

El fenómeno de la sustracción internacional de menores. Normativa americana y mundial: una visión global. Puntos de fricción entre América y Europa.

Ricardo César Pérez Manrique
Ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno de Montevideo Uruguay
Miembro de la Red de Jueces de La Haya por Uruguay

1.- Introducción.

El objetivo de esta exposición es el de poner a disposición de los operadores jurídicos europeos, la información necesaria que permita comprender los criterios de interpretación y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en América Latina.

Se intentará poner en claro todos los elementos necesarios para comprender de qué forma aplicamos el Convenio en Latinoamérica, entendiendo por tal los países de habla española y portuguesa al sur del Río Bravo.

Debe señalarse en primer lugar que todos los países de Latinoamérica con excepción de Bolivia, han ratificado el Convenio de 1980, por cuya razón dicho convenio es de amplia aplicación en el continente, inclusive cuando las solicitudes de restitución se realizan entre países de la región.

El Convenio de La Haya 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, ha sido ratificado únicamente por Ecuador.

A continuación serán analizados algunos de los elementos que son diferentes en relación a la aplicación del mismo en Europa, relativos a instrumentos propios de la región y la interpretación de los conceptos claves.

Se parte del supuesto de que un mayor conocimiento de las particularidades de cada continente, es beneficioso para una mejor cooperación judicial internacional en salvaguarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2.- Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores de 15 de julio de 1989.

En el marco de la Organización de los Estados Americanos se han celebrado las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), que han elaborado distintos proyectos de Convenios Regionales, entre los cuales se acordó en Montevideo el 15 de julio de 1989 la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

El Convenio ha sido ratificado y se encuentra en vigencia por Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela¹.

En líneas generales coincide con el Convenio de La Haya de 1980, así por ejemplo se mantiene la edad de 16 años como límite para su aplicación.

En cuanto a la legitimación activa para solicitar la restitución (art. 5) las personas indicadas en el artículo 4: “titulares de los derechos de custodia que ejercían en forma individual o conjunta, los padres tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho de conformidad con la ley de residencia habitual del menor”.

La solución es más restrictiva que la del artículo 8 de La Haya que refiere a “toda persona institución u organismo”.

La excepción del artículo 13 b) recogida por el artículo 11 b) es también más restrictiva pues se establece que se puede denegar la restitución cuando: “...existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico y psíquico”.

Suprimiéndose la expresión “o que de cualquier manera ponga al menor en una situación intolerable”, con lo cual se acota la facultad del Juez del Estado requerido para denegar la restitución, pues no son pocos los problemas interpretativos de esta acepción debido a su amplitud.

2.1- Aspectos procesales

La innovación sustancial del régimen americano respecto del de La Haya es el establecimiento de un procedimiento acotado para la decisión de las solicitudes de restitución.

A) Mediación

¹ Estado de vigencia según la página web de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Establece el artículo 10 que la autoridad competente – Juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentre el menor - adoptarán “conforme a su derecho y cuando lo entiendan pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor”.

Se abre así una primera instancia para la mediación, procurando que la restitución se realice de manera voluntaria.

B) Primeras medidas

Si ello no fuere posible, verificado que la solicitud cumple los requisitos del art. 9 y sin más trámite las autoridades competentes:

- a) tomarán conocimiento personal del menor
- b) adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional
- c) si fuere procedente ordenará la restitución.

Se deben adoptar medidas para impedir la salida del menor del territorio de la jurisdicción de la autoridad requerida.

C) Trámite de las excepciones

Las excepciones son similares a las de La Haya según el artículo 11, con las variantes señaladas ut supra.

Deben presentarse dentro de los ocho días hábiles contados a partir del momento en que “la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene”.

Numerosa jurisprudencia en los Estados signatarios determina que este plazo es perentorio e improrrogable.

D) Decisión dentro de los 60 días calendario siguientes a la recepción de la oposición.

A efectos del dictado de decisión se evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán tomar conocimiento del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos del Estado de la residencia habitual, requiriendo de ser necesaria la asistencia de Autoridades Centrales, agentes diplomáticos o consulares.

E) Ejecución

Debe ejecutarse dentro de los 45 días calendario de comunicada a la autoridad requirente la orden de restitución, si no se cumple quedan sin efecto la restitución ordenada y las providencias anotadas.

Gastos de traslado a cargo del actor – solicitante -, de lo contrario podrá sufragar el Estado requirente, sin perjuicio de repetir contra el responsable del traslado ilícito.

La restitución no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su guarda o custodia.

Una vez tomado conocimiento de la solicitud de restitución, las autoridades del Estado requerido no podrán resolver sobre el fondo del derecho de guarda; a) hasta que no se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para la restitución o b) hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

D) Localización- artículos 18/20 –

Se desarrollan pautas y determinan plazos no incluidos en el Convenio de La Haya de 1980.

Cuando se desconoce dónde se encuentra el menor, se podrá requerir la localización del mismo.

Una vez ubicado, el Estado Requirente tiene un plazo de 60 días calendario desde que es notificado de la localización, para promover la solicitud de restitución.

Se deben adoptar las medidas que sean conducentes para asegurar la salud del niño y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción, las medidas podrán quedar sin efecto si no se solicitare la restitución dentro del plazo de 60 días calendario contados a partir de la comunicación de la localización. Ello no obsta a que se pida después de ese plazo la restitución.

E) Visitas

Los mismos conceptos jurídicos y el régimen procesal, se aplica en el caso del derecho de visitas transnacional definido en el artículo 3 literal b) como comprensivo de: “..la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual”.

2.2. Síntesis

La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, organiza un procedimiento sumario en base a plazos procesales breves. Indica que no debe prejuzgarse sobre la cuestión de fondo de la guarda y que dados ciertos requisitos, asegura su rápida devolución al medio en el cual están desarrollando su formación integral, es decir al Estado de Residencia Habitual.

La trascendencia de este Convenio en perspectiva universal es la siguiente: *al establecer un procedimiento con plazos claramente determinados, a falta de procedimiento interno, muchas veces los jueces aplican de manera supletoria este procedimiento a las solicitudes de restitución.*

3.- Proyecto de Ley Modelo.

Qué es una Ley Modelo

- Es un proyecto elaborado por expertos de varios Estados Partes, que contiene los principios básicos contenidos en los convenios de restitución, que puede ser tomada como base general para la preparación de la legislación interna de cada país

- En resumen: es un estándar mínimo para cumplir los objetivos de los Convenios

- Por eso debe ser amplio, adaptable a cada realidad

- La necesidad de una Ley Modelo*

- garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante

- velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten los otros Estados contratantes

Necesidad de asegurar el cumplimiento de los plazos establecidos en los Convenios 60 días calendario (art. 12 Interamericana) y seis semanas (art. 11 de La Haya)

- art. 1 Convenio Interamericano de Restitución:

- asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente.

- art. 1 La Haya:

- Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

•*Antecedentes*

- Proyecto nacional del Uruguay, como parte de las actividades derivadas de la designación de Juez de Enlace

- Las dificultades procesales a nivel interno para asegurar una restitución rápida y segura

- La necesidad de ajustar los plazos internos a los establecidos en los Convenios

- En Buenos Aires, en setiembre de 2007 se acordó un proyecto de Ley Modelo para el continente en la 2ª Reunión de Expertos Gubernamentales organizada por Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Participaron países de América del Norte, América Central y América del Sur.

Fuentes tomadas en cuenta

- Reglamento del Consejo de la Unión Europea N° 2201, 27 noviembre 2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

- Ley de Enjuiciamiento Civil de España, Título IV, destinado a las medidas provisionales con relación a las personas (Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional).

- Decreto ejecutivo N° 222/2001 reglamentario de la Ley que aprueba la Convención de La Haya sobre Sustracción de Menores

- Auto Acordado de la Corte Suprema de la República de Chile, del 3/11/1998

- Anteproyecto de Ley de Uruguay

Principios que se pretende preservar

- Celeridad

- Inmediación

- Concentración

- El proceso tomado en todas las instancias

- Proceso de partes- participación preceptiva del Ministerio Público como representante de la causa pública

- Contradicción

- Preservación del Derecho del Niño a ser oído- art. 12 Convención Derechos del Niño

El Proyecto (estructura)

Primera etapa: localización y aseguramiento (conforme Convención Interamericana), contingente pues no es necesaria si se conoce el domicilio del niño sustraído de antemano.

Segunda o, según los casos etapa única: Proceso de Restitución.

- ❖Estructura monitoria (similar proceso ejecutivo): recibida la solicitud se decreta restitución

- ❖Se notifica al sustractor y se adoptan medidas para asegurar su arraigo durante el proceso junto al del niño.

- ❖Se oye al niño.

- ❖Si no hay oposición o se logra un acuerdo se ordena restitución.

- ❖La oposición únicamente debe fundarse en las excepciones del convenio

- ❖Etapa de prueba

- ❖Sentencia

- ❖Único recurso apelación ante Tribunal Superior

- ❖Sentencia no admite otro recurso

- ❖El mismo régimen se extiende a la visita.

El Proyecto tiene como innovación principal la definición de cuál es el interés superior del niño en un proceso de restitución establecido en su artículo 2º inciso 2º:

“Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los

efectos de la presente ley, *el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional*”.

El criterio es que el operador jurídico al interpretar la situación sometida a su decisión, considere que el objetivo primordial es asegurar una restitución rápida y segura del niño, con lo cual se pretende reducir el margen de discrecionalidad del intérprete.

Estado de situación: varios países han modificado ya su legislación interna como Chile, República Dominicana – por vía de decisiones de sus Cortes Supremas – y en otros existen proyectos de ley tomando como base la Ley Modelo que se encuentran en distintos grados de consideración tales como Brasil, Perú, Honduras, Uruguay entre otros.

En Uruguay se encuentra estudio del Senado de la República. El proyecto ha sido promovido por la Suprema Corte de Justicia y tiene el apoyo de los Institutos de Derecho Internacional Privado y de Derecho Procesal de la Universidad de la República.

4. Red de Jueces y Oficial de Enlace de la Conferencia de La Haya para la región. Otras Redes: Iber Red.

Es precisamente en la Ley Modelo que se establece como norma en su Art. 21 “Comunicaciones judiciales directas” lo siguiente.

“Se designará un Juez de Enlace con el cometido de facilitar las comunicaciones judiciales directas sobre los asuntos en trámite comprendidos por la presente ley entre los Tribunales Extranjeros y los Tribunales Nacionales.

Las consultas podrán ser recíprocas, se realizarán por intermedio del Juez de Enlace y se dejará constancia de las mismas en los respectivos expedientes, con comunicación a las partes”.

La Red de Jueces de Contacto de la Conferencia de La Haya en América Latina ha tenido un importante crecimiento en los últimos tiempos y hoy la mayoría de los países tiene designado un integrante de la Red.

Se encuentra en discusión, la posibilidad de configurar un espacio regional que integre a América del Norte y América Latina, reuniendo así a los Jueces de Contacto de la Red de La Haya en este espacio.

Sin duda ha sido un factor muy importante en este desarrollo la designación por la Conferencia de La Haya de un representante permanente para la región, el Dr. Ignacio Goicochea. El mismo es una referencia decisiva en todas las cuestiones referidas a protección de niños y es una ayuda de gran importancia tanto para los Jueces como para las Autoridades Centrales y demás operadores de la región.

Opera en el Área Iberoamericana Iber Red, con su organización y puntos de contacto civiles y penales. En reciente reunión de expertos

convocada por la Unión Europea y la conferencia de la La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada en Bruselas los días 15 y 16 de enero del corriente año, se incluyeron las siguientes Conclusiones y Recomendaciones:

“Las distintas redes deben funcionar de manera complementaria y coordinada en aras de lograr sinergias, y deben, en la medida que sea posible, cumplir con las mismas salvaguardas en relación con las comunicaciones judiciales directas.

Los Estados miembros de IberRed que no han designado a un especialista en Derecho de familia como punto de contacto, pero que han designado un juez para la Red de La Haya son invitados a considerar la designación del mismo juez o jueces como puntos de contacto dentro de IberRed”.

Se realizó en Chile en el mes de mayo una Reunión de Puntos de Contacto de Iber Red, en que se debatieron los resultados de la Reunión de Bruselas de enero de 2009 sobre el funcionamiento de manera complementaria y coordinada entre las redes que actúan en un mismo espacio geográfico. Partiendo de la base de la especialidad de cada red y del principio de complementariedad.

Se ha hecho una invitación para considerar puntos de contacto a los Jueces Especializados en materia familiar que integran la Red de La Haya, conforme Disposición 13 del Reglamento de Iber Red².

²**Disposición 13. Redes Judiciales y organismos internacionales**

1. A fin de cumplir sus objetivos, la Iber-Red aspira a mantener contactos e intercambiar experiencias con otras redes de cooperación judicial y organismos internacionales promotores de la cooperación jurídica internacional.
2. En la medida que se establezca en su Derecho nacional respectivo, los puntos de contacto podrán realizar funciones operativas en relación con puntos de contacto o corresponsales de otros organismos.

En Uruguay, quien esto escribe, por decisión de la Suprema Corte de Justicia, actúa como Juez de Contacto de La Haya y como nexo con Iber Red según resolución de la Suprema Corte de Justicia. Ello demuestra que es viable articular el funcionamiento coordinado de ambas redes que operan en la región.

5.- Conceptos fundamentales

Se puede decir que en la Región predomina el modelo de coparentalidad, es decir que el ejercicio de la autoridad parental se ejerce de manera conjunta entre ambos padres, independientemente del origen matrimonial o extramatrimonial de la filiación.

Ese ejercicio conjunto se mantiene más allá de la separación o aún del divorcio entre los padres.

Ello supone que si bien los padres están separados, la patria potestad se ejerce por ambos, de manera conjunta, tal como lo establece el artículo 4 de la Convención Interamericana.

En consecuencia la decisión sobre el domicilio del hijo menor de 16 años es una decisión inherente al ejercicio conjunto de la autoridad parental que requiere la participación de ambos padres.

En caso de discrepancia será la autoridad judicial la que dilucidará la cuestión, mediante el dictado de sentencia en el marco de un debido proceso legal.

Por ello en todos los países de la región, son ambos padres quienes deben prestar su acuerdo para el traslado transfronterizo de sus hijos.

El padre no conviviente, en ejercicio de la autoridad parental tiene derecho de visitas o de contacto con su hijo a cargo del otro progenitor.

5.1- Derecho de custodia. Patria Potestad

Hechas estas apreciaciones de carácter general se puede realizar una categorización de las soluciones legales de algunos países del área respecto del contenido y ejercicio del derecho de custodia a título de ejemplo.

Habría por lo menos tres categorías de regímenes legales:

Primera categoría

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 en esta categoría se encuentran al derecho argentino (art. 264 C:C.); boliviano (arts. 251³,

³ Art. 251 del Código de Familia de Bolivia: (EJERCICIO DE LA AUTORIDAD DE LOS PADRES). La autoridad sobre los hijos comunes, se ejerce durante el matrimonio, por el padre y la madre. Los actos de uno solo de ellos que se justifiquen por el interés del hijo se presume que cuentan con el asentimiento del otro...”

253⁴, 254⁵ y 146⁶ del Código de Familia y Art. 31 el Código del Niño, Niña y Adolescente -1999⁷) y peruano (arts. 419⁸, 420⁹ y 421¹⁰ C. C.).

Argentina

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 mediere expresa oposición;

⁴ Art. 253: “(UNIONES CONYUGALES LIBRES). Las disposiciones anteriores pueden aplicarse también a las uniones conyugales libres, mientras dura la vida en común”

⁵ Art. 254: “...En caso de divorcio o de separación de los esposos, la autoridad sobre los hijos se ejerce con arreglo al art. 146 e igualmente en el de invalidez del matrimonio. La misma disposición puede también aplicarse a las uniones conyugales libres cuando cesa la vida común”.

⁶ Art. 146 Cód de Familia de Bolivia: “(AUTORIDAD DE LOS PADRES, TUTELA, DERECHO DE VISITA Y SUPERVIGILANCIA). Cada uno de los padres ejerce la autoridad que le corresponde sobre los hijos confiados a su cargo. Si la guarda se confía a los ascendientes o hermanos de los cónyuges, o a un tercero, se aplican respecto a éstos, las reglas de la tutela. No obstante, el padre o la madre que no ha obtenido la guarda tiene derecho de visita en las condiciones que fija el juez y el de supervigilar la educación y el mantenimiento de los hijos, con arreglo al art. 257”.

⁷ Art. 31 del Código del niño, niña y adolescente: (AUTORIDAD DE LOS PADRES). “La autoridad de los padres ejercida en igualdad de condiciones por la madre o por el padre, asegurándoles a cualesquiera de ellos, en caso de discordancia, el derecho de acudir ante la autoridad judicial competente, para solucionar la divergencia”. Conc. Art. 197º C.P.E.- art. 18 inc. 1 C.D.N.

⁸ Art. 419 del C.C. 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”.

⁹ Art. 420: 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”.

¹⁰ Art. 421: 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...”.

- 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.

Segunda categoría:

Se establece una suerte de preferencia paterna para el caso de que los progenitores no acuerden el ejercicio conjunto.

Para el supuesto de separación se le concede el ejercicio a aquél de los padres a quien se le confíe el cuidado personal del hijo o tuición del hijo. Es la regulación de la responsabilidad parental en la legislación chilena (art. 244¹¹ y 245¹² del C. C.).

Pero en el Derecho Chileno, las autorizaciones para viajar cuando los padres están separados la concede el padre en ejercicio de la patria potestad, pero si se ha acordado régimen de visitas, el padre a cuyo

¹¹Art. 244: “La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. A falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero...”.

¹² Art. 245 C.C. de Chile: “Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al art. 225. Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad...”.

favor se ha concedido el mismo puede oponerse al traslado al exterior del hijo según el artículo 49 de la Ley N° 16.618.¹³

Artículo 49 de la Ley N° 16.618:

“Regulado el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil (visitas) por sentencia judicial o avenimiento aprobado por el tribunal, se requerirá también la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció”.

De principio el hijo puede salir fuera del país con la autorización del padre en ejercicio de la patria potestad, estando separados si el otro padre tiene concedido derecho de visita debe salir con la autorización de ambos padres.

¹³ **Art. 49.** La salida de menores desde Chile deberá sujetarse a las normas que en este artículo se señalan, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N° 18.703 (*referencia que debe entenderse hacia la ley 19.620 sobre adopción*). Si la tuición del hijo no ha sido confiada por el juez a alguno de sus padres ni a un tercero, aquél no podrá salir sin la autorización de ambos padres, o de aquel que lo hubiere reconocido, en su caso.

Confiada por el juez la tuición a uno de los padres o a un tercero, el hijo no podrá salir sino con la autorización de aquel a quien se hubiere confiado.

Regulado el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil por sentencia judicial o avenimiento aprobado por el tribunal, se requerirá también la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció.

El permiso a que se refieren los incisos anteriores deberá prestarse por escritura pública o por escritura privada autorizada por un Notario Público. Dicho permiso no será necesario si el menor sale del país en compañía de la persona o personas que deben prestarlo.

En caso de que no pudiere otorgarse o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que en virtud de este artículo debe prestarla, podrá ser otorgada por el juez de letras de menores del lugar en que tenga su residencia el menor. El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el beneficio que le pudiere reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización. Expirado el plazo a que se refiere el inciso anterior sin que el menor, injustificadamente, vuelva al país, podrá el juez decretar la suspensión de las pensiones alimenticias que se hubieren decretado.

En los demás casos para que un menor se ausente del país requerirá la autorización del juzgado de Familia de su residencia.

Pero debe observarse que más allá de a qué padre se le haya concedido el derecho de tuición, el otro padre con régimen de visita a su favor debe prestar su conformidad para la salida del hijo del país.

Tercera categoría

Países que no distinguen para el ejercicio de la autoridad parental entre padres que viven juntos o separados y conserva el poder familiar en cabeza de ambos al margen de la cohabitación. Es la opción elegida por legislación paraguaya (art. 70 del Código de la Niñez y adolescencia del Paraguay-2001¹⁴), brasileña (art. 21 del Estatuto del niño y adolescente de Brasil y arts. 1631-1632 CC¹⁵) y uruguaya (art. 252 y 275 CC).

También es el caso de El Salvador, en que el art. 207 del Código de Familia dispone que: “El ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y a la madre conjuntamente, o a uno solo de ellos cuando falte el otro. Se entenderá que falta el padre o la madre, no sólo cuando hubiere fallecido o se le hubiere declarado muerto presunto, sino cuando se ausentare del territorio nacional, se ignorare su paradero o estuviere imposibilitado”.

¹⁴ El art. 70 del Código de la Niñez y adolescencia del Paraguay, en lo que nos interesa, dispone: “El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos”.

¹⁵ El art. 21 del Estatuto del niño y adolescente de Brasil expresa que la patria potestad será ejercida, en igualdad de condiciones, por el padre y por la madre, en la forma que dispone la legislación civil, asegurando a cualquiera de ellos el derecho de, en caso de desacuerdo, recurrir a las autoridades judiciales competentes para solucionar el desacuerdo”.

El Código Civil, por su parte, establece en su art. 1631 que durante el matrimonio o unión estable, compete el poder familiar a los padres, a falta o impedimento de uno de ellos el otro lo ejercerá con exclusividad...

El art. 1632 prevé el ejercicio de la responsabilidad parental frente a la ruptura y dice que: “la separación judicial, el divorcio y la disolución de la unión estable no alteran las relaciones entre padres e hijos ...”.

Brasil

El artículo 1.631 del Código Civil establece que durante el casamiento o la unión estable el “patrio poder” lo ejercerán los padres, lo que se mantiene aún después de la separación, el divorcio o la disolución de la unión estable.

Es el principio reconocido en el artículo 21 del Estatuto del Niño y del adolescente.

Pero este Código establece en su artículo 84 que en casos de viajes al exterior, no será necesaria la autorización judicial cuando el hijo viaje con ambos padres en ejercicio de la patria potestad o cuando viaje acompañado de uno de ellos con la autorización expresa del otro.

En definitiva es un atributo de la patria potestad la autorización del hijo para salir del país.

Costa Rica

Es el caso de Costa Rica respecto de la filiación matrimonial, a partir del Art. 140 del Código de Familia (del año 1973) regula el tema de la responsabilidad parental, denominada en dicho código como patria potestad o autoridad parental, haciendo una distinción en su ejercicio, según se trate de hijos nacidos de matrimonio, o no nacidos de matrimonio. Con ello se inscribe en la clásica tradición de concebir esta institución como un ámbito exclusivo el padre y de la madre, por regla general.

En la filiación matrimonial el ejercicio de la patria potestad es conjunto, conforme el artículo del Código de Familia 151 del Código de Familia¹⁶.

¹⁶ “...El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio”.

En la filiación no, matrimonial la patria potestad la ejerce la madre y excepcionalmente se le podrá conceder también al padre, conforme el artículo 155 del mismo Código¹⁷.

En el Art. 143 se señala como uno de los elementos de la responsabilidad parental la guarda de los hijos e hijas. Dicho código no dice nada de cómo será el régimen de dicha guarda, pues sólo se menciona en el precitado Art. 143, y se vuelve a decir algo, en el Art. 152, al hablar de los casos de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, en donde el contenido de la sentencia debe manifestarse en relación la guarda y crianza de los hijos e hijas.

El Código de la Niñez y Adolescencia (del año 1998), a partir del Art. 30 desarrolla el derecho de la persona menor de edad a una vida familiar, lo que conlleva la guarda o cuidado del padre y de la madre.

El Art. 33 habla del derecho de la persona menor de edad de permanecer con su familia, y en el Art. 35 un derecho genérico de mantener contacto con la familia cuando haya sido separada de ésta.

Es decir, concluimos que en Costa Rica la guarda o cuidado de los hijos e hijas es un elemento de la responsabilidad parental que no tiene un desarrollo normativo acerca de las reglas que se seguirán para su ejercicio, concesión y desarrollo. Tampoco aparece nada

¹⁷ “... La madre, aún cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos”.

referente al mal llamado “régimen de visitas”, como elemento que se desprende del ejercicio de la guarda o cuidado, con lo que entendemos que su construcción se hace en el nivel jurisprudencial, a partir del artículo 9 de la Convención sobre Derechos del Niños y ese 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

La salida del país cambió desde el 2006 por una reforma al artículo 16 del Código de la Niñez y por un reglamento que fue publicado en La Gaceta, diario oficial, el 23 de abril del 2008. Los padres deben otorgar su permiso y el trámite se lleva ante el Patronato Nacional de la Infancia el cual debe comunicar a la Dirección de Migración.

Uruguay

Por Ley N° 17.823 de 7 de setiembre de 2004 entró en vigencia en el Uruguay el Código de la Niñez y Adolescencia que sustituye el anterior Código del Niño y en parte al Código Civil.

En cuanto a la custodia de los niños y adolescentes se mantiene la división entre guarda jurídica que es un derecho derivado de la patria potestad y que comprende la facultad de ambos padres de decidir en conjunto aspectos fundamentales de la vida de sus hijos como educación, salud, prestar autorización para contraer matrimonio o para viajar al exterior, etc.

Por otra parte se reconoce la guarda material o tenencia que consiste en la determinación en caso de separación de los padres de cuál de ellos permanecerá con los hijos.

La tenencia se encuentra regulada en los artículos 34 a 37 que establecen la asignación de la misma por acuerdo de partes, a falta de cual será el Juez quien decidirá con las garantías del debido proceso (arts.34 y 37).

Se establecen las siguientes facultades del Juez de Familia: a) asignar al hijo al padre con el que haya convivido por mayor cantidad de tiempo, siempre que lo favorezca: b) se prefiere a la madre cuando el

niño sea menor de dos años, siempre que no sea perjudicial para aquél;
c) siempre deberá oírse al niño.

Se reduce así la preferencia a favor de la madre que en el artículo 174 del Código Civil se mantenía hasta los cinco años de edad del hijo, estableciéndose la obligación de oír al niño o al adolescente, lo que es de aplicación obviamente a las solicitudes de restitución internacional por violación del derecho de custodia (conforme en forma coincidente con el artículo 13 penúltimo inciso del Convenio).¹⁸

Finalmente se establece la posibilidad de que un tercero solicite la tenencia.

El mismo Código establece como requisito para la Autorización para salir del país la concurrencia de ambos padres en el ejercicio de la patria potestad – ya sea cuando viajan en conjunto con ellos o cuando tienen un pasaporte en que se estampó la autorización.

¹⁸ Artículo 34. (Tenencia por los padres).-

- 1) Cuando los padres estén separados, se determinará de común acuerdo cómo se ejercerá la tenencia (artículo 177 del Código Civil).
- 2) De no existir acuerdo de los padres, la tenencia la resolverá el Juez de Familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Artículo 35. (Facultades del Juez de Familia).- En caso de no existir acuerdo de los padres, el Juez resolverá, teniendo en cuenta las siguientes recomendaciones:

- A) El hijo deberá permanecer con el padre o la madre con quien convivió el mayor tiempo, siempre que lo favorezca.
- B) Preferir a la madre cuando el niño sea menor de dos años, siempre que no sea perjudicial para él.
- C) Bajo su más seria responsabilidad funcional, el Juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente.

Artículo 36. (Tenencia por terceros).-

- 1) Cualquier interesado puede solicitar la tenencia de un niño o adolescente siempre que ello tenga como finalidad el interés superior de éste. El Juez competente, bajo la más seria responsabilidad funcional, deberá evaluar el entorno familiar ofrecido por el interesado.
- 2) La persona que ejerce la tenencia de un niño o adolescente está obligada a brindarle la protección y cuidados necesarios para su desarrollo integral.
- 3) La persona que no se sienta capacitada para proseguir con la tenencia, deberá ponerlo en conocimiento del Juez de Familia, quien resolverá la situación del niño o adolescente.

La autorización de ambos padres, aún divorciados, se requiere cuando los hijos viajan solos o en compañía de terceros.

Si se plantea conflicto debe resolverse la cuestión por el Juez competente¹⁹

Contrariamente a lo sostenido por alguna sentencia española, cuando el Código de la Niñez y Adolescencia del Uruguay en su artículo 191 establece que los niños y adolescentes no necesitan autorización cuando viajen en compañía de quien ejerce la patria potestad, no es suficiente que viaje con uno de los padres.

Siempre en el Uruguay ejercen la patria potestad ambos padres, salvo que en la filiación no matrimonial uno de ellos no haya reconocido al hijo o en todas las filiaciones que el otro padre no esté en ejercicio de la patria potestad por suspensión, limitación o pérdida.

La autorización en el pasaporte autoriza la salida del país pero no con la finalidad de constituir domicilio en el exterior, pues ello depende de autorización expresa del otro padre o de un Juez en caso de discrepancia entre los padres en ejercicio de la patria potestad.

DERECHO DE CUSTODIA: en América Latina salvo en el caso de Chile, con la excepción que se viera, el padre en ejercicio de la patria potestad

¹⁹ Artículo 191. (Compañía de los padres o responsables).- Los niños y adolescentes no necesitan autorización para viajar cuando salen del país acompañados de quienes ejerzan la patria potestad.

Artículo 192. (Uso del pasaporte-habilitado).- Tampoco necesitan autorización cuando viajen en posesión de pasaporte válido autorizado por quienes ejerzan la patria potestad o habilitado de edad.

Artículo 193. (Autorizaciones).- Los niños y adolescentes que viajen solos o en compañía de terceros fuera del país necesitan consentimiento de ambos padres o del representante legal en su caso.

En caso de separación o divorcio de los padres, se requerirá la autorización de ambos.

En los casos expuestos precedentemente si se planteara conflicto para consentimiento entre los otorgantes del mismo, resolverá el Juez Letrado de Familia quien fijará los detalles de la estadía en el exterior.

Se seguirán los trámites del proceso incidental según lo dispone el Código General del Proceso, oyéndose preceptivamente al Ministerio Público en la audiencia respectiva a la que bajo responsabilidad deberá concurrir este último.

La impugnación a la sentencia de primera instancia no tendrá efecto suspensivo, debiendo el Juzgado Letrado de Familia de Primera Instancia expedir testimonio de la sentencia sin más trámite, inmediatamente de celebrada la audiencia correspondiente

siempre ejerce el derecho de autorizar la salida del país de su hijo, por tanto en todos los países vistos y en los otros del continente, la facultad de fijar domicilio en el exterior es un atributo de la patria potestad. Tal derecho constituye en definitiva derecho de custodia en los términos de La Haya.

Pero aún en el caso de Chile, como se viera la solución es en definitiva similar: el padre con derecho de contacto tiene el derecho de autorizar o impedir la salida del país. Ejerce derecho de custodia en los términos del Convenio de 1980.

5.2 – Derecho de visita.

Afirma la Prof. Elisa Pérez Vera en el Párrafo 23 de su informe explicativo del Convenio de 1980, Párrafo 126:

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

Derecho de visita: consultada la Guía de Buenas Prácticas para el Ejercicio del Derecho de Visitas, por ahora solamente en idioma inglés se aprecia que uno de los puntos a decidir es si se puede invocar el artículo 21 del Convenio de La Haya, por quien tiene derecho de visita reconocido por la ley, pero respecto del que no se ha fijado ya sea por

acuerdo de partes o resolución judicial un régimen concreto de visitas o dicho de otra forma de qué manera se ejerce realmente ese derecho.

Entiendo que un padre que no convive con su hijo que se encuentra en el exterior, puede invocar el artículo 21 del Convenio de La Haya para reclamar visitas no reguladas judicialmente ni estipuladas por acuerdo de partes, pero que están reconocidas en la ley.

Es en este sentido que el Proyecto de Ley del Uruguay, establece dos hipótesis de aplicación del artículo 21 del convenio de La Haya, cuando se requiera colaboración a los Tribunales Nacionales: si hay o no régimen establecido, aplicándose distintos procedimientos en el entendido de que en ambos casos es de aplicación la normativa internacional²⁰.

²⁰ **Artículo 21.- Visita.** La solicitud que tiene por objeto hacer efectivo el derecho de visitas por parte de sus titulares en los casos previstos en los Convenios Internacionales de Restitución, seguirán el procedimiento establecido en la presente ley.

El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al niño por un período de tiempo limitado a otro país diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

No constituye requisito necesario para la procedencia de la solicitud de visitas en el marco de los Convenios Internacionales de Restitución, la existencia de un previo traslado o retención ilícito, ni la existencia de un régimen de visitas establecido con anterioridad.

21.1. El Tribunal nacional requerida su intervención, en caso de existencia de régimen de visitas fijado en sentencia ejecutoriada o por convenio homologado judicialmente, puede incluso modificar dicho régimen en caso de que sea necesario.

Intervendrá en la cuestión de las visitas, en ejercicio de su jurisdicción natural, en carácter de jurisdicción más próxima; y sin perjuicio de la competencia originaria del Juez del Estado de residencia habitual; ya sea cuando haya denegado la solicitud de restitución o, bien en los casos en que habiéndose logrado la autocomposición del litigio, se obtiene la restitución voluntaria.

Recibida la solicitud o demanda, se correrá traslado de seis días hábiles y se convocará a audiencia en que se dictará sentencia.

Dispondrá sobre el régimen de visitas; siempre bajo el apercibimiento para las partes, de que el incumplimiento hará incurrir al transgresor en traslado o retención ilícitos, a los efectos establecidos por la Convención de la Haya y en la Convención Interamericana.

Un punto de fricción con España, es que la Autoridad Central española entiende que debe haber mediado suspensión o retención ilícita, para que se pueda invocar el artículo 21 del Convenio de La Haya.

No comparto dicha interpretación que reduce a un mínimo la aplicación del Convenio y que tiene por efecto directo desproteger a quien goza de un derecho de visita de pleno derecho o reconocido judicialmente o por acuerdo de partes.

El convenio habilita en su artículo 21 la posibilidad de que un padre en tales condiciones, aún cuando el traslado no sea ilícito pueda reclamar el derecho.

Ello es así por cuanto el artículo 9.3 determina que:

“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”

El artículo 10.2 del mismo Convenio establece que: “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”.

Se trata en consecuencia también de un derecho del niño, lo que a veces se pierde de vista, que los Estados están obligados a respetar no solamente en ocasión de traslados o retenciones ilícitas (art. 11), sino

en todos los casos como resulta de los artículos transcritos con anterioridad.

El Convenio de La Haya no debe interpretarse de manera que limite la protección del derecho de contacto del niño con ambos padres.

6.- Conclusiones.

El Convenio de La Haya de 1980 en su artículo 5 define los conceptos claves para el mismo a saber.

“El derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

El “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

Analizados los regímenes jurídicos vigentes en Latinoamérica podemos concluir la cuestión debe resolverse a partir del ejercicio de la patria potestad, predomina el régimen de ejercicio compartido, salvo en el caso de Chile dentro de los países analizados.

Custodia

El concepto de custodia contemplado en el artículo 5 del Convenio de la Haya de 1980, siempre debe de interpretarse con arreglo al derecho del lugar de la residencia habitual del menor, anterior al traslado o retención ilícita, ello hace importante el conocimiento de los regímenes de los distintos países signatarios del mismo.

Frente a la separación de los padres, algunos países optan por el ejercicio de la patria potestad por el padre que se queda con el hijo, el que lo tiene bajo su cuidado y que de alguna forma puede fijar su domicilio.

Pero en forma paralela todos los países que prevén tales regímenes, exigen la presencia de ambos padres cuando se trata de autorizar la salida del país.

La cuestión es si interpretando a la luz del convenio en esos casos, se puede considerar que existe el derecho de custodia con todas las consecuencias derivadas de la aplicación del Convenio de 1980.

Estando ambos padres en ejercicio de la patria potestad, no cabe dudas que ambos ejercen el derecho de custodia en los términos del Convenio de 1980, solución ratificada por la Convención Interamericana cuando refiere al ejercicio conjunto del derecho de custodia (art. 4).

En el caso de que sea un padre que ejerce la patria potestad, en consecuencia tiene la custodia, es de destacar el caso de Chile en que concedido el derecho de visita, ese padre pasa a tener lo que se denomina derecho de veto sobre el traslado de su hijo fuera del país. Que también debe considerarse ejercicio efectivo del derecho de custodia. En definitiva la solución es similar.

Se comparte en consecuencia la conclusión sobre el punto del Seminario entre España y Estados Unidos de América sobre el ejercicio efectivo del derecho de Custodia celebrado en Madrid el los días 24 y 26 de enero de 2006:

“El concepto de custodia contemplado en el artículo 5 del CH 80, siempre debe de interpretarse con arreglo al derecho del lugar de la residencia habitual del menor, anterior al traslado o retención ilícita.

Debe de entenderse que el derecho a decidir sobre el lugar de residencia, es un elemento que caracteriza el derecho de custodia, y que puede ser ostentado incluso por una persona que solo ejerza el derecho de visitas”.

Visita

Entiendo que un padre que no convive con su hijo que se encuentra en el exterior, puede invocar el artículo 21 del Convenio de La Haya para reclamar visitas no reguladas judicialmente ni estipuladas por acuerdo de partes.

No es necesaria la previa existencia de traslado o retención ilícito para que se invoque el artículo 21 del Convenio del 80.

Todo sin respecto de señalar que es necesario ampliar la regulación de la protección del derecho de visita a nivel internacional, para lo cual debería aprobarse un Protocolo Adicional del Convenio de 1980.

Dr. Ricardo C. Pérez Manrique

Nota: un especial agradecimiento a quienes ha colaborado con este trabajo los colegas Diego Benavides de Costa Rica, Hernán López de Chile, Adriana Canales de México, Graciela Tagle de Argentina y a los Dres. Marisa Herrera e Ignacio Goicochea.