una excepción de carácter objetivo que permite denegar la restitución cuando *"no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales"*. Constituye ésta una reserva similar a la de orden

público internacional, ya que no será cualquier principio del derecho del estado requerido el que pueda llegar a detener la restitución, sino que sólo lo serán aquellos relativos a los derechos humanos y las libertades fundamentales, fundamentalmente buscando que no se frustren los objetivos perseguidos por el Convenio. (González Pedrouzo 2000:32-33)

6.- e) Autoridades Centrales

El Convenio requiere que cada Estado parte designe una o más Autoridades Centrales para llevar a cabo los deberes impuestos a cada uno de ellos por el Convenio de la Haya de 1980⁶. Las autoridades “deberán colaborar entre sí y promover la colaboración ente las autoridades competentes en sus respectivos Estados” (artículo 7 inciso primero), para asegurar los objetivos del Convenio. Asimismo, los deberes específicamente establecidos incluyen tomar todas las medidas apropiadas para:

- Localizar a los menores trasladados o retenidos de manera ilícita;
- garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- facilitar información general sobre la Legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- garantizar, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado.

⁶ La República Argentina ha designado Autoridad Central de aplicación del Convenio de La Haya a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional -Dirección General de Asuntos Jurídicos- del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Sin embargo, la Autoridad central no tiene el monopolio en el ejercicio de las acciones de restitución, sino que, conforme al artículo 29 del Convenio, el progenitor puede ejercitar directamente la incoación del procedimiento que, en todo caso, se regirá por principios del interés superior del menor, celeridad, prohibición de decisión sobre el fondo y especialización de los operadores jurídicos.

7.- Convenio del 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Otro instrumento internacional en la materia es el Convenio del 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Este Convenio entró en vigencia el 1 de enero de 2002⁷, y contiene reglas sobre jurisdicción, ley aplicable y medidas de protección a los niños de carácter civil, conteniendo normas uniformes que determinan las autoridades de qué país son competentes para tomar las medidas de protección necesarias. La República Argentina aprobó el Convenio el 26/11/2015 con la sanción de la ley 27.237 aunque hasta el momento no depositó el instrumento de ratificación para su entrada en vigor.

En efecto, introduce cláusulas de flexibilización determinando la competencia judicial internacional, como la del *forum non conveniens* y la del *forum conveniens*, ambas soluciones propuestas en las sesiones de negociación del Convenio por los expertos provenientes de los sistemas del *common law* y del derecho romano germánico, respectivamente, reflejadas en los artículos 8 y 9 (Lagarde 1997). El *forum non conveniens* es una facultad discrecional que le permite a los tribunales que tienen jurisdicción sobre un caso, declinar el mismo si existe un foro más apropiado o puede

⁷ El Convenio establece en su artículo 61 punto 1 que “entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación”, lo cual ocurrió luego de que Eslovaquia lo depositara su instrumento. Hasta el momento existen 53 partes contratantes. La República Argentina lo ha firmado pero no ratificado <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>

ser juzgado de manera más apropiada en otro tribunal, mientras que en el *forum conveniens* por su parte, el tribunal asume la jurisdicción argumentando que el foro local es el apropiado (o uno de los apropiados) para dirimir el juicio, o bien que el foro extranjero es inadecuado (Thomson Reuters s.f).

Por otra parte, el artículo 5.1 prevé la residencia habitual del menor como la jurisdicción a la que compete adoptar las decisiones atinentes a su protección, desestimulando intentos de desplazamientos irregulares de menores a otras jurisdicciones con propósitos de iniciar ante ellas acciones referidas a su guarda o custodia. En línea con lo expuesto, el artículo 7.1 dispone que las autoridades de la residencia habitual del niño inmediatamente anterior a su desplazamiento o retención ilícitos son competentes para la adopción de medidas de protección de su persona y bienes hasta tanto el niño adquiera residencia habitual en otro Estado, y en consecuencia, mientras tales autoridades conserven competencia, las del país de retención del niño sólo podrán disponer medidas de protección de acuerdo al artículo 11.

El Convenio de la Haya de 1996 complementa al de 1980 reafirmando el rol primario de las autoridades centrales del lugar de residencia habitual del niño, siendo que su artículo 50 establece concretamente que *“el presente Convenio no afecta al Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en las relaciones entre las Partes en ambos Convenios. Nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del presente Convenio para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita.”*

Asimismo, aumenta también la eficacia de las medidas de protección temporal dictadas por el juez por las que se ordene el retorno del niño al país del cual ha sido sustraído, haciendo dichas órdenes ejecutables en ese país hasta tanto las autoridades del mismo se encuentren en situación de tomar las medidas de protección necesarias.

También permite la cooperación entre los Estados en relación con el número creciente de casos en los cuales los niños han sido colocados en otro país por medio de

soluciones alternativas, por ejemplo, en acogimiento en hogares de guarda u otros acuerdos a largo plazo que no constituyen adopción.

8.- Convención sobre los Derechos del Niño

Otra pieza dentro del marco legal internacional es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20/11/1989 y que entró en vigencia al año siguiente, proveyendo de un marco general por el respeto a los derechos de los niños en muchas áreas. El mismo ha sido ratificado por 196 estados (a excepción de Estados Unidos), siendo uno de los puentes más fáciles para iniciar el diálogo con otros países a los fines de resolver los traslados o retenciones ilícitos de menores, dado que constituye el pilar por excelencia por su alcance universal y la consecuencia que trae aparejada en relación con las obligaciones internacionales asumidas por los estados que forman parte del mismo.

Algunos de sus artículos son relevantes y proveen una guía en sustracciones internacionales, tales como:

- El artículo 3, el cual establece que “el interés superior del niño” debe tener una consideración primordial en todas las decisiones tomadas por las autoridades estatales que conciernen a los niños;
- A su vez, el artículo 9 inciso “c” requiere que los estados partes “*respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”. Nótese que el reconocimiento es tal que incluso abarca los supuestos de aquellos niños cuyos padres residan en estados diferentes, puesto que el texto convencional establece que aun en esas condiciones se tendrá el derecho a mantener ese contacto de manera periódica, salvo en circunstancias excepcionales;

- El artículo 11 estipula que los estados adoptarán medidas para luchar contra los traslados y retención ilícitos de niños al extranjero y promoverán acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes para alcanzar este propósito. Cabe destacar que este artículo ha sido expresamente dirigido al problema de la sustracción internacional, siendo influenciado por la existencia del Convenio de 1980, por lo que reconoce la importancia de combatir los traslados y retenciones ilícitos.

En definitiva, para alcanzar el interés superior del niño, deberán respetarse sus derechos fundamentales, incluido el de mantener contacto directo con ambos progenitores. Cuando este contacto se viera obstruido por el proceder de uno de los progenitores o de algún otro pariente, los estados parte involucrados deberán arbitrar los medios para reparar esa obstrucción para que pueda ejercerse ese derecho plenamente, cualquiera fuera la situación familiar que se presente. Es decir que la estabilidad del niño de que se trate se encuentre protegida y garantizada, resultando la cooperación internacional la herramienta que mejor asegurará estos extremos.

9.- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Sin perjuicio de los instrumentos internacionales previamente mencionados, debemos destacar el artículo 2642 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, el cual fuera incorporado mediante la reforma de la ley 26.994, que contempla la posibilidad la regulación de aquellos casos que no caen bajo la aplicación de los convenios vigentes. Este artículo reza lo siguiente:

Art. 2642. — Principios generales y cooperación. En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.

El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente.

En primer lugar, este artículo debe leerse en consonancia con el artículo 2614 el cual indica que los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, trasladados o retenidos ilícitamente, lo cual permite desalentar cualquier maniobra que desplace el centro de vida del menor.

Por otra parte, el artículo 2642, debe ser separado en dos partes concretas. La primera de ellas, indica la aplicación de los convenios vigentes en la República Argentina en material de restitución internacional, confirmándose la obligación que asumió nuestro país internacionalmente al momento de ratificar los convenios (Scotti 2017:112).

En su segunda parte, refiere a la aplicación analógica de los principios contenidos en los convenios en aquellos casos que quedan fuera de su ámbito de validez. En efecto, se deberán tener en consideración los requisitos, excepciones, la autonomía y la urgencia de todo procedimiento de restitución internacional, teniendo como guía la protección del interés superior del niño. En ese sentido, al decir de Rubaja:

“para los supuestos que excedan el marco de aplicación de estas Convenciones se asienta el deber de procurar la adaptación del caso a los principios contenidos en tales convenios, lo que implicará la posibilidad de revertir las situaciones creadas ilícitamente en cada caso y, a su vez, que todos los casos cuenten con gran parte de las bondades de estas Convenciones, así como del *soft law* emergente en la especie” (Herrera, Caramelo y Picasso 2016:406).

Finalmente, el artículo contempla las medidas tendientes a la ejecución eficaz de una orden judicial de restitución, privilegiando el cumplimiento voluntario, como así también se procura la cooperación judicial ante pedidos de autoridades competentes extranjeras en miras a tomar medidas anticipadas protectorias.

CAPÍTULO III

ISLAM Y SHARIA

10.- Aspectos relevantes en relación al islam

Tal como se ha indicado al comienzo del presente trabajo, el mismo versa respecto a aquellos estados cuya población no solo profesan la fe islámica como religión mayoritaria, sino que sus sistemas jurídicos encuentran su fundamento en el plano religioso.

En primer lugar, debe destacarse que la población musulmana está constituida por aproximadamente mil ochocientos millones de personas (Pew Research Center 2017), divididos principalmente en dos grupos: los sunnitas (alrededor del noventa por ciento) y los chiitas (el diez por ciento restante). Asimismo, cincuenta y siete países forman parte de la Organización para la Cooperación Islámica, veintidós de ellos de la Liga Árabe mientras que veintiséis Estados consideran al islam como su religión oficial⁸.

Esto implica que la *umma*, o comunidad de creyentes, se extiende desde Marruecos a Indonesia, englobando países que cuentan con regímenes políticos extremadamente diversos, que van desde emiratos hasta repúblicas constitucionales, siendo algunos de ellos ultraconservadores, modernistas o laicos. En ellos, existen a su vez minorías no musulmanas, y en los países no musulmanes, también existen minorías de esta religión.

Es por ello que producto de las diversas corrientes migratorias que llevaron a una evolución de segundas, terceras y cuartas generaciones en Occidente -

⁸ Estos Estados son: Afganistán, Arabia Saudita, Argelia, Bangladesh, Baréin, Brunéi, Catar, Comoras, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Irán, Iraq, Jordania, Kuwait, Libia, Maldivas, Malasia, Marruecos, Mauritania, Omán, Pakistán, Palestina (Estado con reconocimiento limitado), Qatar, República Árabe Saharaui Democrática (Estado con reconocimiento limitado), Somalia, Túnez, Yemen y Yibuti.

fundamentalmente en Europa-, el islam no se presenta como un fenómeno transitorio cuya presencia sea temporal. De este modo, uno de cada tres musulmanes vive en Estados dominados por otras religiones (católica: Francia, España, Bélgica; protestante: Reino Unido, Estados Unidos; cristiana ortodoxa: Rusia, Macedonia; hindú, budista, etc.).

En consecuencia, tal como advierte Hochart, el islam transporta sus concepciones jurídicas, con la consecuente yuxtaposición de culturas y civilización (Hochart 1998:278).

11.- División religiosa del islam

La concepción musulmana de la ley da lugar a una división religiosa de la sociedad tanto en el plano interno como en el internacional.

Según el Corán⁹, Alá envió diferentes profetas para transmitir su ley a la humanidad. Mahoma, considerado como el último de los profetas del islam, admite que los partidarios de otras religiones monoteístas, como los judíos, cristianos, sabeos y zoroastrianos, llamados todos estos *Ahl al-kitab* (Gente del Libro) o *Dhimmis* (Gente protegida), puedan vivir en el estado musulmán, a la espera de convertirse al islam (Corán 2:63, 9:29 y 22:18). Ahora bien, a pesar de ello, el Corán los califica como infieles (*kafir*), ordenando tratarlos correctamente (Corán 16:126 y 29:47) y rechazando la imposición de convertirlos: “*no ha de existir coacción en la religión*” (Corán 2:257), por lo que la conversión debe ser fomentada por medios indirectos.

Por otra parte, pese a la “conversión voluntaria” de los no musulmanes, el estado musulmán le permite a las diferentes comunidades aplicar sus propias leyes religiosas y tener su propia jurisdicción (Corán 5:44 y 46). Este sistema jurídico multiconfesional persiste incluso hoy en día en algunos países árabes, aunque la tendencia va hacia la unificación. En la actualidad, en algunos países como Jordania, Siria o Líbano las comunidades religiosas no musulmanas aplican sus leyes religiosas en materia de

⁹ La traducción al español del Corán que se toma como base es la que se encuentra en <https://www.ahmadiyya-islam.org/es/coran/>

derecho de familia, a excepción del derecho sucesorio, las cuales tienen sus propios tribunales religiosos, mientras que en Egipto se han suprimido esos tribunales.

La tolerancia mencionada previamente es rechazada a los apóstatas, los politeístas y los grupos que no son expresamente mencionados en el Corán. Sobre la base de los versos coránico y relatos de Mahoma, se prevé, por ejemplo, el arresto, la suspensión de todos los contratos y derechos sucesorios, la disolución del matrimonio del apóstata, la pérdida de la propiedad o de la custodia de sus hijos, la privación del derecho sucesorio (Jahangir 2005:14 párrafo 43).

Al principio Mahoma parecía estar dispuesto a realizar concesiones a los politeístas de la misma manera que lo hizo con la Gente del Libro, admitiendo incluso la posibilidad de concluir un tratado con ellos (Corán 9:4-5), pero, este ha sido denunciado (Corán 9:7-11).

Otra de las divisiones existentes en el plano interno del islam es entre las dos principales ramas, el sunismo y el chiismo, teniendo raíces políticas más que religiosas. Para ello, hay que remontarse el año 632 con la muerte del Profeta Mahoma y las disputas producidas en torno a su sucesión. Luego de ello, la elección del cuarto califa provocó entre los años 656 y 661 la primera guerra civil (*fitnah*) entre que provocó la ruptura y dio origen a los dos principales grupos, siendo ellos: a) los sunitas, quienes hoy en día comprenden la mayoría de la población musulmana. Son los seguidores de la sunna (entendida esta como tradición y/o costumbre), y consideran que la sucesión del Profeta Mahoma debe ser determinada por la comunidad islámica, por lo que reconocen a los primeros cuatro califas de la ciudad de Medina como los legítimos; b) los chiitas, representan la principal minoría de la población musulmana actual, y habitan principalmente en Irán, Irak y Líbano. Para ellos, la sucesión del Profeta viene dada por orientación divina, y consideran que el sucesor legítimo de Mahoma es Alí, primo y yerno del mismo (por eso chiitas tiene su significado como 'partidarios de Alí'). (Kung 2007:182-186)

Además de la división interna, existe una división externa. Los juristas musulmanes clásicos consideran a todas las regiones bajo dominación musulmana como la tierra del islam (*daar al-islam*). Del otro lado de la frontera, existe la tierra de la

guerra y que no se encuentra bajo dominio musulmán (*daar al-Harb*), y la tierra de los infieles (*daar al-kufr*) (Saleh 2011:43).

Respecto a aquellos musulmanes que habitan en países no musulmanes, se demanda a estos países que el derecho islámico sea aplicado a sus correligionarios, incluso a quienes tienen la nacionalidad de estos países, de la misma manera que los países musulmanes aplican a los cristianos y a los judíos que viven en sus territorios sus leyes respectivas.

12.- La Sharia o ley islámica

Un concepto clave para comprender el significado jurídico del islam es la denominada Sharia (*Shari'ah*) o ley islámica, la cual debe ser entendida como el *corpus* del derecho islámico¹⁰. Es un código de conducta, elaborado al detalle, en el que se incluyen además las normas relativas al culto, las de las cosas permitidas y prohibidas y las que separan el bien del mal. De este modo abarca los paradigmas religiosos legales que regulan la vida de los musulmanes en dos tipos de relaciones, la vertical y la horizontal, es decir, la relación entre Alá y el hombre y de este último con sus correligionarios.

La Sharia tiene una historia cuyo desarrollo comienza en el siglo VII, y que ilustra que las normas legales fueron a menudo el producto de los juristas musulmanes que utilizaron su análisis discrecional a la luz de una cultura e instituciones, precedentes, principios, y doctrinas. (Emon 2006:334)

Históricamente, el derecho islámico se sumergió no solo dentro de un contexto cultural, sino también en un contexto institucional que transformó lo que podrían haber sido

normas morales en reglas legales aplicables. La ley no se creó simplemente en un vacío académico sin implicaciones del mundo real. Más bien, la existencia de instituciones de litigios y procedimientos contribuyó en parte a la determinación y significado de la ley. De

¹⁰ También es válida la utilización del término "Shari'ah". SALEH, Mahmoud Ismail, *Dictionary of Islamic Words & Expressions*, Maktaba Dar-Us-Salam, Riyadh, 2011, p. 215

hecho, las instituciones procesales medievales eran tan importantes que la resolución de una controversia particular puede no haber dependido de alguna determinación doctrinal y sustantiva de la ley.

La integridad de Sharia funciona del mismo modo como un sistema de estado de derecho (en lugar de ser simples reglas de derecho) en el que los jueces deciden las disputas de una manera que tenga sentido y eficacia a través del imperio de las instituciones judiciales. Sin embargo, a partir del siglo XVIII, la estructura institucional que dio importancia real al derecho islámico comenzó a desmantelarse o modificarse. Por ejemplo, de conformidad con los acuerdos de Capitulación con el Imperio Otomano, los europeos no musulmanes quedaron exentos de la jurisdicción de los tribunales otomanos. En Egipto, el uso de los Tribunales Mixtos a fines del siglo XIX para atender casos relacionados con partidos e intereses no musulmanes, erosionó aún más la medida en que se aplicaba Sharia. Cuando Egipto adoptó el Código de la Corte Mixta, basado en gran parte en el Código Napoleón, creando tribunales nacionales para juzgar ese código, las cortes de Sharia y la ley que aplicaron comenzaron a perder terreno, tanto en términos de relevancia doctrinal como de eficacia institucional (Emon 2006:347)

A medida que las naciones musulmanas se independizaron y adoptaron campañas de islamización a partir de las décadas de 1960 y 1970, la tradicionalidad del derecho islámico evidenció un cambio. Frente a los desafíos de la modernidad introducidos en la región árabe por la colonización de los países occidentales, y como resultado de la globalización, los musulmanes en estos países prosiguieron la senda de la modernización, sin perder sus valores islámicos. Se entendió que la reforma y la modernización, desde la perspectiva de una mentalidad postcolonial, traían consigo un desafío a la identidad islámica, fundamentalmente en Medio Oriente. Para los musulmanes preocupados por la modernización, la Sharia, especialmente en el área del derecho de familia, le proporcionó un anclaje determinado para delinear una visión monista de la identidad islámica frente a la invasión de los valores modernos netamente occidentales, sirviendo como un dispositivo para preservar la identidad cultural y religiosa.

Para los musulmanes, al enfrentar las controversias postcoloniales sobre la identidad política, la idea de cambiar o modernizar el derecho islámico de una manera que no se adhiera estrictamente a lo textual tradición, se percibe como rendirse a la hegemonía cultural de Occidente y los valores que consagra.

Los musulmanes han visto la doctrina legal islámica (ya sea positiva o negativamente) a menudo a la luz de las ideologías políticas de identidad, en lugar de ser parte de un sistema de estado de derecho. Al cambiar las reglas legales islámicas se ve un ataque a la identidad política y a la ideología que reflejan y representan.

Noel Coulson, argumentó que, en su forma tradicional, la jurisprudencia musulmana “proporciona un ejemplo extremo de una ciencia jurídica divorciada de consideraciones históricas. El derecho, en la teoría musulmana clásica, es la voluntad revelada de Dios, un sistema divinamente ordenado que precede y no es precedido por el estado musulmán, controlando y no controlado por la sociedad musulmana (...) Desde que el acceso directo a la revelación de la voluntad divina había cesado con la muerte del profeta Mahoma, la Sharia, que una vez alcanzó la perfección de expresión, era en principio estática e inmutable.” (Coulson 1964:1-2)

Ahora bien, el islam plantea problemas jurídicos en Occidente por la tradición islámica de que la condición religiosa es fuente de derechos civiles. Ello se traduce en la existencia en muchos países islámicos de ordenamientos jurídicos de base personal. Por ejemplo, en Catar, el Código Catarí de familia del año 2006, se aplica a los ciudadanos musulmanes que sigan a la escuela jurídica *Hanbalí*, y también cuando los litigantes lo soliciten o sean de diferente religión o escuela jurídica. Para los otros musulmanes rigen las disposiciones de la escuela jurídica que sigan y finalmente a los ciudadanos no musulmanes se les aplicarán sus disposiciones específicas. Pero, debe entenderse que en la mayor parte de los países musulmanes modernos no se aplica directamente el derecho islámico clásico, sino que se han promulgado códigos de familia basados en la Sharia. (Roca Fernández 2011:77)

La Sharia no traza una distinción entre lo religioso y lo secular, o entre los aspectos públicos y privados de la vida de los musulmanes. Es importante notar que las normas islámicas son más influenciadas desde lo informal, casi desde un nivel

psicológico subconsciente que desde un nivel político o legal. No se debe subestimar el factor islámico simplemente porque un Estado en particular no está constituido como un Estado islámico, o porque su sistema legal no pretende cumplir con la Sharia. Esto es particularmente importante desde el punto de vista de los derechos humanos donde la sociedad subyacente y las inclinaciones políticas y valores pueden vencer o frustrar la política declarada y los principios legales formales.

El derecho, por lo tanto, no surge de la sociedad, y no está moldeada por ella, como es el caso de los sistemas occidentales. En el concepto islámico, la ley precede y moldea a la sociedad, y esta ley tiene como fuente la revelación divina.

El islam representa la ciudadanía, la fuente de la ley y el elemento que determina la identidad de la persona. En resumen, se identifica con la pertenencia a una comunidad cultural-religiosa superior o por encima de la nación. El individuo lo es tal en cuanto pertenece a la *umma*, por lo que la ley divina reglamenta el estatuto personal entre musulmanes y no musulmanes.

A su vez, la Sharia mantiene una división entre categorías públicas y privadas del derecho, y mientras muchas naciones islámicas han adoptado normas occidentales seculares en el ámbito del derecho público, manteniendo a la Sharia en asuntos de derecho privado. Mientras que se ha producido la reforma del derecho en países con mayoría musulmana, la reforma en el derecho privado ha sido difícil de aplicar, especialmente cuando se relaciona con los derechos de las mujeres y los niños. Cuando la Sharia entra en contradicción con las Convenciones sobre derechos humanos, como se verá más adelante, es extremadamente difícil para una nación islámica encontrar el camino, y abstenerse de efectuar reservas, las cuales a menudo contrarían los derechos que las Convenciones buscan asegurar, como veremos más adelante. Esto provoca una tensión entre la universalidad de los derechos humanos y el relativismo cultural se observa y manifiesta en la vida diaria de millones de personas de todo el mundo y afecta fundamentalmente a las relaciones en el ámbito de la familia.

Incluso, en la Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el islam, adoptada el 5 de agosto de 1990, se subordinan los derechos enunciados en la misma a

la clarificación o explicación a través de la Sharia, reafirmando incluso el rol histórico de la comunidad musulmana y el discurso teológico-jurídico.

Pero, tal como señala Sardar Ali, la Sharia “no consiste en un conjunto inmutable de normas, pero se ha construido un dinamismo que es sensible y susceptible a las necesidades cambiantes del tiempo”, mientras que “los derechos humanos del islam no son enteramente irreconciliables con las actuales formulaciones emanadas de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas” (Sardar Ali, citado en Schnitzer-Reese 2004:17).

Por ejemplo, la prohibición del acceso al cuidado parental por parte de la madre violaría uno de los cinco principales objetivos esenciales (*maqasid*) de la Sharia, es decir, el linaje (Kamaruddin 2014). Los otros cuatro son la religión, la vida, el intelecto y la propiedad.

Ahora bien, tal como señala Pallares Bosa la Sharia se encuentra compuesta por dos tipos de normas: a) las *ibadaat*, que son las disposiciones que refieren a la relación del hombre con Alá, es decir, a lo que impropriamente podría reducirse como el ritual religioso, y en ese sentido, se refieren a las acciones que sirven para adaptar la vida del creyente a la voluntad de Dios y a los cinco pilares del Islam, incluso prohíbe cualquier forma de innovación, aberración o correcciones; b) Las *mualamat*: que son las normas u obligaciones civiles que gobiernan las acciones y relaciones del musulmán con los demás seres humanos, y, por tanto, incluyen aspectos de la vida social, económica, política, etc. Estas dan la idea de una relación horizontal entre personas lo cual es también regulado por el derecho, siendo que aquellas cuestiones relacionadas al matrimonio y la familia (*munakahaat*) están clasificadas como *mualamat* (Pallares Bosa 2011:103). En efecto, estas últimas presentan un alto grado de flexibilidad, que se encuentra reflejada en la máxima legal islámica que indica que “la regla o norma predeterminada con respecto a las cosas es en general la permisibilidad” (Kamaruddin 2014). Dicha flexibilidad está reflejada en la máxima que dice “la regla o norma predeterminada con respecto a las cosas generalmente es la permisibilidad” (*al-aslu fil-ashyaa’ al-ibahah*). La permisibilidad sigue siendo la regla por defecto en todos los asuntos que entran en la categoría de *muamalat* y prevalece en todas las situaciones

hasta que haya evidencia en contrario de los textos legales del Corán o la Sunna. Por lo tanto, al exponer las perspectivas legales islámicas sobre las disputas transfronterizas de custodia de menores, es importante tener en cuenta la flexibilidad otorgada a los asuntos relacionados con el matrimonio y la familia en el derecho islámico.

13.- Fuentes de la Sharia

La Sharia presenta cuatro fuentes principales, las cuales son el Corán (*Quran*), la sunna (*Sunnah*) de Mahoma, el consenso de la comunidad (*ijma*) y el razonamiento analógico (*qiyas*). (Venkatraman 1995:1965)

Adentrándonos en la primera de las fuentes mencionadas, debemos decir que el Corán es el texto revelado por Dios a Mahoma a través del arcángel Gabriel, de modo que los musulmanes consideran que el mismo es “la palabra eterna e increada de Dios”, cuya difusión debe realizarse en el idioma original, el árabe clásico (Lamb:1985). Además, debe transmitirse, con el mayor rigor posible por lo que, en principio, se descarta cualquier tipo de interpretación¹¹.

Está compuesto por 114 suras o capítulos, a su vez divididos en versos y consta de dos partes. La primera de ellas, de 86 suras -en su mayoría textos cortos-, han sido revelados entre el año 610 y 622, antes de la partida de Mahoma de la Meca hacia Medina para fundar el Estado islámico. El año 622 constituye el comienzo del calendario musulmán, y en este periodo Mahoma era un simple profeta. La segunda parte, de 28 suras, fueron revelados luego de la partida de Mahoma a Medina, entre los años 622 y 632, año de la muerte de este. En ese periodo, Mahoma era profeta y jefe de Estado, y en estos capítulos se pueden encontrar las normas con contenido jurídico, más apropiadas para una naciente comunidad de creyentes que necesita normas y regulaciones. Ahora bien, como los capítulos del Corán no son clasificados ni por orden

¹¹ El Corán ha sido traducido a más de tres mil idiomas, incluidos el kurdo, el finés, el urdu, el bengalí y el tamil. Algunas de estas traducciones se pueden apreciar en www.altafsir.com/Languages.asp

cronológico o temático, las normas jurídicas se encuentran dispersas en los diferentes capítulos. De los 6219 versos del Corán, entre 500 y 600 de ellos contienen al menos un elemento legal, pero solo 80 pueden ser clasificados estrictamente como mandatos jurídicos (Venkatraman 1995:1965).

La segunda fuente del derecho islámico es la sunna. Esta significa conducta y designa el conjunto de dichos, hechos y aprobaciones implícitas o explícitas atribuidas a Mahoma, según el testimonio de los *ashab*, sus camaradas. Ellas han sido reunidas a través de numerosas recopilaciones privadas, aunque cada grupo tiene sus propias recopilaciones. Las palabras del Profeta se recogieron en hadices, que son los relatos breves en el que se recogen sus actividades y que sirve para establecer la sunna (Pallares Bosa 2011:100). Cada hadiz tiene el contenido de la tradición propiamente dicha y la cadena de autoridades o nombres que la transmitieron. El primer criterio para convalidar un hadiz es la certeza de la cadena de autoridades a partir del narrador que recogió la declaración o hecho ejemplar del profeta y proviene de alguien a quien se concede respetabilidad y a su vez depende de otro, igualmente respetable. Estas cadenas pueden ser más o menos largas, pero la mayoría no se extienden más allá de uno o dos siglos después del fallecimiento del Profeta ya que a los demás no se les otorga mayor confiabilidad. Incluso tanto los juristas musulmanes y los estudiosos occidentales del islam han señalado a los hadices como la encarnación de una tradición oral anterior, aunque no siempre se puede confiar como declaraciones auténticas de lo que el Profeta dijo, hizo o decidió.

La teoría interpretativa del derecho islámico defiende un compromiso al Corán, y a los hadices, proporcionando una base autorizada para análisis e interpretación jurídica. Pero estas fuentes no constituyen un sistema legal por ellos mismos. Si bien ambas fuentes asumen una innegable posición de autoridad dentro de la jurisprudencia islámica, ellos solos no constituyen la tradición legal islámica.

Las otras dos fuentes, la analogía (*qiyas*) y el consenso de la comunidad de eruditos en una cuestión legal (*ijma*) son consideradas subordinadas. La analogía,

requiere interpretación humana y facilita la aplicación del islam hacia nuevos problemas y situaciones sin pretender interpretar la revelación divina.

La fuente final de la Sharia, es decir, la *ijma*, es definida como el consenso de calificados juristas, considerándose infalible dado que el Profeta en una oportunidad dijo “mi comunidad nunca estará de acuerdo con un error” (Venkatraman 1995:1969) Mientras que el Corán y la sunna son generalmente aceptados, existen diversas interpretaciones sobre los alcances del consenso, dado que pueden ser únicamente de la primera generación de musulmanes, de las tres primeras generaciones, de los juristas del mundo musulmán o de la comunidad en general.

14.- Fiqh y escuelas de jurisprudencia

El método de interpretación de la Sharia se denomina *fiqh*, término con el que se designa la jurisprudencia islámica en todas sus versiones y según el Diccionario de Derecho Islámico de Oxford es “conceptualmente, el intento humano de entender la ley divina.” (Esposito 2003). Cada escuela de *fiqh* se denomina *madhab* (plural, *madahib*). Los juristas desarrollaron varias metodologías interpretativas que equilibraron la necesidad de autoridad, legitimidad y discreción de una manera que asegurara un resultado justo bajo las circunstancias.

En consecuencia, si uno quiere determinar una regla del derecho islámico, se debe comenzar con un texto sobre derecho sustantivo, en lugar del Corán o las tradiciones del Profeta. Se puede consultar un resumen de derecho sustantivo - *mukhtasar*- o un elaborado compendio escrito por un jurista dentro de un particular *madhab*.

Por su propia esencia, el islam permanece atado a una interpretación político-jurídica de los textos religiosos, tomando como punto de partida el Corán y la sunna, y dicho esto principales escuelas jurídicas pueden ser divididas de la siguiente manera:

- Las cuatro escuelas sunnitas: hanafista, maliki, shaafi y hanbalí, que comprenden hoy en día a la mayoría de la población musulmana;

- Las escuelas chiitas divididas en diferentes grupos, siendo los principales los jaafaristas, los zaidies y los ismailistas;
- Los ibadistas, una rama separada de los sunnitas y los chiitas, que son mayoritarios en Omán.

En primer lugar, debe indicarse que el sunismo es la espina dorsal del islam y su mayor ramificación. En el plano tradicional, los sunnís acatan la vía trazada por Mahoma y sus primeros camaradas. Estos fundamentan su adhesión en tres de las fuentes como verdades concéntricas: el Corán como verdad absoluta e incuestionable, la palabra auténtica del Profeta y el consenso de la comunidad.

Dentro del islam sunnita, la primera escuela fue la *hanafista* o *hanafí*, siendo su fundador Abu Hanifa Al-Numan ibn Thabit, quien viviera a principios del siglo VIII en Kufa, actual Irak. Según esta escuela, la primera y fundamental fuente del derecho es el Corán, seguida de la sunna, pero solamente respecto a los hadices auténticos y que estén muy extendidos, siendo la única garantía contra los falsos hadices que proliferaron en los primeros tiempos del islam. En tercer lugar, y por este orden de prelación, ha de tenerse en cuenta el consenso de los compañeros de Mahoma, los *sahaba*, los diez primeros predicadores de la fe. La cuarta fuente es la opinión individual de un compañero de Mahoma, a falta de opinión colectiva y, en quinto lugar, para aquellos asuntos en los que ninguna de las anteriores fuentes aporta claridad, Abu Hanifa propone el razonamiento analógico. La sexta fuente es la preferencia o *istihsaan*, es decir, el juez puede optar por aplicar el argumento que le parezca más adecuado a la situación, siempre inspirándose en los principios generales derivados del Corán. Y, por último, a falta de prescripción religiosa, es legítimo recurrir a la costumbre local, sea esta cual fuere y si no entra en contradicción con la fe (Esparza 2015:68). Estos últimos tres elementos -razonamiento analógico, la preferencia y la costumbre-, les han valido al hanafismo la reputación de tolerantes o liberales ante otras escuelas islámicas, mientras que hoy en día, es la escuela mayoritaria en Turquía, Siria, Irak, Jordania, Egipto, Pakistán, India y en Asia Central (Kung 2007:270-271).

Después del hanafismo, la segunda escuela del islam sunnita, por orden de aparición, fue la *malikí*, fundada por el imam Malik ibn Anas. Los malikies se pliegan al Corán y a la sunna, pero, como tercera fuente de derecho introducen las costumbres de la ciudad de Medina, actual Arabia Saudita. Hoy la escuela malikí es ampliamente mayoritaria entre los musulmanes de África, con la excepción de Egipto, que es hanafista (Kung 2007:270).

El tercer *madhab* es el *shafii*, que viene del del imán Al-Chafii, que vivió entre 767 y 820, habiendo nacido en Palestina y criado en Medina, donde fue discípulo de Malik. Terminó instalándose en Egipto y fue allí donde terminó de elaborar su doctrina. Los shafiíes no discuten lo esencial de las escuelas anteriores, pero introducen cambios notables a la hora de dotar de un mayor rigor intelectual a la interpretación (Esparza 2015:71). Prescriben como fuente principal el Corán y los hadices, pero someten a estos últimos a un riguroso examen para garantizar su autenticidad. Después, las fuentes subsidiarias en orden son los compañeros de Mahoma, el juicio de uno de los compañeros y el razonamiento analógico (Kung 2007:271). Por último, Al-Chafii desarrolló un enlace entre la preferencia de los hanafíes y el interés general de los malikies, lo cual se llamó *istishab*, que puede traducirse como “buscar un lazo”: las leyes aplicadas en determinadas condiciones siguen siendo válidas mientras las condiciones no cambien, y para verificar su validez es preciso buscar un lazo o una conexión entre las condiciones actuales y las anteriores. El shafiismo está considerado como la escuela más completa desde el punto de vista intelectual, rigiendo hoy en día en el Cuerno de África -Eritrea y Somalia-, parte de Yemen, puntos aislados de Medio Oriente, y sobre todo en el sudeste asiático, es decir, Tailandia, Indonesia, Brunéi, entre otros (Esparza 2015:72).

El cuarto *madhab* sunnita es el *hanbalí*, del imam Ahmad ibn Hanbal, discípulo de Al Chafii y que se desarrolló a lo largo del siglo IX. Según esta doctrina, las fuentes del derecho son, en orden, el Corán, la sunna, la opinión unánime de los compañeros del Profeta, el juicio individual de uno de los compañeros, y en su último extremo, un hadiz discutible, que, en la lógica de Hanbal, siempre será preferible al razonamiento personal (Esparza 2015:73). El hanbalismo tuvo particular éxito en Arabia, donde hoy es la

doctrina mayoritaria. Siglos más tardes -en el XVIII- será la base sobre la que trabajará Mohammed ibn Abd al-Wahab, el fundador del wahabismo, auténtico vértice del fundamentalismo musulmán moderno, siendo la vía más ortodoxa del sunismo que pretende retomar al Corán, abandonando toda interpretación que pretenda modificarlo (Chebel 2011:137). Además de Arabia Saudita, el hanbalismo se encuentra sumamente presente en Sudán y Nigeria.

Respecto al chiismo, la doctrina que siguen los adeptos del cuarto califa Alí ibn Abu Talib, representan algo menos del 12% de los musulmanes, es decir, aproximadamente 110 millones. La mayor parte de los chiíes se encuentra en Irán e Irak, observándose asimismo una diáspora importante en Bahreín, Omán, Yemen y en Líbano.

Alí era primo y yerno de Mahoma. Asimismo, era esposo de Fátima, hija del Profeta, la misma que más adelante dará nombre a la dinastía de los fatimíes, quienes tuvieron dos hijos, Hassan y Husein, los cuales son considerados el segundo y el tercero de los imames del chiismo (Chebel 2011:53).

Los chiíes acatan las mismas reglas dogmáticas que los sunnitas, sin embargo, su derecho presenta diferencias importantes, sobre todo en lo referente al vínculo entre la teología y la política. En efecto, el imanato sustituye al califato y al fundamentarse en una cadena de grandes imames, siete (septimanos) o doce (duodecimanos) según la obediencia considerada, sus adeptos tienden a transcribir dicha jerarquía en el universo político (Chebel 2011:54). Por esta razón, se destaca la organización clerical del chiismo, vinculándose la religión en mayor medida con el ámbito religioso que con el del derecho positivo. El mayor cargo clerical del chiismo es el *ayatollah* o ayatolá, ocupado por el individuo más erudito y más experimentado. En Irán e Irak simboliza el poder extremo, quien se opone a toda innovación considerada contraria a la Sharia o a la moral común de la nación.

Además de las escuelas sunníes, hay también *madhab* chiíes, siendo la mayoritaria entre ellos la de los duodecimanos (por los doce imanes descendientes de Alí) o *yafaríes*. Estos se basan en el Corán y la sunna, pero esta última tiene sus propias características: no entran los tres califas “ortodoxos”, y, por el contrario, incluyen los

hadices de los doce imanes chiíes y de Fátima. Además, consideran que el imán -que según el chiismo es el guía religioso y político- es infalible en tanto que Dios lo ha elegido y habla por él. Esta *madhab* es la que rige en Irán. A su vez, los chiíes de Yemen son *zaydies*, que se diferencian de los anteriores en que no reconocen la infalibilidad del imán. Hay además chiíes ismailíes, divididos en gran número de grupos y con doctrinas muy distintas, siendo uno de los más relevantes los drusos de Líbano (Esparza 2015:73-74).

CAPÍTULO IV

ASPECTOS CENTRALES EN EL DERECHO DE FAMILIA ISLÁMICO

15.- Custodia y guarda (*hadana* y *wilayah*)

En primer lugar, hay que considerar que en los países con tradición islámica existe una compleja estructura de deberes y derechos distribuidos entre uno o ambos progenitores en aquellas cuestiones concernientes al cuidado y asistencia del niño dependiendo de la edad y género de este. Esto se encuentra inmerso dentro de dos conceptos, llamados *hadana* y *wilayah*, los cuales pueden ser asimilables a custodia o cuidado personal y la tutela o patria potestad, respectivamente.

De esta manera, Esposito define a la *hadana* como el “cuidado del niño por su madre. Custodia del niño que pertenece a la madre u otros parientes mujeres (...)” (Esposito 2003), mientras que de manera similar Saleh indica que es la “custodia del niño. Cuidado del niño: educación, alimento, vestimenta” (Saleh 2011:69)

Por otra parte, la *wilayah*, es una institución que puede ser similar a la tutela, considerándose como el poder y/o responsabilidad de supervisar los asuntos de alguien más, en este caso el menor (Saleh 2011:258).

Ambas instituciones, están distribuida de una manera específica y de manera complementaria, aunque de manera desigual, por lo que no condice con el principio de igualdad que usualmente aplican los sistemas seculares. La principal distinción entre ambos conceptos es que la *hadana* está más relacionado al cuidado emocional del niño, mientras que el *wilayah* está dirigido a las decisiones que de alguna manera afectan el bienestar presente y futuro del menor.

La asignación del cuidado personal y la tutela del menor dependerá del sistema legal, e incluso cuando el derecho islámico sea el que corresponda, dependerá de la tradición particular que sigue el Corán en esa jurisdicción.

Esta estructura parental compartida corresponde a una visión abstracta del interés superior del niño y que tiene como fuente la tradición islámica ancestral y no la valoración de la autoridad judicial. En estos países, el interés superior del niño depende de la concepción de la familia y la sociedad, que como se vio anteriormente se encuentra determinada por el islam, lo cual no es fácilmente compatible con los sistemas occidentales.

En efecto, es extremadamente difícil reconciliar las diferencias en relación a la custodia del menor, siendo uno de los progenitores provenientes de un sistema legal secular y el otro de un sistema religioso, y que se encuentran separados o divorciados.

Respecto a la *hadana*, los jurisconsultos abordan la concesión de este en la pregunta de quien tiene el mejor derecho respecto al niño, considerándose en consecuencia que la madre es la más adecuada para asumir la custodia física del menor. Esta comienza con el nacimiento del menor y se desarrolla durante un corto periodo de tiempo coincidente con la minoría de edad, que varía en función del género del menor y de la escuela de derecho coránico que pertenezca, la cual puede finalizar de acuerdo a su edad (dos, siete, nueve u once años) o etapa de la vida en que se encuentre (pubertad o matrimonio). Dicha custodia se refiere a alimentar, escolarizar, garantizar el bienestar físico y moral del menor, así como a educarlo en la religión del padre.

Por ejemplo, para la escuela hanafista, a la madre se le concede debido a su comportamiento amable para la crianza de los hijos junto con su afecto por el niño.

Además, según esta corriente, las madres, están en mejores condiciones para desempeñar este papel dado que se quedan en casa y generalmente son más afectuosas. De acuerdo a la escuela hanbalista, se le otorga la *hadana* a la madre, en referencia a un hadiz que indica que una mujer se acercó al profeta para preguntarle sobre su hijo y sus derechos, a lo que Mahoma respondió “eres la persona indicada para él mientras no contraigas nuevamente matrimonio”. (Emon y Khaliq 2016:42-43)

Tal como se indicó previamente, la *hadana* finaliza dependiendo la edad del menor o su situación (alcanzar la pubertad o contraer matrimonio), como así también su género. En los siguientes capítulos se analizarán algunos casos de estudios.

Por otra parte, la *wilayah* concierne al soporte financiero del menor y a tutelar sus intereses, que se presume en cabeza del progenitor. En efecto, aunque la madre goce del derecho de custodia no significa que ostente la responsabilidad parental -en el sentido occidental del término-, la cual se le atribuye al padre. De este modo, el hombre es el responsable del mantenimiento de su familia, en particular de los hijos, independientemente de si los cónyuges aún están casados o divorciados. Por lo tanto, incluso después del divorcio, el padre es completamente responsable del mantenimiento financiero del niño.

En consecuencia, por ejemplo, para la escuela hanafista, el padre tiene la obligación de proveer financieramente al niño, especialmente cuando es joven y pequeño. Incluso el padre tiene el derecho de nombrar una persona como *wasi* (tutor legal) en el caso de muerte del primero.

Ahora bien, es claro que radican cuestiones netamente de género para el otorgamiento de la *hadana* y la *wilayah*. De este modo, según algunos jurisconsultos la *wilayah* sobre los asuntos financieros del niño está en manos del padre y/o abuelo porque presumiblemente eran más exigentes y adecuados en asuntos comerciales que las mujeres, mientras que las mujeres se les garantizaba la *hadana* porque eran más exigentes y adecuadas para proteger a los niños pequeños que a los hombres. (Emon y Khaliq 2016:43-44)

Finalmente, se destaca que el ejercicio del *hadana* no puede llevarse a cabo de manera efectiva sin vivir físicamente con el niño, el ejercicio del *wilayah* puede realizarse desde una distancia remota, ya sea que el tutor viva o no con el niño.

16.- Pérdida custodia madre o límites de la *hadana*

a) Nuevo matrimonio de la madre

Ahora bien, las condiciones requeridas a la mujer que tiene la custodia son una serie de restricciones que coartan su libertad de elección y de movimiento.

La primera de ellas, es la de no casarse con un extraño, es decir, sólo puede contraer matrimonio con un hombre que sea pariente del custodiado en grado prohibido. Si el nuevo cónyuge de la madre formaba parte de la red de parentesco del niño, los juristas suponen que estaría comprometido con el bienestar del niño y proporcionaría el afecto necesario para satisfacer los objetivos de la *hadana*.

Dicho esto, en Jordania (Musawah Jordan 2017:22), Siria (Musawah Syria 2020:18), Egipto (Musawah Egypt 2020:34) y Libano (Musawah Lebanon 2017:15-16), entre otros, el no cumplir esta condición a la hora de elegir con quien casarse le supone a la mujer la pérdida automática de su derecho de custodia, aunque en otros, como por ejemplo según la legislación de Baréin (Musawah Bahrain 2017:15), se matiza esta prohibición y se le permite continuar ejerciéndola siempre que concurren circunstancias concretas, tales como el interés superior del menor o que nadie demande sus derechos de custodia durante un año desde la fecha en que se conozca la consumación del matrimonio prohibido. Asimismo, si la mujer se divorcia de su segundo esposo, puede reasumir la *hadana*.

La razón detrás de dicha regla, según lo explicado por los eruditos musulmanes, es que, a esa edad en particular, un menor necesita el cuidado y la compasión adecuados, lo que requiere la atención de una madre o alguien en su posición para criar al niño. Una vez que la mujer se vuelve a casar, se produce un conflicto de intereses y puede ser difícil para una mujer lograr un equilibrio justo entre su deber como madre y

su papel de esposa para su nuevo esposo, lo que propiciaría el descuido a los niños de su anterior matrimonio. Otros juristas consideran que el nuevo cónyuge de la madre del niño no le daría el trato al menor con la generosidad que uno puede esperar de un pariente, lo cual frustraría el propósito de la *hadana* y no se garantizaría un ambiente de afecto e intimidad para el tutelado. (Emon y Khaliq 2016:45-46)

El caso de Irak es una excepción en comparación con otros países musulmanes, dado que en 1986 se modificó la Ley de Estatuto Personal del año 1959, en su artículo 57 inciso 2, permitiéndosele que la viuda pueda contraer nuevamente matrimonio sin perder la *hadana* (Refworld s.f.).

b) Condición de ser musulmana

Otra condición impuesta en algunos países respecto a la mujer que ostenta la *hadana* es la de ser musulmana, dado que, si no lo es, se la suele considerar *kafira*, o infiel. Por lo tanto, si un padre musulmán y una madre no musulmana se divorcian, la preocupación radica en que el niño adquiera una fe diferente a la islámica en el caso de que la madre continúe en el ejercicio de la *hadana*.

Según la escuela shaafita, la mujer que siendo musulmana deja de profesar su religión pierde automáticamente su derecho de custodia, lo cual es recogido, por ejemplo, por la legislación de Brunéi (Islamic Family Law artículo 90 inciso d) y Malasia (Musawah Malaysia 2017:32-33). Asimismo, en Indonesia, aunque nada establece concretamente su legislación al respecto, en aquellos casos en que el cónyuge solicita el divorcio porque su esposa ha repudiado el islam, generalmente se le suele denegar la custodia de los hijos a esta por razones teológicas (Aini 2008:695-696).

No obstante, la mayoría de los malikitas limitan el período de custodia, sin suponer la pérdida del mismo. Esto se encuentra reflejado en el artículo 59 del Código de Estatuto Personal tunecino el cual establece que “la titular del derecho de custodia de una confesión distinta a la del padre del niño no podrá ejercer ese derecho hasta que el niño no haya cumplido los cinco años de edad y no haya razón para temer que no haya sido criado en otra religión” (Code du Statut Personnel Tunisie 1959).

Del mismo modo y según el Código de Familia de Marruecos, la madre será la primera persona a la que se le asigna la custodia del niño, siempre que asegure “su moral, educación religiosa y escolaridad” (Code de la Famille artículo 173 inciso 3).

No obstante ello, los hanafistas permiten que las madres no musulmanas ejerzan la custodia dado que el niño es incapaz de entender el significado de la fe, privilegiándose el afecto o compasión a raíz de la *hadana*. Sin embargo, una vez que el menor puede apreciar el significado de la fe, por lo que la madre no musulmana puede habituar a no seguir el camino del islam, lo que los hanafistas consideran una injuria a los intereses del niño (Zahraa y Malek 1998:170).

c) No trasladarse o mudarse

A su vez, la mujer que tiene la custodia y el custodiado están obligados a vivir en la misma localidad que el padre del niño, a los fines que este pueda ejercer la *wilayah* y de esa manera supervisarlo. Esta condición se encuentra regulada por ejemplo en Marruecos (Code de la Famille artículo 178), Túnez (Code du Statut Personnel Tunisie artículo 61), Brunéi (Islamic Family Law artículo 90 inciso c), y Malasia (Musawah Malaysia 2017 32:33). En Argelia, si la madre se muda al extranjero el Juez puede optar entre mantener la *hadana* o privarla, de acuerdo al interés superior del niño (Code de la Famille artículo 69).

Asimismo, en Jordania, y de acuerdo al artículo 176 de la Ley de Estatuto Personal del año 2010 la madre que ostenta la *hadana* no puede viajar con el niño sin el permiso del padre (Musawah Jordan 2017:22).

17.- Aspectos principales en relación a la religión del menor

El niño nacido de un progenitor -padre o madre- musulmán es, bajo la Sharia, un musulmán y debe ser criado de esa manera. El teólogo jurisconsulto Ibn Taymiyyah dijo que, si ambos padres del niño son musulmanes, entonces este lo será, aplicándose lo mismo si la madre es musulmana. Otras corrientes (hanafitas, shaafita y hanbalita) mantienen la misma visión (Islam Question & Answer 2009).

Los estándares basados en la religión del interés superior tienen repercusiones en los casos de sustracción y custodia que involucran padres musulmanes y madres no-musulmanas, dado que, como ya hemos visto, los países musulmanes determinan el interés superior del niño de acuerdo a los valores religiosos y sociales, lo cual significa un obstáculo para los progenitores no musulmanes.

Entonces al presumirse que el niño es musulmán siguiendo la religión del progenitor, diversos estados de mayoría musulmana han hecho expresa reserva del artículo 14 de la CDN, el cual dice:

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

En efecto, estas reservas se realizan dada la incompatibilidad de la CDN con la Sharia, y si surgiera una disputa los tribunales pueden considerar que la educación en búsqueda del interés superior del niño sea con su padre musulmán.

Argelia, por ejemplo, efectuó la reserva del artículo 14 (incisos 1 y 2) de la CDN, estableciendo que el cual debe interpretarse en cumplimiento con su Constitución que estipula que el islam es la religión estatal (artículo 2) y con el Código de Familia de 1984, el cual determina que la educación del niño debe ser acorde a la religión del padre. Asimismo, Bangladesh, Irak, Jordania y Somalia realizan reservas similares. Del mismo modo, Maldivas al momento de considerar esta reserva, expresa que, de acuerdo a su Constitución y leyes, todos los maldivos deben ser musulmanes. En tanto que países

como Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos, Indonesia, Irán, Kuwait, Mauritania, Pakistán y Siria, expresan la reserva respecto a aquellas previsiones de la CDN que son incompatibles con la Sharia, mientras que Egipto de igual modo respecto a los artículos 20 y 21, relativos a la adopción¹².

Ahora bien, para un progenitor o un juez fuera de un estado islámico, el niño tiene el derecho a ser criado en la religión o cultura de su padre. Esto entra en conflicto directo con la Sharia, lo cual indica que en aquellos países con mayoría musulmana nunca firmarán una convención, como la Convención de 1980.

La solución islámica no está basada en los principios de igualdad (igualdad entre hombres y mujeres, como personas, progenitores, cónyuges) y no discriminación, lo cual prevalece en los sistemas occidentales. En estos conflictos familiares, las consideraciones culturales y religiosas prevalecen. El derecho islámico es aplicado como el derecho del esposo. La condición de musulmán es respetada en los conflictos de leyes excluyendo a la ley extranjera, y rechazando las decisiones foráneas.

Al privilegiarse la “nacionalidad” o la “religión”, corresponde a específicas previsiones legales en todos los países con tradición islámica, excepto en Líbano. El sistema legal libanés, como se detallará en los capítulos siguientes, es llamado “intercomunitario” en oposición al sistema “interconfesional”. Esto significa que este país no se basa en una religión, sino que su derecho tiene como base reglas de diferentes comunidades religiosas que tienen el mismo estatus. Por lo tanto, el sistema legal libanés no otorga ningún estatus privilegiado a una ley específica basado en religión o nacionalidad. Esta opinión es compartida por otros países de mayoría musulmana cuando ninguna parte de la tradición islámica está implicada en una disputa transnacional, siendo que el privilegio de la nacionalidad/religión no juega ningún papel.

En efecto, la preferencia religiosa/nacional prevalece en conflictos interfronterizos concernientes a la custodia del niño. El objeto aquí es evitar que una madre no

¹² El estado actual de reservas realizadas a la Convención sobre los Derechos del Niño se puede visualizar en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en

musulmana toma ventaja sobre los derechos de custodia del niño acorde a su religión diferente a la del padre.

CAPÍTULO V

CASOS TESTIGO Y LA APLICACIÓN DE LA SHARIA

18.- Arabia Saudita

Arabia Saudita, es uno de los Estados más importantes en el mundo musulmán, no solamente por su influencia geopolítica sino por ser custodio de los dos sitios sagrados principales del islam, como son las ciudades de La Meca y Medina. Este país, como se ha expresado en capítulos anteriores, tiene como doctrina oficial el wahabismo, una de las vías más ortodoxas del sunismo hanbalita.

De acuerdo a la Ley Básica del Reino de Arabia Saudita del año 1992 (y sus enmiendas de 2005)¹³, el islam es la religión estatal, y su Constitución está compuesta por el Corán y la Sunna.

El Poder Judicial saudí, uno de los tres que conforman el Estado según el artículo 44 de la Ley Básica, está compuesto por tres partes principales, luego de haber sido modificada en el año 2007. La más importante son los tribunales de la Sharia, organizados por tribunales de primera instancia, seguidos por tribunales de apelación y finalmente la Suprema Corte. Los tribunales de primera instancia están divididos en material general, penal, familia, comercial y laboral. De manera suplementaria, se encuentra la Junta de Quejas, que interviene en casos que envuelven al gobierno, y la tercera parte consiste en varios comités dentro de los ministerios gubernamentales que atienden disputas específicas.

Asimismo, el Poder Judicial se reputa como independiente, de acuerdo al artículo 46 de la Ley Básica y los jueces “no se inclinan ante ninguna otra autoridad que no sea la Sharia Islámica”, mientras que según el artículo 48, los tribunales deben aplicar las

¹³ Una versión en inglés de la Ley Básica del Reino de Arabia Saudita se puede encontrar en: <https://www.saudiembassy.net/basic-law-governance>

provisiones de la Sharia a los casos traídos ante ellos de acuerdo a las enseñanzas del Corán y la Sunna, como así también otras regulaciones emitidas por el Rey de conformidad con el Corán y la Sunna.

Ahora bien, dado que no existe un código o un corpus en materia de familia, los tribunales aplican directamente las previsiones hanbalitas en cuanto escuela de jurisprudencia.

Adentrándonos en aquellas cuestiones que nos atañen, es decir, la custodia y guarda de los menores, debe decirse que la madre tiene prioridad para su otorgamiento hasta que su hijo cumpla nueve años o su hija siete. Luego de ello, la custodia de las hijas es transferida al padre mientras que a los hijos se le da la elección (Saudi Women for Reform 2007:14).

De acuerdo al amplio informe realizado por Human Rights Watch en el año 2016, aquellas decisiones respecto a la custodia varían de acuerdo con el punto de vista del Juez. Mientras algunos otorgan la custodia tomando como base el interés superior del niño, en muchas instancias, la principal preocupación de los jueces es que el niño sea criado en de acuerdo con la fe islámica. En este sentido, un juez puede simplemente basar su decisión respecto a cuál de los dos padres parece más conservador (Human Rights Watch 2016). Así se ha aplicado la pérdida de custodia de mujeres sobre sus hijos si se han vuelto a casar, residen en su casa con una persona que no es un pariente, se mudan a otro país, tienen televisión satelital o incluso si escuchan música (Saudi Women for Reform 2007:14).

Asimismo, el derecho de la mujer a divorciarse está considerablemente más restringido que el de los hombres. Los hombres pueden divorciarse unilateralmente de sus esposas sin condiciones, y sin necesidad de informarle a su esposa que tiene la intención de divorciarse de ella, ni debe estar presente en el tribunal para obtener una sentencia al respecto.

Las mujeres no tienen derecho al divorcio unilateral. En cambio, las mujeres deben buscar un divorcio, en el que un hombre generalmente lo acepta con la condición de que ella devuelva el monto total de su dote (*khul*), o puede solicitar a los tribunales un divorcio culposo (*faskh*). Para un divorcio culposo, la mujer debe probar al menos uno de

los pocos motivos de divorcio disponibles, que incluyen el maltrato por parte del marido. A su vez, a diferencia de los hombres cuyo trámite de divorcio suele ser expedito, las mujeres enfrentan muchos obstáculos, incluidos retrasos de los jueces (Human Rights Watch 2016).

Respecto a la *wilayah*, el padre tiene prioridad y en caso de fallecimiento de este se otorga a los parientes varones del padre. La madre puede solicitar este derecho, pero esto requeriría audiencias judiciales prolongadas y tales solicitudes rara vez se otorgan.

A su vez, todas las mujeres saudíes, sin perjuicio de su edad, están bajo la autoridad de un pariente masculino, su *wali al-amr* o tutor, quien tiene la autoridad de tomar decisiones que le conciernen, como contraer matrimonio, estudiar o trabajar. Por ejemplo, a la mujer, no se le permite viajar al extranjero excepto con el permiso del tutor. Si una mujer no tiene un tutor: un padre o un marido o un hermano, entonces deberá solicitar el pedido directamente a las autoridades gubernamentales (Human Rights Watch 2016).

Asimismo, luego de nuevas regulaciones a partir del año 2002, comenzaron a regir aquellas cuestiones de nacionalidad al producirse el matrimonio de un hombre saudí con una mujer extranjera y una mujer saudita con un extranjero. En consecuencia, cuando una ciudadana saudita se casa con un hombre que no es saudita, su marido no tiene derecho a la nacionalidad saudí y pierde su nacionalidad saudí si se casa con un no saudita y adopta la nacionalidad de su marido. Al contrario de la situación de un hombre saudita que se casa con una mujer no saudita que obtiene la nacionalidad directamente (Saudi Women for Reform 2007:26-27).

19.- Pakistán

Pakistán puede considerarse como un estado fundado como reacción a la potencial dominación de las poblaciones hindúes sobre los musulmanes en una India independiente. La independencia de este país se produjo luego de la partición del Raj Británico -colonia del Reino Unido- en 1947 en dos Estados, India y Pakistán, siendo

este último quien atrajo a las mayorías musulmanas quienes demandaban tener su propio país.

Podemos considerar a Pakistán como la primera república islámica moderna, pero primero conviene trazar que se puede considerar como una república islámica. Tal como sostenía Abul Ala Maududi, filósofo y jurista pakistaní: “Un Estado islámico es un Estado musulmán, pero un Estado musulmán puede no ser un Estado islámico hasta que la constitución de ese estado esté basada en el Santo Corán y en la Sunna”. (World Heritage Encyclopedia)

La mayoría de los pakistaníes son musulmanes sunnitas y seguidores de la escuela hanafita. Sin embargo, han existido enfrentamientos inevitables entre modernistas, tendientes al secularismo, y tradicionalistas, deseosos de conseguir un Estado estrictamente islámico, siguiendo las enseñanzas de Maududi.

Al momento de su creación, el fundador y primer Gobernador General de Pakistán, Muhammad Ali Jinnah concibió a este Estado como secular. Pero, en 1956 Pakistán fue declarada como República Islámica al sancionarse la Constitución, que su artículo 198 establece que el Poder Legislativo debe adecuar todas las leyes de conformidad con los requerimientos del islam, prohibiendo incluso toda ley contraria a este. Luego de sucesivas reformas constitucionales, en 1973 se añadió que toda la legislación pakistaní debe ser conforme al Corán y la Sunna, declarándose al islam como la religión de Estado¹⁴.

Pero antes de esto, existieron periodos de tensión entre tradicionalistas y modernistas en la política pakistaní. Con la aprobación de la Ordenanza sobre leyes de familia en 1961 bajo el régimen autoritario del general Ayub Khan, el conflicto entre tradicionalistas y modernistas encontró un punto focal. La Ordenanza, desafió el statu quo existente del derecho de familia y aunque sus disposiciones no eran revolucionarias, representaban un desarrollo significativo en términos de actuación del Estado de forma independiente. Esta Ordenanza desató una guerra entre ciertos elementos

¹⁴ La versión en inglés de la Constitución de Pakistán se puede encontrar en <http://www.pakistani.org/pakistan/constitution/>

tradicionalistas que pidieron su derogación. A pesar de mantenerse la esta, los sucesivos gobiernos utilizaron la carta religiosa como factor de poder. Entre ellos, el general Zia ul-Haq, que sucedió al régimen secularista de Zulfiqar Ali Bhutto, emprendió un programa general de islamización, centró sus esfuerzos principalmente en las mujeres y se aseguró de que vivieran dentro de los límites de decencia percibida. El gobierno de Zia también se caracterizó por la aplicación literal de ciertas disposiciones de la Sharia, reformando la Ordenanza sobre derecho de familia de 1961. A su vez, el Consejo de Ideología Islámica, el consejo asesor gubernamental, sostuvo que varias disposiciones de esa Ordenanza no eran islámicas. (Venkatraman 1995:1991)

Al examinar la experiencia de Pakistán y la aplicación del derecho Islámico en el ámbito de la familia, se revela que sirvió como herramienta política, y en la actualidad las luchas por el poder tuvieron como eje central la religión.

Ahora bien, respecto a la evolución concreta del derecho de familia en Pakistán se debe mencionar que, antes de ser convertido en colonia británica, el subcontinente indio era gobernado por la dinastía musulmana Mughal, por lo que imperaba la Sharia. Pero, los colonizadores británicos mantuvieron este derecho, combinándolo con reglas propias del Common Law, creando un sistema mixto, llamado *Anglo-Muhammadan* (Shahid y Ali Khan 2017). Hoy en día, el Common Law tiene influencia en el derecho comercial, mientras que el derecho islámico abarca aquellas cuestiones de familia.

Respecto a la *hadana* y la *wilayah* de menores, se encuentra vigente la ley respectiva (*The Guardian and Wards Act*), que data del año 1890, es decir, antes de la partición del subcontinente indio la cual se aplica en todo el país sin realizar distinción de religiones. Esta ley enfatiza en el bienestar del menor y hace poca referencia a preceptos legales islámicos, aunque, los tribunales de familia pueden invocar el derecho Islámico a la hora de tomar decisiones sobre custodia o tutela.

Aunque en Pakistán prevalecen los principios clásicos de la escuela hanafista, que considera que la madre detenta la custodia del niño hasta que alcanza los 7 años de edad y de la niña al alcanzar la pubertad, los tribunales se apartan de estos preceptos privilegiando el interés superior del niño.

En efecto, la sección 17 de esta ley establece que, al declarar la custodia de un menor, el juez debe guiarse por el bienestar del niño, aunque para considerar esto debe prestarse atención a su edad, sexo y religión, como así también determinar esto.

Ahora bien, tal como señala Ali, los principios enunciados por el Convenio de la Haya de 1980 son inconsistentes con la Sharia y la Constitución pakistaní que estipula la conformidad de la legislación con el Corán y la Sunna, a pesar del creciente aumento de casos de niños sustraídos internacionalmente y llevados a Pakistán. Incluso, a pesar de que el Código Penal de aquel país reconoce el secuestro y sustracción como delitos, rara vez los progenitores son sometidos a un proceso de este tipo al sustraer a su hijo. (Ali, citado en Garimella y Jolly 2017:234-237)

Sin embargo, debe prestarse atención a decisiones tomadas en Pakistán en relación a algunos casos de sustracción internacional.

Ingrid Brandun Berger y Peggy Collins, son dos madres francesas que se les permitió viajar a Francia con sus hijos en 2012 y 2009, respectivamente, luego de diversas batallas en tribunales pakistaníes. En ambos casos, los motivos presentados por los padres para retener a sus hijos se basaron en preocupaciones religiosas y morales.

En el caso de Berger, el padre de la niña pretendía que se le otorgue la custodia basada en sus creencias religiosas, argumentando que llevó a su hija a Pakistán y la mantuvo allí porque tanto el padre como la hija son musulmanes y él quería que su hija viviera en Pakistán. El abuelo de la niña también deseaba no ver a su nieta "crecer como una infiel" en una cultura liberal occidental. El caso de Peggy Collins fue similar, en el que el padre retuvo a su hijo de nueve años en Pakistán y argumentó, refiriéndose a varias sentencias dictadas por la Corte Suprema, y el derecho Islámico, que la custodia del menor no debe ser entregado a una madre no musulmana alienada que alentaría al niño a desviarse de la religión de su padre. Los tribunales pakistaníes no tuvieron en cuenta esos argumentos, basados en la religión o la cultura de la madre. En ambos casos, los jueces tomaron sus decisiones de acuerdo con la lógica, la justicia, la buena conciencia y el interés superior del niño. Especialmente en el caso de Berger, el tribunal observó que el padre no tuvo en cuenta la religión de la madre cuando se casó con ella.

La religión, cultura o nacionalidad de su ex esposa obviamente no importó cuando se enamoró y se casó con ella. Según el tribunal, aceptar argumentos como la fe, la nacionalidad y la cultura habría sido contrario a la justicia, la equidad y la buena conciencia. En ambos casos, el interés superior del niño fue la consideración primordial de los tribunales al otorgar la custodia de estos menores a sus madres. Además, los jueces pakistaníes respetaron las órdenes de tribunales extranjeros. Aquellos declararon que los padres habían violado algunas leyes extranjeras, lo que resultó en la privación de la educación y el bienestar adecuado para sus hijos (Ali, citado en Garimella y Jolly 2017:234-235).

En otro caso, Roshni Desai, una ciudadana canadiense de origen indio, reclamó la custodia de su hijo de tres años y medio. El padre argumentó que, de acuerdo con las leyes islámicas, un niño musulmán no podía ser confiado a una madre no musulmana. Dado que el niño nació fuera del matrimonio, el tribunal llamó la atención sobre el hecho de que no solo era difícil determinar a qué padre se le debería otorgar la custodia del niño, sino que vivir en la cultura pakistaní también resultaría problemático para el niño debido a su condición de ilegítimo. El tribunal de esta manera permitió que la madre se llevara al niño de regreso a Canadá y declaró que el derecho Islámico no permite que un padre mantenga la custodia de su hijo ilegítimo. En tales situaciones, la custodia solo se puede otorgar a la madre. El tribunal observó además que: "Bajo las leyes islámicas, el vínculo entre una madre y su hijo ilegítimo es más fuerte que el vínculo entre este niño y su padre. Y un padre no puede convertirse en tutor de su hijo ilegítimo ". El juez dictaminó que, como madre soltera, tenía el derecho exclusivo de custodia (Ali, citado en Garimella y Jolly 2017:236-237).

No obstante ello, los avances de Pakistán han sido paulatinos. En el año 2013, había designado a un Juez de la Red Internacional de Jueces de la Haya y tomando un rol activo en la Cuarta Conferencia de Malta del año 2016, mientras que ha depositado el instrumento de adhesión, convirtiéndose en el Estado contratante número 96 del Convenio de la Haya de 1980.

20.- Túnez

Túnez, una de las naciones con mayoría de población musulmanas del norte de África ha seguido una diferente ruta de reforma y puede considerarse una excepción. El Código de Estatuto Personal, que fue adoptado en 1956, poco tiempo después de que este país consiguiera su independencia, codificó aquellos aspectos relacionados al matrimonio y familia, y se aplica a todos los tunecinos sin importar su religión.

El método utilizado fue el de intentar modelar las reformas -por ejemplo, prohibiendo la poligamia, aboliendo el repudio marital- a partir de los principios coránicos sin pretender reinterpretar el Corán. Lo que contribuyó al éxito de las reformas fue el liderazgo del presidente Habib Bourguiba, histórico líder independentista y que las reformas tenían cierta legitimidad islámica. Al prohibir los pilares tradicionales de la Sharia en la práctica, como la poligamia y el *talaq*¹⁵, las reformas resultaron ser reinterpretaciones innovadoras de las leyes religiosas. Túnez es una ilustración de cambios progresivos inspirados en las tradiciones islámicas más que en los precedentes occidentales. Sin embargo, ningún otro país musulmán ha seguido el ejemplo de Túnez, prefiriendo reformas más limitadas (Venkatraman 1995:1980-1983).

Por otra parte, la nueva Constitución Nacional del año 2014, que tuvo lugar luego de la revolución árabe de 2011, prevé al interés superior del niño, pero al mismo tiempo la educación deberá seguir los principios árabes-musulmanes. La nueva Constitución ha sido resultado de un acuerdo entre las fuerzas islamistas y seculares en la Asamblea Constituyente. El primer artículo se mantuvo de acuerdo a su original redacción, el cual establece que el islam es la religión oficial de Túnez, pero no realiza mención alguna a la Sharia¹⁶.

Ahora bien, respecto al derechos de custodia, durante el matrimonio ambos padres lo ostentan, según el artículo 57 del Código de Estatuto Personal. A su vez, de acuerdo al artículo 67, en el caso de ruptura del matrimonio, la custodia puede recaer en

¹⁵ El *talaq* es una de las maneras de divorciarse en el derecho Islámico. Consiste en una fórmula de repudio realizada por el esposo hacia su cónyuge. Únicamente el hombre tiene el derecho de ejercer este tipo de divorcio.

¹⁶ Una versión en inglés de la República Tunecina del año 2014 se encuentra disponible en el siguiente link: https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014.pdf

el padre, la madre o una tercera persona, considerando el interés superior del niño. En el caso de que uno de los progenitores fallezca, la custodia del menor permanece en cabeza del padre o madre superviviente. Asimismo, de acuerdo al artículo 58 del Código referido, el titular del derecho de custodia debe ser mayor de edad, sano, honesto, capaz de proveer al niño en sus necesidades y estar libre de cualquier enfermedad contagiosa; si este titular es de sexo masculino, debe demostrar que hay una mujer en su vida que lo ayude a asumir la responsabilidad de la custodia, mientras que cuando la persona a custodiar es de sexo femenino y debe tener un parentesco de grado prohibido. Pero, no realiza mención alguna a la religión.

No obstante ello, el artículo 59 que se permite el ejercicio de la custodia por una persona no musulmana diferente a la madre en el cumplimiento de dos requisitos. En primer lugar, que el menor no haya alcanzado los cinco años de edad y que no exista el temor de que el custodio inicie al menor en una religión diferente a la del padre. En consecuencia, uno puede concluir que la custodia por parte de una madre no musulmana no se encuentra limitada ni por la edad del niño ni por su condición religiosa.

En el caso que el titular de custodia sea de sexo femenino, no debe estar casada salvo que el Juez estime lo contrario en virtud del interés superior del niño o si su cónyuge es pariente en un grado prohibido del menor o su tutor.

Respecto a la *wilayah*, durante el matrimonio está en cabeza de ambos, pero, en el caso de divorcio, el padre tiene prioridad. Sin embargo, y de acuerdo a las modificaciones establecidas en 1993, se instituye la complementariedad entre las prerrogativas de custodia y tutela, otorgándosele de pleno derecho a la madre divorciada que tiene la custodia del niño las prerrogativas de tutela respecto a los viajes del niño, los estudios y la gestión de sus cuentas financieras, incluso se puede garantizar este derecho a la madre si el padre exhibe comportamiento abusivo, descuida el cumplimiento adecuado de las obligaciones de la tutela o abandona la casa y no tiene dirección conocida. El juez también puede otorgar a la madre que ejerce la custodia la tutela del niño si se considera que aquello va en consonancia con el interés superior del niño (CEDAW/C/TUN/3-4 2000 párrafo 50).

Aunque los derechos de los padres siguen siendo desiguales por lo que respecta a la tutela, el padre no tiene derechos absolutos al respecto. Con miras a preservar el derecho imprescriptible del niño a una buena educación y a la atención de sus dos progenitores, en caso de divorcio, la ley impone restricciones no sólo a la madre sino también al padre por lo que respecta a la residencia. Si la madre que tiene la guarda del hijo viaja de forma que compromete el derecho del padre a la tutela se le puede retirar la guarda del niño, lo cual encuentra sustento en el artículo 61 del Código del Estatuto Personal.

21.- Líbano

Líbano puede ser considerado un caso especial. En primer lugar, debe destacarse que no es un Estado musulmán, dado que presenta un sistema multireligioso y que su Constitución -que data del año 1926- estipula la libertad de conciencia en su artículo 9¹⁷.

Esto implica que no existe un único corpus que regule el país de manera unificada, existiendo leyes separadas para cada comunidad religiosa, siendo doce de ellas cristianas (armenia católica, armenia ortodoxa, asiria, caldea, copta ortodoxa, greco-católica melquita, greco-ortodoxa, latina, maronita, sirio-católica, sirio-ortodoxa y protestante), cuatro musulmanas (sunita, chiita, ismaelita y alauita), la comunidad drusa y la comunidad judía, todas ellas administradas por tribunales religiosos separados (Human Rights Watch 2015).

Respecto a la custodia de los niños, la madre, ya sea sunita o chiita, tiene prioridad. Para el caso de las madres sunnitas, se extiende hasta los doce años de edad del menor, mientras que, para los chiitas, esta dura hasta que el niño alcance los dos años y para las niñas los siete. En ambos casos si contrae matrimonio nuevamente pierde la custodia. Del mismo modo, para los chiitas, otra de las causas de pérdida de la custodia es si la religión de la madre es diferente, y para el caso de los sunnitas, si la

¹⁷ Artículo 9 de la Constitución de la República Libanesa. Disponible en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lb/lb018en>

religión de la madre es otra, se extingue cuando el menor alcanza los cinco años de edad (Kafa 2016).

Concluyendo, es importante destacar que el sistema político y legal libanés tiene como objetivo preservar las identidades religiosas de cada una de las comunidades que la componen. Estas comunidades presentan una significancia cultural social y política. Asimismo, aquellas regulaciones en materia religiosa, aunque provienen de la autoridad estatal son elaboradas por las autoridades religiosas, por lo que el Estado no está en posición de enmendarlas directamente (Gallala-Arndt 2015:838-839).

22.- Irán

Irán, desde la Revolución Islámica de 1979 que produjera el derrocamiento del Sah Mohammed Reza Pahlavi tiene como religión estatal a la rama chiita yafari o duodecimana. Previo a esta revolución, Irán presentaba rasgos de modernismo -aunque llegaron una o dos generaciones más tarde que en Egipto y Turquía-, pero desde aquel acontecimiento la situación se revirtió. Cabe destacar que el Estado laico se sustituyó por otro de índole religiosa, dogmática y tradicionalista el cual perdura hasta nuestros días.

La característica más llamativa del marco constitucional iraní es la amplia división de poderes. El Parlamento, funciona como un órgano subordinado al Consejo de Guardianes, ostentando poderes limitados y con carácter legislativo. Asimismo, la máxima autoridad política y religiosa resulta ser el Líder Supremo, como consecuencia del principio de *veláyat-e faqih*, siendo este un miembro del clero chiita (García Benito 2016).

En un primer momento postrevolucionario, el Consejo de Guardianes¹⁸ fue decidiendo respecto a la compatibilidad de las leyes existentes con la Sharía, las cuales permanecerían en vigor hasta que fueran anuladas o reemplazadas hasta que, en 1982,

¹⁸ El Consejo de Guardianes está compuesto por doce miembros, expertos en jurisprudencia islámica, siendo una de sus funciones la de seleccionar a los candidatos a presidente, parlamentarios y a los miembros de la Asamblea de Expertos. También salvaguarda los principios del islam y decide si las leyes actúan conforme a la Constitución y la Sharia, lo cual le otorga capacidad de veto.

el *ayatollah* Ruhollah Jomeini, por entonces líder supremo de Irán, declaró que los jueces debían decidir conforme a la Sharia y no en la legislación vigentes. En términos generales, las leyes del período comprendido entre 1910 a 1935, se basaron en gran medida en la Sharia y muchos siguen vigentes. De las leyes posteriores que se consideraban contrarias a la Sharía antes de la revolución, algunas han sido anuladas, pero otras se han mantenido (McGlinn 2001:15).

Esto encuentra su fundamento en el artículo 4 de la Constitución el cual establece que *“Todas las leyes y decretos (...) deberán ser promulgados basándose en los preceptos islámicos. Este principio tiene absoluta prioridad sobre todos los principios de la Constitución y sobre otras leyes y decretos. La salvaguarda de este principio es competencia específica de los alfaquíes que forman parte del Consejo de Guardianes”*.

Por otra parte, las principales fuentes del derecho en Irán son los edictos del Líder Supremo, la Constitución, las reglas del Consejo de los Guardianes, el Consejo de Discernimiento, el Consejo de Ministros, el Supremo Consejo de Justicia, el Consejo de la Revolución Cultural, leyes generales, las fuentes primarias de la Sharia (el Corán y la sunna, incluidas los hadices de los doce imames) y la *fatwa*¹⁹. (McGlinn 2001:3)

El artículo 12 de la Constitución convierte al islam chiita en la religión estatal a perpetuidad, aunque se reconoce a las otras ramas y escuelas del islam, permitiendo a sus seguidores ejercer la religión de acuerdo con sus propias enseñanzas y siendo libres de practicar sus ceremonias religiosas, lo cual abarca aquellos “rituales” de compromiso y acuerdos matrimoniales. También establece que, en cuestiones de educación religiosa y todo aquello lo relacionado al matrimonio, el divorcio, la herencia y la elaboración de testamentos, se consideran oficiales en los tribunales de justicia.

A su vez, el artículo 13 de la Constitución reconoce a los zoroastrianos, judíos y cristianos iraníes como los únicos grupos religiosos minoritarios, los cuales tienen el derecho de practicar sus ceremonias religiosas dentro de los límites legales y para actuar de acuerdo con sus principios en materia de estatuto personal y enseñanza religiosa, aunque deben obrar conforme al "orden público". Concretamente, se reconoce

¹⁹ La *fatwa* suele considerarse como una opinión jurídica consultiva sobre un punto de la Sharia dada por un calificado jurista en respuesta a una consulta realizada por cualquier individuo.

la adopción de niños en minorías religiosas (pero no entre musulmanes) y los miembros de iglesias que no reconocen el divorcio no pueden divorciarse.

Ahora bien, hay que tener en consideración que la minoría religiosa más grande de Irán, los bahaís, tienen sus propias leyes con respecto al compromiso, el matrimonio, el divorcio, la redacción de un testamento y herencia, y un sistema de asambleas electas locales y nacionales.

Sin embargo, el bahaísmo no es una religión reconocida y sus seguidores son considerados musulmanes herejes o apóstatas, sus matrimonios no se reconocen, por lo que los hijos bahaís se consideran ilegítimos y no pueden heredar. En efecto, no se considera que estén protegidos por la garantía del artículo 14 para los no musulmanes (McGlenn 2001:18).

Respecto al derecho de familia, las principales fuentes son el Código Civil²⁰, que data del año 1928 -con sus ulteriores reformas-, como así también otras leyes y estatutos. En relación a la custodia del menor, según el artículo 1168 del Código Civil iraní durante el matrimonio se asigna a ambos padres. Ahora bien, en el caso de que estos se encuentren divorciados, según el artículo 1169 la madre tiene prioridad en el niño menor de dos años o de la niña menor de siete, lo cual se modifica en favor del padre cuando cumplen esa edad. Asimismo, si la madre contrae nuevamente matrimonio o si es declarada incapaz pierde la custodia (artículo 1170).

Ahora bien, en caso de que se produzca el fallecimiento de uno de los padres, la *hadana* pasa al cónyuge supérstite (artículo 1171), salvo que el fallecido sea el padre y haya designado previamente un tutor para el niño.

Respecto a la *wilaya*, esta se encuentra a cargo del padre, abuelo paterno o un tutor designado por cualquiera de ellos (artículos 1180, 1181 y 1194), teniendo este la responsabilidad de administrar el patrimonio de su pupilo y actuar como su representante legal.

²⁰ Una versión en inglés del Código Civil de la República Islámica de Irán se puede encontrar en <http://www.alaviandassociates.com/documents/civilcode.pdf>

Si el tutor natural no está en condiciones de ejercer la tutela legal por diversas razones, los tribunales pueden designar a otro tutor, pudiendo ser incluso la madre del niño, siempre que no haya vuelto a contraer matrimonio. Si alguno de los tutores naturales fallece, el otro puede nombrar a un albacea para que ejerza la *wilayah* a partir de la muerte del segundo tutor natural, y dicho albacea puede ser autorizado a designar un sucesor. Este tutor designado puede ser una mujer -con permiso de su cónyuge- pero está estipulado que un tutor musulmán no puede designar un sucesor no musulmán (artículo 1192).

CAPÍTULO VI

Instrumentos en materia de sustracción internacional de menores en relación al islam

23.- Convenios bilaterales entre Estados occidentales y musulmanes relativos a sustracción internacional de menores

Ya de por sí, y para que los Estados fortalezcan sus relaciones bilaterales y multilaterales, el Convenio de la Haya de 1980 en su artículo 36, permite explícitamente a los Estados contratantes convenir entre ellos para derogar las disposiciones que imponen restricciones a la restitución del niño. Este artículo refleja la idea que el Convenio de la Haya de 1980 no está inspirado por ninguna idea de exclusividad en su dominio de aplicación, reconociendo, por el contrario, que los acuerdos complementarios pueden ser concluidos por los Estados que deseen comprometerse al estricto respecto de las obligaciones del Convenio.

Ahora bien, entre ciertos Estados occidentales y aquellos que en su mayoría profesan la religión musulmana se han suscripto diversos acuerdos bilaterales para proporcionar un marco a los fines de abordar los casos internacionales de sustracción de menores y otros asuntos de familia. Si bien estos acuerdos bilaterales buscan alcanzar el mismo objetivo de resolver disputas familiares transfronterizas, varían considerablemente en su alcance y mecanismos para abordar el problema. Dichos acuerdos pueden tratar de mejorar la cooperación entre las autoridades administrativas,

judiciales y/o consulares y han surgido como consecuencia del aumento de casos de sustracción entre los países involucrados.

Los principales acuerdos que versan sobre la materia son:

- Australia - Egipto: “Acuerdo entre el Gobierno Australiano y el Gobierno de la República Árabe de Egipto concerniente a la cooperación relativa al bienestar del niño”. El Cairo (Egipto), 22/10/00;
- Bélgica - Marruecos: “Protocolo de acuerdo para establecer una Comisión consultiva belga-marroquí en materia civil”; Rabat (Marruecos), 29/04/81;
- Bélgica - Túnez: “Protocolo de acuerdo para establecer una Comisión consultiva tunecino-belga en materia civil; Túnez (Túnez), 07/04/89;
- Canadá - Egipto: “Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y de la República Árabe de Egipto concerniente a la cooperación relativa a los aspectos consulares de los asuntos familiares”; El Cairo (Egipto), 10/11/97;
- Canadá - Líbano: “Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República Libanesa concerniente a la cooperación en materia consular de carácter humanitario”;
- Estados Unidos - Egipto: “Memorándum de entendimiento entre Estados Unidos y Egipto concerniente al derecho de visita del niño”; El Cairo (Egipto), 22/10/03;
- Francia - Argelia: “Intercambio epistolar franco-argelino relativo a la cooperación y la asistencia legal mutua”; Argel (Argelia), 18/09/80, seguido por la “Convención entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Democrática Argelina relativo a los niños de parejas mixtas separadas franco-argelinas”; Argel (Argelia), 21/06/88;
- Francia - Egipto: “Convención entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Árabe de Egipto sobre la cooperación judicial en materia civil, y en materia social, comercial y administrativa”, París (Francia), 15/03/82;
- Francia - Líbano: “Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Libanesa concerniente a la cooperación en materia familiar”; París (Francia), 12/07/99;

- Francia - Marruecos: “Convención entre el Gobierno de la República Francesa y el Reino de Marruecos relativo al estatuto de las personas y de la familia y la cooperación judicial”; Rabat (Marruecos), 10/08/81;
- Francia - Túnez: “Convención entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República tunecina relativo a la asistencia judicial en materia de derecho de guarda de menores, derecho de visita y obligación alimentaria”; París (Francia), 18/03/82;
- Reino Unido – Pakistán: “Protocolo entre Reino Unido y Pakistán en materia de niños”, Londres (Reino Unido), enero de 2003.
- Suecia - Egipto: “Acuerdo judicial entre el Reino de Suecia y la República Árabe de Egipto respecto a la cooperación civil”, Estocolmo (Suecia), 23/08/96;
- Suecia - Túnez: “Protocolo de acuerdo para instituir una comisión consultiva sueco-tunecina en materia civil”, Estocolmo (Suecia), 16/09/94;
- Suiza - Líbano: “Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República Libanesa concerniente a la cooperación en materia de familia”, Beirut (Líbano), 31/10/05.

Estos acuerdos, y tomando la clasificación de Caroline Gosselain (Gosselain 2002:12), pueden ser categorizados y subcategorizados como:

- Convenios bilaterales de cooperación administrativa y judicial:
 - acuerdos de asistencia mutua limitada,
 - acuerdos bilaterales inspirados en Convenios multilaterales,
 - acuerdos bilaterales específicos;
- Acuerdos consulares de cooperación;
- Protocolos de acuerdo administrativos.

Ahora bien, dentro de los acuerdos mencionados previamente, se hará hincapié en algunos de ellos dadas sus particularidades. En primer término, la Convención entre la República Francesa y la República Democrática Argelina de 1988, en sus 14

artículos²¹ tiene principios que pueden ser caracterizados como innovadores. A prima facie, detenta disposiciones clásicas de los instrumentos multilaterales, es decir, la intervención de autoridades centrales -en cabeza de los respectivos Ministerios de Justicia- cuyas funciones son la coordinación, la localización de los menores sustraídos y la provisión de información. Asimismo, las partes tienen la posibilidad de solicitar la asistencia judicial y promueve el establecimiento de un comité conjunto responsables de facilitar la solución de controversias que surgen de la firma del acuerdo.

Empero ello, esta Convención se circunscribe únicamente respecto a aquellos menores llamados “legítimos”, de padres separados o divorciados, por lo que se encuentran excluidos tanto los hijos ilegítimos o naturales y aquellos adoptados. Esto encuentran su explicación en los postulados de la Sharia, dado que cuando un hijo es ilegítimo se niega la existencia de cualquier vínculo jurídico entre éste y su progenitor, y en relación a ello, la figura de la adopción se encuentra prohibida tanto por la Sharia como por el Código de familia argelino²².

En referencia a los mecanismos específicos, según el artículo 5 de la Convención Franco-Argelina, el lugar de competencia en materia de guarda es donde se encuentra el domicilio conyugal, entendido el mismo como el lugar donde se desarrolla la vida familiar común. Por otra parte, el artículo 6 establece que “cualquier decisión judicial emitido por los tribunales de las partes contratantes y que se pronuncie sobre la

²¹ Versión en francés disponible en el sitio web <http://jafbase.fr/docMaghreb/AlgerieConvEnfantsMixtes.pdf>

²² “Alá (...) tampoco convierte a vuestros hijos adoptados en vuestros hijos reales. Estas son meras palabras de vuestras bocas; mientras que Alá dice la verdad, y os guía al camino recto. Llamadles por los nombres de sus padres. Esto es más equitativo a la vista de Alá. Pero si no conocéis a sus padres, ellos son vuestros hermanos en la fe y vuestros amigos. No se os puede achacar nada por cualquier error sin intención que cometáis en este asunto, salvo lo que vuestros corazones deliberadamente desearon. Pues Alá es el Sumo Indulgente, Misericordioso.” (Corán 33:5-6). El artículo 45 bis del Código de Familia argelino establece que “La adopción está prohibida por la Sharia y por la ley”. En la mayoría de los estados musulmanes (a excepción de Turquía, Indonesia y Túnez) la adopción, en el sentido occidental del término, se encuentra prohibida. En su lugar, se utiliza el sistema de *kafala*, a través del cual un *kafil*, se hace cargo de un menor brindándole su cuidado y protección, pero sin crear vínculos filiatorios.

custodia del niño, otorga un derecho de visita, incluso transfronterizo, al otro progenitor”, aunque este tiene la excepción en el caso de “circunstancias excepcionales que pongan en peligro directamente la salud física o moral del niño”, a raíz del cual “el juez debe adaptar las modalidades prácticas de este derecho, en conformidad con el interés del niño”.

A su vez, el artículo 7 indica que cualquier negativa por parte del progenitor beneficiario del derecho de custodia al ejercicio efectivo del derecho de visita interna o transfronteriza otorgada por orden judicial al otro progenitor, podrá ser perseguido penalmente por no respetar ese derecho y castigado de acuerdo a las leyes de los dos Estados.

También se protegen los intereses del progenitor que tiene el derecho de custodia, contra cualquier abuso del derecho de visita, dado que se garantiza el retorno efectivo del niño si expira el periodo fijado de visita transfronteriza y este no ha regresado o cuando el niño ha sido trasladado fuera del período establecido en la sentencia. Para ello hay un reconocimiento y ejecución inmediata de las decisiones judiciales relacionadas con los derechos de visita transfronterizo, siendo que la efectividad del retorno del niño está garantizada por las disposiciones del artículo 11 que prevé la ejecución forzada de las decisiones. Por lo tanto, el Procurador de la República competente tiene la obligación de solicitar "el uso de la fuerza pública para una ejecución forzada que garantice el retorno efectivo del niño al territorio del que salió”.

Ahora bien, en aquellos acuerdos bilaterales inspirados en convenciones multilaterales, podemos encontrar a la Convención entre Francia y Egipto de 1982, la Convención Franco-Marroquí de 1981 y Franco-Tunecino de 1982. Estos acuerdos tienen en común priorizar a la residencia habitual como punto de conexión para la protección del niño, la percepción de que los intereses del niño yacen en su rápida restitución y garantizar el automático derecho de ayuda legal (Gosselain 2002:13).

Dicho esto, estos convenios introdujeron autoridades centrales que tienen como funciones localizar al niño desplazado, proveer información respecto a las necesidades físicas y emocionales del menor, tomar medidas de protección respecto del mismo. Estas autoridades tienen como obligación la comunicación mutua, de manera

directa entre ellas y las autoridades judiciales, para asegurar la aplicación de la Convención (Gosselain 2002:14). En la práctica, las autoridades centrales europeas presentan dificultades en su relación con las autoridades centrales de aquellos países de tradición islámica, en aspectos tales como el retardo en el cumplimiento de los procedimientos requeridos, dificultad en las comunicaciones a la hora del transcurso del proceso (fechas de audiencia, comunicación de decisiones tomadas), dificultad en la obtención de copias legibles e integrales de los documentos oficiales, falta de cooperación en la localización del menor desplazado, desorganización de la Administración, entre otras (Gosselain 2002:23).

Otro de estos instrumentos que podemos encontrar como inspirados en los principios del Convenio de la Haya de 1980, es el protocolo judicial entre Reino Unido y Pakistán que data del año 2003²³. Este ha sido resultado de una iniciativa judicial conjunta y, al ser un acuerdo judicial, no tiene fuerza de ley en ninguno de los dos países, ni forma parte de alguna de las legislaciones de los países involucrados (Freeman 2009:183).

Pero se entiende que, desde el punto de vista del Reino Unido, no es necesario incorporarlo porque no existe conflicto entre el derecho interno y el Protocolo, lo cual no ocurre en Pakistán, dado que el mismo entra en conflicto con la Sharia. Es importante señalar que el Protocolo difiere del Convenio de La Haya de 1980 en que no existe un sistema de aplicación a través de una autoridad central, pese a que se recomienda que se considere urgentemente establecer un sistema administrativo como el de las Autoridades Centrales bajo el Convenio de La Haya de 1980, y que se designen jueces de enlace en ambas jurisdicciones. Además, no existe un procedimiento automático para que una orden espejo se lleve a cabo en Pakistán cuando se dicta una orden judicial del Reino Unido. En consecuencia, si un niño es trasladado o retenido ilícitamente a

²³ Aunque Pakistán ha firmado y adherido a la Convención de La Haya de 1980, Reino Unido hasta el momento no ha aceptado dicha adhesión, siendo el requisito para la entrada en vigor del Convenio según el último párrafo de su artículo 38. Puede verificarse el estado de aceptaciones a la adhesión de Pakistán en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/acceptances/?mid=1358>

Pakistán en contravención de una orden del Reino Unido, normalmente será responsabilidad de la parte perjudicada iniciar procedimientos en los tribunales pakistaníes para obtener el cumplimiento (Freeman 2009:183).

De acuerdo al Protocolo, la jurisdicción se determina por los tribunales de residencia habitual del niño, por lo que esta no será ejercida por el juez del tribunal del país al que el niño ha sido sustraído.

Por otra parte, Australia, Francia, Canadá, Egipto y Líbano han concluido acuerdos bilaterales de carácter consular, es decir, que tienen como finalidad alentar el desarrollo de relaciones amistosas entre los Estados y asegurar la protección y asistencia a los extranjeros que residen en el territorio de otros Estados. El objetivo principal es promover e implementar la cooperación entre los Estados parte, con miras a regular lo relacionado a la custodia de los hijos y, en un sentido más amplio, garantizar la protección de los derechos del niño.

Estos acuerdos tienen en común la creencia de que el interés superior del niño radica en respetar su derecho a tener relaciones personales, directas y regulares con sus padres, la promoción del respeto del derecho de visita de los padres que no tienen la custodia, y el establecimiento de Comisiones Asesoras para asegurar la resolución amigable de disputas familiares, en particular aquellas relacionadas a los derechos de custodia y visita.

Ahora bien, es importante destacar que los acuerdos bilaterales son a menudo expresiones de voluntad de cooperar, pero, sin la debida estructura para apoyarlos, siguen siendo solamente eso. Del mismo modo, se suele considerar que estos acuerdos pueden resultar contraproducentes en la promoción de ratificaciones del Convenio de La Haya de 1980, dado que los países occidentales que firmaron acuerdos bilaterales han optado por unirse al Grupo de Trabajo del Proceso de Malta sobre Mediación, dado que no se ha podido lograr que otros países se ocupen de los problemas de sustracción internacional de menores (Comité de Derechos Humanos del Senado de la República de Canadá 2015:29)

No obstante, los esfuerzos diplomáticos que llevan a los acuerdos bilaterales son una herramienta para promover la resolución de los casos de sustracción

internacional, pudiendo ser de ayuda para obtener un mayor acceso del padre requirente hacia el menor sustraído, incluso si finalmente no resultan en el regreso del niño. Sin perjuicio de esto, los estados siguen siendo libres de unirse o no a una Convención, pero la práctica muestra que estos pueden dudar en comprometerse uniéndose a los convenios en áreas que consideran sensibles.

24.- Proceso de Malta

A pesar de los acuerdos bilaterales enunciados entre algunos países occidentales y otros de mayoría musulmana, estos se basan principalmente en la idea de promover asentamientos voluntarios, y su éxito claramente ha sido muy limitado. En consecuencia, el problema principal ha sido la falta de mecanismos legales y de definiciones claras de las obligaciones mutuas entre los Estados involucrados, y la ausencia de principios legales claros, según lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1980 y de 1996.

Estos principios legales son indispensables para garantizar que los padres ocupen posiciones de negociación iguales y que su resultado sea del interés del niño. Es por ello que los estados miembros de la Conferencia de La Haya han pedido a la Oficina Permanente que mantenga el desarrollo de estos acuerdos bilaterales bajo revisión, la cual dejó en claro que, en ausencia de principios legales firmes, la dependencia exclusiva de los procedimientos de mediación no sería suficiente para resolver estos casos complejos de sustracción de menores y disputas de los padres sobre el contacto con los niños.

Esta conclusión inspiró a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya a iniciar, en cooperación con el estado de Malta y con el apoyo de otros estados miembros, una serie de conferencias judiciales, desarrolladas en San Julián, ciudad al norte de aquel país, y donde participaron jueces y otros expertos a los fines de discutir cómo garantizar una mejor protección para los derechos transfronterizos de contacto de los padres y sus hijos y los problemas que plantea el secuestro internacional entre los estados interesados.

La primera conferencia judicial se desarrolló en marzo de 2004, reuniendo a jueces y expertos de Alemania, Argelia, Bélgica, Egipto, España, Francia, Italia, Líbano, Malta, Marruecos, Países Bajos, Reino Unido, Suecia, Túnez, y expertos de la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea, así como ONG, entre ellas el Servicio Social Internacional y Reunite²⁴.

Ahora bien, en el marco de esta primera Conferencia, y tal como señala Van Loon, cuando se les pidió a los jueces de diferentes sistemas legales, seculares y religiosos, indicaran soluciones para casos hipotéticos extraídos de la práctica real, sus opiniones a menudo coincidían y se generaron nuevas vías para la cooperación legal (Van Loon 2010:266). Por ejemplo, si un padre musulmán egipcio juraba ante un tribunal de Europa occidental que devolvería a sus hijos a Europa después de unas vacaciones en Egipto, tal juramento sería en principio honrado por las autoridades en Egipto, lo cual llevó a una declaración común que fue adoptada como corolario de esta Conferencia.

En aquella se afirmaron los principios de la CDN como elementos de acción, y acordaron, entre otras cosas, que se deberían establecer autoridades eficaces y con los recursos adecuados en cada Estado con la finalidad de cooperar para garantizar los derechos de contacto transfronterizos y para combatir el traslado y retención ilícita de niños.

Se acordó además que se necesitaban normas comunes para especificar qué tribunales de un país son competentes para tomar decisiones sobre el derecho de custodia y a mantener contacto, y que tales decisiones tomadas por un tribunal competente en un país “deben ser respetadas en los demás Estados, con reserva de las consideraciones fundamentales de orden público y teniendo en cuenta el interés superior del menor”. Además, se señaló que en las medidas para garantizar el ejercicio eficaz del derecho de contacto e impedir su abuso deben emplearse “métodos apropiados de acuerdo con las tradiciones culturales, religiosas y jurídicas de las partes”.

²⁴ Versión en español disponible en: https://www.hcch.net/upload/maltadecl_s.pdf

Por otra parte, se consideró que se debían tomar medidas para facilitar soluciones en post de la protección del menor, a través de la mediación, de la conciliación, del establecimiento de una Comisión de Buenos Oficios.

Asimismo, se acordó que los Convenios de 1980 y 1996 de La Haya sean traducidos al idioma árabe “para hacer posible una mayor difusión de las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales y para extender el conocimiento y la conciencia sobre los textos” y promover la facilidad en el otorgamiento de visas.

La segunda conferencia judicial, se celebró nuevamente en Malta en 2006, y asistieron jueces de los mismos países que en 2004, ampliándose el círculo a jueces y expertos provenientes de Australia, Canadá, Estados Unidos, Indonesia, Libia, Malasia y Turquía²⁵.

Los participantes, en la Segunda Declaración de Malta, reafirmaron las conclusiones y recomendaciones de la primera conferencia judicial y agregaron una serie de puntos concretos, entre ellos el apoyo a los esfuerzos de la Conferencia de La Haya para proporcionar programas de capacitación para jueces en asuntos de protección internacional de niños, el mayor desarrollo de la red internacional de jueces de enlace (a quienes se puede contactar con fines informativos en situaciones transfronterizas además de los canales diplomáticos) y el apoyo explícito a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya para proporcionar a los Estados, previa solicitud, asistencia técnica cuando consideran la posibilidad de unirse a los Convenios de La Haya de 1980 y 1996.

La tercera conferencia judicial de Malta²⁶ tuvo lugar en marzo de 2009. Bangladesh, India, Israel, Jordania, Omán, Pakistán, Qatar y Suiza estuvieron representados por primera vez, además de la mayoría de los países que participaron en

²⁵ Versión en inglés disponible en: https://www.hcch.net/upload/maltadecl2_e.pdf

²⁶ Versión en inglés disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/237ab892-1b90-4191-9723-d7deaa221dac.pdf>

las dos conferencias anteriores. Una de las conclusiones más significativas de esta reunión fue el reconocimiento de la necesidad de desarrollar una estructura más efectiva para la mediación de las disputas familiares transfronterizas que involucran, por un lado, a un estado parte de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 y, por otro lado, un estado no parte. Los participantes recomendaron el establecimiento, bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de un Grupo de Trabajo para elaborar un plan de acción para el desarrollo de estructuras de mediación que permitan ayudar en la resolución de disputas transfronterizas relacionadas con la custodia y el contacto con niños.

Este Grupo de Trabajo fue conformado por expertos de Australia, Canadá, Egipto, Francia, Alemania, India, Jordania, Malasia, Marruecos, Pakistán, Reino Unido y Estados Unidos, junto a un pequeño grupo de expertos en mediación independientes a unirse al Grupo de Trabajo. Previo al inicio de las teleconferencias llevadas a cabo por el Grupo de Trabajo en 2009, se hicieron circular dos cuestionarios entre los expertos, uno sobre estructuras de mediación existentes y otro sobre la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación²⁷. Este Grupo pudo identificar como problemas la necesidad de facilitar el acceso a la mediación, junto a la importancia de que puedan ser vinculantes estos acuerdos y discutir normas comunes relativas a la mediación (Van Loon 2010:266).

Es relevante indicar que en el marco de la Conferencia de la Haya se llevó a cabo durante el año 2014 un seminario internacional cuyo tema “Perspectivas legales islámicas sobre disputas familiares transfronterizas que involucran a niños”²⁸, organizado por el gobierno de Canadá y la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de DIPr. Este seminario contó con la presencia de diversos especialistas, y se valoraron los mecanismos de resolución de conflictos alternativos, fundamentalmente la mediación, explicada desde la perspectiva del islam.

²⁷ Los cuestionarios y sus respuestas pueden verse en los siguientes links: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=5310> y <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=5311>

²⁸ Versión en inglés disponible en: <https://www.hcch.net/upload/seminar20140407en.pdf>

Algunos de los documentos expuestos en este panel, sirvieron como base para la concreción de la Cuarta Conferencia de Malta, desarrollada en el año 2016²⁹. Se sumaron en esta oportunidad expertos de Arabia Saudita, Irán, Japón, Kenia, Mauritania, Noruega, Portugal, Senegal y Singapur, reconociéndose que los Convenios de La Haya de 1980 y 1996, recogen los principios expresados en la CDN y que son compatibles con los diversos sistemas legales. Asimismo, se invita a los Estados que no se adhirieron a los Convenios de 1980 y 1996 a realizarlo a la brevedad, ofreciéndose a aquellos interesados la experticia de los Estados que si lo han signado, y que puedan actuar como observadores en las Comisiones Especiales de revisión de los Convenios mencionados.

En conclusión, esto ilustra cómo la Conferencia de La Haya tiene un papel especial en acomodar las leyes religiosas respecto a las situaciones transfronterizas. El enfoque es eminentemente práctico y adaptado a las realidades en evolución. Tal como señaló Crosbie:

“A través del grupo de trabajo sobre mediación y a través del Proceso de Malta, hemos estado tratando de construir un cuerpo de trabajo, trabajando con imanes, académicos musulmanes, funcionarios y jueces de países musulmanes para demostrar que los Convenios de La Haya son de hecho compatibles con el interés superior del niño (...) y que se pueden tener en cuenta todas las demás consideraciones de índole cultural o religiosa, pero, en primer lugar, buscamos el interés superior del niño.” (Comité de Derechos Humanos del Senado de Canadá 2014)

Esta compatibilidad también fue puesta de manifiesta en el año 2011, al desarrollarse en Doha, Catar, el primer Seminario Judicial del Golfo sobre Cooperación Legal Transfronteriza en Asuntos Comerciales y Civiles que reunió a representantes de los Estados del Consejo de Cooperación del Golfo (Arabia Saudita, Catar, Emiratos Árabes Unidos, Kuwait y Omán, sin la participación de Baréin) y miembros de la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya, con el fin de discutir la relevancia y la posible implementación de las convenciones en materia de niñez.

²⁹ Versión en inglés disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/91ab60a5-1ebe-46ca-91ce-72e6e55c0ae7.pdf>

Una de las cuestiones relevantes es que en su documento final, se acordó que los principios que forman parte de la CDN, son recogidos por los Convenios de 1980 y 1996, fundamentalmente en lo que concierne al interés superior del niño, el de este -cuyos padres residen en diferentes estados- a mantener contacto con ambos y la oportunidad de aprender, conocer y respetar la cultura y la tradición de ambos progenitores, principios que también forman parte de la Sharia.

Sin perjuicio de esto, los expertos son cautelosamente optimistas respecto a los beneficios del Proceso de Malta dado que llevará tiempo el entendimiento mutuo de los complejos asuntos relacionados a los conflictos interfronterizos, cuyo impacto solamente será visto a largo plazo (Comité de Derechos Humanos del Senado de la República de Canadá 2015:27)

25.- Corte Internacional de Familia

Una de las alternativas planteadas para la solución de los casos de sustracción internacional es la implementación de una Corte Internacional de Familia, dada la desconfianza hacia los jueces extranjeros cuando existen conflictos culturales o diferencias religiosas.

Schnitzer-Reese propone que esta Corte sea introducida mediante la reforma de la CDN, lo cual requeriría una enmienda a través del proceso de enmienda del artículo 50 de dicha Convención, aunque este tipo de enmiendas solamente son obligatorias para los Estados parte que lo hayan aceptado, por lo que sería un desafío el asegurar la participación de las naciones de mayoría musulmana (Schnitzer-Reese 2004:14-15). La autora, asimismo sostiene que tal tribunal tendría que estar estructurado de manera que respete y valore las perspectivas de todas las culturas y sistemas legales, y que funcione como un centro de intercambio de información imparcial, utilizándose para procedimientos de divorcio internacional y otros procesos de fondo, los cuales se relacionan con la sustracción internacional de menores (Schnitzer-Reese 2004:19).

26.- La figura de la mediación

Otra de las soluciones alternativas que se ha planteado dentro de las Conferencias de Malta, es promover la mediación internacional como mecanismo idóneo para resolver los conflictos familiares, ayudar a la restitución de los menores y a su vez garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de visita.

La figura de la mediación ha sido definida como el proceso voluntario y estructurado mediante el cual uno o más mediadores facilita la comunicación entre las partes de un conflicto, permitiendo que ellas se hagan cargo de encontrar una solución para este conflicto. (Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado [Conf. Dipr.] 2012:7). En muchas oportunidades se recurre a ella dado que los procedimientos judiciales suelen ser más costosos, más lentos y la complejidad de los problemas jurídicos mucho mayor, máxime, y como en el caso de estudio los sistemas legales no resultan ser compatibles.

De este modo, la ventaja de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos suele resultar más económica y rápida, reduciendo incluso el trabajo de los órganos jurisdiccionales y/o administrativos y permitiendo además a las personas en conflicto centrarse en aquellas cuestiones que realmente consideran importantes para llegar a un acuerdo. Ante la sustracción internacional de menores y la inexistencia de marcos jurídicos de carácter regional o internacional aplicable, lo cual se presenta como un callejón sin salida para la solución jurídica del conflicto, puede entrar en juego de manera efectiva la mediación.

Es así que el trabajo de la Conferencia de La Haya en las últimas décadas refleja la creciente importancia de la mediación y otros métodos para alcanzar acuerdos amistosos en el marco del derecho de familia internacional y ha centrado principalmente su trabajo en la mediación en casos de sustracción internacional, aunque siempre bajo el paraguas del Convenio de La Haya de 1980.

En 2006, la Oficina Permanente publicó un estudio de “Factibilidad sobre Mediación Transfronteriza en Asuntos de Familia”, destinado a explorar líneas de trabajo para la Conferencia de la Haya respecto a dicha materia. En 2008 se acordó la elaboración de una Guía de Buenas Prácticas en materia de Mediación en el contexto

del Convenio de La Haya de 1980, cuyos trabajos comenzaron en 2009. Esta Guía se aprobó en 2011 y se publicó al año siguiente (Conf. Dipr. 2012:14:15).

De igual forma, y tal como se adelantó en el capítulo respectivo, se ha desarrollado la promoción de la mediación mediante estructuras para llegar a esta en el marco del Proceso de Malta.

En los cuestionarios sobre estructuras de mediación existentes en el marco de los trabajos preparatorios del Grupo de Trabajo sobre Mediación, las preguntas que se desarrollaron a los países intervinientes fueron respecto a la existencia de servicios/estructuras de mediación para disputas internacionales que involucren a niños, y en caso afirmativo si estas eran proveídas por el sistema judicial, administrativo o a través de ONG y cuál era el método para acceder a dicha mediación.

En efecto, se recibieron respuestas por parte de Alemania, Australia, Canadá, Egipto, Estados Unidos, Francia, India, Malasia, Pakistán, Reino Unido y por Lorraine Fillon, en su carácter de experta en mediación independiente.

Ahora bien, en todos estos estados se respondió afirmativamente a la existencia de estructuras o servicios de mediación, aunque diferían notablemente entre ellos, incluso entre provincias dentro de un mismo estado. En la mayoría de los países la mediación se encuentra dentro del sistema estatal (judicial o administrativo), salvo en Alemania, aunque sin un sistema netamente estructural. En algunos de ellos existen ONG, por ejemplo, Reunite e Issuk en Reino Unido, Mikk e.v. en Alemania, International Social Service en Australia, Bar Council en Malasia, los Centros de Resolución Alternativos de Disputas de Karachi y Lahore en Pakistán, o mediadores privados, como en Estados Unidos.

No obstante, el principal obstáculo para efectivizar la mediación en disputas familiares internacionales que involucren a niños ha sido la falta de estructuras, especialmente de puntos de contacto centrales. Asimismo, otras dificultades que se encontraron ha sido la falta de información respecto a donde acudir para realizar mediación y respecto al sistema legal extranjero, sumado a problemas de idiomáticos, lentitud en los procesos, obstáculos legales, los altos costos de los servicios de

mediación y las dificultades para localizar al niño en el extranjero (Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado 2019).

A raíz de esto, el Grupo de Trabajo desarrolló un documento de trabajo consistente en establecer los denominados “Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación”. Esto llevó a que los Estados deberían promover el establecimiento de estructuras de mediación, considerando la designación de Puntos de Contacto Centrales para la mediación internacional en materia de familia a fin de facilitar la divulgación de información sobre los servicios de mediación disponibles y otras informaciones útiles³⁰.

Estos Principios están distribuidos en tres puntos (A, B y C), siendo el primero de ellos, el A, que establece la información que debería suministrarse y el modo en que debería brindarse acceso a dicha información a través de los Puntos de Contacto Centrales (Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado 2010).

Estos Puntos de Contacto Central, deben asumir como principales funciones:

- Actuar como punto de contacto para los particulares y, al mismo tiempo, como punto de acceso para los mediadores que se dediquen a las controversias familiares transfronterizas;
- Suministrar información acerca de los servicios de mediación familiar disponibles en dicho país;
- Suministrar información a fin de colaborar con la localización del otro progenitor / del niño dentro del país en cuestión;
- Suministrar información acerca del lugar donde obtener asesoramiento en materia de derecho de familia y procedimientos legales;
- Suministrar información sobre el modo de otorgarle efecto vinculante al acuerdo de mediación, sobre la ejecución del acuerdo de mediación y de

³⁰ Los Puntos de Contacto centrales pueden ser visualizados en el siguiente link: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=5360>

todo apoyo disponible a fin de garantizar la viabilidad a largo plazo del acuerdo de mediación.

- Fomentar la cooperación entre diversos expertos mediante la promoción de actividades de enlace, programas de formación y del intercambio de las mejores prácticas;
- Reunir información acerca del número y de la naturaleza de los casos procesados por los puntos de contacto centrales, las medidas adoptadas y las consecuencias, incluidos los resultados de la mediación, cuando sean conocidos, y publicarla en forma periódica.

A su vez, la parte B hace referencia a ciertas normas relativas a la identificación de servicios de mediación internacional por parte de los Puntos de Contacto Centrales, al proceso de mediación y al acuerdo de mediación.

En este punto se destacan los principales principios que deben influir en la mediación, los cuales son el de la participación voluntaria, neutralidad, justicia, uso de la lengua materna o del idioma en el que los participantes estén cómodos, confidencialidad, imparcialidad y competencia intercultural.

En tanto, la parte C reconoce la importancia de que a un acuerdo de mediación se le otorgue efecto vinculante o de que éste se torne ejecutorio en todos los sistemas jurídicos involucrados con anterioridad a su implementación

A su vez, los Estados deberían promover las buenas prácticas relativas a la formación de los mediadores para la mediación internacional en materia de familia y relativas al proceso de mediación internacional.

Por otra parte, también puede ser aceptado que la mediación verse no solamente respecto a aquellas cuestiones que hacen a la modalidad de la restitución -o la falta de la misma-, sino también aquellas a largo plazo que afectan la responsabilidad parental de las partes, tales como la custodia, régimen de comunicación o alimentos en favor de los niños (Conf. Dipr. 2012:59).

Dicho esto, los mediadores que reciben una solicitud de mediación en el marco de un caso de sustracción de menores deben ponderar, la posibilidad de que las sesiones de mediación en persona y el lugar apropiado para que ello sea llevado a cabo, dado que frecuentemente, las sesiones de mediación en los casos de sustracción internacional de menores tienen lugar en el país al que el niño ha sido trasladado.

Ahora bien, uno de los desafíos que se producen para la mediación en los casos de sustracción internacional, es la distancia geográfica entre las partes (Conf. Dipr. 2012:35), lo cual tiene como consecuencia inconvenientes tales como: a) la elección como sede el Estado al que el niño ha sido trasladado puede interpretarse como una injusticia adicional para el progenitor perjudicado, que podría pensar que su acuerdo de intento de mediación, que ya supondría una concesión; b) dicha elección, conlleva al mismo tiempo el coste de por ejemplo, los gastos de traslado; c) deben quedar solventadas las cuestiones de inmigración, que permitan al progenitor perjudicado entrar y permanecer en el Estado en que se encuentra el menor, si bien es cierto esta cuestión legal debe quedar resuelta de igual forma (Conf. Dipr. 2012:56).. También cabría la posibilidad de llevar a cabo la mediación en el país desde el cual el niño fue trasladado de forma ilícita. En cualquier caso, tal opción presenta dificultades añadidas, tales como: a) la posibilidad de que esté pendiente un proceso penal contra el progenitor sustractor, lo cual indicaría la amenaza de encarcelamiento por la sustracción del niño, desacato al tribunal o delitos relacionados al pasaporte; b) que dicho progenitor se muestre reticente a dejar al niño al cuidado de un tercero durante su ausencia (Conf. Dipr. 2012:36-38 y 56).

En efecto, concertar una reunión en persona para una o varias sesiones de mediación puede ser costoso y requerir mucho tiempo, o el progenitor perjudicado no puede viajar al Estado donde se encuentra el menor, ya sea por razones económicas o de visado. En este contexto, los mediadores que reciben una solicitud de mediación pueden recurrir a la mediación de tipo indirecta (a larga distancia u *online*), la cual se desarrolla empleando nuevas tecnologías tales como enlaces de video o vía Internet.

Sin embargo, debe procurarse en estos supuestos que se garantice la confidencialidad y la neutralidad de la mediación, como así también que el mediador y

las partes se encuentren habituados al uso de nuevas tecnologías a los fines de no entretener el procedimiento. Asimismo, este medio puede resultar útil en aquellos casos que los progenitores, dado el alto componente emocional de este tipo de conflictos, prefieran no tener un encuentro en persona, especialmente si hay acusaciones de violencia de género (Conf. Dipr. 2012:56-57).

No obstante, Cheliz Inglés plantea los inconvenientes que pueden surgir del acuerdo de mediación. En primer lugar, que únicamente se puede mediar respecto a derechos y obligaciones que sean libremente disponibles por las partes, y en materia de familia, y más en aún de menores, son bastante frecuentes los derechos no disponibles, lo cual indicaría la probabilidad de que el acuerdo de mediación no sea homologado por los Jueces de residencia habitual del niño y no se reconozca la disponibilidad de las materias objeto del contenido del acuerdo (Cheliz Inglés 2015:256).

Por otra parte, si fracasara la mediación o cuando el acuerdo se torna ejecutorio, pero falla su implementación práctica, no habría marcha atrás para una solución a través de procesos judiciales.

Por otra parte, cabe destacar el trabajo de la organización sin fines de lucro MIKK E.V. (Asociación Internacional de Mediación para Conflictos Familiares y Sustracción de Menores). Esta asociación, de origen alemán, apoya, asesora y proporciona mediadores a los padres en diferentes idiomas en aquellos asuntos de mediación en conflictos familiares internacionales y sustracción internacional de menores (MIKK E.V. s.f).

Sus principales áreas consisten en ofrecer asistencia gratuita en varios idiomas a los padres y profesionales tanto en Alemania como en el extranjero, organizar mediaciones multilingües y multiculturales, formar mediadores y fomentar la cooperación y el intercambio de información. entre las partes que intervienen en el proceso (juzgados, abogados, autoridades centrales, ministerios de justicia, servicios sociales internacionales y servicio social de menores).

De acuerdo a lo apuntado por esta organización, entre el 80 y 90% de los casos resultan en un acuerdo de entendimiento firmado por las partes. Ahora bien, respecto a los casos de mediación concernientes a países que no han suscriptos los Convenios de la Haya, la mediación es significativamente menor, abarcando a aproximadamente el

30% de ellos, siendo que la mayoría involucra a Estados de Medio Oriente y el norte de África (Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado 2019). En particular, el hecho de que los mediadores estén familiarizados con la cultura musulmana, el conocimiento del derecho de familia islámico y un buen dominio de los idiomas pertinentes (entre ellos, árabe, farsi y turco) es esencial tanto para alentar a los padres a aceptar la mediación como para encontrar una solución que responda a los mejores intereses del niño. Asimismo, su directora, Ishtar Khalaf-Newsome, ha sido invitada a participar en los dos últimos encuentros del Grupo de Trabajo sobre Mediación de la Conferencia de la Haya de DIPr. en el contexto del Proceso de Malta, que tuvieron lugar en La Haya, Países Bajos y Amman, Jordania en marzo y noviembre de 2019 (MIKK E.V. 2019).

Otra de las ONG que ofrece servicios de mediación es Reunite, con sede en Reino Unido, cuya directora es Denise Carter quien ha participado activamente de las Conferencias de Malta. Asimismo, esta organización se encarga de brindar asesoramiento a progenitores en casos de sustracción, -no restringiendo su participación únicamente a casos que tengan relación con Reino Unido- y ha cooperado con autoridades y organizaciones en países como Egipto y Pakistán (Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado 2019:4-5).

27.- Mediación e islam

Ahora bien, ¿cómo puede ser desarrollada la mediación desde la perspectiva del islam? En primer lugar, se considera que los medios de resolución alternativa de conflictos son religiosamente aceptados, porque su práctica se origina desde los tiempos del Profeta Mahoma y han sido plasmados en el Corán. La validez puede ser derivada de uno de sus versos:

“En verdad, todos los creyentes son hermanos. Estableced, pues, la paz entre hermanos, y temed a Al-lah para que se os muestre misericordia.” (Corán 49:11)

Del mismo modo, otro de sus versos dice:

“Mas si dos grupos de creyentes luchan mutuamente, estableced la paz entre ellos ... con equidad, y actuad con justicia. En verdad, Al-lah ama al justo.” (Corán 49:10)

Y más precisamente prescribe la situación en relación a la ruptura producto de un divorcio:

“Y si teméis una ruptura entre ellos (los cónyuges), nombrad a un árbitro de la gente de él y a otro de la de ella. Si desean la reconciliación, Al-lah la realizará entre ellos. En verdad, Al-lah es Omnisciente, el que Todo lo Sabe.” (Corán 4:36).

“Y si una mujer teme malos tratos o indiferencia por parte de su marido, no hay ningún mal en que se reconcilien efectivamente. Pues la reconciliación es lo mejor. Ciertamente que las gentes son inclinadas a la avaricia por naturaleza. Pero si practicáis el bien y sois piadosos, sabed que, en verdad, Al-lah conoce muy bien lo que hacéis.” (Corán 4:129).

No obstante, tal como señala Kamaruddin, estos versos hacen referencia a la mediación y al arbitraje, dada la interpretación del jurista Ibn Kathir, que al existir desacuerdo entre cónyuges, es deber del juez o de la cabeza de familia confiar a una tercera persona para evaluar la disputa y guiar hacia la negociación de un acuerdo, como así también sumar a personas confiables de las dos familias para asistir a las partes (Kamaruddin 2014).

No obstante, hay ciertas cuestiones que no pueden ser cubiertas por los medios alternativos de disputa, es decir aquellas que convierten lo prohibido (*haram*) en permitido (*halal*) o viceversa, lo cual tiene como fuente una carta escrita por el segundo Califa del Islam, Umar bin al-Khattab dirigida a Abu Musa Al-Ash'ri (Rashid 2008)

La mediación de acuerdo con la Sharia, tiene como propósito finalizar un determinado conflicto y las hostilidades entre las personas para que puedan conducir sus relaciones en paz y amistad, entendida como una forma de contrato jurídicamente vinculante en el nivel comunitario e individual (Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado 2019:2).

A su vez, y en el encuentro que se llevó a cabo en el año 2019 por el Grupo de Trabajo en Mediación de la Conferencia de la Haya, se ha afirmado que en Jordania se ha experimentado una estrecha cooperación entre las universidades y el Poder Judicial para desarrollar un programa de resolución alternativa de conflictos (Sirajudeen s.f.). Es así que se ha reportado que más del 60% de las disputas familiares han sido resueltas a través de las oficinas de mediación que forman parte de las Cortes de Familia, incluso aquellos conflictos con elementos extranjeros.

28.- Redes de jueces internacionales

Las Redes de Cooperación Judicial Internacional desempeñan un importante papel en la resolución de aquellos supuestos de sustracción internacional de menores. La más relevante de ellas es la Red Internacional de Jueces de La Haya, compuesta por 140 Jueces de 87 países, especializados en materia de familia³¹. Esta Red ha sido creada para facilitar las comunicaciones directas y la cooperación entre Jueces a nivel internacional para ayudar a garantizar el funcionamiento efectivo de los instrumentos internacionales en el ámbito de la protección del niño.

Esta Red funciona como enlace con las Autoridades Centrales y con otros Jueces, tanto dentro de sus propias jurisdicciones como fuera. Es por ello que se realizan dentro de esta Red comunicaciones judiciales directas las cuales pueden ser utilizadas para obtener información sobre la legislación aplicable en materia de custodia

³¹ Lista actualizada de miembros se encuentra disponible en el siguiente link: <https://assets.hcch.net/docs/665b2d56-6236-4125-9352-c22bb65bc375.pdf>. Se destaca que existe una sola Magistrada de un Estado que no forma parte de la Convención de 1980 de la Haya, siendo la misma Martha Koome de Kenia.

en el Estado de residencia habitual del niño y para conocer su interpretación; prever audiencias en el extranjero; conocer si hay medidas de protección disponibles para el niño o para el otro progenitor en el Estado al cual el niño deba ser restituido, y en caso afirmativo, asegurar que esas medidas sean puestas en práctica en el Estado requirente, antes de que se ordene la restitución; evaluar si el tribunal extranjero puede emitir una decisión espejo; verificar si el tribunal extranjero ha constatado la existencia de violencia doméstica; evaluar si sería pertinente la realización de una transferencia de competencia o respecto a la aplicación/interpretación del derecho extranjero de manera de establecer si el traslado o la retención fueron ilícitas; certificar si uno de los progenitores sería objeto de sanciones civiles o penales al momento de regresar con el niño al país de residencia habitual (Oficina Regional para América Latina de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado 2016).

Estas comunicaciones judiciales se rigen por las disposiciones dadas por la Conferencia de la Haya, en su documento intitulado "*Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya*"³².

En este documento se establece como salvaguardia principal que todo Juez que intervenga en una comunicación judicial directa, debe respetar las leyes de su jurisdicción. Asimismo, estas comunicaciones no pueden comprometer la independencia del Juez que conoce del caso para llegar a su propia decisión en el asunto en cuestión. Siendo estos los principios generales, los Estados contratantes en los que se practican comunicaciones directas han aceptado comúnmente otras salvaguardias procesales, si bien ninguna de ellas ha de impedir al Juez que conozca del caso, seguir sus reglas de

³² *Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya*, Oficina Permanente de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, 2013, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/3b5e76ee-b983-4bd6-89cd-680b678fcf37.pdf>

derecho interno o prácticas que le den mayor libertad. Estas salvaguardias comúnmente aceptadas son las que siguen:

- Las partes deben ser notificadas de la naturaleza de la comunicación propuesta excepto en circunstancias especiales.

- Debe llevarse un registro de las comunicaciones y ponerse a disposición de las partes.

- Todas las conclusiones a que se llegue deben plasmarse por escrito.

- Las partes o sus representantes deben tener la oportunidad de estar presentes en determinados casos, por ejemplo, a través de conferencias telefónicas.

Por lo general, las comunicaciones deben realizarse por escrito, excepto cuando los Jueces involucrados sean de jurisdicciones cuyos procedimientos tramiten en el mismo idioma, en cuyo caso es posible que las comunicaciones se realicen de forma oral. También ha de estimar las opciones tecnológicas a utilizar, que han de ser las más apropiadas para facilitar una comunicación eficiente y rápida.

Finalmente, respecto al idioma empleado, debe respetar las preferencias indicadas por el Juez receptor en la lista de miembros de la Red de La Haya. En el supuesto de que los Jueces no hablaran un idioma en común, las Autoridades Centrales o los Tribunales del país donde se ha iniciado la comunicación, deberán proporcionar los servicios de traducción o interpretación necesarios.

Teniendo en cuenta estas premisas, las comunicaciones judiciales directas pueden ser un instrumento adecuado para garantizar la ejecución del acuerdo resultante de una mediación. Además, aunque en la actualidad no hay ningún Juez designado de Estados no firmantes del Convenio de la Haya de 1980, sí que cabe esta posibilidad [ver listado jueces]. De hecho, la propia Conferencia de la Haya alienta la designación de Jueces para la Red en Estados que no son parte de los Convenios de La Haya relativos a los niños. Ello permitiría ampliar esta solución a aquellos casos en los que no resulta aplicable un Convenio internacional.

Ahora bien, uno de los casos emblemáticos en el que se puede observar el recurso a las comunicaciones judiciales directa y el recurso de la mediación para

resolver los casos de sustracción internacional de menores, es el Human Rights Case No 23150-G 2010³³.

Este supuesto gira en torno a la sustracción de 3 niños de 11 años, 9 años y medio y 2 años y medio, por parte de su padre de nacionalidad pakistaní. La madre poseía la nacionalidad inglesa, y los niños tenían la doble nacionalidad inglesa-pakistaní.

En este caso, los dos hijos mayores viajaron en el año 2006 a Pakistán junto a su padre, quien los retuvo en aquel país, por lo que la madre se trasladó allí en octubre de 2006. Asimismo, la madre no pudo asegurar su regreso y regresó a Reino Unido sola en octubre de 2008, donde dio a luz al hijo menor. Luego de ello y tras dos intentos fallidos de reconciliación en Pakistán, la madre abandonó ese país en febrero de 2009, quedando el tercer hijo bajo el cuidado del padre, por lo que ella inició en 2010 un procedimiento en Pakistán para obtener la custodia de los niños.

Tal como se ha indicado en puntos anteriores, le corresponde a la madre la custodia del niño varón hasta los 7 años, y de la niña hasta la edad de 14 años, lo cual conllevaba la separación de sus hijos, ya que los dos mayores superaban los 7 años y el menor no. Por ello, ambas partes accedieron luego de llevarse a cabo una mediación, que el padre mantendría la custodia de los hijos, y la madre los cuidará durante las vacaciones de verano, y pactan también un conjunto de condiciones sobre el contacto de la madre con sus hijos, que se llevaría a cabo tanto en Reino Unido como en Pakistán.

Ahora bien, la Suprema Corte pakistaní homologó este acuerdo de mediación y le remitió al Presidente de la Sala de Asuntos de Familia del Tribunal Superior del Reino Unido. Con esta cooperación, lo que se busco fue facilitar la ejecución de los compromisos alcanzados por las partes, en los dos países intervinientes.

En efecto, y tal como se ha señalado en el presente, aunque Reino Unido es parte del Convenio de la Haya de 1980 y miembro de la Conferencia de la Haya, Pakistán no lo es, ello no obsta para que hayan tenido lugar comunicaciones judiciales directas entre

³³ Sumario disponible en <https://www.incadat.com/es/case/1065>

Jueces de los dos estados, tendientes a garantizar la ejecución de los acuerdos a los que han llegado las partes.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, podemos indicar que la Sharia actúa como tradición histórica jurídica con fuertes raíces religiosas, y que es utilizado en los ámbitos sociales y políticos para moldear el estado islámico, salvo algunas excepciones como Líbano. La Sharia se ha convergido con la conceptualización del estado moderno y su penetración suele variar en relación a quien detenta el poder, como así también con la influencia que presentan los actores no estatales dentro de los países de mayoría musulmana.

Es por ello que del análisis de aquellos casos concretos se puede vislumbrar como algunos estados de mayoría musulmana han evolucionado e incorporado mayor flexibilidad en sus legislaciones locales. En ciertos casos, se ha comenzado a percibir, en aras del interés superior, al niño como sujeto de derecho y no como objeto sobre el que se detente su custodia o cuidado personal. Del mismo modo, ciertos Estados se esfuerzan para comprometerse con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y una creciente disposición a adoptarse a los estándares internacionales en la materia. Asimismo, algunos países islámicos ofrecen mecanismos adicionales en su legislación doméstica que puede resultar de gran ayuda en aquellos supuestos de sustracción internacional de menores. No obstante, es importante tener en cuenta las diferencias entre el derecho islámico y los sistemas legales de corte occidental que permita tender puentes en la interacción con los sistemas establecidos por el derecho internacional privado, sin esquivar o excluir a la tradición de aquellos países.

El acercamiento entre los sistemas dispuestos por los instrumentos internacionales y los estados islámicos requieren la voluntad de la comunidad internacional para reconocer lo desarrollado hasta aquí y ser conscientes de la

preocupación de aquellos países en determinadas áreas. Por ello, la brecha existente entre los países miembros de la Conferencia de la Haya de DIPr., y aquellos no miembros es explicada por la naturaleza religiosa del derecho de familia en estos últimos. Sin embargo, la religión no es el único obstáculo, pero sí el principal, aunque el uso de la religión como factor identitario para bloquear la incorporación de instrumentos legales, también importa que entre en juego la soberanía y la relación entre los países occidentales y los de mayoría musulmana, tal como ha señalado Amon en el Reporte del Comité de Derechos Humanos del Senado de Canadá.

En el sistema interestatal que conforma el contexto global actual, la doctrina premoderna que moldeó el derecho de familia es contraria al principio de cooperación y respeto mutuo fomentado por las relaciones internacionales, y que representa el núcleo esencial del derecho internacional privado. Por lo tanto, el conflicto de sistemas legales (o de civilizaciones) resulta ser más presunto que real.

Por otra parte, la adhesión a los instrumentos internacionales de restitución por parte de estados islámicos tales como Catar, Bahrein, Kuwait o Emiratos Árabes Unidos, los cuales cuentan con un altísimo porcentaje de inmigrantes dentro de sus territorios, fundamentalmente de procedencia india, pakistaní y bengalí en virtud de los visados temporales de trabajo y la prácticamente imposibilidad de acceder a la ciudadanía, promovería la protección de sus nacionales, en aquellos supuestos en los que los menores de los países del Golfo sean sustraídos hacia el extranjero.

No obstante, son verdaderamente destacables los trabajos realizados por el Proceso de Malta, en el seno de la Conferencia de la Haya y la concreción de acuerdos bilaterales para disminuir la brecha entre los diversos sistemas legales, aunque se precisa de estructuras que permitan que estos trabajos no queden en vano. En ambos supuestos, debe conseguirse un marco de reciprocidad y cooperación, aunque es absolutamente esencial que los mediadores y/o tribunales puedan contar con información precisa sobre los aspectos legales (en su faz religiosa) y las normas culturales involucradas. Si bien lo sustantivo del presente trabajo no puede ser resuelto simplemente, debe garantizarse la información precisa sumando puntos de contacto centrales o jueces de enlace que puedan facilitarla.

Es por ello que la comunicación directa entre puntos de contacto centrales -lo cual puede ser fácilmente aprovechable a través de medios electrónicos- es una herramienta fundamental.

Asimismo, la Sharia y las Convenciones en materia de niñez no son irreconciliables, aunque si suelen serlo las legislaciones internas motivadas por conceptos de soberanía y su visión del mundo occidental. No obstante, la Sharia no es un solo tipo de derecho, sino que se ha visto la existencia de diferentes escuelas de jurisprudencia cuyo resultado ha sido la concretización de su adaptación en diversos sistemas legales, algunos más rígidos, otros más flexibles, lo cual requiere el trabajo conjunto con los diferentes países de mayoría musulmana dependiente de su historia y su sistema legal en el plano concreto.

Por lo tanto, la Sharia y los sistemas legales seculares/occidentales coinciden en priorizar aspectos centrales como el interés superior del niño, siendo el punto rector sobre el cual se basa el sistema internacional de protección de la niñez. En efecto, se parte de un punto en común para construir entendimiento mutuo, lo cual debe ser trasuntado no solamente hacia los miembros del poder judicial de los países islámicos involucrados, sino también a todos los planos estatales involucrados, por ejemplo, los líderes religiosos que influyen en lo netamente legal y político.

No obstante, aunque los países de mayoría musulmana no ratifiquen los convenios de La Haya, en algunos casos se ha demostrado -por ejemplo, a través de los acuerdos bilaterales o protocolos facultativos- que existen vías alternativas y secundarias, privilegiando la mediación como método de resolución alternativa de conflictos, para restituir al niño y acordar aquellas cuestiones atinentes al mismo.

Ahora, en aquellos estados de destino en el que se encuentra el niño retenido o sustraído que no ofrece ningún recurso legal o diplomático para resolver estos conflictos transfronterizos, la mediación resulta ser el único mecanismo viable para recuperar al niño o facilitar el contacto paterno-filial y así prevenir la utilización de vías de hecho unilaterales que puedan poner en peligro a las partes involucradas o a los niños.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- **Aini, N.** (2008). *Inter-Religious Marriage from Socio-Historical Islamic Perspectives*, BYU Law Review.
- **Alonso Carvajal, A. y Chamorro Alonso, N.** (2001). *El secuestro interparental de menores en los matrimonios mixtos*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 7.
- **Bentolila, J. J.** (2006). *Los límites del Derecho Internacional privado clásico en un caso multicultural*, en "Investigación y Docencia", n° 39, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas
- **Blázquez Rodríguez, I. y Adam Muñoz, M. D.** (2005). *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias.
- **Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.** (2003). *Globalización, Secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)*, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 2.
- **CEDAW/C/TUN/3-4** (02/08/00). *Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 18 de la Convención. Informes combinados, tercero y cuarto, de los Estados Partes. Túnez*. Comité para la Eliminación de la discriminación contra la mujer.
- **Chebel, M.** (2011). *El Islam: historia y modernidad*, Espasa Libros, Madrid, España.
- **Cheliz Inglés, M.** (diciembre 2015). *La Sustracción Internacional de Menores, tras la aprobación de la ley de jurisdicción voluntaria*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 3 ter.
- **Ciuro Caldani, M. Á.** (1997). *Estudios de Filosofía del derecho Internacional Privado*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- *Code de la Famille (Argelia)*. (1984). Disponible en su versión en francés en: http://www.premier-ministre.gov.dz/ressources/front/files/pdf/textes-legislatifs-et-reglementaires/code_famille.pdf
- *Code de la Famille (Marruecos)*. (2016). Disponible en su versión en francés en: <https://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/nouveautes/code%20de%20la%20famille.pdf>

- *Code du Statut Personnel (Túnez)* (1959). Disponible en su versión en francés en: <https://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/csp/Menu-2.html>
- **Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado** (noviembre 2010). *Principles for the Establishment of Mediation Structures in the Context of the Malta Process*, La Haya, Países Bajos, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/c96c1e3d-5335-4133-ad66-6f821917326d.pdf>
- **Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado** (2012). *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. La Haya, Países Bajos.
- **Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado** (30/07/2019). *Meeting of the Working Party on Mediation*. La Haya, Países Bajos.
- **Comité de Derechos Humanos del Senado de Canadá**. (06/11/2014). *Proceeding of the Standing Senate Committee on Human Rights*. 2da Sesión, 41mo Parlamento, disponible en <https://sencanada.ca/en/Content/Sen/committee/412/ridr/12ev-51719-e>
- **Comité de Derechos Humanos del Senado de Canadá**. (julio 2015). “*Alert: Challenges and International Mechanisms to Address Cross-Border Child Abduction*”, Reporte del Comité de Derechos Humanos del Senado de la República de Canadá.
- **Conferencia de Derecho Internacional Privado** (2010). *The Judge’s Newsletter*. Volumen XVI, primavera 2010, La Haya, Países Bajos.
- **Coulson, N.** (1964). *A History of Islamic Law*, Edinburgh University Press.
- **De la Rosa Cortina, J.M.** (2010) *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, España.
- **Dreyzin de Klor, A.** (marzo 2012). *El derecho internacional de familia en la postmodernidad*, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, Costa Rica.
- **Duran Ayago, A.** (2004). *El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural*, El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales, Madrid, editorial Colex.
- **Dyer, A.** (1982). *Report on international child abduction by one parent (‘legal kidnapping’)*, en A&D14 de la Quatorzième session: Tome III Elèvement d’enfants, Child Abduction, La Haya, Países Bajos.

- **Emon, A. M.** (2006). *Conceiving Islamic Law in a Pluralist Society : History, Politics and Multicultural Jurisprudence*, Singapore Journal of Legal Studies.
- **Emon, A. M. y Khaliq, U.** (2016). *Private International Law, Islamic Law, and Cross-Border Child Abduction A Historico-Legal Analysis*, Toronto, Canadá.
- **Esparza, J. J.** (2015). *Historia de la Yihad: catorce siglos de sangre en nombre de Alá*, Editorial La esfera de los libros, Madrid, España.
- **Esposito, J.** (2003). *The Oxford Dictionary of Islam*, Oxford University Press, disponible en <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195125580.001.0001/acref-9780195125580>
- **Freeman, M.** (mayo 2006). *International child abduction : The effects*, Reunite International Child Abduction Centre.
- **Gallala-Arndt, I.** (2015). *The Impact of Religion in Interreligious Custody Disputes*, en The American Journal of Comparative Law, Vol. 63, no. 4, Oxford University Press.
- **García Benito, I.** (marzo 2016). *Mapa del Poder de Irán*, Política Exterior, disponible en: <https://www.politicaexterior.com/basicospolext-mapa-del-poder-en-iran/>
- **Garimella, S. R. y Jolly, S.** (2017). *Private International Law, South Asian States Practice*, Singapur.
- **González Pedrouzo, C.** (2000). *Aproximación al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.
- **Gosselain, C.** (agosto 2002). *Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: Conventions Bilatérales et Etats de Tradition Islamique*, Bureau Permanent de la Conférence, documento preliminar n° 7.
- **Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S.,** (mayo 2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo VI, 2da edición.
- **Herz, M.** (2008). *El proceso restitutorio como medio de protección internacional de la infancia frente a la sustracción parental internacional*, ponencia presentada en el IX Congreso Nacional de Sociología Jurídica.

- **Hochart, C.** (1998). *La reconnaissance du statut personnel des musulmans en France. Question sensible, question de sensibilité*, en *CURAPP*, Questions sensibles, PUF.
- **Human Rights Watch** (enero 2015). *Unequal and Unprotected, Women's Rights under Lebanese Personal Status Laws*, disponible en <https://www.hrw.org/report/2015/01/19/unequal-and-unprotected/womens-rights-under-lebanese-personal-status-laws>
- **Human Rights Watch** (16/07/2016). *Women and Saudi Arabia's Male Guardianship System*. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2016/07/16/boxed/women-and-saudi-arabias-male-guardianship-system#>
- *Islamic Family Law (Brunéi)*. (2000). Disponible en su versión en inglés en: http://www.agc.gov.bn/agc%20images/laws/act_pdf/cap217.pdf
- **Islam Question & Answer** (octubre 2009). *A small child follows the religion of whichever of his parents is Muslim*, disponible en <https://islamqa.info/en/answers/130231/a-small-child-follows-the-religion-of-whichever-of-his-parents-is-muslim>
- **Jahangir, A.** (30/09/2005). "Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on freedom of religion or belief, Asma Jahangir", Organización para las Naciones Unidas, Asamblea General, A/60/399.
- **Kafa** (enero 2016). *Zalfa's Questions on the Personal Status Laws in Lebanon*. Disponible en <https://kafa.org.lb/en/node/135>
- **Kamaruddin, Z.** (2014). *Islamic Legal Perspectives on Cross-Border Family Disputes involving Children*, Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, Países Bajos, Documento 4, Anexo 1.
- **Kung, H.** (2007). *Islam. Past, Present and Future*, Oneworld Publications, Oxford, Reino Unido.
- **Kymlicka, W.** (1996). *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós.
- **Lagarde, P.** (15/01/1997). *Informe explicativo del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de*

protección, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya, Países Bajos.

- **Lamb, D.** (01/09/1985). *Classical Arabic, Language of the Koran, on Endangered List*, Los Angeles Times, disponible en <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1985-09-01-mn-25704-story.html>

- **McGlinn, S.** (2001). *Family Law in Iran*. Disponible en: https://www.academia.edu/5083209/Family_Law_in_Iran

- **Méndez, R.** (04/02/2016). *El centro de vida del niño, niña o adolescente como elemento determinante de la competencia*, Revista de Derecho de Familia y las Persona, Editorial La Ley.

- **MIKK E.V.**, *About Us*, International Mediation Centre for Family Conflict and Child Abduction disponible en: <https://www.mikk-ev.de/en/about-us/>

- **MIKK E.V.** (2019), *Mediation in Muslim contexts*, International Mediation Centre for Family Conflict and Child Abduction, disponible en: <https://www.mikk-ev.de/en/news/projects/mediation-in-muslim-contexts/>

- **Musawah** (mayo 2017). *Jordan, Overview of Muslim Family Laws & Practices*, disponible en: <https://www.musawah.org/wp-content/uploads/2019/03/Jordan-Overview-Table.pdf>

- **Musawah** (mayo 2017). *Lebanon, Overview of Muslim Family Laws & Practices*, disponible en: <https://www.musawah.org/resources/country-table-lebanon/>

- **Musawah** (agosto 2017). *Bahrain, Overview of Muslim Family Laws & Practices*, disponible en: <https://www.musawah.org/wp-content/uploads/2019/03/Bahrain-Overview-Table.pdf>

- **Musawah** (enero 2020). *Egypt, Overview of Muslim Family Laws & Practices*, disponible en: <https://www.musawah.org/resources/country-table-egypt/>

- **Musawah** (enero 2020). *Syria, Overview of Muslim Family Laws & Practices*, disponible en: <https://www.musawah.org/wp-content/uploads/2019/03/Syria-Overview-Table-English.pdf>

- **Pallares Bosa, J.** (2011). *El Derecho Internacional desde la perspectiva del Islam*, Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo.

- **Pérez Vera, E.** (abril 1981). *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980*, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>
- **Pereznieto Castro, L. y Silva, J.** (2020). *Diccionario de Derecho Internacional Privado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, México.
- **Pew Research Center** (abril 2017). *The Changing Global Religious Landscape*, disponible en <https://www.pewforum.org/2017/04/05/the-changing-global-religious-landscape>
- **Rashid, S. K.** (2008). *Peculiarities Religious Underlining of ADR in Islamic Law*, paper presentado en el Foro de Mediación Asia-Pacífico, Australia.
- **Refworld** (s.f). *Iraq: Personal Status Law and Its Amendments (1959)*, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/5c7664947.html>
- **Roca Fernández, M. J.** (mayo/agosto 2011). *¿La Sharía como ley aplicable en virtud de la libertad religiosa?*, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 92-
- **Saleh, M. I.** (2011). *Dictionary of Islamic Words & Expressions*, Maktaba Dar-Us-Salam, Riyadh, Arabia Saudita.
- **Saudi Women for Reform** (diciembre 2007). *The Shadow Report for CEDAW*. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/SAU/INT_CEDAW_NGO_SAU_40_10011_E.pdf
- **Schnitzer-Reese, E.** (2004). *International Child Abduction to non-Hague Convention Countries: The need for an International Family Court*, Northwestern Journal of International Human Rights, volumen 2, edición 1, artículo 7.
- **Scotti, L.** (2017). *Cuadernillo de Derecho Internacional Privado UBA, 2017*.
- **Serrano, J. L. y Duarte, F.** (diciembre 2007). *La nueva temporalidad y el riesgo en la sociedad mundial*, Revista Seqüência, n°55.
- **Shahid, A. y Ali Khan, I.** (2017). *Pakistan, Parental Care and the Best Interests of the Child in Muslim Countries*.
- **Sirajudeen, A. A.** (s.f.). *Concept of Mediation in Islamic Jurisprudence*, disponible en https://www.academia.edu/3048074/Mediation_in_Islamic_Jurisprudence

- **Thomson Reuters Practical Law** (s.f). *Glossary 'forum conveniens' y 'forum non conveniens'*.
- **Van Loon, H.** (marzo 2010). *The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law*, Cuadernos de Derecho Transnacional de la Universidad Carlos III de Madrid, Área de Derecho Internacional Privado, volumen 2, número 1.
- **Venkatraman, B. A.** (Junio 1995). *Islamic States and the United Nations Convention on the Elimination of all Forms of discrimination against Women : Are the Shari'a and the Convention compatible?*, en *The American University Law Review*, Vol. 44:1949, No. 5.
- **World Heritage Encyclopedia.** *Abul A'la Maududi*. Disponible en: http://www.self.gutenberg.org/articles/Abul_A%27la_Maududi
- **Zahraa, M. y Malek, N.** (1998). *The Concept of Custody in Islamic Law*, *Arab Law Quarterly*, volumen 13, número 2.