

Voces: MENORES-TRATADOS INTERNACIONALES-COMPETENCIA

Título: La aplicación de la Convención de La Haya sobre restitución de menores sin intervención de autoridad extranjera requirente

Autor: Weinberg de Roca, Inés M.

Fecha: 1-feb-2001

Cita: MJ-DOC-1580-AR | MJD1580

Producto: MJ

Sumario:

I. EL CASO. - II. OTROS CASOS JURISPRUDENCIALES. - III. LAS DIFERENCIAS CON EL FALLO ANOTADO.

I

El caso

El fallo anotado es de particular interés por la forma en que se inicia el procedimiento.

El actor, de nacionalidad alemana, contrae matrimonio con la demandada, de nacionalidad argentina, en Dinamarca, y a los pocos meses una hija de ambos nace en Buenos Aires. Esta es argentina en razón del lugar de nacimiento y alemana, derivada de la nacionalidad de su padre. Cuando la menor cuenta con 4 meses de vida, los padres se radican en Berlín, Alemania.

A los dos años se produce la separación de hecho y la madre solicita y obtiene la custodia definitiva de la hija en el juzgado de primera instancia de Berlín. Luego viaja con la menor a la

Argentina y desde allí comunica al Tribunal de Familia alemán su intención de radicarse en nuestro país.

El tribunal de segunda instancia de Berlín revoca la decisión de la primera instancia que acordaba la custodia a la madre pero tampoco resuelve otorgársela al padre. Afirma que carece de jurisdicción internacional para tomar una decisión respecto de la custodia de la niña dado que la residencia habitual de la misma ha quedado fijada en la Argentina por decisión de la madre, en ejercicio de la custodia exclusiva acordada por la primera instancia.

Como resultado de la decisión del tribunal alemán el padre solicita y obtiene del juzgado de primera instancia en lo civil y comercial de San Isidro la orden de restitución de la menor de conformidad con lo dispuesto por la Convención de La Haya de 1980 sobre restitución de menores. Apela la madre y el fallo de la Cámara Civil y Comercial revoca la resolución.

La sentencia de Cámara, a través del fundado y minucioso voto de la Dra. Graciela Medina, explica que no es aplicable al caso la Convención de La Haya de 1980 sobre restitución de menores por cuanto no se ha configurado un traslado ilícito de la menor. La custodia ejercida por la madre comprendía el derecho a fijar su residencia habitual y en tal sentido el tribunal de Berlín ya se había declarado incompetente.

II

Otros casos jurisprudenciales

La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece que la víctima de un caso de fraude o violencia -es decir, sustracción ilícita o retención- debe, en primer lugar, ser devuelta a su residencia habitual. Esta obligación cesa cuando la persona, institución u organización que se opone a la restitución, demuestra que, en virtud de una situación extrema y en la persecución del interés superior del niño, es necesario sacrificar el interés del peticionante[1].

Si bien la Convención ha sido aplicada por los tribunales argentinos en varias oportunidades, resulta interesante reseñar las sentencias para advertir las diferencias con el presente caso. Paso, pues, a considerar los antecedentes jurisprudenciales.

La Corte Suprema declaró[2] que el procedimiento establecido en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es autónomo respecto del contencioso de fondo, se instaura a través de las llamadas autoridades centrales de los estados contratantes y se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante. Agregó la Corte que el derecho del padre, de obtener el regreso del menor al lugar de la residencia habitual anterior a la retención ilícita, preexiste a toda decisión judicial y no necesita de ninguna manera la intervención de un magistrado. En el procedimiento establecido en el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no cabe emitir pronunciamiento sobre la jurisdicción internacional para discutir la atribución de la tenencia del hijo. El Convenio . preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen, a menos que la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestre que, ante una situación extrema, se impone el sacrificio del interés personal del guardador desasido. Asimismo la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución (art. 13, párr. 1º, inc. b) de la Convención)[3].

En otro caso la Cámara Nacional en lo Civil revocó la decisión de la primera instancia que había autorizado la restitución a Gran Bretaña en 1995[4]. Tuvo en cuenta que en la jerarquía de valores que sustenta la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, así como en la que consagra los Derechos del Niño, ocupa un primer lugar el interés superior de éste, corresponde interpretar que pese al criterio restrictivo con el que cabe considerar si se encuentran configuradas las causales de excepción que autorizan a rehusar la solicitud de restitución, se debe otorgar preeminencia a la protección contra un grave riesgo de vida, (que) aparece como verosímil en el caso de un padre que dice tener dictada sentencia de muerte por parte de fanáticos musulmanes, habida cuenta de la conocida decisión con que el fanatismo fundamentalista musulmán persigue sus fines, sin detenerse ante atentados de todo tipo. Puesto que el menor viviría con su padre, se encontraría bajo amenaza.

Otra resolución de la Cámara Civil del mismo año[5] revocó la decisión de la primera instancia pues la madre había abandonado el Estado requirente, España, con la menor, contraviniendo la orden del tribunal español que estableció el régimen de visitas y había exigido a ambos progenitores el depósito de sus pasaportes para evitar su salida del país. El tribunal ordenó la restitución de la hija pues consideró inaplicables las excepciones consagradas por los arts. 12 y 13 de la Convención. Si bien la documentación adjuntada no permitía establecer si había transcurrido el plazo de un año, el tribunal no lo consideró relevante por cuanto la menor no había sido integrada en su nuevo medio (art. 12, párr. 2º).

En otra oportunidad el tribunal rechazó el pedido de restitución pues implicaba convalidar la conducta ilegítima del padre que había sustraído al menor de la casa materna a los tres años

de edad, trasladándolo al extranjero, rompiendo todo vínculo con la madre durante catorce años. Asimismo tuvo en cuenta que se había decretado la prisión preventiva del peticionante en un juicio de extradición[6].

Este mismo tribunal ya había aplicado la Convención de La Haya en 1989, antes de su entrada en vigencia[7]. Sostuvo que en la esfera internacional la restitución es procedente tanto cuando el menor es sustraído del lugar de su residencia habitual como cuando éste se encuentra ilegítimamente en otro Estado violando el derecho de quien ejerce legalmente la tenencia. En esta causa el centro de vida de la hija se encontraba en Chile y el tribunal aplicó asimismo por analogía la Convención de Montevideo de 1981 vigente entre la Argentina y Uruguay[8].

Un tribunal de primera instancia hizo lugar a lo pedido en un exhorto y ordenó el retorno del menor al Canadá, sin admitir la apertura a prueba. Consideró que la tenencia y régimen de visitas debían dilucidarse ante los tribunales canadienses, lugar del último domicilio conyugal[9]. En otro caso rechazó el pedido de restitución efectuado por la madre[10] cuando el padre, domiciliado en la Argentina, se trasladó a los Estados Unidos de América con el menor por motivos laborales. Consideró que no existía retención ilícita ni sustracción por cuanto el padre había obtenido la tenencia. Si bien en los autos sobre tenencia las partes habían acordado que el padre ejercería la tenencia mientras se domiciliara en la Argentina, y que en caso de dejar el país se arribaría a un nuevo acuerdo, el tribunal consideró ello irrelevante en materia de restitución de menores. El juez consideró que la madre no podía obligar al padre a vivir en forma permanente en la Argentina si ella vivía en Alemania y su derecho de visita no se veía perjudicado.

Este mismo tribunal rechazó otro pedido de restitución[11] por aplicación del art. 13, b). El padre acompañó a su mujer e hijos en un viaje de vacaciones de Méjico, donde estaban domiciliados, a la Argentina, país de origen de la mujer. A su arribo y al dejar el aeropuerto, la mujer explicó que había sido muy infeliz durante los últimos siete años y que no retornaría con los menores a Méjico. Insistió en vivir en Buenos Aires pero ello era para él imposible. Al volver a Méjico esperó que su familia lo siguiera y ante la negativa promovió el pedido de restitución. El tribunal lo rechazó pues consideró que la mujer había querido evitar peligro físico y psicológico.

Y en una resolución de este año la Cámara Nacional en lo Civil[12] requirió la intervención de los padres en el procedimiento de restitución para permitir la amplitud del debate, ya que entre las partes existían múltiples procedimientos.

Las diferencias con el fallo anotado

La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 en su artículo primero establece que el objeto de la misma es asegurar el rápido retorno de los menores ilícitamente sustraídos o retenidos, para asegurar el respeto del derecho de custodia y régimen de visitas.

Más adelante, en su art.8º, explica el procedimiento que debe ser iniciado ante una autoridad central por la persona o institución que alega que la sustracción o retención ha violado el derecho de custodia.

Una simple lectura del presente caso permite ver con claridad que el derecho de custodia ha sido respetado y que no ha existido procedimiento alguno ante una autoridad central.

Si bien las anteriores decisiones de nuestros tribunales son variadas, siempre ha existido una autoridad extranjera solicitando la devolución del menor. En el caso de autos, en cambio, el tribunal extranjero expresamente se declaró incompetente para entender en el fondo de la cuestión pues la madre tenía la custodia.

El procedimiento, iniciado por el padre, fue más allá de la finalidad de la Convención de La Haya, que es evitar las vías de hecho mediante una rápida devolución al tribunal competente. Ante la declaración de incompetencia del tribunal extranjero, el padre pudo apelar esa decisión y oponer la excepción de incompetencia ante los tribunales de San Isidro, pero pidió la aplicación de una Convención internacional prevista para otras situaciones.

La Convención de La Haya tiene como objetivo que no se desplace la intervención de los jueces naturales. Estos jueces son los que últimamente tendrán que resolver. En el caso de autos resolverá el juez argentino ante la declinatoria de competencia del tribunal extranjero.

[*] Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: Algunas reflexiones en torno a la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980, por MARÍA ELSA UZAL, ED, 169-1253; Restitución internacional de menores. Aplicación del derecho convencional, por AMALIA URIONDO DE MARTINOLI, ED, 173-826.

[1] Corte Suprema, Fallos, 318-1271. Los aspectos civiles de la sustracción de menores difieren de los aspectos penales que fueron tema de la V Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado celebrada en México en 1994, en la cual la delegación argentina en la que participé, tuvo una participación importante, especialmente gracias a Alicia Perugini y Gustavo De Paoli. Como resultado se aprobó la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. La Argentina ratificó esta Convención por ley 25.179 [EDLA, 1999-B-149], Boletín Oficial, 26.10.99. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989 no ha sido ratificada por la Argentina.

[2] Caso W.E. c. O., M. G. del 14 de junio de 1995, Fallos, 318-1269.

[3] La Corte confirmó la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, sala G, marzo 1 de 1995, publicada en ED, 162-558. Comentario de SORAYA NADIA HIDALGO, Restitución internacional de menores en la República Argentina en LL, 1996-C-1393. La Cámara había resuelto que la madre debía solicitar la tenencia en el Canadá, lugar del último domicilio conyugal.

[4] CNCiv., sala I, setiembre 14-1995, ED, 165-507 con comentario de OSVALDO ONOFRE ALVAREZ, Pedido de restitución de menores e incumplimiento de la patria potestad y de RICARDO WETZLER MALBRÁN, La excepción a un principio y el efecto no querido

[5] CNCiv., sala H, marzo 2-1995, LL, 1996-B-610 con comentario de VICTORIA BASZ y SARA LIDIA FELDSTEIN DE CÁRDENAS, El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores.

[6] CNCiv., sala B, mayo 24-1995, ED, 163-560 y ss.

[7] CNCiv., sala B, setiembre 26-1989, causa 57.153, inédita.

[8] Ratificada por ley 22.546 [EDLA, 1982-37], Boletín Oficial del 4.3.82.

[9] Juzgado Nacional en lo Civil N° 106, diciembre 7-1992, causa 52.924, inédita.

[10] Juzgado Nacional en lo Civil N° 10, febrero 24-1998, G., B.M.A. c. G.C., inédito. [11] Juzgado Nacional en lo Civil N° 10, noviembre 29-1995, causa 12.443, inédita.

[12] CNCiv., sala M, julio 31-2000, La Ley, fallo 101.086.