



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES SUSTRÁIDOS POR SUS PADRES
Y SU COLISIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES,
A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y ANÁLISIS DE
CASOS COMPARADOS LATINOAMERICANOS**

JAVIERA PAZ SCHWERTER GARRIDO
CRISTÓBAL IGNACIO HURTADO MUÑOZ

Memoria presentada a la Escuela de Derecho de la Universidad Finis Terrae para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor Guía: Paula Videla Del Real

Santiago, Chile
2015.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO	3
CONTEXTO HISTÓRICO SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, NOCIÓN DE RESTITUCIÓN.....	3
Principios que informan los instrumentos jurídicos.	4
1. Principio de interés superior del menor.	5
2. Principio de cooperación internacional.	7
3. Principio de Inmediatez	8
4. Principio del Cuidado Personal y el derecho de ambos progenitores a tener una relación directa y regular.	9
5. Principio del derecho del menor a ser oído y a tomar en cuenta sus opiniones.	10
CAPÍTULO SEGUNDO	12
INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	12
1.- Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño suscrita por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.	12
A.- Derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos.....	12
B.- Derecho a no ser separado de sus padres.	15
C.- Derecho a relacionarse periódicamente con los padres.	16
D.- Derecho a permanecer en el país.....	18
2.- Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrita en la Haya el 25 de Octubre de 1980, publicada en el Diario Oficial el 17 de junio de 1994.....	20
A.- Los intervinientes en la Sustracción.....	20

B.- Procedimiento establecido en la Convención para el retorno inmediato del menor sustraído.....	24
3.- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. ...	30
CAPÍTULO TERCERO.....	34
NORMATIVA NACIONAL RELACIONADA CON LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES Y TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.	34
1.- Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de la Haya.....	34
relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de menores.....	34
2.- Medio Extrajudicial: La restitución voluntaria y la solución amistosa.	37
ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 19.968 Y MODIFICACIÓN SUSTANCIAL A LA SOLUCIÓN NORMATIVA CHILENA PARA LA TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE RESTITUCIÓN.....	43
A) Dificultades en la aplicación del Auto Acordado de la Corte Suprema.....	43
B) Escasa experiencia práctica en restitución voluntaria y amistosa.	46
CAPÍTULO CUARTO	47
SITUACIÓN ARGENTINA.....	47
1.- Los derechos del niño y su recepción por parte de la ley Argentina.....	47
2. En cuanto a la restitución de menores.....	48
3. Restituciones voluntarias.	48
4. La conciliación.	50
5. Asistencia económica.	50
6. En el ámbito penal.	51
8. Cuidado Personal.	52
SITUACIÓN PERÚ.....	54
1.- Los derechos del niño y su recepción por parte de la ley Peruana.....	54
2. En el ámbito penal.	58

3. Patria Potestad y Cuidado Personal.....	59
CAPITULO QUINTO	61
ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS BAJO CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1980.....	61
CAPITULO SEXTO.....	99
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	99
BIBLIOGRAFIA	104

INTRODUCCIÓN

En la disparidad que se encuentra en la base de las voluntades, criterios de crianza, proyectos de vida previos a al nacimiento de un hijo, al matrimonio o la decisión de compartir un techo, lo que acarrea la mayoría de los problemas que los jueces de familia deben procurar resolver, nos enfrentamos a un tema que involucra y afecta directamente la vida de un menor, vulnerando principios fundamentales que se encuentran insertos en tratados internacionales, ratificados por nuestro país y por la comunidad de Estados que se han hecho parte.

Si, tras el quiebre, los padres que provienen de naciones distintas, vuelven a sus lugares de origen; o los progenitores que comparten una misma nacionalidad buscan nuevos rumbos más allá de las fronteras, la tensión aumenta y se torna inminente el riesgo de que tarde o temprano los hijos comunes sufran lo que se ha denominado “sustracción internacional de menores”, fenómeno que cada vez más amplía su ámbito de discusión jurídica internacional, desbordando las área de especialización, fundamentalmente, gracias a la globalización del mundo moderno, producto de la tecnología, la agilidad de las comunicaciones, el incontenible avance de la informática y, en particular, de la red virtual denominada internet.

Es por ello que en el primer capítulo nos referiremos a los principios que rigen este procedimiento, insertos en la normativa vigente y tendientes a la protección de los derechos fundamentales de los menores, como también situarnos en los aspectos históricos del proceso de restitución.

La complejidad jurídica del tema y, sobre todo, la ausencia de respuestas adecuadas por parte de los distintos ordenamientos jurídicos internos, han forzado a la búsqueda de soluciones convencionales en el seno de distintos organismos internacionales. Respecto de este razonamiento, en el capítulo segundo abordamos los distintos instrumentos jurídicos internacionales relacionados con la

sustracción internacional de menores, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de la Haya y la Convención Interamericana. Creemos es necesario analizar cómo son tratados los derechos consagrados en estas convenciones y también la participación de los intervinientes en el proceso.

En el capítulo tercero, hacemos presente la importancia de la normativa nacional y la forma en que se lleva a cabo el desarrollo del procedimiento de restitución, con el fin de realizar algunas observaciones que pretendemos demostrar respecto de la colisión que se produce en el interés superior del menor. Este es el punto de partida al análisis en concreto que hacemos del auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de la Haya, con el objeto de verificar cómo se están aplicando a nivel local los principios consagrados en las convenciones, para dar paso en el capítulo cuarto a la comparación de la situación nacional respecto del caso argentino y peruano dentro del margen del procedimiento de restitución.

De esta forma y luego del debido análisis que realizamos frente al tema propuesto, podremos ser capaces de identificar con claridad cuáles son los problemas existentes en nuestro ordenamiento jurídico, a nivel normativo y en el rol que cumplen los participantes del procedimiento de restitución, como además, entregar una serie de conclusiones y propuestas que, creemos, pueden contribuir de sobremanera al mejor funcionamiento de las instituciones, correcta aplicación de la normas y soluciones eficaces al momento de resolver un procedimiento de restitución.

CAPITULO PRIMERO

CONTEXTO HISTÓRICO SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, NOCIÓN DE RESTITUCIÓN.

Para poder desarrollar el tema central de este análisis, creemos es necesario contar con las nociones elementales respecto del mismo, Entonces, tenemos presente desde un principio, que nos encontramos en presencia de un caso de sustracción internacional de menores cuando un menor es trasladado o retenido ilícitamente en un estado distinto al de su residencia habitual, violando así el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, o en aquellos casos en que el padre o la madre se haya trasladado con el menor para residir en otro país, e impida al otro progenitor que tenga atribuido el derecho de visita ejercitarlo.

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos cuando se produzcan cualquiera de los siguientes supuestos:

- 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.
- b. Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

En tal sentido, en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, fue elaborado en el año 1980 el “Convenio sobre los Aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores”. Tal como surge del nombre del convenio, los Estados han buscado destacar los aspectos civiles de este tipo de conflictos, sustrayéndolos del ámbito penal, teniendo presente los

demás criterios involucrados en este tipo de situaciones, relacionadas al Derecho de Familia y otros Derechos fundamentales, consagrados a nivel internacional a través de diversos principios, los cuales forman el contenido de este trabajo investigativo, que pasaremos a exponer y desarrollar brevemente, abordando además algunos conceptos básicos para tener presente el contexto en el cual nos estamos adentrando.

Principios que informan los instrumentos jurídicos.

En términos preliminares, tenemos el concepto de Principio, proporcionado por la Real Academia de la Lengua Española y relacionado con los aspectos jurídicos.

- 4- Causa, origen de algo.
- 5- Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.
- 6- Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.
- 7- ~ **de derecho.**
- 8- 1. m. *Der.* Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.
- 9- ~ **de legalidad.**
- 10-1. m. *Der.* **principio** jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho.¹

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derecho, permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre aquellas normas que se encuentran igualmente reconocidas. Entendiendo así la idea de “principios”, la teoría supone que ellos son obligatorios,

¹ **DRAE.** *Diccionario de la Lengua Española (22.a ed.). [En línea] [Fecha de consulta 4 mayo 2015]* <http://lema.rae.es/drae/?val=TEMERARIA>. Madrid, España : s.n., 2001 <http://lema.rae.es/drae/?val=TEMERARIA>

especialmente para las autoridades públicas, pero teniendo presente que lo son también para todas las personas.

1. Principio de interés superior del menor.

El principio del interés superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.² Consiste, precisamente en obrar en virtud de los derechos que han sido establecidos en su favor, así los derechos que se contemplan en la Convención deben ser para los Estados el llamado “Interés Superior”.

Como concepto en el derecho chileno es aun relativamente nuevo y es uno de los principios cardinales en materias de derechos del niño, a nivel internacional. Aparece consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1898, dicho tratado internacional al cual nuestro país se encuentra suscrito, presenta la mayor ratificación en el mundo, ratificado por todos los Estados excluyendo a Estados Unidos y Somalia, situación que demuestra el amplio grado de reconocimiento y aceptación de la fuerza obligatoria que conllevan las normas sobre derechos humanos de los niños, contenidas en dicha Convención.

En el contexto local, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conocido diversos casos en los cuales ha debido pronunciarse sobre los derechos de los niños. Los niños no sólo son sujetos de protección especial sino plenos sujetos de derecho y, en este sentido, lo ha entendido la Corte en sus juzgamientos.

² **CILLERO B., Miguel**, “La situación del menor: de objeto de regulación a sujeto de derecho”, Programa Diplomado Instituciones del derecho de Familia Moderno y nuevas tendencias en el Derecho comparado, Universidad de Chile, 2001.

En palabras del abogado Cristián Assadi, es posible afirmar que el interés superior del niño es la satisfacción integral de sus derechos. Asimismo, se estima que es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar sus derechos; es de gran amplitud, no sólo obliga al legislador sino que también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.³

Pese a la indefinición que caracteriza a la idea de “interés superior del menor”, no puede negarse que se trata de un verdadero principio rector dentro del Derecho Internacional Privado, que sin duda debe regir las conductas de las autoridades y de los particulares. Según lo planteado por la profesora de Derecho Maricruz Gómez de la Torre, este principio conlleva una triple función:

1. Es una garantía para el menor, ya que toda decisión relativa a él debe considerar, fundamentalmente, sus derechos.
2. Es una norma orientadora que no sólo obliga a los legisladores y jueces, sino a todas las instituciones públicas y privadas.
3. Es una norma de interpretación y de resolución de conflicto.⁴

Nuestro Código Civil, en su artículo 222, lo menciona de la siguiente forma:

Art. 222: *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la*

³ ASSADI Cubillos, Cristián, “Qué es el interés superior del niño”, [En línea] [Fecha de Consulta: 07 mayo 2015] Disponible en: <http://www.diarioelcentro.cl/?q=articulo-columnistas&id=748>.

⁴ GOMEZ de la Torre Vargas, Maricruz, “El interés Superior del Niño”, en Gaceta Jurídica N° 238, página 23, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Chile, abril de 2000.

naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.”⁵

De esta forma, podemos inferir que este principio propende a ayudar el que las interpretaciones jurídicas puedan reconocer el carácter integral de los derechos del niño, niña o adolescente, como también obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos que de la niñez en general, permitiendo además que éstos prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto, teniendo presente que el interés superior del menor, indica que las sociedades y gobiernos deben realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables con el fin de que los niños, niñas y adolescentes puedan vivir y desplegar sus potencialidades, a través de medidas efectivas que garanticen este desarrollo, en torno a la protección de la autonomía del menor y del justo ejercicio de sus derechos.

2. Principio de cooperación internacional.

La Cooperación Internacional es la relación que se establece entre dos o más países, organismos u organizaciones de la sociedad civil, con el objetivo de alcanzar metas de desarrollo consensuadas.⁶ A partir de esta idea, podemos inferir que el Convenio de la Haya es básicamente un instrumento de cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas entre los Estados Parte, con el propósito de evitar traslados y/o retenciones ilícitas de menores dentro y fuera de sus territorios. Sólo en la medida que la comunidad internacional tome conciencia de la necesidad de actuar en forma conjunta y eficiente entre los Estados Parte se podrá lograr el fin de este convenio, el cual se traduce en restitución inmediata del

⁵ Código Civil (Decreto Exento N° 391; "Aprueba Texto Oficial del Código Civil "). Publicado en el Diario Oficial el 27 de enero de 2009.

⁶ Información extraída del sitio Web del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (IDH-PNUD), "Informe sobre Desarrollo Humano", [En línea] [Fecha de Consulta: 10 junio 2015] Consultado en <http://www.undp.org/spanish/>.

niño a su residencia habitual, relacionado intrínsecamente a los otros principios mencionados en este análisis, tendientes a una protección de carácter integral a los menores sustraídos, en el marco de un correcto cumplimiento y diligencia por parte de los Estados interventores en el procedimiento de restitución.

3. Principio de Inmediatez

No se puede desconocer que en la mayoría de los traslados ilícitos de menores por parte de uno de sus padres, se hace a través de vías de hecho para crear situaciones jurídicas nuevas ante la jurisdicción del Estado de traslado con miras a obtener de esa forma la custodia del menor, violentando así la situación preestablecida en el Estado de residencia.

Es fundamental para cumplir con el fin considerado por la Convención, estar ceñido estrictamente a los plazos de restitución señalados, ya que de no ocurrir ello el único beneficiado sería el padre secuestrador que, en la mayoría de los casos buscará dilatar el proceso tanto como le sea posible, mientras tanto respecto del menor se va produciendo un arraigo a su nuevo medio, lo que puede implicar que el retorno a su residencia habitual sea algo mucho más complejo y además le produzca un grave daño psicológico adjunto a un estrés inevitable dentro de este proceso.

El fin inmediato y urgente de la acción es restituir ipso facto las relaciones jurídicas, rotas tras el traslado abrupto e ilícito por parte de uno de los padres o familiares cercanos.

Para comprender en profundidad este principio, es preciso preguntarnos qué entendemos por inmediatez y cómo se traduce en los procesos llevados a cabo tanto en nuestro país como por los demás Estados Parte cuando se suscita la sustracción de un menor. En este caso, tenemos que la restitución del menor sustraído deberá ser inmediata si la solicitud se presenta antes de cumplirse un

año desde que se produjo el traslado o retención ilícita. En caso que dicho plazo se haya cumplido, se ordenará tal restitución a menos que quede demostrado que el menor en cuestión ha quedado integrado en su nuevo medio. El factor tiempo es determinante, dado que la rapidez con que este asunto debe ser tratado implica los efectos negativos y positivos que tendrá la vida de menor sustraído una vez terminado el proceso. Recordemos que más allá de la calidad jurídica, el trasfondo personal y humano en la restitución de un menor es de suma importancia, ya que el resultado del procedimiento puede marcar definitivamente el desarrollo de un niño y la forma en cómo se relacionará con sus padres y familia.

4. Principio del Cuidado Personal y el derecho de ambos progenitores a tener una relación directa y regular.

La institución familiar es de suma importancia para el desarrollo físico, afectivo y social de cada individuo, por lo tanto es reconocido por todos los Estados, más aun, consagrado en nuestra Constitución Política.

La relación que tienen los hijos con sus padres, dentro del núcleo familiar, como también con cada uno en el caso de que los padres vivan separados o que uno de ellos resida en otro estado, es un aspecto fundamental para el desarrollo de un menor. El derecho de visitas (a mantener una relación directa y regular), el cual consta del hecho de poder llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual, como señala el artículo quinto del Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores.

El artículo 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño enuncia que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que está separado de uno 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”⁷. El menor que ha sido sustraído, por tanto se encuentra impedido de ejercer este derecho, al encontrarse fuera del estado donde reside habitualmente, imposibilitado de ver a uno de sus padres.

La Convención de la Haya en su capítulo cuarto, trata sobre el derecho que tienen los padres a mantener una relación directa y regular con sus hijos o el derecho de tuición.

5. Principio del derecho del menor a ser oído y a tomar en cuenta sus opiniones.

Se trata de un principio innovador, que consiste en que el niño, niña y adolescente (como también las distintas etapas y niveles de madurez que atraviesan los menores) tiene derecho a formarse un juicio propio, el cual puede expresar libremente, y por lo tanto, debe ser escuchado. Se reconocen así, de modo implícito, tanto la autonomía y subjetividad de éstos, como el peso e influencia que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos.

Se encuentra expresamente contemplado en la Convención de la Haya en su artículo 13, Párrafo 4, señalando:

*“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”.*⁸

De igual manera, la opinión del menor tiene que ser debidamente tomada en cuenta, no por un tema de edad solamente, es una cuestión de criterios y la capacidad que tengan de expresarse respecto de la situación que están viviendo,

⁷ Convención Internacional de los Derechos del Niño, Artículo 9, inciso 3º, Asamblea General Naciones Unidas, 1959.

⁸ Convención sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores, Artículo 13, La Haya, 1980.

ya sea de manera verbal o a través de otros medios. Se encuentra relacionado de forma trascendental con el interés superior del menor, ya que los deseos y sentimientos del niño ocuparán un rol fundamental en la decisión, ya que la ley protege esos derechos y los asegura a través de procedimientos y prácticas concretas.

Podemos apreciar entonces, que este derecho viene a confirmar la calidad de sujetos de derecho que tienen los niños y, considerarlos como tales, esto es, un sujeto de protección a través de las distintas entidades e instancias establecidos para ello, implica darle la debida intervención en los procesos judiciales en los cuales se discuten las cuestiones que puedan afectar a su persona, todo esto llevado al escenario que nos interesa estudiar, la sustracción internacional, teniendo presente además que este principio de suma importancia, no puede ser desconocido por las autoridades centrales ni por los tribunales pertinentes al momento de decidir o no, la restitución del menor a su país de residencia. Lo antedicho, nos da a entender el interés por humanizar y respetar a los menores en sus decisiones, no sólo visualizándolos como un sujeto que puede detentar derechos, sino que además es visto como una persona capaz de dar a entender su parecer respecto de las circunstancias que enfrenta en una situación como lo implica el procedimiento de restitución.

CAPITULO SEGUNDO

INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño suscrita por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, suscrita por el gobierno de la República de Chile con fecha 26 de Enero de 1990 y promulgada como Ley de la República por Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 14 de Agosto de 1990.

Este tratado internacional tiene como aspiración fundamental el hacer del tema de la situación de la infancia una prioridad internacional y un imperativo jurídico y moral para el Estado, que tenga validez en todo tiempo y circunstancia. La Convención pretende convertirse en un instrumento de eficacia universal para exigir el respeto y observancia de los Derechos Humanos que corresponden con exclusividad a los niños, para superar de esa manera el error tradicional e histórico de considerar restringidamente estos derechos fundamentales circunscrito casi exclusivamente al ámbito de los adultos.

Los derechos consagrados en la Convención que dicen relación con la Restitución Internacional de Menores son:

A.- Derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos.

Este derecho está consagrado en los artículos séptimo y octavo de la convención, que transcribo a continuación:

Artículo Séptimo: *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

Artículo Octavo: *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*

Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

En estos dos artículos se desarrollan básicamente tres aspectos de la identidad de la persona. Primero, el nombre, que la individualiza frente al resto del mundo. Segundo, la nacionalidad, que la adscribe dentro de un Estado o comunidad humana con un sentido de pertenencia y tercero, las relaciones de familia, núcleo esencial de la sociedad, en cuyo seno el legislador desea que se desarrolle el niño y que le permita poseer un estado civil.

La Convención no se refiere explícitamente al estado civil, esto es, el status que posee la persona derivado de sus relaciones de familia. Sólo señala, al respecto, el afán de que el menor esté al cuidado de sus padres y que, naturalmente, los conozca, sin que sufra injerencias ilegítimas, reafirmando a su vez el derecho de esos padres a tener bajo su esfera de poder a sus descendientes.

Las normas nacionales relativas a este derecho están consagradas principalmente en la Constitución Política de la República y en el Código Civil. En lo que se refiere a la Constitución, hay que tener presente las siguientes disposiciones:

- a) **Artículo 19 N° 10 inciso 2º:** “ *Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, y corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho*”

- b) **Artículo 19 N° 11 inciso 4º:** “*Los padres tiene el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.*”

En lo relativo al Código Civil, el derecho del menor a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, está consagrado en los siguientes artículos:

- a) **Artículo 222:** “*La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.*”

- b) **Artículo 224:** “*Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos. El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.*”

- c) **Artículo 225 inciso 1º:** *“Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.”*
- d) **Artículo 236:** *“Los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida.”*

B.- Derecho a no ser separado de sus padres.

Este derecho está consagrado en el artículo noveno de la Convención, que en sus aspectos principales señala:

Artículo Noveno inciso 1º y 2º: *“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.*

Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

El predicamento de esta norma es que el niño viva junto a sus padres. No podrá separarse al menor de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo por motivos graves calificados por la autoridad judicial ante lo cual los padres podrán hacerse oír, en conformidad con el principio de la “bilateralidad de la audiencia”. La separación habrá de fundarse solamente en consideración al interés superior del niño. Al respecto la Convención específica, distinguiendo los casos de maltrato o descuido de los padres.

El código civil reglamenta los casos en que los que el menor puede ser separado de sus padres, señalando en el artículo 226 que el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona.

C.- Derecho a relacionarse periódicamente con los padres.

Este derecho del menor se encuentra consagrado en el artículo noveno y décimo de la Convención, que en sus aspectos básicos señala:

Artículo Noveno inciso 3º y 4º: *“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. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”*

Artículo Décimo: *“De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.*

El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.”

De acuerdo a lo expresado en los artículos antes descritos, se concede el derecho al niño de visitar al padre o madre con quien no viva que, en sí mismo, es también un derecho para ese padre o madre.

Si uno o ambos padres pierden la libertad o han sido expulsados del país, el Estado Parte se compromete a proporcionar la información básica necesaria para que sus familiares más cercanos sepan de su paradero. No lo dice explícitamente la norma, pero debe desprenderse del espíritu de la Convención que también a estos casos se extiende el derecho del niño a visitar a su padre o madre, salvo que ello pueda serle perjudicial.

Nuestra legislación consagra el derecho del niño a mantener relaciones periódicas con sus padres en el artículo 229 del Código Civil que señala: El padre

o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

El artículo décimo de la Convención se pone en el caso de que padres e hijos vivan en países diferentes o que la familia esté dispersa en distintas latitudes. En esta situaciones, los Estados Partes se comprometen a permitir la reunión de la familia, autorizando a padres e hijos a salir y entrar del país donde se encuentren. La Convención desea que el menor pueda ser visitado o pueda visitar a sus padres. Excepcionalmente, limita esta libertad de traslado, estableciendo como fundamento, la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral pública o los derechos o libertades de otras personas.

D.- Derecho a permanecer en el país.

Está consagrado en el artículo 11 y 35 de la Convención, que en sus aspectos generales señala:

Artículo Undécimo: *“Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.”*

Artículo Trigesimoquinto: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”*

Estos dos artículos no consagran directamente derechos a favor del menor, sino que son normas penales que tipifican conductas ilícitas contrarias al interés superior del niño y que los Estados se comprometen a precaver e impedir.

Chile, siguiendo la normativa de los artículos precedentes, a suscrito dos Tratados Internacionales, relacionados al tema, entre ellos está la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores y un Tratado Bilateral con la República Oriental del Uruguay sobre Restitución de Menores.

2.- Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrita en la Haya el 25 de Octubre de 1980, publicada en el Diario Oficial el 17 de junio de 1994.

La Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, fue adoptada en la XIV Sesión de la Conferencia de la Haya, sobre Derecho Internacional Privado, con fecha 25 de Octubre de 1980; suscrita por el Gobierno de la República de Chile el 25 de Febrero de 1994 y promulgado como Ley de la República por Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 30 de Marzo de 1994.

Esta Convención tiene como aspiración fundamental “proteger al niño, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales de un traslado o de una retención ilícita, y de establecer procedimientos, para garantizar el regreso inmediato del niño al Estado de su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita.”⁹

a. Los intervinientes en la Sustracción.

El Menor, centro de protección convencional.

El punto de referencia básico acerca de la persona del menor es el artículo 4, que señala: “*El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.*”

⁹ Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, Preámbulo, La Haya, 1980.

Cuando el Derecho Internacional Privado trata de proteger a los Menores, el punto de referencia para la determinación de quien es menor lo tendremos normalmente en la fijación de una edad límite. Según se trate de una institución protectora u otra, la edad establecida será distinta en función de los objetivos protectores que se persigan. Se trata, por tanto, de encontrar los elementos uniformes de la noción de menor en relación con cada medida protectora y de evitar una definición uniforme forzada que afectaría a puntos neurálgicos de cada ordenamiento jurídico.

Siempre que se habla de menor se está haciendo referencia a una persona que, en razón de la edad, aun no ha alcanzado la plena capacidad jurídica y de obra. Y se habla de menor como contraposición a la mayoría de edad, que se alcanza cuando por cumplir una edad determinada se pierden las incapacidades propias de la minoridad.

De esta misma forma, para nuestra legislación nacional, es menor de edad todo aquel que no ha cumplido los 18 años, según lo establece el Código Civil en su artículo 4°. Por esta razón, y para no provocar una pugna entre la legislación chilena y el Convenio, en el Decreto 386 de 1994 en que se promulgó la mentada Convención, se hace la salvedad de que "Chile entiende el artículo 3 de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños en el sentido de que no se opone a la legislación nacional que estipula que el derecho de tuición y custodia se ejerce hasta los 18 años de edad".¹⁰ Es decir, para Chile el Convenio rige hasta que los niños tengan 18 años.

Sujeto Pasivo: La persona, institución u organismo cuyo derecho haya sido violado.

¹⁰ Decreto N° 386. Promulga la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños de fecha 30 de Marzo de 1994. Diario Oficial. Santiago de Chile. 17 de Junio de 1994.

A ello se refiere el artículo 3 letra A, que señala: *“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”*.

Es frecuente que ante un secuestro se fije la atención en la persona de uno de los padres al preguntarse a quien se privó del cuidado del menor, sin considerar que el cuidado personal de un menor no solo puede corresponderles a ellos.

De acuerdo a la norma antes descrita, pueden tener atribuida el cuidado personal de un menor:

1. Personas Naturales: como papá, mamá, tíos, abuelos, etc.
2. Personas Jurídicas: instituciones u organismos de carácter público o privado.

Debemos señalar que de acuerdo al Convenio, el cuidado personal puede ejercerse de manera individual o conjunta, que ante una sustracción tiene una doble virtud:

- Por una parte, pone de manifiesto que el ejercicio individual del cuidado personal no puede implicar discriminación respecto a otras personas que tengan derecho a relacionarse con el menor, y
- En igual sentido, cuando dos o más personas tengan derecho al ejercicio conjunto del cuidado personal de un menor, ninguna de ella podrá convertir el ejercicio de su derecho en una discriminación hacia las demás personas que también lo tengan.

De acuerdo al artículo 21 del Convenio, hay que tener presente que, tanto el derecho de cuidado personal como el derecho de una Relación Directa y Regular son objeto del Convenio por cuanto la sustracción puede tener lugar como consecuencia de la violación de ambos.

En definitiva, la violación del ejercicio pacífico del derecho de Relación Directa y Regular ha de considerarse como sustracción a la luz del Convenio y, en consecuencia, sus mecanismos protectores entrarán en funcionamiento, de la misma forma que está establecido para la protección del derecho de Cuidado Personal.

Entonces, el ámbito de aplicación de esta Convención incluye:

a.- Toda persona, natural o jurídica, que tuviese la responsabilidad del Cuidado Personal del menor en el momento en que la sustracción tuvo lugar.

b.- La persona que ejerza un derecho de Relación Directa y Regular y le sustraigan el menor sobre quien lo ejercía, al igual que la persona que debiendo ejercer tal derecho, un tercero se lo impide, negándole acceso al menor. Ya sea por desplazamiento o por retención de carácter internacional, cuando quien tiene derecho a ejercer un derecho de Relación Directa y Regular no puede hacerlo, ello quiere decir que ha cometido una infracción en sentido convencional y que estamos ante un caso de sustracción.

El Sujeto activo: El secuestrador.

Debemos tener presente las siguientes ideas:

- En el Convenio no hay ninguna configuración acerca de la persona que sustrae.

- La figura convencional del sustractor se deduce del hecho de que hay una sustracción y como contraposición a la persona que se le sustrae el menor.

A tenor del Convenio, puede ser sustractor: cualquier persona, natural o jurídica, sola o conjuntamente, que crea tener un título legítimo que ampare su pretensión.

b. Procedimiento establecido en la Convención para el retorno inmediato del menor sustraído.

Primero que todo, debemos recordar quienes pueden ejercer la acción de restitución del menor, de acuerdo al procedimiento establecido en la Convención. Son sujetos activos: toda persona natural o jurídica que reclame que un niño ha sido trasladado o retenido ilícitamente en violación de un derecho de Cuidado Personal o Relación Directa y Regular.

Esta persona, natural o jurídica, puede recurrir a la Autoridad Central del lugar de residencia habitual del niño o bien, a la de cualquier otro estado contratante, para solicitar asistencia con el fin de asegurar el regreso del niño. Como ya lo señalamos antes, también está la posibilidad de que se presente la solicitud ante las autoridades judiciales directamente, sin la intervención de las Autoridades Centrales respectivas, pero en este caso es conveniente, poner en conocimiento a la Autoridad Central del Estado en cuestión a fin de que en el caso que se ordene la restitución del menor, ésta se haga en forma más expedita.

En el caso de Chile, la Autoridad Central, encargada de cumplir con las obligaciones impuestas por la Convención, es la Corporación de Asistencia Judicial, Oficina de Tramitación Internacional.

La solicitud, para poder ser tramitada debe contener los siguientes elementos:

- a) “Informaciones relativa a la identidad del solicitante, del niño y de la persona que supuestamente se llevó o retuvo al menor;
- b) La fecha de nacimiento del niño, si fuera posible obtenerla;
- c) Los motivos en los cuales se basa el solicitante para reclamar el regreso del niño;
- d) Todas las informaciones disponibles respecto de la ubicación del niño y la identidad de la persona con la que se presume que éste se encuentra;

La solicitud podrá ser acompañada o complementada por:

- e) Una copia legalizada de cualquier resolución o acuerdo pertinente;
- f) Un certificado o una declaración jurada que provenga de la Autoridad Central o de otra autoridad competente del Estado de residencia habitual del niño, o de una persona calificada, con respecto a la ley del Estado sobre esta materia;
- g) Cualquier otro documento pertinente”.¹¹

La Comisión Especial encargada del estudio y de la elaboración de la Convención sobre la Sustracción Internacional de Menores, realizó una fórmula tipo de solicitud, dejando a los delegados de la XIV Sesión de la Haya la decisión final de si aquella debería anexionarse al Convenio o si, por el contrario, tendría el carácter de simple recomendación. Después de numerosos estudios, se llegó a la conclusión de que ésta fórmula tipo, sólo sería una recomendación.

¹¹ Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Artículo 8, La Haya, 1980.

Una nota característica clave del Convenio, es la ausencia de formalismos en el procedimiento del Convenio. Esto queda demostrado en el artículo 30 de la Convención, que señala, toda solicitud, documento o información presentada a la Autoridad Central o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, serán válidas. Es mas, el artículo 23, dice que “ninguna legalidad ni formalidad similar será requerida en el contexto del Convenio”, ello, a mi juicio, sin perjuicio de la exigencia de autenticación de copias o documentos privados, según la ley interna de los Estados afectados.

“En caso de que la Autoridad Central que reciba una solicitud tuviere motivos para pensar que el niño se encuentra en otro Estado Contratante, ésta transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de dicho Estado Contratante, e informará a la Autoridad Central requirente o al solicitante”.¹²

Una vez ingresada la solicitud, el Estado requerido deberá adoptar las siguientes medidas:

- a) Localizar al niño que ha sido trasladado o retenido ilícitamente;
- b) Prevenir nuevos peligros para el niño o perjuicios para las partes interesadas, adoptando o disponiendo la adopción de medidas provisionales;
- c) Asegurar la devolución voluntaria del niño, o facilitar una solución amigable;
- d) Intercambiar, si ello fuera útil, informaciones relativas a la situación social del niño;
- e) Proporcionar informaciones generales sobre las leyes de su Estado relativas a la aplicación de la Convención;

¹² Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, Artículo 9, La Haya, 1980.

- f) Entablar o facilitar el inicio de un procedimiento judicial o administrativo, con el fin de obtener un regreso del niño y, llegado el caso, permitir la organización o el ejercicio efectivo del derecho de Relación Directa y Regular;
- g) Otorgar o facilitar, llegado el caso, la obtención de asesoría judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- h) Asegurar, en el plano administrativo, si fuera necesario y oportuno, el regreso sin peligro del niño;
- i) Mantenerse informado sobre el funcionamiento de esta Convención y, en la medida que sea posible, eliminar los obstáculos que pudieren presentarse para su aplicación.

De acuerdo al artículo 2 y 11 de la Convención, las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes deberán recurrir a procedimientos de urgencia para el regreso de los niños. Nuestro país, recién en el año 1998, cuatro años después de aprobada y entrada en vigencia la Convención, mediante un Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema, señaló el procedimiento aplicable a la Convención, que fue modificado recientemente y será analizado en el siguiente capítulo.

El mismo convenio establece un plazo para el procedimiento, que no puede exceder de seis semanas. Así, el artículo 11 inciso 2º, señala: “Si la autoridad judicial o administrativa respectiva no adoptare una resolución en un plazo de seis semanas a contar del inicio de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requirente o requerido, podrá pedir una declaración sobre las razones del retraso”.

Esta disposición es un claro reflejo de las garantías procesales que amparan al solicitante y sirve como presión para que las autoridades judiciales y administrativas actúen de la manera más rápida posible en la toma de decisión respecto al menor.

Una vez que se ha iniciado el procedimiento y la solicitud ha sido aceptada por la Autoridad Central correspondiente, hay que distinguir dos actuaciones (artículo12):

- 1) Cuando ha transcurrido menos de un año desde que se llevo a cabo el traslado o retención ilícita del menor, la autoridad deberá ordenar su regreso de inmediato.
- 2) Cuando ha transcurrido mas de un año, desde que se llevo a cabo el traslado o retención del menor, el tribunal también deberá ordenar el regreso del menor, salvo que se demuestre que el menor se ha integrado a su nuevo medio.

No obstante lo señalado anteriormente , la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar el regreso del niño, en caso de que la persona, natural o jurídica, que se opone a su regreso, pruebe que:

- a) “La persona, la institución o el organismo que estaba encargado del cuidado del niño, no ejercía realmente el derecho de Cuidado Personal en el momento del traslado o la retención, o había consentido o accedido posteriormente a dicho traslado o retención; o
- b) Existe un grave riesgo de que el regreso del niño, lo exponga a un peligro físico o sicológico, o de otro modo lo ponga en una situación intolerable”.¹³

¹³ Convención sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores, Artículo 13, La Haya, 1980.

También podrá rechazar la solicitud si comprueba que el menor se opone a su regreso, y ha llegado a una edad y a un grado de madurez, en las que su opinión merece tenerse en cuenta.

Debemos tener presente, que estas excepciones al retorno del niño, corresponde probarlas a quien se oponga a la restitución del menor a su lugar de residencia habitual antes de ser trasladado o retenido ilícitamente.

Respecto al derecho de Relación Directa y Regular, las solicitudes podrán ser presentadas conforme a las mismas reglas recién señaladas, para obtener el regreso del menor.

Un principio muy importante del procedimiento convencional, es la tendencia a la gratuidad. En efecto, el artículo 22 del Convenio dispone que los Estados no pueden exigir caución ni depósito alguno en los procedimientos derivados de la aplicación del Convenio, con independencia de la nacionalidad o residencia habitual que tengan las partes.

El artículo 26 establece el mismo principio, señalando que “cada Autoridad Central soportará sus propios gastos”. Sin embargo, el inciso segundo del mismo artículo, estipula que se puede exigir el pago de aquellos gastos en que se incurra vinculados con el regreso del menor; y así es como nuestro país aplica el principio de la gratuidad de la Convención: El Estado corre con todos los gastos procesales, incluidos los abogados (la Oficina de Tramitación Internacional de la Corporación de Asistencia judicial, Autoridad Central en nuestro país, cuenta con dos abogados con dedicación exclusiva al tema), sin embargo, debido a los pocos recursos con los que se cuenta, los gastos de retorno del menor es de cargo de las partes involucradas.

3.- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

La Asamblea general de la Organización de Estados Americanos, en 1983, resolvió encomendar al Instituto Interamericano del niño la realización de trabajos y estudios relacionados con el tema de Restitución Internacional de Menores, para examinar la problemática existente en la región.

Después de analizar el tema y de muchas discusiones al respecto, se logró aprobar en 1986 el Proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, que entró en vigencia el 15 de Julio de 1989 para todos aquellos países que lo hayan suscrito y ratificado.

Este Convenio tiene gran similitud con la Convención de la Haya de 1980 y resulta interesante hacer referencia a sus aspectos más importantes.

- 1) Se aplica en los casos de Sustracción Internacional de Niños, sin embargo, al igual que la Convención de la Haya, no señala qué se entiende por sustracción.
- 2) Para los efectos del Convenio, se considera “menor” a toda persona que no ha cumplido los 16 años. En consecuencia, la Convención es aplicable en caso de traslado o retención ilícita de un menor de 16 años.
- 3) Señala que se comprende el “Derecho de Cuidado Personal” y “Derecho de Relación Directa y Regular”, en los mismos términos que la Convención de la Haya.
- 4) Establece un sistema de Autoridades Centrales competentes para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias en restitución de los menores secuestrados, que se tramitarán ante el juez competente y a petición de los jueces del Estado de la residencia habitual del menor.

5) Son competentes para conocer de la solicitud de restitución:

a) La autoridad judicial o administrativa del Estado Parte donde el Menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

b) A opción del actor y cuando existen razones de urgencia, la autoridad del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone que se encontrare el menor.

6) La solicitud, debe contener los siguientes elementos:

a) “Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o retención.

b) La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado.

c) Los fundamentos de Derecho en que se apoya la restitución del menor.

A la solicitud se deberá acompañar:

a) Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o el acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable.

b) Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante.

c) Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el Derecho vigente en la materia.

Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.”¹⁴

El procedimiento es muy similar al señalado en la Convención de la Haya, pero a diferencia de este último, se necesitara de una Resolución Judicial para presentar la solicitud de restitución.

7) El artículo 11, señala las excepciones al retorno, que son iguales a las establecidas en el Convenio de la Haya.

8) “El procedimiento de restitución, debe iniciarse dentro del plazo de un año, contado desde la fecha en que el menor hubiese sido trasladado o retenido. Si se desconoce el paradero del menor, el plazo se cuenta desde el momento en que ha sido localizado efectivamente”.¹⁵

9) “La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda”.¹⁶

¹⁴ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Artículo 9, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 1989.

¹⁵ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Artículo 14, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 1989.

¹⁶ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Artículo 15, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 1989.

Como hemos podido apreciar, el Convenio Interamericano es muy similar al Convenio de la Haya ya que el primero se basó en todos los principios de éste último, razón por la cual Chile no ha ratificado el Convenio Americano.

CAPITULO TERCERO

NORMATIVA NACIONAL RELACIONADA CON LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES Y TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

1.- Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Este Auto Acordado, fue publicado en el Diario Oficial el 03 de Noviembre de 1998, cuatro años después de haber entrado en vigencia en Chile como Ley de la República, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Modificado por el Acta 23.2002, de fecha 03 de mayo de 2002.

Entre el año 1994 (en que entró en vigencia la Convención en nuestro país) y el año 1998 (en que se dictó el Auto Acordado), los Tribunales de Familia no tenían establecido un procedimiento determinado para la aplicación del Convenio. Se regían hasta entonces, por lo señalado en el artículo 2 y 11 de la Convención que dice, “ las autoridades judiciales o administrativas deberán recurrir a los procedimientos de urgencia para el regreso de los niños”. Ahora, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el único procedimiento de urgencia que establece nuestra legislación es el procedimiento sumario, que los jueces, ante la inexistencia de una reglamentación específica para la aplicación del Convenio, se vieron en la necesidad de utilizarlo en tal sentido. Todo esto, produjo una serie de errores procedimentales a la luz del Convenio y una gran confusión en los jueces por la incertidumbre de no saber si estaban aplicando bien la Convención, en beneficio del Interés superior del niño.

Los aspectos más importantes del Auto Acordado en estudio y que señala el procedimiento a seguir por los Jueces en la aplicación del Convenio sobre Sustracción Internacional de Menores, son:

- 1) Será competente para conocer de la solicitud: El Tribunal de Familia del presunto domicilio del menor.

- 2) Una vez ingresada la solicitud, el Tribunal deberá ordenar de inmediato, la localización del menor en el territorio nacional y decretar la orden de arraigo, para que este no pueda salir del país hasta que se tome una decisión definitiva a su respecto.

- 3) La solicitud, deberá ser proveída dentro del plazo de 24 horas siguientes a su interposición, fijándose un comparendo para dentro de quinto día contado desde la última notificación.

- 4) Respecto a este comparendo, es importante destacar:
 - a) Debe realizarse con la asistencia de la persona solicitante y solicitada, y el menor.
 - b) La audiencia tiene por objeto establecer si el menor se encuentra en el país y si concurre alguna oposición a la entrega del menor.

 - c) La prueba deberá rendirse en la misma audiencia, si fuere necesario; y se apreciará “en conciencia”.

 - d) El Tribunal puede decretar medidas para mejor resolver si lo estima necesario. Estas deberán evacuarse dentro del plazo de 15 días, al cabo del cual, las no cumplidas se tendrán por no decretadas.

También es importante señalar, que de acuerdo al artículo 10 del Auto Acordado, las medidas para mejor resolver se decretarán para verificar si se configuran las circunstancias de oposición previstas en los artículos 12 y 13 de la Convención Internacional, que facultan a la Autoridad Judicial para no ordenar el regreso del menor, y si éste se encuentra en el país.

5) La resolución que cita a comparendo, se notifica personalmente a través de Carabineros de Chile, Receptor Judicial o por Receptor ad hoc que el Juzgado designará en su caso. Si el notificado no hubiere habido, bastará que el Ministro de fe certifique que se trata de su morada para poder notificársele conforma al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de establecer que éste se encuentra en el lugar del juicio.

6) La sentencia definitiva, deberá dictarse en plazo de cinco días, contados desde el comparendo o del cumplimiento de las medidas para mejor resolver.

7) Las resoluciones que se dicten en el procedimiento, no son susceptibles de recurso alguno, salvo la Sentencia Definitiva que puede ser apelada dentro de quinto día, contado desde la notificación, debiendo resolverse en cuenta por el tribunal. A este respecto, la reciente modificación del Auto Acordado, agregó que el tribunal de alzada tiene el plazo de cinco días para resolver de la Apelación, contados desde que ingresen los autos en Secretaría y sin esperar la comparencia de las partes.

A pesar de que existe un procedimiento específico para la aplicación del Convenio, señalado tanto por la Convención como por el Auto Acordado dictado por la Excelentísima Corte Suprema, los jueces chilenos no lo aplican correctamente en aras de lograr el “Interés Superior del Niño”. Como veremos más adelante, en la jurisprudencia, muchas veces, los jueces de primera instancia no

se arriesgan a tomar una decisión que beneficie verdaderamente al menor, por temor a ser sancionados por el Tribunal de Alzada o, erróneamente, sentencian sin tener los antecedentes necesarios para determinar el retorno del menor o su denegación, y esto se debe principalmente a que no cuentan con el tiempo necesario para realizar las diligencias indispensables, como son los Informes sociales y psicológicos del menor, para de esta manera fallar logrando su mayor bienestar.

2.- Medio Extrajudicial: La restitución voluntaria y la solución amistosa.

Existe un procedimiento no contencioso de restitución para conseguir la restitución del menor de 16 años. En virtud de lo dispuesto en el artículo 7, letra c), del Convenio de la Haya de 1980, las Autoridades Centrales deberán adoptar medidas para garantizar la restitución voluntaria del menor de 16 años o facilitar una solución amigable al conflicto.¹⁷

Artículo 7, letra C: *“Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.*

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;”

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

¹⁷ MIRALLES Sangro, P.P. El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, pp. 157-158.

Artículo 10: *“La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor”.*

La restitución voluntaria requiere de un grado de espontaneidad del que carece la solución amigable. Miralles Sangro las diferencia expresando que “en el retorno voluntario, el tipo de espontaneidad ha de ser plena, mientras en el amistoso tendrá que darse, además de un mínimo grado de espontaneidad, una dosis de mediación, negociación o intervención de una tercera persona o entidad”.¹⁸

La comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción de menores y la implementación del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños de los años 2001 y 2006 han recomendado fomentar la restitución voluntaria del menor de 16 años cuando sea posible, con la intervención de la Autoridad Central y sin que las medidas adoptadas impliquen un retraso indebido en el procedimiento (judicial o administrativo) de restitución.¹⁹

En cuanto a la búsqueda de una solución amigable entre las partes, distintos métodos alternativos de resolución de conflictos pueden resultar útiles. Desde la Conferencia de La Haya se ha fomentado el manejo de estos métodos en asuntos vinculados al derecho de familia internacional.²⁰ Sin embargo, para la

¹⁸ Ídem.

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

²⁰ Si bien el CLH 1980 no hace una expresa referencia a la mediación como procedimiento para la búsqueda de soluciones amistosas, convenios posteriores sí la incluyen. Es el caso del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de

Conferencia de La Haya la mediación resulta más ventajosa que otros métodos, principalmente porque (a) es un proceso estructurado pero flexible, lo que permite adaptarlo a cada caso; (b) permite la discusión simultánea de cuestiones jurídicas y otras que no lo son, así como la participación informal de terceros que podrían no tener legitimación para intervenir en un proceso judicial; (c) las partes son las que construyen la solución al conflicto; (d) la mediación puede ayudar en las etapas tempranas del conflicto, evitando que éste se intensifique y (e) evita procesos legales engorrosos y costosos, tanto para las partes como para los Estados.²¹

La misma guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya de 1980 define a la mediación, ya que esta puede variar significativamente en distintas publicaciones o textos jurídicos, como un proceso voluntario y estructurado mediante el cual un mediador facilita la comunicación entre las partes de un conflicto, permitiendo que ellas se hagan cargo de encontrar una solución para este conflicto.

La mediación puede constituir un mecanismo de solución entre las partes cuando el ejercicio de las acciones de restitución sea obstaculizado por circunstancias derivadas de su ámbito de aplicación, de la no localización del menor, y para la operatividad de los motivos de denegación del retorno.²² Se ha discutido sobre la utilización de la mediación en casos donde se ha producido violencia doméstica, ya que este método puede ser una oportunidad para que el

niños, en vigor desde el 1 de enero de 2002; el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de los adultos, en vigor desde el 1 de enero de 2009; y el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, en vigor desde el 1 de enero de 2013. Al 13 de octubre de 2014, Chile no ha adherido a ninguno de estos convenios.

²¹ Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Mediación. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. La Haya: Hague Conference on Private International Law, 2012, p. 23.

²² CAAMIÑA Domínguez, C.M. Sustracción Internacional de menores. En: Yzquierdo Tolsada, M./Cuena Casas, M. Tratado de Derecho de Familia, Vol. VI. Editorial Thompson Reuters, Pamplona 2011, pp. 606-658;

agresor manipule o intimide a su víctima. Algunos consideran que en casos de violencia doméstica, la mediación no debiese permitirse. Otros, creen que bien manejada y asegurando que la mediación sea una elección de las partes, puede ser un mecanismo que resuelva el conflicto y no prive a los menores de 16 años de su derecho a relacionarse con ambos padres.²³

Para que la mediación sea una alternativa válida, el procedimiento debe ofrecer ciertas garantías a las partes involucradas que lo hagan más atractivo frente al procedimiento judicial o administrativo de retorno. Al respecto, la doctrina ha sistematizado las siguientes garantías: a) debe otorgar seguridad, es decir, ser complementario al procedimiento judicial de retorno cuando éste ya se ha iniciado, y debe desarrollarse manteniendo localizado al menor de 16 años; b) cualquier mediación debe iniciarse y concluirse en un tiempo inferior al establecido en el Convenio de la Haya de 1980 (seis semanas); c) tanto los Estados involucrados como las partes deben aceptar el procedimiento de mediación; d) el progenitor víctima de la sustracción debe en todo momento contar con traductores e intérpretes que le permitan conocer y comprender lo que sucede en el procedimiento; e) el progenitor víctima de la sustracción debe contar con ciertos incentivos para someterse a la mediación; f) los mediadores deben ser especializados y el esquema de la mediación debe contar con el apoyo de las partes y sus abogados; g) una vez alcanzado el acuerdo, debe procurarse que este tenga efectos jurídicos, evitando que sea ignorado en un país extranjero.²⁴

En Chile, la ley define mediación familiar como “aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos,

²³ Sobre la mediación en casos sobre sustracción internacional de menores envueltos en situaciones de violencia doméstica, vid.: Alanen, J. «When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense». *The University of Miami Interamerican Law Review*, vol. 40, n° 1, 2008, pp. 49-108.

²⁴ CALVO Babío, F. *La mediación en la sustracción internacional de menores*. AA.VV. *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Editorial Dykinson, Madrid, 2006, p. 174.

mediante acuerdos”.²⁵ Tiene carácter previo a la interposición de la demanda en las causas relativas a derecho de alimentos, cuidado personal y régimen de relación directa y regular, y en el resto de las materias podrán llevarse a cabo si las partes así lo desean.²⁶ Cuando se trate de asuntos en que la mediación no sea un requisito previo a la interposición de la demanda, como es el caso de la sustracción internacional de menores, el juez puede ordenar que un funcionario especialmente calificado instruya a las partes sobre la alternativa de recurrir a ella, y durante el curso de la demanda ambas podrían solicitarla.²⁷ La mediación familiar será conducida por cualquier persona que se encuentre inscrita en el registro de mediadores del ámbito territorial en el que preste servicios.²⁸

La Autoridad Central de Chile, respondiendo al cuestionario de funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 1980 del año 2006, informó que la falta de personal adecuado para realizar restituciones voluntarias o soluciones amigables ha impedido tomar medidas dirigidas a incentivar este tipo de soluciones, utilizándose sólo la conciliación judicial, incluida en el procedimiento ordinario de la Ley N° 19.968. Agrega que en los pocos casos en que se ha llegado a un acuerdo a través de la conciliación judicial, la experiencia en la materia no ha sido positiva, pues por lo general el sustractor huye con el menor de 16 años en el tiempo que media entre la ratificación del acuerdo y la ejecución del mismo.²⁹

²⁵ Ley N° 19.968. Crea los Tribunales de Familia. Artículo 103. Santiago. 30 de agosto de 2004.

²⁶ Ley N° 19.968. Crea los Tribunales de Familia. Artículo 106. Santiago. 30 de agosto de 2004.

²⁷ Ley N° 19.968. Crea los Tribunales de Familia. Artículo 107. Santiago. 30 de agosto de 2004.

²⁸ Ley N° 19.968, crea los Tribunales de Familia, 30 de agosto de 2004. Artículo 112: “El ámbito territorial en el que un mediador puede prestar servicios corresponderá al menos a todo el territorio jurisdiccional de un Tribunal de primera instancia con competencia en asuntos de familia, y a lo más al territorio jurisdiccional de una C.A o de varias, siempre que se encuentren en la misma región.”

²⁹ Autoridad Central de Chile. Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (2006). Disponible en: http://www.hcch.net/upload/wop/abd_pd01s2006.pdf [consulta: 13 octubre 2014].

Fuera del marco convencional, la mediación puede transformarse en la única alternativa para dar solución al conflicto, cuando no existan otros acuerdos en la materia.³⁰ Asimismo, en casos mediáticos o de revuelo internacional, la denominada “mediación a alto nivel” puede resultar de gran utilidad para que el Estado al que el menor de 16 años fue traslado o en el que está retenido, reconozca ciertos derechos y tome medidas encaminadas a resolver el asunto.³¹

³⁰ Chile sólo ha suscrito un acuerdo en materia de retención y traslado ilícito de menores de 16 años distinto a la CLH 1980. Se trata del Convenio bilateral entre Chile y la República Oriental del Uruguay de 1982. Decreto N° 288, 31 de mayo de 1982.

³¹ CALVO Babío, F. La mediación en la sustracción internacional de menores. AA.VV. Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar. Editorial Dykinson, Madrid, 2006, p. 174. Frente a la gran variedad de casos sobre sustracción internacional, Calvo Babío señala que la mediación puede cumplir un papel en tres sentidos: (a) mediación a alto nivel, es decir, a través de los gobiernos, originada por el eco mediático que ha tenido el caso, lo que puede llevar no sólo a la solución del conflicto sino también a que se adopten acuerdos a nivel gubernamental o a la suscripción de convenios; (b) mediación en casos donde no exista convenios: principalmente con países no occidentales y (c) mediación en procedimientos convencionales.

ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 19.968 Y MODIFICACIÓN SUSTANCIAL A LA SOLUCIÓN NORMATIVA CHILENA PARA LA TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE RESTITUCIÓN.

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

A) Dificultades en la aplicación del Auto Acordado de la Corte Suprema.

Como ya se mencionó, desde la entrada en vigor del Convenio de la Haya de 1980 en el año 1994, ni las autoridades políticas ni las administrativas han dictado normativa alguna relativa a un procedimiento de urgencia para la tramitación de las solicitudes de retorno. La falta de normas procesales se subsanó el año 1998 con el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo los efectos civiles del secuestro internacional de menores de 1998, modificado el 17 de mayo de 2002, cuyo objetivo fue específicamente contar con un procedimiento expedito para las solicitudes de retorno. Hasta la fecha, el Auto Acordado es la única

disposición que colabora con el funcionamiento efectivo del Convenio de la Haya de 1980, aunque en la práctica judicial se ha visto parcialmente derogado por la Ley N° 19.968 sobre tribunales de familia, en vigor desde 2005.

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

En primer lugar, la potestad normativa de la Corte Suprema, particularmente en relación a los Autos Acordados, no recibe un tratamiento ni en la doctrina ni en la jurisprudencia que permita su inserción en un modelo que explique con claridad, y de un modo compatible con la Constitución Política, la distribución de potestades, ya que la Constitución Política no establece un criterio que delimite el ejercicio de dicha potestad reglamentaria, como sí lo hace con la potestad legislativa y reglamentaria del Congreso y del Presidente de la República.³²

En segundo lugar, los tribunales de justicia han entendido que la Ley N° 19.968 ha derogado tácita y parcialmente el Auto Acordado aplicable al Convenio de la Haya de 1980, porque la Ley N° 19.968 sería una norma posterior y de jerarquía superior al Auto Acordado. Lo curioso es que ni el Convenio de la Haya de 1980 ni las materias que éste trata están incorporados en el artículo 8 de la Ley N° 19.968 que establece taxativamente las materias sometidas a la competencia de los tribunales de familia. Al respecto, las disposiciones derogadas tácitamente por la Ley N° 19.968 serían todos aquellos artículos del Auto Acordado que resulten incompatibles con la ley. Por ejemplo, la jurisprudencia ha declarado que el artículo 9 del auto acordado relativo al recurso de apelación, fue derogado por el artículo 67 de la Ley N°19.968, el cual dispone que el tribunal de alzada conocerá

³² ALDUNATE Lizana, E. La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional». Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, n° 33, pp. 371-390.

y fallará la apelación sin esperar la comparecencia de las partes, las que se entenderán citadas sólo por el ministerio de la ley a la audiencia en que se conozca y falle el recurso, y efectuada la relación, los abogados de las partes podrán dividir el tiempo de sus alegatos para replicar al de la otra parte. Por lo tanto, “las apelaciones en materia de familia deben ser conocidas siempre en relación, es decir, previa vista de la causa, cumpliéndose con el conjunto de actuaciones y trámites que la ley ordena para que el tribunal de alzada quede habilitado para conocer del asunto y resolverlo”.³³ La Corte Suprema ha agregado que “en contra de la sentencia que resuelve esta clase de asuntos, proceden los recursos que el artículo 67 contempla, es decir, los de apelación y casación”.³⁴ Asimismo, en relación al plazo de cinco días para deducir el recurso de apelación contra la sentencia definitiva dispuesto en el auto acordado, la Corte de Apelaciones de Valdivia ha señalado que este se encuentra derogado, a la luz de lo dispuesto en la Ley N° 19.968, conforme al cual las partes tienen un plazo de diez días hábiles para deducir el recurso de apelación. Otra disposición del auto acordado derogada tácitamente es la referida a la apreciación de la prueba en conciencia, ya que el artículo 32 de la Ley N° 19.968 establece que “los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”. Un mecanismo más adecuado para subsanar las dificultades que presenta la aplicación del Convenio de la Haya de 1980, desde el punto de vista procesal, sería que por medio de una ley que otorgue competencia a los tribunales de familia para conocer y juzgar las cuestiones relativas a la tramitación judicial de las solicitudes amparadas en el Convenio de la Haya de 1980. Dicha ley debería incorporar además, un procedimiento especial de urgencia para la tramitación de las solicitudes, compatible con la Ley N° 19.968 sobre tribunales de familia.

³³ Corte Suprema, 1 de agosto de 2011, rol núm. 2905-2011. Antes de esta sentencia de la Corte Suprema, algunas Cortes de Apelaciones optaron por ver los recursos “en relación” y no “en cuenta”, fundamentándolo en que esta situación “lejos de provocarles algún perjuicio, sólo les beneficia, atendidas las formalidades de que se encuentra revestida la primera de las formas que tiene el tribunal ad quem para conocer de los asuntos sometidos a su decisión”. C.A de Valparaíso, 17 de agosto de 2010, rol núm. 406-2010.

³⁴ Corte Suprema, 1 de agosto de 2011, rol núm. 2905-2011.

B) Escasa experiencia práctica en restitución voluntaria y amistosa.

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

CAPITULO CUARTO

SITUACIÓN ARGENTINA

1.- Los derechos del niño y su recepción por parte de la ley Argentina.

Con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, surgió un cambio en la concepción de la infancia como tal. Los niños dejaron de ser objeto de derecho, para pasar a ser verdaderos sujetos de derecho.

La Convención propuso una serie de principios que debían ser plasmados en la legislación interna de los países. Fue así, que en diciembre de 2005 se dictó la Ley 26.061 sobre “Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, garantizando el ejercicio y el disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y de los tratados internacionales de los que Argentina es parte.³⁵

Entre otras cuestiones de importancia, presenta definiciones de conceptos y cuestiones vinculadas con la restitución de menores, como por ejemplo las nociones de “interés superior del niño” y “residencia habitual”. Por interés superior del niño, entiende la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos reconocidos por la ley.

Asimismo, brinda una calificación propia de residencia habitual, entendiendo por tal, el centro de vida del niño, aquel lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido la mayor parte de su existencia, aunque su Decreto Reglamentario expresa que la residencia habitual será entendida en el sentido otorgado en los convenios internacionales de los cuales Argentina es parte.

³⁵ Ley 26.601. Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Artículo 1. Argentina. 21 de Octubre 2005.

De igual manera, establece que los niños tienen derecho a no ser objeto de secuestro o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma, tienen derecho a ser oídos y expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana y en los procedimientos que los concierne, como también el derecho a la identidad, incluido el derecho a la preservación de su origen y de sus relaciones familiares.

En comparación con Argentina, si bien ratificamos hace más de 24 años la Convención de los Derechos del Niño, nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con un cuerpo legal especializado que permita asegurar que se respeten, promuevan y restauren en su totalidad los derechos de la niñez y adolescencia, siendo el único país de Latinoamérica que no cuenta con una ley de este tipo.

El Comité de los Derechos del Niño, cuya función es supervisar la aplicación de la Convención por los Estados parte, ha propuesto en reiteradas ocasiones la urgencia de modificar nuestra actual legislación contenida en la Ley de Menores, puesto que esta no representa una protección integral de los niños, niñas y adolescentes, ni contiene una verdadera concepción de la niñez acorde con la Convención, pues los reduce sólo a un grupo de niños que requiere de una protección especial y a los que han presentado conflicto con la justicia, esto se traduce en menores que se encuentran en situación de calle o que han sido víctimas de explotación sexual, entre otros.³⁶

2. En cuanto a la restitución de menores.

Como ya hemos planteado, nos encontramos en presencia de un caso de sustracción internacional cuando un menor ha sido trasladado o retenido de manera ilícita en un estado distinto al de su residencia habitual. Para remediar esta situación, los Estados han realizado grandes esfuerzos tendientes a proteger internacionalmente a los menores, producto de ello nacen las Convenciones y la

³⁶ CENTRO UC POLÍTICAS PÚBLICAS. Boletín. Ley de Protección Integral de Derechos de la Infancia. [En línea] Fecha de Consulta: 13 mayo 2015. <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/ley-de-proteccion-integral-de-derechos-de-la-infancia.pdf>

aplicación de los diversos principios y derechos consagrados en ellas, a través de distintas instituciones.

En el ámbito Interamericano, los Estados decidieron hacer hincapié en la solución del problema más que en el conflicto mismo. Es por ello que al momento de redactar la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, reemplazaron el término sustracción, utilizado por el Convenio de la Haya, por el de restitución, que evidencia claramente la finalidad perseguida por el Convenio.³⁷

Ambos Convenios han sido ratificados por Argentina, siendo los Convenios más utilizados por ese país para la resolución de casos de sustracción o retención ilícita de niños en un estado diferente al de su residencia habitual.

Asimismo, Argentina cuenta con instrumentos de carácter bilateral en la materia, el Convenio Argentino – Uruguayo sobre protección internacional de menores, formulado en Montevideo, el 31 de julio de 1981. Este convenio, cuya Autoridad Central de aplicación es el Ministerio de Justicia, si bien se encuentra vigente entre ambos estados, ha sido desplazado en su aplicación por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

3. Restituciones voluntarias.

La Autoridad Central Argentina ofrece siempre al peticionante la posibilidad de intentar una etapa voluntaria extrajudicial antes de radicar el proceso ante la justicia. En el caso de los casos entrantes, que son aquellos en los que se realiza la gestión directamente, se envía una nota al padre sustractor, para que recapacite y restituya al menor en forma voluntaria (o es su caso se fije un régimen de relación directa y regular), explicándosele las consecuencias que acarreará su negativa. Para evitar demoras, se le otorga un plazo de 10 días para responder.

³⁷ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Protección Internacional de los niños. [En línea] Fecha de Consulta: 13 de mayo 2015. <http://www.menores.gob.ar/index.php?sop=restitucion>

En muchos casos, se coordinan reuniones para explicar el procedimiento en forma personal, incluso se han concretado entregas de niños en las oficinas de la autoridad central.³⁸

La Autoridad Central de Chile respondiendo al cuestionario de funcionamiento práctico del Convenio del año 2006, informó que la falta de personal adecuado para realizar restituciones voluntarias o amigables ha impedido tomar medidas dirigidas a incentivar este tipo de soluciones, utilizándose solo la conciliación judicial, incluida en el procedimiento ordinario de la ley número 19.968. Agrega que en los pocos casos en que se ha llegado a un acuerdo a través de la conciliación judicial, la experiencia en la materia no ha sido positiva, pues por lo general el sustractor huye con el menor de 16 años en el tiempo que media entre la ratificación del acuerdo y la ejecución del mismo.³⁹

4. La conciliación.

Como medio de resolución de conflictos, también suele ser intentada por Argentina, prestando su colaboración para la realización de llamadas en conferencia con las partes con sus abogados, en el intento de llegar a una solución amistosa, apelando a veces también a la intervención de sus consulados en el extranjero, en pos de un acuerdo extrajudicial.

5. Asistencia económica.

Para los casos salientes, el estado Argentino ha previsto un subsidio, el "Decreto 891/95", administrado por la Secretaría de Desarrollo Social, a través del cual se brinda asistencia económica a aquellos nacionales que deban viajar a una audiencia en el extranjero o afrontar el gasto que el retorno de los niños implica.

³⁸ Ídem, página

³⁹ AUTORIDAD CENTRAL DE CHILE. Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. [En Línea] Fecha de consulta: 16 mayo 2015].
http://www.hcch.net/upload/wop/abd_pd01s2006.pdf

Puede ser utilizado por todo progenitor de nacionalidad argentina que reclame la restitución de su hijo, ilícitamente trasladado o retenido en un país extranjero, que tenga concedido judicialmente el beneficio de litigar sin gastos.

6. En el ámbito penal.

En la realidad actual Argentina, con un creciente número de parejas, con hijos, que no se encuentran habitando el mismo domicilio, por diferentes razones (divorcio vincular, separación peronal, nulidad de matrimonio) dan lugar a las llamadas familias monoparentales⁴⁰, caracterizada por la ausencia de unión entre ambos padres, determinante de una especie de unión fragmentaria entre uno sólo de los progenitores y los hijos, con exclusión del otro progenitor no conviviente, cuyo derecho de visita⁴¹ a sus hijos menores se trata de preservar penalmente, en beneficio del equilibrio psico-físico del niño. Este concepto limitado de familia es lo que protege la Ley 24.270, la cual complementa al código penal sancionando la conducta del padre conviviente que impide el contacto de los hijos menores con el padre no conviviente.

Artículo 1º: “Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.”

Artículo 2º: “En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.

⁴⁰ **GROSMAN, Cecilia; HERRERA, Marisa**, “*Vicisitudes y Derechos de las madres solas a cargo de sus hijos (hogares monoparentales)*”, p.34 y ss. En: Familia Monoparental; Dirección: Cecilia Grosman; Compilación: Marisa Herrera, Ed. Universidad, Bs. As., 2008.

⁴¹ **SUÁREZ, María de las Mercedes; LASCANO, Carlos Julio**, “*Impedimento de contacto de los hijos menores con los padres no convivientes. Ley 24.270*” Lerner, Córdoba, 1994, p. 48 y ss. Los autores expresan que: “*El régimen de visita estatuido por el art. 264 inc. 2º C. Civil, constituye pues un derecho deber emergente de la patria potestad de los padres sobre sus hijos menores de edad no emancipados, en cuyo ejercicio debe tener primacía el más conveniente interés de éstos sobre la mayor comodidad de sus progenitores*”.

Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.”

Esta situación fáctica es competencia de los Tribunales de Familia de Argentina, quienes deben homologar el acuerdo al que arribaron las partes o fijarlo en caso de desacuerdo y se completa por medio de la Ley 24.270 de mención, la que da competencia a la justicia penal para restablecer el vínculo cuando el progenitor conviviente impide dolosamente el contacto de los menores con el progenitor no conviviente ya sea incumpliendo un régimen de visitas judicial o extrajudicial.

De esta manera se dotó a los Tribunales Penales de un instrumento legal operativo para solucionar casos concretos, tipificando éstas conductas como delitos, las cuales serían desalentadas mediante la amenaza disuasoria de la pena.

8. Cuidado Personal.

El ejercicio de la autoridad parental conjunto basado en la convivencia de los padres y a falta de esta, el ejercicio por aquel padre a quien se le otorgue la custodia de los hijos.

Debe destacarse que en Argentina el artículo 264 del Código Civil establece lo siguiente respecto del ejercicio de la patria potestad:

1. En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 264, quater, o cuando mediare expresa oposición;

2 . En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin

perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación;

3 . En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro;

4 . En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido;

5 . En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria;

6 . A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.

A su vez el artículo 264 quater del Código Civil establece que:

“En los casos de los incisos 1, 2, y 5 del artículo 264, se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos:

4. Autorizarlo para salir de la República...”

En la República Argentina, la separación de los padres determina el ejercicio unilateral de la guarda o cuidado del hijo, pero del punto de vista del concepto de “derecho de custodia” del Convenio de 1980 el hecho de que solamente el hijo pueda salir del país con la autorización de ambos padres, determina que ambos padres, aún en la separación, mantienen el derecho de custodia. El padre no conviviente, tiene derecho de contacto, más el derecho derivado de la patria potestad de autorizar o no la salida del país de su hijo. Derecho que únicamente se pierden en caso de pérdida suspensión o limitación de la patria potestad.

SITUACIÓN PERÚ.

1.- Los derechos del niño y su recepción por parte de la ley Peruana.

Así como Argentina y Chile, Perú no se queda atrás en el tratamiento de este tema de la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes.

En la actualidad, Perú cuenta con un Organismo llamado **PROMUDECH**, que según resolución ministerial es la Autoridad Central Peruana encargada de la aplicación de la Convención de La Haya desde su suscripción el año 1980.

Es así, como toda persona en su condición de padre o madre que haya sido lesionada en su derecho de custodia como consecuencia de un traslado o retención ilícita de su hijo o hija a un Estado distinto al de su residencia habitual y desea su restitución o visita internacional, podrá acudir a este organismo con el fin de poner fin a dicha situación de agravio.

Las distintas autoridades centrales de ese país son entidades designadas con cada Estado contratante a fin de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, cumpliendo funciones de colaboración y de promoción recíproca entre los demás Estados partes, con el único e idéntico objetivo que es el de garantizar la restitución inmediata de los menores afectados.

Para ello, se adoptan rápidamente las medidas tendientes a:

1. Localizar al menor
2. Prevenir que el niño, niña o adolescente sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual se adoptan medidas de carácter provisional.
3. Facilitación de soluciones amigables.
4. Intercambio de información relativa a la situación social del menor, si así se estima necesario.

5. Facilitación de información general sobre la legislación aplicable al país del Convenio.
6. Realizar la apertura de un proceso judicial o administrativo con el fin de lograr la restitución inmediata o su derecho a visita.
7. La concesión o facilitación de asistencia jurídica con la intervención letrada de un profesional.
8. Garantizar desde el ámbito administrativo la restitución sin peligro si fuere necesario.
9. La mantención mutua de información sobre la aplicación y eliminación de los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación.

En este sentido, las autoridades centrales actúan como requirente cuando se remite la solicitud de restitución internacional o visitas a la Autoridad Central donde ha sido trasladado o retenido el menor de edad y actúan como Autoridad Central en calidad de requerida cuando recibe la solicitud internacional o visitas de un menor de edad que se encuentra dentro de su territorio.

Diversos fallos de la Excma. Corte Suprema de Perú avalan esta situación y confirman en todo caso que uno de los principios consagrados en la Convención de La Haya, es el Interés Superior del Menor y, es por ello que a su tratamiento se le otorga carácter de urgente y los fallos así lo señalan.

La Convención propuso además una serie de principios que debían ser plasmados en la legislación interna de los países, los cuales se encuentran desde ya inmersos en el ordenamiento jurídico interno del Perú.

Según el Informe de Gestión de la Dirección General de niñas, niños y adolescentes de Lima del año 2012, se plantearon las siguientes líneas de acción:

1. Formular políticas y propuestas normativas.

2. Fortalecer espacios de articulación para la formulación e implementación de políticas públicas.

3. Generar mecanismos de información para la toma de decisiones.

4. Generar mecanismo de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

5. Desarrollar capacidades para el funcionamiento de los servicios de protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

6. Promover la participación de las y los adolescentes en el diseño e implementación de políticas públicas nacionales y regionales.

7. Gestionar proyectos que aporten a la implementación de políticas públicas.

8. Implementar acciones de información y comunicación para la prevención y promoción de derechos de la niñez y adolescencia.

9. Informar sobre los avances en el cumplimiento de los compromisos internacionales.

El informe señala que ha contribuido para que el país cuente con un marco de políticas públicas para la protección y atención integral de niñas, niños y adolescente, entre los que se cuentan el Plan Nacional Acción por la Infancia y Adolescencia 2012-2021; la Propuesta de Programa Nacional dirigido a la atención de niños, niñas y adolescentes en situación de calle aprobado y en proceso de implementación y el Programa Nacional Llachay (Decreto Supremo N° 005-2012-MIMP).

Asimismo, la propuesta de ley que prohíbe el uso de toda medida correctiva que atente contra la integridad personal de las niñas, niños y adolescentes. Se

encuentra actualmente en el Congreso de la República el proyecto Estándares de calidad para Centros de Atención Residencial, aprobado e inserto dentro del Manual de Intervención en Centros de Atención Residencial de Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados Parentales, Manual de Acreditación y Supervisión de Programas para Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados Parentales en el Perú aprobado.

Además de la aprobación por las instancias técnicas del Ministerio de Economía y Finanzas de una meta en el Plan de Incentivos Municipales 2013 para la creación de DEMUNAS en 555 distritos del país (Nivel C: ciudades no principales con 500 viviendas urbanas o más). También se encuentra la Propuesta de Protocolo de atención interinstitucional de niñas, niños y adolescentes víctimas de trata de personas, explotación y abuso infantil y la Propuesta de Resolución Ministerial y Directiva de elección del Consejo Consultivo de Niñas, Niños y Adolescentes.

Por primera vez se cuenta con una línea base de la situación de los Centros de Atención Residencial a nivel nacional, así como de la situación de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales albergados en los Centros de Atención Residencial a nivel nacional.

Analizadas las encuestas, son más de 5.163 niños, niñas y adolescentes en presunto estado de abandono a los cuales se les ha dictado una medida de protección, por acción de la Dirección de Investigación Tutelar. A la fecha se cuenta con 2.250 Defensorías del Niño y del Adolescente a nivel nacional. Existen 189 DEMUNAS provinciales, de 195 provincias existentes; 439 niños, niñas y adolescentes se encuentran protegidos dentro de un entorno familiar, por acción de la Dirección de Investigación Tutelar.

A la fecha, se cuenta con 22 regiones con Planes Regionales de Acción por la Infancia y Adolescencia. 19 Casos concluidos sobre el tema de sustracción

Internacional; 44 casos judicializados en Lima y 24 en provincias en temas de sustracción internacional.

Suscriben la declaración de principios sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, 26 empresas de radio y televisión, instituciones públicas y de cooperación internacional, comprometiéndose a garantizar la efectividad de la aplicación del marco normativo sobre niñez y adolescencia.

2. En el ámbito penal.

En el Perú, el artículo 147° del Código penal regula el secuestro realizado por los padres. Incurren en secuestro los padres que violan la libertad del hijo(a), que afectan el ejercicio de la patria potestad y también aquellos que vulneran la vigencia de régimen de visitas o de la tenencia de hecho o de derecho reconocida.⁴²

Artículo 147: *“El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.*

La misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aún cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.”

Cuando uno de los padres decide cambiar unilateralmente el lugar de residencia del hijo reiteramos comete secuestros y cuando tal residencia se ubica en otro país, procede la aplicación de la Convención internacional sobre los efectos civiles de la sustracción de menores . En tales casos, puede ocurrir que el padre o madre que lleva al niño fuera de país cuente con una autorización temporal u trasgreda tal autorización y decida quedarse más tiempo, o

⁴² M.MARGARITA RENTERÍA DURAND. Revistas PUCP. La Convención sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores. [En Línea] Fecha de consulta: 10 junio 2015. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/download/.../235>

ilimitadamente, en otros casos sin contar con autorización, se lleva al niño (a) y lo retiene sin justificar motivo alguno, en ambos casos, se vulnera los derechos del niño(a) a la relación con el otro padre o madre y los derechos del padre o madre que se encuentra en el país de residencia habitual. Los efectos de tal decisión perjudican la relación del niño(a) con el otro padre, mas también con su medio , su entorno, sus pares, su patria. Más en otros garantiza el derecho a una vida con tranquilidad porque en su país de origen el otro padre vulneraba sus derechos. Tales circunstancias han sido materia de regulación en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y con anterioridad a ella por la Convención sobre sustracción internacional de menores .

El Perú ha ratificado la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores, que entró en vigor en Perú el 01 de Agosto del 2001. Así el Perú puede ser el país que solicita la restitución o el país al cual se le solicita la restitución.

3. Patria Potestad y Cuidado Personal.

El ejercicio de la autoridad parental conjunto, basado en la convivencia de los padres y a falta de esta el ejercicio por aquel padre a quien se le otorgue la custodia de los hijos.

Artículo 419 del Código Civil. de Perú: Ejercicio conjunto de la patria potestad: “La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo”.

Artículo 420 del Código Civil de Perú: Ejercicio unilateral de la patria potestad: “En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio”.

Artículo 421 del Código Civil de Perú: Patria potestad de hijos extramatrimoniales: “La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quien corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor...”.

CAPITULO QUINTO

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS BAJO CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1980.

Chile

País requirente: Suecia
1° Instancia: 4° Juzgado de Familia de Santiago.
RIT: C-1955-2008
Sentencia: 2 de mayo de 2008

Ciudadano Sueco alega retención ilícita de su hijo por parte de su madre, de quien se encuentra divorciada. Existe una sentencia de primera instancia que concede el cuidado personal compartido del niño y una relación directa y regular con el padre. A mediados del año 2007, la demandada le solicita la autorice a viajar a Chile con el hijo, a lo que se opone. El Juzgado de primera instancia de Estocolmo mediante un Acuerdo de fecha 29 de noviembre de 2007 autoriza el viaje de la demandada junto al niño para el mes de enero de 2008, pero sólo por un período de dos semanas con la obligación de devolver el pasaporte del niño a su regreso; el acata estableció que una retención más larga del período acordado implicaría retención y sustracción ilícita del niño según las disposiciones de la Convención de La Haya. En el mes de enero de 2008, la demandada parte de viaje con su hijo a Egipto, debiendo regresar el 26 del mismo mes. El día 27 de enero el demandante llama a la demandada y ésta le comunica que se encuentra en Chile con el niño y que su intención es quedarse de vacaciones por un período de tres meses.

Se rechaza la solicitud.

2° Instancia: Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago

Rol: 2773-2008

Sentencia: 24 de junio de 2008

La pretensión de que se trata es de índole cautelar y dice relación con el cumplimiento de lo ya decidido jurisdiccionalmente respecto del menor, esto es, con el inmediato regreso del niño a Suecia, en atención a que un tribunal de esa ciudad habría declarado mantener la patria potestad a ambos progenitores, uno de los cuales, el padre, ante el traslado lícito pero que luego se transformó en ilícito, dada la permanencia ilegal, atendido el vencimiento del plazo y la renuencia del regreso del menor, se ha reclamado la intervención del Estado sueco ante este, con el objeto de lograr sea dispuesto el retorno obligado para que la aludida sentencia pueda ser cumplida.

Se trata, entonces, de ejecutar lo ya resuelto por la potestad jurisdiccional extranjera, lo que puede ser desoído sólo en caso de que sea constatada alguna de las situaciones previstas en el artículo 13 de la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

Finalmente, esta cuestión, como todas las de su clase, ha de decidirse utilizando el criterio “Interés Superior del niño”.

El acuerdo aprobado por la Sentencia y manifestado en el Acta del Juzgado de Primera Instancia de Estocolmo, estableció que correspondería a la madre “la guarda y custodia”, lo que importa decir que a este le corresponde entregar diariamente al niño la atención y cuidados propios de su edad, sin perjuicio del derecho del padre a relacionarse en la forma que también se determinó y que ya ha sido relacionada. Junto a lo anterior fue estatuido que la patria potestad sería “compartida entre ambos esposos”, esto es, en concepto de la Corte, que el padre también intervendría en la formación del niño, toda vez que ante la nueva situación surgida con la separación de los cónyuges se previó que el deber de “compañía” fue encomendado a la madre y que el ejercicio de la patria potestad “continuará” siendo compartida.

Por ello no es posible sostener dudas en cuanto a que el padre ha de continuar ejerciendo la patria potestad. En efecto, además del texto del acuerdo, toda vez que importa la regla general, que su privación ha de ser resuelto por un tribunal, y que esta facultad formativa habrá de ser armonizada con la custodia radicada en la madre, lo cual no puede más que hacerse en Suecia.

Que resulta natural y obvio que como facultad de la patria potestad es el procurar a los hijos “una formación integral”, la que ha de ser ejercida no obstante carecerse de la guardia, porque evidentemente se trata de cuestiones diferentes y porque, además, a este respecto tal facultad importa un mínimo reconocido a los padres. De suerte tal que por no encontrarse el reclamante privado de la patria potestad, toda vez que esta comprende la referida facultad de intervenir en la crianza y sin perjuicio de que el ejercicio de una y otra han de ser armonizadas, ha de hacerse lugar a la solicitud de retorno obligado del menor.

En efecto, la patria potestad comprende la facultad de procurar a los hijos una formación integral, y toda vez que ha sido establecida para ser ejercida “siempre en beneficio de los hijos”, haciendo aplicación de este criterio que entre nosotros es conocido como “interés superior del niño” necesariamente surge convicción en cuanto a que el menor debe mantener relaciones con su padre entretanto éste las reclame, para asegurar mediante este contacto mayores posibilidades para su desarrollo, toda vez que el progreso completo y complejo del menor otorga sentido a dicha fórmula jurídica.

“Que en concepto de estos sentenciadores, aun cuando las probanzas allegadas al proceso son todas coincidentes en cuanto a que el menor se encuentra en buenas condiciones en este país ligado a la familia de su madre, estas no son suficientes para acreditar el motivo legal que ha sido invocado para que la sentencia de que se trata sea incumplida, porque no dice relación con los presupuestos que se han citado, sino con un conflicto de tuición y no de inexecución de una sentencia, como es el de la especie.”

Se revoca la Sentencia apelada de 2 de mayo de 2008, que rechazó la demanda de restitución y entrega inmediata del menor, por estimar que su traslado y retención no han sido ilícitos, amén de constituir su regreso un grave riesgo, y en su lugar se declara que se acoge la demanda de restitución y entrega interpuesta por el padre solicitante en favor de su hijo y se decide que se ordena el inmediato retorno del niño a su lugar de residencia habitual en Suecia.

País requirente: España
1° Instancia: 1° Juzgado de Familia de Santiago
Sentencia: 31 de diciembre de 2008

Ciudadano español alega retención ilícita de su hijo por parte de su madre, con quién no está casado. El niño nació en España, lugar donde sus padres mantenían una relación de convivencia; la madre se habría trasladado sin el consentimiento del padre junto al hijo en común a Chile, con fecha 22 de noviembre de 2007: se le habría comunicado que sólo pasaría un tiempo en Chile, dado que volvería a España para la época de Semana Santa; sin embargo, pese a extensas conversaciones, la demandada no habría accedido a retornar el niño a España; decidió venir a Chile, para convencer a la madre de su hijo, sin embargo no ha sido posible, invoca la acción, para lograr su objetivo; no autorizó la salida del país de su hijo, por lo que el traslado fue ilícito.

Se acoge la solicitud.

2° Instancia: Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago
Rol: 270-2009
Sentencia: 16 de febrero de 2009

Se confirma la sentencia en alzada.

Casación Fondo: Excelentísima Corte Suprema
Rol: 2.246-2009
Sentencia: 6 de julio de 2009

Que en el primer capítulo del recurso se denuncia la infracción del artículo 10 del Auto Acordado sobre el Procedimiento Aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del Secuestro Internacional de Menores, el que dispone que las medidas para mejor resolver se decretarán para verificar si se

configuran las circunstancias de oposición previstas en los artículos 12 y 13 de la Convención, que facultan a la autoridad judicial para no ordenar el regreso del menor. Argumenta la recurrente que los jueces del grado confirmaron la sentencia en alzada, sin dar lugar a la medida para mejor resolver solicitada por su parte durante la vista de la causa, consistente en un certificado de atención psicológico del menor, evacuado por la psicóloga de la Universidad Católica doña AVS, el que acredita que se configura en autos la circunstancia de oposición prevista en el artículo 13 letra b) de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, consistente en que existe un grave riesgo de que el regreso del niño lo exponga a un peligro físico o psicológico o de otro modo, lo ponga en una situación intolerable, desde que en el referido estudio se concluye que el niño no está en condiciones de enfrentar más rupturas, separaciones y cambios, necesitando vivir con su madre, quien es su principal figura de contención y ha estado siempre a cargo de su crianza, encontrándose integrado a su extensa familia y a las redes sociales que ha formado en este país, no obstante el cariño y afecto que siente por su padre.

En el segundo capítulo se denuncia la vulneración de los artículos 3°N°1 y 9° numeral 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño y 16 de la Ley N° 19.968, conforme a las cuales el interés superior del niño, niña o adolescente es un principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Sin embargo, se argumenta que la decisión de los jueces de fondo no ha respetado dicho principio, desde que desconoce el grave daño que la decisión adoptada, esto es, su restitución al país de origen, producirá al menor de autos.

En el tercer y último capítulo se denuncia la contravención del artículo 13 letra b) de la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, conforma a la cual la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar el regreso del niño en caso de que exista grave riesgo de que esto lo exponga a un peligro físico o psicológico o a una situación intolerable; lo que ha sido desatendido por los jueces de fondo, al no

considerar que en el caso sub-lite tales presupuestos se configuran, y, por ello, ha debido rechazarse la petición de autos.

Que la determinación de si el menor se encuentra en alguna de las hipótesis que la norma de excepción contempla es una cuestión compleja que debe ser analizada desde los diferentes ámbitos que la naturaleza particular del caso imponen como exigencia. Sobre ello debe considerarse también que el niño es un sujeto de derecho especial, dotado de una supra protección, pues goza de garantías adicionales, atendida su vulnerabilidad y fragilidad. En este sentido, destaca el denominado Principio del Interés Superior del Niño, consagrado e inspirador de la Convención es estudio y de vigencia transversal en nuestro ordenamiento jurídico, el que si bien presenta un contenido indeterminado sujeto a la comprensión y a la extensión que cada sociedad y su momento histórico le asignen, puede sostenerse que alude o dice relación con la satisfacción integral de sus derechos, en todos los ámbitos de su desarrollo. En efecto, el mismo pretende asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en la perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad.

“Que desde este punto de vista no puede obviarse que el menor a que se refiere estos autos, es un niño de actuales cuatro años nueve meses de edad, que siempre ha vivido junto a su madre, primero en España y luego en este país, con ella y con su familia materna, desde noviembre de 2007, donde ha desarrollado redes sociales y afectivas. Desde este punto de vista no puede desconocerse la particular situación del menor dada por su condición etaria y etapa de desarrollo en que se encuentra, donde si bien tanto la figura paterna y la materna son importantes y determinantes para su formación, lo cierto es que no puede desconocerse aquella regla natural o biológica que da cuenta de una especial vinculación con esta última. Tal relación, que viene dada por la existencia de la vida prenatal y que se presenta como simbiótica en los inicios del desarrollo humano, se va transformando e independizando a medida que el niño avanza en

su desarrollo. Sin embargo, en esta etapa de la niñez es crucial la presencia de la madre, con la que primordialmente se presenta el apego, elemento fundamental para la formación del niño, en cuanto factor de protección y contención, desde los primeros momentos de la existencia, pasando por diversos ciclos de la vida, entre ellos, el de la primera infancia el de la pre-escolaridad, etapa esta última que cursaría el menor.”

“Que en este orden de ideas, no puede sino concluirse que la posibilidad de que el menor sea trasladado a su país de origen, representa un evento cierto de que sea separado de su madre y que con ello termine una vida, redes y afectos que ha formado y desarrollado en este país, lo que desde la perspectiva en estudio, esto es, siempre desde el punto de vista del interés superior del niño, se vea afectado o expuesto a una situación intolerable, en los términos previstos por el artículo 13 letra b) de la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.”

“Que de lo que se viene razonando fuerza es concluir que los sentenciadores recurridos, incurrieron en errónea aplicación e interpretación del artículo 13 letra b) de la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños al resolver como lo hicieron, desconociendo que en el caso de autos, se configuran los presupuestos de la excepción que establece la disposición en comento, en orden a no dar lugar al traslado del menor, en los términos que se ha solicitado, yerro que ha infringido sustancialmente en los dispositivos del fallo, desde que condujo a acoger la acción deducida en circunstancia que ello no era procedente.”

Se acoge el Recurso de Casación en el fondo, la que invalida la sentencia.

Perú

País Requirente: España
Sentencia: 22 de Octubre de 2013
2º Instancia: Corte Suprema

1. Demanda:

La entidad demandante Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables interpone demanda contra Julio Danny Díaz Salcedo para que se haga efectiva la restitución internacional de los niños Daniella Karina y José Luis Díaz Escalante de cinco y cuatro años de edad, nacidos el nueve de marzo de dos mil cinco y tres de agosto de dos mil seis, respectivamente; alegando que los padres de los niños Daniella Karina y José Luis Díaz Escalante, la señora Giannina Milagros Escalante Matos y el señor Julio Danny Díaz Salcedo, quienes contrajeron matrimonio el veintitrés de octubre del dos mil cuatro en el distrito de Jesús María, se encuentran en proceso de divorcio. Refiere que con fecha dos de enero de dos mil once, tras un incidente en el domicilio conyugal del cual la madre fue víctima, el padre Julio Díaz Salcedo salió de España hacia el Perú con sus dos menores hijos, siendo que con fecha seis de enero de dos mil once, la señora viaja al Perú con el objetivo de recuperar a sus hijos, encontrándose los niños y el padre en casa de los abuelos paternos, negándoles el padre la autorización de la salida del país de los niños lo que motivó que la madre regrese sola a España.

Indica que con fecha veintiséis de enero de dos mil once, el padre de los niños regresa a España presentándose en el domicilio conyugal, mientras su aún esposa se encontraba haciendo una mudanza, dado que bajo las circunstancias en las que se encontraba no podía afrontar los gastos de aquella casa, amenaza a la señora con no dejarla volver a ver a sus hijos y expresa su intención de abandonar España con el objetivo de eludir la justicia de dicho país, hechos que fueron denunciados el veintisiete de enero de dos mil once por la parte afectada.

Con fecha treinta de enero de dos mil once, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucciones de Torrejón de Ardoz dictó un auto con las siguientes medidas de carácter civil: patria potestad compartida así como guarda y custodia igualmente compartida, prohibiéndosele además abandonar España al señor Julio Díaz Salcedo, requiriéndosele la entrega del pasaporte, y advirtiéndosele que el quebrantamiento de dichas medidas podían dar lugar a un delito.

Que con fecha nueve de febrero de dos mil once, la señora Giannina Milagros Escalante Matos viene nuevamente al Perú a recoger a sus menores hijos conforme al auto del Tribunal de Torrejón, sin embargo recibe al igual que en la anterior ocasión evasivas y negativas de parte de los abuelos paternos no pudiendo cumplir con lo estipulado en el auto del tribunal, frente a ello se denunció el hecho ante la Comisaría de San Martín de Porres. Igualmente la señora cursó carta notarial a los abuelos paternos exigiendo la entrega de sus menores hijos, no recibiendo ninguna respuesta. Con fecha cinco de abril de dos mil once, la entidad demandante recibe de la autoridad central de España la solicitud de restitución de los niños, a través del cual se les pide accionar conforme a lo establecido en el artículo 7 del Convenio de la Haya de mil novecientos ochenta, con el objetivo de conseguir la restitución de los mismos a su país de residencia habitual España.

2. Contestación de la demanda:

Mediante escrito de fojas ciento ochenta y cinco el demandado Julio Danny Díaz Salcedo contesta la demanda, señalando que su persona en ningún momento salió de España en forma inconsulta, sino por el contrario fue por la propia voluntad de la demandante porque ésta le manifestó que quería hacer su vida con su nueva pareja. Que se vio obligado a traer a sus hijos porque la accionante tenía una conducta deshonrosa, toda vez que llevaba a sus hijos a la casa de su amante, y que es mentira que ella se encontrara haciendo una mudanza de su domicilio conyugal en España, por cuanto no podía afrontar los gastos de la casa, ya que en ningún momento la ha abandonado económicamente y que más bien ella no ha contribuido al mantenimiento del hogar porque siempre

se pasaba los días y las noches durmiendo mientras él laboraba en más de tres centros de trabajo.

El demandado sostiene que la accionante en ningún momento hace referencia que la separación de hecho y la tenencia compartida que ostentan ambos se debe a su conducta deshonrosa, por cuanto, con el mayor descaro le precisó que tenía un amante y que inclusive a sus menores hijos los llevaba a la casa de su nueva pareja. Refiere que sus señores padres no tienen nada que ver con sus problemas conyugales, sin embargo, se formuló recurso de habeas corpus contra ellos; ante tales hechos y en resguardo de la integridad física y psicológica de sus menores hijos se vio obligado a formular demanda sobre tenencia de menor, acción contenciosa que conoce el Segundo Juzgado Mixto de Condevilla, expediente número 0029-2011. Señala que debe considerarse que su esposa y el demandado tienen la tenencia compartida y que su persona no ha negado ni niega compartir con la señora Giannina Milagros Escalante Matos la tenencia y la patria potestad de sus menores hijos, lo único que desea es que sus menores hijos vivan en paz, en amor y tengan la misma oportunidad de otros niños.

4. Sentencia de primera instancia:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fojas mil cuatrocientos treinta y cuatro, su fecha cinco de julio de dos mil doce, ha declarado infundada la solicitud de restitución internacional de menor de edad; *considerando* que en el caso de autos no se ha dado un traslado, ni mucho menos una retención ilegítima con afectación del derecho de custodia legal alguno, más aún si se tiene en consideración que las resoluciones emitidas por la judicatura española han sido en fecha posterior al ingreso al país de los niños Daniella Karina y José Luis Díaz Escalante. La sentencia señala que tratándose de hijos matrimoniales con ambos padres presentes, la patria potestad y custodia de los niños, bajo los términos de La Convención, corresponde a ambos progenitores, al no haberse demostrado que existe una orden judicial de custodia legal o física exclusiva otorgada a la madre en fecha anterior al traslado de los niños al Perú.

Agrega que los niños Daniella Karina y José Luis Díaz Escalante se han integrado al ambiente en el cual vienen desarrollándose.

Respecto al supuesto de la excepción del artículo 13, literal b), de La Convención, referido al caso en que la restitución de menor implique para él o ella un grave riesgo de ser expuesto a un peligro grave, físico o psíquico, o lo coloque en una situación intolerable debe interpretarse necesariamente de manera restrictiva por ser el interés primordial del niño, en atención a La Convención, su restitución al lugar de su residencia habitual. En esa perspectiva, estima que se le ocasionaría grave daño a los menores porque se desenvuelven actualmente en un ambiente que les brinda una adecuada calidad de vida adaptada al entorno familiar paterno, contando con las atenciones propias de su edad, encontrándose cursando sus estudios escolares en forma satisfactoria, conforme a los informes académicos obrantes en autos.

RECURSO DE CASACIÓN:

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha ocho de mayo de dos mil trece, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, en su calidad de autoridad central peruana; *por la infracción normativa de la Convención de la Haya de mil novecientos ochenta, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y de los artículos 139, inciso 5 de la Constitución Política del Perú; I, III, IX del Título Preliminar; 122, inciso 3; 171, 197 del Código Procesal Civil y 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; infracción normativa de los artículos 3 y 4 del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta; infracción normativa de los artículos 12 y 13, literal b) del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta; infracción normativa de los artículos 1, 3, 4, 5 y 14 del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta.*

MATERIA CONTROVERTIDA

Los puntos en discusión giran en determinar si hay defectos en la motivación de la resolución judicial; si se han infringido normas procesales referidas a la valoración probatoria y si se ha infringido el Convenio de Restitución de Menores.

(i) En cuanto al traslado ilícito del menor: Se estableció como **premisa normativa**: que los efectos de la cosa juzgada hacen **inmutable** las resoluciones judiciales, conforme lo señalan el artículo 6 del Código Procesal Constitucional y el artículo 123 del Código Procesal Civil. Como **premisa fáctica** se indicó que se inició proceso de habeas corpus contra los padres del demandado, el mismo que concluyó señalando que no ha existido retención ilegal de menores y menos secuestro alguno. Como correlato a esas premisas, la Sala Superior llega a la **conclusión** que no existe retención ilícita alguna. (ii) En cuanto a la residencia habitual. Se estableció como **premisa normativa** el artículo 3.1. de La Convención sobre Derechos del Niño. Como **premisa fáctica** se mencionó que la demandante no tiene residencia permanente, que los niños han nacido en el Perú y que han permanecido más tiempo en el país. La **conclusión** a la que arribó la Sala Superior es que la residencia habitual de los menores se encuentra en esta ciudad y conviene a sus intereses permanecer en ella. (iii) En lo referente a la oposición a la restitución y a la integración de los menores al ambiente en que viven. Se estableció como **premisa normativa** el artículo 13 del Convenio Internacional de La Haya que establece las excepciones para la restitución. Como **premisa fáctica** se mencionó que los Informes Psicológicos señalaban que los menores se habían adaptado al seno familiar que los acoge y que los Informes Escolares así también lo acreditaban. La **conclusión** de la Sala Superior fue que se daban los supuestos de excepción para que no opere la restitución de los menores.

Que, estando a lo expuesto, este Tribunal Supremo consideró que debe analizar lo referente al Convenio Internacional de la Haya y establecer los parámetros de interpretación respectivos. Así:

El referido Convenio fue suscrito el veinticinco de octubre de 1980 con un claro fin: *“asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente”*. (artículo 1 del Convenio). Es esa finalidad la que debe tenerse en cuenta a efectos de interpretar dicha norma internacional. De ella se desprende: (a) que debe haber un traslado ilícito o siendo lícito una retención ilegal; (b) que lo que se quiere es la pronta restitución de los menores; y, (c) que debe analizarse la residencia habitual antes de los hechos y no de forma posterior al evento denominado traslado.

En esa línea, el Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez - Vera, señala que hay dos circunstancias que caracterizan la situación de hecho que el Convenio pretende solucionar. En principio, el traslado de un menor fuera de su entorno habitual; luego, el hecho que la persona que traslada al menor pretende que las autoridades de su país legalicen la sustracción realizada escogiendo la jurisdicción que considera más favorable a sus intereses y favoreciéndose además con el transcurso del tiempo. Es, precisamente, esa situación ventajosa que el agente que sustrae al menor pretende obtener, lo que quiere ser evitado, restituyendo las cosas al estado anterior de la sustracción.

Aunque es verdad, que al realizarse la sustracción se crea una situación dramática cuya solución parece no satisfacer a nadie, no es menos cierto que lo que se busca es dar una solución rápida que impida el favorecimiento de quien rompió la unidad familiar. En esa línea, la restitución de menores no puede ser confundida con un proceso de tenencia o custodia (aunque es una herramienta para su protección) por lo que no puede derivar en dilaciones innecesarias, dado que lo único que interesa es determinar si cabe o no restituir al menor al lugar

donde tuvo su residencia habitual. Ello, de ninguna forma significa el desamparo del menor, sino que la decisión sobre la custodia, tenencia, patria potestad o régimen de visitas debe ser solucionada en el país de origen.

En los términos aquí expuestos, la residencia habitual es el lugar donde el menor permanecía antes del traslado ilícito, esto es, el lugar donde la familia tenía su domicilio permanente. Por consiguiente, los cambios de domicilio posteriores son irrelevantes, pues a menudo ellos ocurren precisamente por el hecho del traslado ilícito y a la necesidad de los padres de adecuarse a la nueva circunstancia existente.

Lo dicho, no significa que no deba haber estación probatoria, pero ella debe reducirse al mínimo y, en todo caso, debe efectuarse con la mayor celeridad posible porque el objetivo del Convenio es restituir las cosas al estado anterior de la sustracción. Toda demora, por consiguiente, favorece a quien ha sido agente activo del traslado o retención ilícita, al modificar los afectos, la pertenencia, los recuerdos del menor.

Este Tribunal Supremo repara que los distintos órganos jurisdiccionales apelan al “*interés superior del niño*” para desacatar el mandato derivado del Convenio. Al hacerlo, expresan un cúmulo de generalidades o llenan de contenido al principio con expresiones cargadas de subjetividad y atendiendo a sus propias valoraciones sociales y culturales sin un valor objetivo de referencia. En casos, como los aquí detallados, el “*interés superior del niño*” tiene que relacionarse con los fines propios del Convenio y, es por ello, que debe entenderse que se protege dicho interés cuando se utiliza con celeridad un mecanismo de protección contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores, en un contexto en el que la verdadera víctima de ella es el menor, que es utilizado como propiedad de uno de los padres y que siente la incertidumbre de un nuevo entorno que tiene que asimilar.

Existen excepciones que las autoridades judiciales o administrativas del Estado deben contemplar para no ordenar el retorno del menor. Así, el artículo 13

menciona que ella puede no prosperar cuando la persona que lo solicita no ejercitaba antes la custodia del menor; de similar modo, los apartados 1, literal b), y 2 del mismo artículo 13 consagran como excepción que se ponga en peligro físico o psíquico al menor o la coloque en una situación intolerable. Sin embargo, como se advierte, son excepciones, de lo que sigue que se trata de eventos extraordinarios cuya utilización no puede ser habitual ni frecuente, lo que supone exigencia en la motivación cuando ellas quieran ser utilizadas.

VI. DECISIÓN:

Fundamentos por los cuales, en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil:

1. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas mil setecientos trece, interpuesto por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, en su calidad de autoridad central peruana; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha catorce de noviembre de dos mil doce, obrante a fojas mil seiscientos ochenta y siete, y **actuando en sede de instancia: REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fecha cinco de julio de dos mil doce, obrante a fojas mil cuatrocientos treinta y cuatro, que declara infundada la demanda; y **REFORMÁNDOLA** declararon **FUNDADA** la demanda de restitución internacional de menor; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en los seguidos por Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables contra Julio Danny Díaz Salcedo; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Puertas.-**

País requirente: Alemania
Sentencia: 9 de marzo de 2010

1.- Demanda:

Que, de fojas treinta y cinco a cuarenta y dos obra la demanda interpuesta por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social a través de la Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes por el que se pretende la restitución de la menor Silke Rosella Mahn Alemán a su país de residencia habitual por estar siendo retenida ilegalmente; refiere que Uwe Mahn y la demandada Karla Amparo Alemán son padres de la menor Silke Rosella Mahn Alemán la cual fue trasladada con fecha veinte de setiembre del año dos mil nueve al Perú por su madre con la autorización de viaje correspondiente emitida por su padre hasta el día treinta de diciembre del año dos mil nueve siendo retenida ilícitamente luego de esta fecha por la madre en la ciudad de Sullana; por auto de fecha veintiuno de diciembre del año dos mil nueve expedido por el Tribunal de Familia de Chemnitz se concedió al demandante la custodia de la menor imponiéndose a la madre demandada el deber de entregar a la referida menor mandato dictado al amparo de la Convención de La Haya del año mil novecientos ochenta correspondiendo al juzgado en tal situación constatar que se viene produciendo una retención ilícita en los términos que establece el artículo 3 de la Convención de la Haya y determinar el lugar de residencia habitual de la niña así como si la menor se encuentra integrada al nuevo país en el que viene siendo retenida ilícitamente y si existe o no la causal de improcedencia prevista en el artículo 13 incisos a y b de la Convención de la Haya.

2.- Contestación de la demanda:

Por escrito de fojas ciento seis a ciento catorce Karla Amparo Alemán Dioses contesta la demanda negando que la menor se encuentre ilegalmente en el país; alega que la misma tiene nacionalidad peruana y posee partida de

nacimiento encontrándose más de un año en Perú habiéndose adaptado a su entorno social; agrega que el actor no tiene calidad moral para pedir la patria potestad de la niña pues ella y su hija se han venido al Perú por las constantes agresiones psicológicas de parte del solicitante lo que queda corroborado con el proceso de Tenencia número 595-09 además de que el solicitante incumple sus obligaciones alimentarias desde diciembre del año dos mil

nueve siendo ella el único sustento para su hija; afirma que intentó comunicarse con el padre de la menor pero éste le respondía con mensajes amenazantes reconociendo los malos tratos hacia su persona.

3.- Etapa decisoria sentencia de primera instancia:

El Juez del Juzgado de Familia de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura por sentencia obrante de fojas ciento noventa y siete a doscientos seis declara fundada la demanda de solicitud de restitución de menor de edad al considerar que el lugar de residencia habitual es aquel en el que la menor tenía establecido su centro de vida inmediatamente antes de su traslado al país requerido ha sido Alemania estableciendo que existe traslado o retención ilícita de un menor cuando se infringe el derecho de custodia atribuido a una persona o cuando el menor es llevado a través de una frontera sin permiso de quienes tienen derechos de custodia o cuando es mantenido en otro país más allá del periodo acordado advirtiéndose en el presente caso que la autorización de viaje se confirió hasta el día treinta de setiembre del año dos mil nueve por tanto se le viene reteniendo ilícitamente por la madre en el Perú consignando además que no se ha acreditado que el retorno de la menor implique un grave peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga a ésta en una situación intolerable lo que no ocurre en el presente caso sino más bien todo lo contrario toda vez que la menor tiene buena imagen de su padre.

Recurso de Casación

Esta Sala Suprema Civil Transitoria mediante resolución de fecha veintinueve de agosto del año dos mil doce declaró procedente el recurso de

casación por la infracción normativa material y procesal de los artículos 1, 3, 4, 5, 12 y 13 de la Convención de la Haya respecto a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y al Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva exponiendo la parte impugnante lo siguiente: a) las excepciones contempladas en la Convención deben ser materia de un cuidadoso análisis pues el retorno de la menor Silke Rosella Mahn Alemán a Alemania no implica una decisión sobre la tenencia o custodia a favor del padre pues ésta la determinarán las autoridades alemanas; b) el considerar que la menor se ha integrado a su actual entorno familiar no es argumento para alejarse del espíritu de la Convención de la Haya respecto a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores pues no es causal de excepción imponiendo el interés superior del niño por el contrario la pronta restitución del menor a su residencia habitual que en el presente caso es Alemania; c) no se ha tenido en cuenta que el objetivo de la Convención de La Haya es asegurar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los países parte y que los derechos de custodia y visita vigentes en dichos países sean respetados siendo que en el presente caso se verifica la retención ilegal que cometió la madre de la menor al no cumplir con retornar a la niña en el plazo previsto en la autorización de viaje otorgada por el padre Uwe Mahn con fecha treinta de octubre del año dos mil nueve (para viajar al Perú del veinte de setiembre y regresar a Alemania el treinta de octubre del año dos mil nueve); y d) la sentencia de vista vulnera el principio de la Tutela Jurisdiccional Efectiva ya que lo resuelto es contrario a derecho además de no contener un razonamiento adecuado que sustente la decisión revocatoria no interpretando adecuadamente la norma jurídica aplicable.

Que, la Sala Descentralizada Civil de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura por sentencia obrante de fojas trescientos cuarenta y cinco a trescientos cincuenta y tres revoca la sentencia apelada que declara fundada la solicitud de restitución de menor y reformándola declara infundada la demanda por considerar que si bien por decisión unilateral de uno de los padres no se ha producido el retorno de la menor a Alemania -lo que constituiría causal de

restitución prevista en el convenio de La Haya- debe tenerse en cuenta que la menor fue ingresada al país cuando tenía sólo dos años y diez meses de edad y en la actualidad viene cursando exitosamente su nivel de educación inicial encontrándose plenamente integrada a su actual entorno familiar y social a tal punto que el centro de la vida actual de la menor se encuentra en nuestro país al lado de la madre y la familia materna sin haber perdido el afecto que le genera la figura paterna además que su restitución a Alemania ocasionaría en la niña trastornos de orden familiar y la necesidad de adaptarse nuevamente a un idioma y condiciones culturales que ya no le son familiares por lo que atendiendo al interés superior del menor es conveniente que dicha menor se quede en el país en el seno de la familia materna.

Que, en la motivación de las resoluciones judiciales pueden presentarse vicios que pueden ser objeto de control casatorio estos son: i) La falta de motivación y ii) la defectuosa motivación; en relación a la primera debe señalarse que esta se divide en tres agravios: a) Motivación aparente.- se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; b) motivación insuficiente.- se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente; y, c) motivación defectuosa en sentido estricto.- ocurre cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia denominándose en la doctrina los vicios o errores en el razonamiento del juzgador como *“errores in cogitando”*.

Que, para el caso en concreto debe tenerse en consideración que la Sala Superior al revocar la sentencia de primera instancia y dispone declarar infundada la demanda incurre en error de interpretación de la normativa internacional denunciada pues no tiene en consideración los alcances previstos que consagran la obligatoriedad de cumplir con los tratados internacionales regulando taxativamente los presupuestos para la aplicación de las excepciones a efectos de que la menor Silke Rosella no retorne a su país de origen como es Alemania no advirtiéndose de autos la actuación de prueba alguna que corrobore que la referida niña previamente a su llegada al Perú habría sufrido algún daño

psicológico por parte de su padre como tampoco que Alemania vulneraría sus derechos fundamentales apreciándose de lo actuado que la menor manifestó según es de verse del informe de fojas ciento cincuenta y cuatro a ciento cincuenta y cinco *que su papá le sacaba los zapatos para ir al campo y la abrazaba concluyéndose en el mismo como recomendación que la niña debe mantener comunicación con su padre* razones por las cuales y en aplicación del principio de centro de vida que consagra el derecho internacional corresponde disponer la restitución de la menor Silke Rosella con su progenitor –y su madre si también decide trasladarse- al país de Alemania domicilio en el que residió hasta antes de la mudanza al Perú pues los motivos mediante los cuales la demandada Karla Alemán Dioses pretende justificar su traslado se vinculan solamente con cuestiones personales que no afectan directamente a la menor y si bien toda persona tiene derecho de buscar lo mejor para si y radicar en aquel lugar que considere más adecuado para su desarrollo integral debe atenderse que cuando el ejercicio de ese derecho involucra a un menor en este caso a la niña hija del demandante y demandada debe prevalecer el interés del menor por sobre el de los mayores de edad.

Por las consideraciones expuestas y a tenor de lo establecido en el acápite 2.1 del inciso 2 del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones vulnerables en representación del ciudadano alemán Uwe Mahn; CASARON la sentencia de vista expedida por la Sala Civil de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura su fecha primero de junio del dos mil doce que revoca la sentencia de primera instancia y reformándola declara infundada la misma; en consecuencia NULA la recurrida y actuando en sede de instancia CONFIRMARON la resolución de primera instancia expedida con fecha diecinueve de julio del año dos mil once que declara fundada la demanda DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Ministerio de la Mujer y Poblaciones vulnerables con Karla Amparo Alemán Dioses sobre Restitución de Menor; *y los devolvieron*. Ponente Señora Valcárcel Saldaña, Jueza Suprema.-

Argentina

País Requirente: Paraguay

Sentencia: 27 de noviembre de 2011

El presente se trata de un caso paraguayo-argentino que se suscita en virtud de un traslado ilícito que efectúa la madre de la niña S. a la ciudad de Córdoba el 27 de noviembre de 2011. Quedando comprendido el caso en el ámbito de aplicación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores elaborada en el seno de la Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado.

El padre se presentó ante las autoridades judiciales de la residencia habitual de la niña y solicitó se ordenara la restitución de ésta, mediante el procedimiento previsto por la Convención. Así, llegó a la justicia de primera instancia de la ciudad de Córdoba un exhorto remitido por la juez de primera instancia de la Niñez y Adolescencia del Segundo Turno de la ciudad de Asunción, República del Paraguay, que ordenaba el reintegro de la menor a su padre, para ser trasladada a la jurisdicción de la justicia paraguaya.

La jueza competente de la ciudad de Córdoba ordenó la citación de la madre de la niña, quien se presentó y se opuso a la restitución con fundamento en las siguientes causales: 1. afirmó que el padre había consentido o prestado su anuencia con posterioridad al traslado de la pequeña a la ciudad de Córdoba, por lo que consideró que se configuraba uno de los presupuestos de excepción a la restitución previsto en el artículo 11 inciso a de la Convención, ya que dicho consentimiento desvirtuaba la ilicitud del desplazamiento; 2. sostuvo que de ordenarse la restitución se colocaría a la niña en una situación imprevisible de riesgo concreto de peligro en lo físico y psíquico, aduciendo que tanto ella como su hija habían sido víctimas de repetidas conductas de malos tratos o violencia familiar por parte del progenitor durante los años de matrimonio, supuesto en el que, conforme al artículo 11 inciso b de la Convención, también se faculta al

Estado requerido a no cumplir con la obligación de restituir; 3. que la propia niña manifestaba su voluntad expresa en contrario del traslado a Paraguay, sosteniendo que la edad y la madurez de la menor justificaban tomar en cuenta su opinión -conforme al artículo 11 de la Convención; y, por último, 4. se opuso argumentando que el traslado solicitado resultaría violatorio de un principio fundamental del derecho de familia argentino, de nivel constitucional, en los términos del artículo 25 de la Convención.

El padre de la niña refutó cada una de las causales alegadas por la madre, sosteniendo que no había prestado su consentimiento con el traslado de la niña, negando que el regreso a Paraguay la colocara en riesgo concreto de peligro físico y psíquico, y que resultara violatorio de un principio constitucional. Además, sin perjuicio de valorar la conversación mantenida con la menor, no podía sostenerse que la voluntad de la niña podía definir lo que resultara más conveniente para su adecuado y normal desarrollo. Finalmente la juez de grado, en concordancia con la representante promiscua de la menor, entendió que en el caso se había configurado un traslado ilícito por parte de la progenitora, sin el consentimiento del padre, teniendo en cuenta que ambos ejercían la patria potestad. Sin embargo, y ponderando la prueba pericial psiquiátrica y psicológica producidas en dicha instancia, realizadas únicamente a los progenitores y no a la niña S., concluyó que se encontraba configurada la causal del artículo 11 b Convención Interamericana, que libera de la obligación de ordenar la restitución cuando exista un grave riesgo a exponer al menor a un peligro físico o psíquico. Sostuvo, citando la pericia, que en el supuesto de autos "...es imprescindible una enérgica contención familiar de la niña... por el tironeo [de] que es objeto e incluso por el ambiente cambiante de residencia... factores que pueden procurarle un daño personal definitivo en sus breves 4 años de edad". Además, en la sentencia de primera instancia se puso de manifiesto que si bien no figura explícitamente en el texto de la Convención Interamericana la preeminencia del interés superior del niño, sí lo menciona la Convención de los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional y "...que el propio instrumento que protege el interés supremo del menor no puede volverse en su contra", por lo que deniega la restitución.

A su turno interviene el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, quien, en primer lugar, realiza un análisis del marco regulador aplicable al caso. En esta inteligencia, entiende que la Convención de los Derechos del Niño ha sido incorporada al ámbito de los derechos de rango constitucional, no sólo a título interpretativo, sino también para que operativamente lleve a la concreción de los derechos de la infancia. Además, destaca cómo este instrumento internacional invita a los Estados parte a entablar una relación de cooperación a través de la suscripción de instrumentos internacionales, por ejemplo, con relación a la sustracción internacional de menores. Y por ello considera que, en definitiva, es en este marco legal, y con miras al interés superior del niño, en el que se deberá encontrar solución al conflicto planteado.

El tribunal analizó la causal de oposición que admite la Convención en el artículo 11 inciso b, que libera a la autoridad competente de la obligación genérica de restituir que impone la Convención cuando existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerlo a un peligro físico o psíquico. Al respecto, entendió que la hipótesis de excepción contemplada en la Convención Interamericana comprende una situación extrema, que excede los parámetros normales del trauma o padecimiento que pueda ocasionar un cambio de lugar de residencia o de desarticulación de su grupo de convivencia, y, en virtud de las pruebas producidas en la causa, concluyó que no se verificaba ningún supuesto excepcional que justificara la negativa al pedido restitutorio, ya que no se había demostrado que el cumplimiento de la rogatoria pudiera comprometer seriamente el bienestar psíquico o físico de la menor reclamada.

En cuanto a la hipótesis prevista por el artículo 25 de la Convención, que faculta al magistrado interviniente a oponerse a la restitución cuando sea "manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño", el tribunal descartó su aplicación porque la invocación de esta cláusula de reserva de orden público debía ser restringida a su mínima

expresión, es decir, cuando de la aplicación en concreto del tratado surgiera palmaria la violación de los derechos humanos fundamentales del niño.

En definitiva, en la segunda instancia se consideró que en el caso en análisis no se habían configurado los supuestos de excepción que prevé la Convención Interamericana para ordenar la restitución y que, por lo tanto, correspondía atenerse a las obligaciones asumidas con el país exhortante. Ello, en virtud del principio de cooperación internacional, por el que el Estado Nacional asumió la obligación de aplicar en nuestro ámbito territorial las disposiciones convencionales adheridas, evitando así la responsabilidad internacional que implicaría no cumplir con dichos compromisos. Así, se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto y se ordenó la restitución de la niña a la República del Paraguay.

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud del recurso extraordinario que interpuso la madre de la niña S., que fue concedido parcialmente en lo atinente a la interpretación que se efectúa en el fallo respecto del artículo 11 inciso b Convención Interamericana. Sin embargo, el recurso fue denegado en cuanto a la invocación de la causal de arbitrariedad, por lo que luego se ocurrió en queja. En primer lugar la Corte determina que, en su criterio, no existe contradicción alguna entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, y que ambos instrumentos tienden a la protección del "interés superior del niño".

Finalmente, compartiendo en su fallo el dictamen del procurador general, y luego de ordenar y producir prueba pericial psiquiátrica respecto de la niña S. en virtud de las facultades previstas en el art. 36 inc. 4 CPCCN. Rechazando la queja, declarando admisible el recurso extraordinario y confirmando la sentencia. Así, dispone la restitución de la niña de la forma y en las condiciones que minimicen los riesgos a los que alude la pericia psiquiátrica producida en dicha instancia, y determina que la fijación y supervisión de tales condiciones debe ser llevada a cabo por la juez de familia a cargo de la causa. Para arribar a tal solución el tribunal analizó tanto las constancias de la causa como la pericia por él ordenada y

entendió que no se encontraba configurado el supuesto previsto por el artículo 11 inciso b de la Convención. Ello, porque debe entenderse que la excepción contemplada en el instrumento internacional requiere que el niño presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia, del cambio de lugar de residencia o de la desarticulación de su grupo convivencial.

Además manifestó, por remisión al dictamen del procurador general, que la supuesta violencia que habría ejercido el progenitor de la niña no se encontraba debidamente acreditada y que los informes periciales sobre los progenitores no aportaban datos para emitir juicio respecto del eventual peligro que pudiera traer aparejada la restitución. Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de restituir no importaba ningún tipo de impedimento para que los padres pudieran discutir la tenencia de la niña, se dejó a salvo esta alternativa con fundamento en que la propia Convención prevé que su ámbito queda limitado a la decisión respecto de la restitución, y no al fondo de la guarda o custodia.

También, remitiéndose al informe del procurador general, se hizo referencia a la propia doctrina de la Corte, destacándose que la "estabilidad" del ámbito convivencial de la niña alegada por la madre no resultaba decisiva para excusar el incumplimiento del Convenio, ya que había sido conseguida como consecuencia de su traslado ilícito. Y que "la integración del menor al nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición a su restitución... aun cuando el segundo desplazamiento fuera conflictivo"

1.- La Cooperación Internacional

En el presente caso puede verse claramente el problema cada vez más frecuente, propio del Derecho Internacional Privado de Familia, de la situación de los menores que son trasladados o retenidos ilegalmente por uno de sus progenitores e instalados en un lugar distinto del de su residencia habitual. Asimismo, como mediante una actividad interdisciplinaria, junto con el Derecho

Procesal Civil Internacional y el Derecho Procesal Transnacional, se pretende asegurar los derechos y obligaciones que derivan del régimen internacional de la patria potestad y, principalmente, estar a la orden del bienestar de los niños.

En este contexto, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, puede considerarse la materialización de la cooperación internacional a la que aspiran todos los Estados como medio para ofrecer una justa solución uniforme a esta problemática, que hoy día se presenta tanto a nivel continental como a nivel mundial, por lo que además hace mérito del principio de la armonía internacional de las soluciones, propio de Derecho Internacional Privado. Ello puede afirmarse porque, atendiendo a la urgencia de las cuestiones que regula este instrumento internacional, se propone cumplir con el objetivo de lograr la pronta restitución del menor a su residencia habitual, sin prejuzgar sobre los derechos y deberes de los padres respecto de los hijos, ni sobre el fondo de la custodia, aunque con el fin último de asegurar su bienestar. Así, cada Estado parte colabora en la prosecución de la finalidad, sin inmiscuirse dentro del ámbito de competencia propio de los otros Estados. Para ello propone la aplicación de un sistema autónomo o un "proceso especial supranacional" que, mediante la aplicación de normas materiales, y por ello de carácter estrictamente operativo, trae a la práctica una solución adecuada que hasta ahora ha resultado altamente efectiva.

2.- Conflicto de Convenciones

A) La Convención de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre Restitución Internacional de Menores. Es dable remarcar que en las tres instancias que han fallado en el asunto que se analiza se ha hecho alusión a la Convención de los Derechos del Niño con relación a la Convención Interamericana, a efectos de dilucidar si la aplicación de ambas convenciones en la resolución del caso traía aparejado algún tipo de contradicción. La Convención de los Derechos del Niño expresamente dispone en su artículo 3, y además se puede inferir de toda la normativa de ese instrumento, la directiva de dar consideración primordial al interés superior del niño. Surge además de la citada

Convención la imposición a los Estados de la obligación de adoptar medidas para luchar contra los traslados o retenciones ilícitas de menores al extranjero, a la vez que expresamente se considera que el medio óptimo para alcanzar esta meta es la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales, o la adhesión a acuerdos existentes. En definitiva, los Estados parte se obligan a cooperar internacionalmente en la materia. Por ello, además del objeto propio que promueve la Convención Interamericana, puede considerarse como un medio para cumplir con la directiva de la Convención de los Derechos del Niño. Es por esto que considero que la Corte entendió que no hay contradicción alguna entre ambos tratados. Ya que quien pretende la restitución de su hijo a su residencia habitual no sólo intenta resguardar su derecho como progenitor, sino que sobre todo está velando por el mejor interés del niño. Y será, en última instancia, el órgano jurisdiccional quien deberá realizar esta apreciación cuando los hijos se conviertan en objeto de disputa de sus padres. En síntesis, la Convención Interamericana viene a concretar la directiva de la Convención de los Derechos del Niño y, teniendo en miras el mismo objetivo, regula un aspecto específico que hace al bienestar de los niños, y que no sólo protege el derecho de los padres, sino fundamentalmente el interés del menor de mantener la comunicación con el progenitor no conviviente.

B) Cooperación internacional en el procedimiento: Autoridad central y autoridad requerida Establecido que el medio para alcanzar el objeto de la Convención está dado por la cooperación internacional que se presten los Estados parte entre sí, el instrumento internacional encomienda esta tarea tanto a la autoridad central como a la autoridad requerida. Para la primera el artículo 7 dispone que cada Estado designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones allí dispuestas que tiendan a afianzar y materializar la pretendida cooperación. Estas obligaciones abarcan desde la colaboración con los actores en el procedimiento hasta la localización de los menores, la restitución de los mismos y concretar los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor. En este punto, y por constituir uno de los pilares de la cooperación internacional, considero fundamental recordar que la

cuestión relativa a la localización de los menores se encuentra expresamente regulada en la Convención en los artículos 18 y 19. Y que importando una "medida preparatoria del proceso especial sobre restitución internacional de menores", garantizando la protección del menor y asegurando la efectividad del procedimiento, estas normas deben ser interpretadas ampliamente. En el caso en análisis la niña S. había podido ser localizada gracias a la intervención de Interpol Buenos Aires, quien pudo establecer el lugar de residencia de la menor y su madre en el país. Por último, el artículo 7 indica que las autoridades centrales de los Estados parte cooperarán entre sí e intercambiarán información respecto del funcionamiento de la Convención con el fin de garantizarlo. Sin embargo, la mayoría de las medidas pesarán sobre la autoridad central requerida, ya que por encontrarse donde se localiza el niño, deberá ubicarlo -si fuera necesario-, adoptar medidas provisionales, procurar una solución amigable y garantizar el acceso a la justicia del denunciante, entre otras. En esta misma inteligencia, en el art. 10 se regula el procedimiento de restitución. Allí se contempla, en primer lugar, la posibilidad de conseguir la restitución de forma voluntaria, disponiendo que el juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentre el menor adoptarán todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor. Ello, en el espíritu de concretar la restitución con la celeridad necesaria y de que meramente mediante el auxilio jurisdiccional de estos órganos, y sin la necesidad de recurrir a un procedimiento contencioso, se restablezca la residencia habitual del menor anterior al desplazamiento cuestionado. Para el supuesto de que no prosperara la entrega voluntaria, el mismo artículo prevé que las autoridades competentes deberán adoptar medidas para la guarda provisional del menor de que se trate, previa constatación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 9. Además deberán tomar conocimiento personal del menor, y mientras se resuelve la petición de restitución, deberán adoptar las medidas necesarias para impedir la salida del menor del Estado requerido. Tal como se sostuvo en el punto anterior, este instrumento internacional impone un procedimiento autónomo y acotado, a los fines de obtener la restitución de menores, y, en dicha inteligencia, mediante normas netamente materiales dispone

detallada y taxativamente los pasos a seguir. Así, se determinan los titulares de la acción de restitución, los requisitos y documentación que deberá tener la solicitud de restitución, las excepciones a la entrega del menor, los plazos para deducir tales excepciones y la imposibilidad de decidir sobre el fondo del derecho de guarda en este proceso, entre otros.

C) Principio de celeridad. Plazos. También considero destacable la sumariedad que se pretende dar al proceso de restitución que contempla la Convención. En su articulado puede apreciarse la intención de abreviar al máximo posible los plazos procesales, con el fin único de no perjudicar aún más al niño, que frente a un primer desarraigo de su centro de vida probablemente se verá expuesto a un segundo, con los costos psicológicos y emotivos que ello trae aparejado. Y, en definitiva, de ello dependerá que no se desnaturalice el espíritu de la Convención. Entre estas disposiciones se pueden enumerar las siguientes: para presentar la oposición fundamentada a la que se refiere el artículo 11 se prevé el plazo de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y la hiciere saber a quien lo retiene. Luego de 60 días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente. Conforme al art. 10, si fuere procedente, se deberá disponer "sin demora" la restitución. El art. 13 establece el plazo de 45 días calendario como tope para que se ordenen las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor desde que fuere recibida por la autoridad central requirente la resolución por la cual se dispone la entrega. Finalmente, cabe mencionar que el art. 14 establece el plazo de un año calendario desde que el menor hubiere sido desplazado o retenido ilegalmente para ser instaurado el procedimiento que prevé la Convención.

Asimismo, dispone que el plazo comenzará a computarse desde que el menor fuere precisa y efectivamente localizado. Este plazo ha sido considerado por la doctrina como un plazo de caducidad, entendiendo que la inactividad procesal durante un año produce la extinción de este tipo de acción sumaria. Sin perjuicio de ello, quedará pendiente el planteo de la cuestión de fondo relativa a la

custodia que se presentará ante el juez con competencia para ello. Esta solución resulta lógica, puesto que en el esfuerzo de proteger al menor ilegítimamente retenido no sólo debe primar la urgencia, sino que también deberá considerarse que en el transcurso de un año éste probablemente se encuentre arraigado al nuevo medio, y, con ello, las posibles consecuencias que traería aparejadas un nuevo desarraigo.

En definitiva, la prueba producida en la última instancia, y la apreciación que la Corte hizo de la misma, fue lo que pudo dar fundamento suficiente para ordenar la restitución de la niña, y esta decisión importó una justa solución al conflicto, no sólo por ajustarse a derecho, sino especialmente a las circunstancias únicas del caso.

País Requerido: Alemania

Sentencia: 17 de enero de 2011

El 17 de enero de 2011 el Tribunal de Familia N° 1 de San Isidro recibió un oficio procedente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto que remitía una solicitud de restitución formulada por el señor D. R. respecto de sus hijos J. y J. , a la República de Alemania, donde -dice- se encuentra el lugar de residencia habitual de los menores.

Sostuvo que el progenitor había firmado una autorización de viaje a favor de la madre de los menores, para que la misma trasladara a los niños a Argentina por el plazo de un año debiendo los menores regresar a Alemania en el mes de agosto de 2010.

El 3 de febrero de 2011, el tribunal actuante dictó sentencia y ordenó que se haga lugar a la restitución solicitada, a fin de que los niños J. G. y J. D. R. sean restituidos a su lugar de residencia habitual.

La sentencia adquirió firmeza y las partes, el 11 de febrero de 2011, arribaron a un acuerdo en el cual el señor R. manifestó que se trasladaría a Alemania en el mes de julio de 2011 -ya que se encontraba habitando en este país- y convinieron que hasta dicha fecha la tenencia provisoria de los menores sería para la madre con un régimen de visitas amplio a favor del padre.

Con fecha 25 de abril de 2011 se presentó la señora Z. requiriendo una medida cautelar de protección de persona a favor de sus hijos J. y J. a fin de que se suspenda la mentada orden de restitución. Fundó su petición, fundamentalmente, en el hecho de que los niños no querían regresar a Alemania y pidió que sean oídos por el tribunal.

El 31 de mayo del mismo año se celebró audiencia con los menores quienes manifestaron que no deseaban volver a vivir en Alemania.

La asesora de incapaces, doctora María Luján Rodríguez Villar, propuso en su dictamen que se haga lugar a la medida cautelar solicitada. A continuación, el juez de trámite dictó resolución suspendiendo la orden de restitución a la República de Alemania.

Ante el recurso de reconsideración planteado por el actor (en el que señala que el decisorio apelado soslaya una resolución de restitución consentida por la madre de los niños y por el Ministerio Pupilar, que se encuentra firme) el tribunal en pleno revocó el pronunciamiento y dispuso que se haga efectivo lo resuelto oportunamente en el marco del exhorto 809.

2. El tribunal fundó su decisión en que:

a. Si bien el traslado de los niños a Argentina fue lícito, "la ilicitud no sólo se configuró sino que con la retención posteriormente se agravó, puesto que la progenitora había consentido que los niños volvieran a Alemania y aceptado que se someterían a esa jurisdicción por ser la residencia habitual y permanente de los mismos".

b. El padre ha sido despojado del derecho de custodia en el concepto de la Convención de La Haya.

Adujo en suma que:

a) El tribunal con su voto y decisión desconoce la expresa voluntad de los menores quienes por su edad y madurez revelaron una opinión que no fue considerada.

b) El superior interés del menor, conectado con la idea de bienestar, es el que debe definir la cuestión planteada.

c) La guarda reconocida a la madre (por el poder otorgado por el padre) impide calificar el traslado y posterior permanencia en Argentina como ilegítimo en los términos de la Convención de La Haya de 1980.

d) Los niños ya son ciudadanos argentinos, con costumbres, idioma, educación y cultura propias de este país.

4. El recurso no puede prosperar.

Desde el plano de la técnica recursiva, el recurso planteado es manifiestamente insuficiente.

Ello así por cuanto el fundamento central del fallo en crisis consiste en calificar de ilícita la retención de los niños en Argentina y tal conclusión no ha sido idóneamente atacada en la pieza recursiva, lo cual sella la suerte adversa de la queja.

Tampoco se demostró el absurdo en la valoración de las circunstancias fácticas de la causa, requisito ineludible para entrar en esta instancia a ponderar aspectos fáctico probatorios de la **Litis**.

De todos modos, dada la índole de la cuestión a resolver, y teniendo en cuenta que se ha cuestionado el alcance de convenios internacionales, me detendré en los agravios esgrimidos por la recurrente.

Como se destaca en el fallo atacado (y también en lo que viene reseñando este voto) si bien originariamente el traslado de los niños J. G. y J. D. R. a la Argentina fue lícito, con posterioridad (el 3 de febrero de 2011) el Tribunal de Familia de San Isidro, en respuesta a la presentación formulada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, en su carácter de autoridad central para la aplicación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley 23.857), dictó sentencia haciendo lugar a la restitución solicitada por el progenitor de los niños y ordenó el traslado a Alemania.

El 11 de febrero del mismo año, 8 días después del dictado de la sentencia, las partes firmaron un convenio según el cual: "... PRIMERO) La Sra. Z. desiste del recurso extraordinario ante la Suprema Corte para no prolongar la angustia de los menores en cuestión... SEGUNDO) Atento a lo manifestado en la

cláusula anterior se da cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia dictada en autos con fecha 3 de febrero de 2011, por lo que la Sra. Z. hace entrega en este acto con la finalidad de que sean trasladados a la República de Alemania, de los menores J. G. R. y J. D. R. a su padre el Sr. R. quien presta expresa conformidad para ello. TERCERO) En este acto, el Sr. R. manifiesta que se trasladará a Alemania en el mes de julio de 2011, a fin de no alterar intempestivamente la vida cotidiana de sus hijos y dado que el ciclo lectivo en dicho país comienza en el mes de septiembre. Por ello ambas partes acuerdan que hasta el mes de julio de 2011, la tenencia provisoria de los menores será para la madre, Sra.Z. ... CUARTO) Asimismo pactan un régimen de visitas amplio a favor del padre, comprometiéndose ambas partes a que dicho régimen se torne paulatinamente más asiduo a favor del padre, con la intención de favorecer la integración de los menores a la vida diaria con su padre...".

Sin embargo, a sólo dos meses de este acuerdo, la progenitora inició la presente acción cautelar de protección de los menores alegando fundamentalmente que los mismos no quieren volver con su padre a Alemania.

Coincidió con el señor juez que llevó la voz en el acuerdo que la medida cautelar planteada no debió tener curso. La procedencia de fondo de la acción de restitución ya había sido resuelta y estaba firme. No se invocaron en la nueva acción cautelar planteada circunstancias excepcionales sucedidas o recién conocidas en el escaso tiempo transcurrido entre la sentencia y la nueva demanda que justificaran la apertura del análisis de los hechos ya juzgados.

Sin embargo, habiendo llegado las actuaciones hasta esta instancia y en pos de la preservación de los derechos en juego, corresponde el tratamiento de los agravios planteados.

Adujo la recurrente que se desconoció en el fallo la expresa voluntad de los menores y que al valorar el interés superior del niño se ha apartado de los criterios de esta Suprema Corte.

Trataré conjuntamente ambos puntos por estar íntimamente vinculados.

El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del Niño les reconoce a los menores el derecho a ser oídos, también consagrado por la CH 1980 y reafirmado por la Ley 26.061.

He sostenido, en más de una oportunidad que lo expuesto no significa que haya que admitir incondicionalmente la voluntad del niño si ello no es beneficioso para su desarrollo y formación. "Su palabra no es vinculante y debe valorarse con los restantes elementos del juicio. Sin embargo, se exige que su opinión sea considerada en la decisión.

En la misma línea argumental, se ha sostenido que: "debe tenerse en claro que oír al menor no significa aceptar incondicionalmente su deseo; en otros términos, la palabra del menor no conforma la decisión misma; el niño no debe pensar que él debe elegir entre su madre y su padre, y que de su opinión, exclusivamente depende la decisión judicial, el juez resolverá priorizando el interés del menor; para tomar esta decisión tendrá en cuenta sus argumentos, lo que no implica acogerlos plenamente pues del mismo modo escucha al litigante, aunque no comparta la solución que la parte le propone (...) En la 'lectura' de los dichos del menor, el juez suficientemente capacitado, deberá desentrañar cual es la voluntad real, más allá de lo declarado sobre la base de eventuales adoctrinamientos e interferencias".

En cuanto al interés superior del niño, como es sabido, ha sido consagrado en el art. 3 de la CDN que señala que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

El concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar "en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida".

Desde hace ya mucho tiempo, se viene diciendo que el niño fue paulatinamente pasando de ser un objeto de protección a ser un sujeto de derechos. Sin embargo, a veces no se aprehende ese postulado en toda su extensión.

Nótese que la relación con el padre es buena, que los niños nacieron y vivieron en Alemania la mayor parte de su infancia.

Se ha dicho al respecto que "en todas las épocas los niños por su propia naturaleza han sido los seres más vulnerables y desprotegidos de la especie humana. La realidad nos demuestra la frecuencia en las que las desavenencias matrimoniales derivan en conductas de los propios progenitores en las que los niños suelen ser tratados, manejados como meros objetos. Lo cierto es que, en este tema puntual, la sociedad suele observar perpleja el enfrentamiento entre el bienestar, el interés del menor y el interés personal de padres desavenidos. Esta lucha de intereses no puede tener como resultado más que el predominio del interés superior del niño. Para ello, para restablecer esta situación los Estados movilizados por la doctrina y los foros internacionales, se han visto obligados a adoptar procedimientos encaminados a asegurar el pronto retorno del menor al Estado de su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita. Las autoridades de la residencia del menor necesitan para efectivizar el retorno, de la cooperación del país al cual ha sido llevado o retenido. Es más, precisan del auxilio de la comunidad internacional para impedir que estos desplazamientos que tienen en su génesis motivos egoístas resulten exitosos para quienes los han llevado a cabo. Entre los mecanismos de protección se destacan los instrumentados en convenios internacionales sean bilaterales o multilaterales."

Argentina ha firmado el Convenio de la Haya y es de destacar que ya desde el prólogo anuncia con meridiana claridad su eje. Así, comienza diciendo que los

Estados que lo suscriben se hallan "profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Deseosa 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 al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita".

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, en concordancia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se rechazan los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos. Asimismo, se exhorta a los padres a cooperar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de prevenir que los menores padezcan más situaciones conflictivas. Igual exhortación cabe dirigir al tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos dañosa para los niños adoptando las medidas que estime pertinentes en tanto que no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar el cumplimiento de la sentencia.

CAPITULO SEXTO

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Respecto de la aplicación de los principios rectores en torno al procedimiento de restitución, consagrados en los tratados internacionales suscritos por Chile, podemos concluir que el eje de todos ellos es el interés superior del menor, dado que actualmente el tratamiento que se le da a los niños, niñas y adolescentes es como sujetos de derecho y por lo tanto, actúan como titulares de los demás derechos invocados, tales como el derecho a ser oído y el derecho que tienen los menores a una relación directa y regular con sus padres, aunque éstos vivan separados y se encuentren en otro país, entre otros derechos ya tratados en el primer capítulo de este estudio. Es importante señalar que el interés superior del menor, a pesar de tener una aplicación de carácter más bien reciente en nuestro ordenamiento jurídico, una vez inserto en el derecho de familia específicamente, actúa como uno de los pilares fundamentales en esta rama del derecho. A pesar de ello, en el análisis de este trabajo nos hemos percatado de que su aplicación dentro del proceso de restitución por parte de nuestro país, no ha sido tan expedito como se espera, debido a una suerte de desorden y falta de especificidad por parte de las instituciones que se encargan de su tramitación. La aplicación que se da en estos casos, por parte de los tribunales de familia, por ejemplo, no se condice con la celeridad y criterios que ya existen en países vecinos como Argentina, que más allá de cumplir con integrar el contenido de los Convenios internacionales dentro de su ordenamiento jurídico, implementó la creación de leyes específicas y también de instituciones encargadas de forma exclusiva al tema de sustracción y restitución de menores en ese país. También cuenta con un acuerdo suscrito con Uruguay respecto de casos suscitados entre estos dos países, a modo de un acuerdo de

cooperación cuando en una de las dos naciones concurre un caso de restitución.

2. El auto acordado aplicable a la Convención de la Haya del año 1980, para Chile en el ámbito judicial ha significado un claro avance para el cumplimiento de los objetivos o fines del mismo, por cuanto otorga rapidez y agilidad a la tramitación de la solicitud ante los tribunales de justicia, en sintonía con el derecho del niño, niña o adolescente a ser restituido a su país de residencia habitual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la Convención sobre los derechos del niño, evitando en la medida de lo posible el daño que una situación como ésta le puede provocar, debido al tiempo en que se puede haber encontrado recluido en el otro país, como otros factores determinantes ya observados en el análisis de los principios que rigen el procedimiento de restitución. Se destacan como aspectos positivos del auto acordado, los plazos cortos para la tramitación del procedimiento, el aseguramiento del arraigo del menor de 16 años en la primera actuación judicial y el deber de la autoridad judicial de primera instancia de oír al menor de 16 años. Dentro de los aspectos negativos, la implementación de la normativa procesal a través de un auto acordado y no por medio de una ley específica y la creación de una institución o autoridad con competencia exclusiva para su aplicación y observancia. Como consecuencia de ello, la tácita y parcial derogación del auto acordado por una norma de mayor jerarquía, como lo es la Ley N° 19.968, contribuyen a que el procedimiento de urgencia carezca de una sistematización normativa adecuada. Lo anterior lleva a dilaciones innecesarias y a confusión entre los abogados y los jueces, como también de los familiares involucrados y la incertidumbre que se genera por parte de las instituciones, ya que a

ciencia cierta no todos poseen el conocimiento de cómo o quién debe proceder en este tipo de situaciones.

3. El legislador debiera incluir en el artículo 8 de la Ley N° 19.968 las acciones sobre traslado o retención ilícita de menores de 16 años, para que los tribunales de familia, a falta de una institución que se haga cargo de forma exclusiva, tengan legalmente competencia para conocer de estas materias y así propender a la correcta aplicación del procedimiento como también salvaguardar los principios rectores del mismo, en este caso es importante señalar el principio de inmediatez, fundamental para la concreción de la solicitud de restitución y a su vez, la necesidad imperiosa de proteger el interés superior del menor sustraído, el cual se encuentra intrínsecamente relacionado con los demás principios incluidos en el Convenio. Además, el legislador debe decidir si las solicitudes de restitución se conocerán y resolverán a través del procedimiento ordinario, o por medio de un procedimiento especial inspirado en los principios de celeridad y rapidez, o en su defecto contar con un procedimiento único aplicable para el tema tratado.

4. En el transcurso del análisis comparativo que realizamos entre Chile, Perú y Argentina, pudimos percatarnos sobre la importancia que el país trasandino le da a una instancia muy patente en el derecho de familia como lo es la mediación, que si bien se trata de una vía extrajudicial para la resolución de conflictos, ha significado en gran medida una suerte de prevención ante el aumento de casos de sustracción internacional de menores, atacando el conflicto por una vía más bien alternativa y razonable para las partes involucradas. Entonces, a partir de ello, creemos que la instauración de la mediación para resolver los conflictos suscitados por la sustracción de un menor, en virtud de la agilidad y rapidez con que deben operar las instituciones involucradas,

como también el poder evitar todo trauma o sufrimiento que pueda ser causado al niño, niña o adolescente sustraído, traería consigo resultados positivos ante estas situaciones para Chile, teniendo presente eso sí, los factores económicos, la falta de personal especializado en la materia y de mediadores, actualmente dentro del sistema de justicia enfocado al derecho de familia.

La conciliación y las restituciones voluntarias también forman parte de esas soluciones por vías alternativas ante la situación de que un menor se encuentre sustraído, todo esto dado además para que los padres eviten las sanciones penales que tanto en Argentina como en Perú han sido implementadas para estos casos, a diferencia de nuestro país, que no cuenta con ese tipo de normativas en el ámbito penal.

5. Es necesario que exista en Chile una ley especialmente enfocada a la sanción de aquellos padres que sin autorización del otro, imposibiliten el ejercicio del derecho a tener una relación directa y regular de un padre con su hijo, por el hecho de haberlos sustraído y retenerlos en un país que no es el de su residencia habitual. En el ámbito del derecho penal, en Perú y Argentina existen sanciones específicas para estos casos, más allá de lo establecido en el derecho de familia. Acorde a los tiempos que vivimos y respecto de los tratados internacionales suscritos con otros países, creemos es fundamental que nuestro ordenamiento jurídico, además de ratificar estos convenios, debiera propender a la correcta aplicación de los derechos consagrados y, por lo tanto, contar con sanciones adecuadas para quienes incumplen en este caso, con el respeto de los principios rectores, como el interés superior del menor, entre otros.

6. Que en Chile no exista una ley especial acerca de la protección de los derechos de los menores y solo normas dispersas en el ordenamiento jurídico, a diferencia de Argentina con la ley 26.061, es un tema preocupante, ya que como sociedad y como país es menester el poder proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, aquellos que están insertos en los Convenios suscritos por nuestro país. Al hacerse parte en la Convención de los Derechos del Niño, Chile se comprometió a la creación de una ley de protección integral respecto de estos derechos, debido a que es necesario ordenar todas las políticas, programas y proyectos dirigidos a la niñez y adolescencia, en el sentido de tener una mejor organización y enfoque a resolver conflictos de estos sujetos de derecho, envueltos en este caso, dentro de un procedimiento de restitución, como también en un ámbito local, respecto de niños en situación de calle, por ejemplo.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO Carvajal, Adolfo. Aspectos Prácticos de la Sustracción Interparental de Menores en: GARCIA CANO, Sandra y ADAM MUÑOZ, María Dolores. Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional. Madrid: Abeledo Perrot, 2004. pp. 4-9.

ARCAGNI, José Carlos. La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Derecho internacional privado tuitivo, en La Ley 1995-D. Buenos Aires: Revista La Ley, (153):5-12.

ASSADI Cubillos, Cristián, Qué es el interés superior del niño. [Fecha de consulta: 07 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.diarioelcentro.cl/?q=articulo-columnistas&id=748>

AUTORIDAD Central de Chile. Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Santiago: 2006. [Fecha de consulta: 10 de mayo de 2015]. Disponible en: http://www.hcch.net/upload/wop/abd_pd01s2006.pdf

BAEZA Concha, Gloria. El Interés Superior del Niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. Santiago: Revista Chilena de Derecho, 28(2):12-17, abril y junio de 2001.

CAAMIÑA Domínguez, Celia M. El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos, en Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), 3(1):47-62. [Fecha de Consulta: 05 de mayo de 2015] Disponible en: <https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAAahUKEwiAof6ir8THAhXJGZAKHaX0Djo&url=http%3A%2F>

[%2Fe-
revistas.uc3m.es/index.php/FCDT/article/view/1066/385&ei=
=mXHcVcDwCsmzwASl6bvQAw&usq=AFQjCNH2MrCfSQkROpQqWh26JcvovssJ
nQ >](http://revistas.uc3m.es/index.php/FCDT/article/view/1066/385&ei=mXHcVcDwCsmzwASl6bvQAw&usq=AFQjCNH2MrCfSQkROpQqWh26JcvovssJnQ)

CALVENTO Solari, Ubaldino. Legislación atinente a la niñez en las Américas. Instituto Interamericano del niño (O.E.A). Buenos Aires: Ediciones DEPALMA. 1995. 57 p.

CALVO Babío, F. La mediación en la sustracción internacional de menores. Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar. Madrid: Dykinson, 2006. 106 p.

CAPURRO Reposi, Sandra. Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, diciembre de 2005. 96 p.

CILLERO B., Miguel. La situación del menor: de objeto de regulación a sujeto de derecho, Programa Diplomado Instituciones del derecho de Familia Moderno y nuevas tendencias en el Derecho comparado. Santiago: Universidad de Chile, 2001.

CÓDIGO Civil (Decreto Exento N° 391; Aprueba Texto Oficial del Código Civil). Santiago: Diario Oficial, 27 de enero de 2009. 411 p.

CONVENCIÓN de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Suscrita por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Haya: 20 de noviembre de 1989. 19 p.

CONVENCIÓN sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. La Haya: Diario Oficial, 17 de junio de 1994. 14 p.

CONVENCIÓN Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Montevideo República Oriental del Uruguay: Organización de los Estados Americanos, 15 de junio de 1989. 8 p.

CONSTITUCIÓN Política de la República de Chile. (Decreto N° 100; Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile). Santiago: Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005. 101 p.

CORTE SUPREMA. Auto Acordado dictado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile, sobre la Convención de Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Santiago: 03 de noviembre de 1998. 21 p.

CORTE SUPREMA. Modificación del Auto acordado dictado por la Excelentísima Corte suprema de Chile, sobre la convención de Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Santiago: 17 de mayo de 2002. 23 p.

DRAE. Diccionario de la Lengua Española. Temeraria. Madrid, España: 2001.
[Fecha de consulta: 5 de mayo de 2015] Disponible en:
<http://lema.rae.es/drae/?val=TEMERARIA>

GOMEZ de la Torre Vargas, Maricruz. El interés Superior del Niño, en Gaceta Jurídica N° 238, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Chile, abril de 2000.

LAJE, Rodrigo. La Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: configuración de ilicitud, residencia habitual, excepciones a la restitución, carácter autónomo del procedimiento. Trabajo realizado con colaboración de Viviana D. BERÓN, en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. Buenos Aires: Albremática.

2012. [Fecha de Consulta: 5 de junio 2015] Disponible en:
<<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferecia-cuadernillo-scotti.pdf>>

MIRALLES Sangro, P.P. El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 1989. 234 p.

OFICINA Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Mediación. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. La Haya: Jurídica Congreso, 2008. 32 p.

PEREZ Manrique, Ricardo. Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. Justicia y Derechos del Niño. Número 8. UNICEF: 2006. [Fecha de Consulta: 07 de mayo de 2015.] Disponible en:
<<http://www.unicef.org/argentina/spanish/JusticiayDerechos08.pdf>>

QUAINI, Fabiana Marcela. La representación del niño en el proceso directamente por un abogado en Argentina y el Derecho Comparado, 24 de junio de 2008. [Fecha de Consulta: 11 de mayo de 2015]. Disponible en:
<<http://ar.microjuris.com/>>

SEOANE de Chiodi, María del Carmen. La sustracción internacional de menores por uno de los padres, sección Material del Instituto Interamericano del Niño, (Sección material – publicaciones - Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de los padres: Memorial, noviembre 2002). [Fecha de Consulta: 10 de mayo de 2015.] Disponible en:
<<http://www.iin.oea.org/IIN2011>>

SOMARRIVA Undurraga, Manuel. Derecho de Familia. Santiago: Nascimento, 1946. 663 p.