

La Convención sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores
Por M.Margarita Rentería Durand¹

Sumario: 1.-Generalidades, 2.-Finalidad de la Convención, 3.-De la aplicación y sus principios, 4.-Excepciones, 5.-Plazos y 6.-Administración de justicia.

1.-Generalidades

Cuando los padres se separan el mejor acuerdo debería ser mantener el bienestar de los hijos. Sin embargo, los pasillos del Poder judicial y las mentes y el corazón de nuestros niños (as) y adolescentes están marcadas a veces por la falta de responsabilidad de los padres en generar un espacio de vida seguro, alegre, con equidad para sus hijos y más bien en casi todos los casos que llegan al Poder Judicial encontramos violencia; violencia para poder disfrutar de los alimentos, violencia para garantizar una tenencia con tranquilidad y régimen de visitas que permitan la adecuada relación con un buen padre o una buena madre. Ello no es así, entre otros, debido a los modelos parento –filiales que marcan la vida de las personas y que luego generan la gran irresponsabilidad de no brindar la estabilidad emocional que toda persona necesita y especialmente los niños y adolescentes. En muchos casos, si se logra y en otros incluso se recurre a la fuerza, o a la toma de la justicia por su propia mano ocultando a los hijos tras de conseguir un régimen de visitas, ya sea dentro del país, o llevándoselo fuera del país.

Equivocadamente se piensa que tales actitudes no significan daño para el niño (a) y que además no constituyen delito. En el Perú el artículo 147° del Código penal regula el secuestro realizado por los padres, y, entonces 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.

*Cuando uno de los padres decide cambiar unilateralmente el lugar de residencia del hijo reiteramos comete **secuestro**² 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 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 niño³ y con anterioridad a ella por la Convención sobre sustracción internacional de menores.*

¹ Abogada graduada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, (Ex-Fiscal Provincial y ex - Jueza de Familia (1990 - 2010), con estudios concluidos de Maestría en Derecho civil y Derecho penal. Especialista en promoción de Familia y niño y Políticas públicas.

² El caso de la niña Shelly es un ejemplo la madre pidió una variación del régimen de visitas, y se llevo a la niña primero al Cuzco y luego fuera del Perú, abusando de su condición de canadiense.

³ La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño(a) precisa en su artículo 11°:

El Perú ha ratificado la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores) Convención de la Haya), que entró en vigor en nuestro país 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.

La Convención fue adoptada el 25 de octubre de 1980, y entro en vigor el 01 de Diciembre de 1983. Como vemos es anterior a la Convención de las Naciones unidas sobre los derechos del niño de fecha 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Perú el 04 de agosto de 1990.

2.-La finalidad de la Convención de sustracción es:

- a. Garantizar la **restitución inmediata** de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y*
- b. Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes **se respeten en los demás Estados contratantes.***

3.-De la aplicación de la Convención y sus principios:

En la aplicación de la convención se tienen los siguientes principios:

- a.- El Principio del Interés superior del niño (a)*
- b.-La celeridad*
- c.-La intermediación*
- d.-La concentración de actos procesales.*
- e.-La contradicción*
- f.-La participación del niño*

El principio del interés superior del niño, mandato de la Convención de las Naciones unidas sobre los derechos del niño , que obliga su aplicación tanto en lo sustantivo como en lo procesal por todos quienes deciden alguna medida en relación a los niños y adolescentes,.

4.-Excepciones a la Restitución:

*La Convención dispone la restitución salvo que se demuestre que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. así lo dispone el inciso 2 del artículo 12°. También se protege el interés superior del niño cuando se indica en el artículo 13° como **excepciones a la restitución** que:*

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

En cuanto a la opinión del niño (a) es de resaltar lo establecido por el inciso 2 del artículo ya citado en tanto permite que se acate la opinión del niño cuando se opone a la restitución.

5.-Sobre los plazos

Uno de los aspectos más importantes de este convenio es el del cumplimiento de los plazos ,el cual resulta de preocupación en tanto de no resolverse con inmediatez la

“Los Estados partes adoptaran medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. Y también precisa en su artículo 9° que el niño no sea separado de sus padres, y respetar el derecho del niño de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular , salvo si ello es contrario al Interés superior del niño(a) .

finalidad de la restitución no podrá cumplirse. ,siendo muy probable que en la medida que transcurren los días el olvido, el SAP(síndrome de alienación parental) por un lado y la adaptación por el otro conviertan en ineficaz la convención, ello dado que reiteramos el objetivo es la **inmediata restitución** del niño (a) a su país de residencia habitual para que sea el juez natural de su país el que decida la cuestión de fondo sobre custodia y régimen de visitas.

La respuesta de los Estados a la problemática de la sustracción no se agota en la Convención sobre sustracción , sino que incluso se han elaborado y ratificado, Convenciones internacionales de aplicación territorial : En Europa, además de aplicarse el convenio de la Haya XXVIII sobre los aspectos civiles de la sustracción internacionales de menores, existe la Convención del Consejo de Europa sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y reestablecimiento de dicha custodia ,conocida como **la Convención de Luxemburgo**, y en América tenemos “ **la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de menores** ” ,adoptada el 15 de Julio de 1989, y en vigencia en el Perú en fecha 01 de Abril de 2005,y otros convenios entre países como el convenio de España con Marruecos , y en América diversos convenios existentes de Argentina y Chile entre ellos y con otros países.

En nuestro país, los procesos sobre restitución ya sea como estado requirente o requerido han sido :

En el 2002: 08; en el 2003:14, en el 2004: 27; En el 2005:20; en el 2006 como país requerido :20 casos y como país requirente : 14 casos; en el 2007: como país requirente : 29 casos , y como país requerido : 51 casos.

6.-En cuanto a Administración de justicia.-

La Aplicación de la Convención ha sido tanto en la capital como en diversos departamentos. En el Expediente N- 1750-2004, la Primera Sala especializada de familia dispuso la restitución de la niña Ivana ... a su país de residencia habitual , Argentina : La madre en su apelación señalo que: :” Se habia ignorado la opinión de la niña , B, Se ha ignorado el dictamen fiscal ,c, No se ha valorado que su menor hija esta creciendo en un ambiente donde recibe protección y asistencia para su normal desarrollo” .El principal fundamento de la Sala fué que se habría probado la retención ilícita en tanto la madre salió de Argentina con una autorización de viaje y no retorno a su país con la niña y que además no se presentaron las causales de improcedencia del artículo 13.

Ivana al ingresar al Perú contaba con un año y siete meses y a emitirse la sentencia con cinco años y cuatro meses de edad.

El artículo 13° precisa que “

La autoridad judicial o administrativa no está obligado a la restitución del menor , si la persona, institución o organismo que se opone a su restitución demuestra que :

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

b.Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo expondrá a un peligro grave físico o psíquico que cualquier otra amera ponga al menor en una situación intolerable.

2.- La autoridad podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se oponen a la restitución cuando el menor haya alcanzado la edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta su opinión.

En otro caso, **la Sala de familia** revoca la resolución emitida por el 16° juzgado de familia de Lima, y alegando el interés superior de la niña señala los fundamentos del pedido al indicar que la madre traslado a la niña fuera del país sin contar con autorización para ello, que la madre demandada alega maltrato y que del mérito del informe psicológico se observa que durante el tiempo que la niña permaneció en su domicilio en Valencia ha padecido maltrato físico, verbal psicológico y abuso sexual y por ello señala que en el proceso existe la excepción prevista en el inciso b. En el presente proceso se ha acreditado que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico y psíquico.⁴

La **Jurisprudencia chilena** ha negado la restitución por la existencia de violencia doméstica. (sentencia - Rol.3,992-2006, del 11 de noviembre del 2005- Corte de apelaciones de Santiago de Chile). En el rol N- 4,533-2005 se hace expresión de la opinión de la niña que expresa su deseo de seguir viviendo en Chile y oponerse a la restitución..

Actualmente, no son solo de preocupación los casos en que los niños son trasladados al extranjero sino aquellos casos en que se llevan a los hijos al interior del país ocultándolos, obligando a las madres o los padres a realizar diversas búsquedas, en la función que desempeñe como jueza de familia conocí diversos casos de abuso de la patria potestad, entre ellos el caso de el padre que luego de solicitar un régimen de visitas reconociendo la tenencia de la madre desapareció al niño por más de dos meses, hasta que lo encontraron, se recuperó al niño y se suspendió el régimen de visitas⁵. También el caso de la abuela que so pretexto de llevar a la niña a sus vacaciones útiles desapareció con ella, la madre nunca más la volvió a ver y tampoco la niña⁶ fue llevada al juzgado, en tal caso se dictó sentencia en contra del padre. Y recientemente el caso de la madre que luego de pedir la variación de un régimen de visitas, se llevó a la niña Shelly al Cuzco, y bajo la alegación de una nacionalidad extranjera, oculta un secuestro de su hija, la judicatura comprobó en la audiencia realizada antes de tal hecho la buena relación existente entre la niña y su madre y la niña y su padre.....La madre no está cumpliendo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (a), no respeta los derechos de su hija, y desconoce la reciente sentencia dictada por el Tribunal Constitucional peruano en el Habeas Corpus Allison-Roca Rey en la cuál el Tribunal hace referencia al derecho de todo niño a contar con una **familia y a mantener vínculos con sus padres**, y la sentencia dictada por la Corte Europea de derechos Humanos, "**European Court of Human Rights**", sobre la vulneración del artículo 8° del Convenio Europeo, en tanto se declara fundada la demanda del solicitante al no haber cumplido el Estado firmante con disponer las medidas necesarias en garantía de la ejecución de su régimen de visitas, en un caso similar. Si bien no nos encontramos en Europa, el Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño puede disponer en tal caso que el Estado peruano sea sancionado al no haber adoptado las medidas pertinentes a fin de hacer cumplir los derechos del padre y de la niña al amparo de las Convenciones y tratados ratificadas.

⁴ Exp.N-3882-2004

⁵ Caso de Maria con Roberto

⁶ La niña Paula fue sustraída cuando tenía cinco años y nunca fue presentada al juzgado, a pesar de todos los apercibimientos que se dictaron. El poder del abogado del padre lo impidió. Ahora ella tiene diez años....

El Perú ha ratificado diversas convenciones de protección de los derechos de los niños, como la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, la Convención Internacional sobre Tráfico internacional de menores ,los mismos que nos involucran a todas las autoridades , padres y otros en su vigencia y eficacia.