

Título: **Sustracción y restitución internacional de menores**

Autor: **Weinberg de Roca, Inés**

Publicado en: **LA LEY1995-C, 1281**

Cita Online: **AR/DOC/18503/2001**

Sumario: **SUMARIO: I. Introducción. - II. Juicios contra la República Argentina en tribunales de Nueva York. - III. Embargo de activos en el exterior. - IV. Conclusión.**

I. Introducción al tema

La difusión del caso de restitución de la menor W. y su resolución con intervención de los medios hace aplicable el comentario del diario "International Herald Tribune" en su edición de febrero 24 de 1993. La nota periodística citada se refiere al litigio llevado a los medios señalando que la disputa a través del periodismo está seriamente menoscabando la integridad del proceso legal. Los casos son juzgados en la arena pública antes de que se celebre la audiencia en la Corte y el procedimiento sujeto a reglas propias. Los argumentos son unilaterales, sin estar sometidos a la repregunta, y la parte que no responde minuciosamente al periodista se presume culpable.

A estos argumentos podemos sumar la explotación del sentimentalismo y el temor a lo desconocido, que motiva lo que en la doctrina del Derecho internacional privado se denomina "Heimwaertsstreben" que no es otra cosa que la natural predisposición de todo tribunal en caso de duda de aplicar su propio derecho en detrimento del extranjero (Goldschmidt, Werner, "Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, 1982, N° 25).

El tema de la restitución de menores es cada vez más frecuente debido al aumento de las separaciones y la facilidad de desplazamiento del domicilio de las partes con posterioridad a su separación. Quisiera por ello reseñar algunos pronunciamientos emitidos por tribunales de otros países con motivo de conflictos semejantes.

Deben distinguirse los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del tráfico internacional de menores, tema este último tratado en la V Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado celebrada en México en 1994 y que dio lugar a la aprobación de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores con una intervención de la delegación argentina de la que participé, debiendo señalarse la importante contribución de la doctora Alicia Perugini y del doctor Gustavo De Paoli.

La diferencia entre la sustracción y el tráfico de menores radica en que el primero se produce generalmente entre padres que se disputan la tenencia, ocurriendo el segundo con motivo entre otros de prostitución, explotación sexual, servidumbre.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, hecha en la ciudad de Montevideo el 15 de julio de 1989, no se encuentra vigente para nuestro país.

II. Restitución de menores y falta de defensa en juicio

El primer caso reseñado data de 1984 (citado por Inés M. Weinberg de Roca, "Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras", Ed. Astrea, ps. 65/6, 1994). En él las partes contrajeron matrimonio en Roma en 1973, naciendo de dicha unión dos hijas en Inglaterra en 1974 y 1977. Debido a la nacionalidad británica de la madre y alemana del padre, las menores tenían doble nacionalidad. El domicilio familiar se constituyó primero en Italia y luego en Suiza, donde el padre abogado trabajaba ante un organismo internacional. En 1980 se produjo la separación conyugal, estableciendo la mujer su domicilio en Inglaterra. En 1983, con motivo de la pérdida de su empleo en Ginebra, el marido la siguió para luego en febrero 1984 establecer su domicilio en Karlsruhe, Alemania Federal. Es entonces que nace el conflicto.

En mayo de 1984 el marido viaja a Londres sin conocimiento de la mujer e intercepta a la hija menor a la salida del colegio, para luego trasladarla a Alemania. El intento fracasa con relación a la hija mayor gracias a la vigilancia de un maestro.

El 28 de mayo el marido notifica telefónicamente a la mujer que la hija menor está con él. El 29 de mayo la mujer obtiene en Londres del juzgado de familia una sentencia declarando que las menores están sujetas a la tutela de dicho tribunal mientras no se resuelva lo contrario, ordenando la restitución de la menor.

El 30 de mayo la madre solicita en Karlsruhe que se le otorgue el derecho a elegir la residencia de la menor, pidiendo el padre la tenencia.

El tribunal de primera instancia hace lugar a la petición de la madre, ordenando la detención del padre que se niega a indicar el paradero de la menor. La segunda instancia confirma el pronunciamiento.

Lo singular de la decisión es que el tribunal de alzada expresamente señala que no se encuentra afectado el orden público alemán por la falta de notificación del proceso inglés al padre, quien en consecuencia no fue oído,

explicando que el interés de la menor requiere que sea devuelta cuanto antes al entorno que le es familiar.

III. Casos de aplicación del artículo 13 de la Convención de La Haya

El primero de estos es el del matrimonio Rendon, resuelto por la Corte de Casación francesa el 15 de junio de 1994 (re Ch. civ., *Revue critique du Droit International Privé*, t. 84, p. 97). De la unión de los cónyuges con residencia habitual en México nació, el 21 de noviembre de 1991, Rasiel. En julio de 1992 la madre abandonó con el menor el lugar de su residencia habitual en México para establecerse en Francia.

Ante el pedido promovido por el padre, el tribunal de Lyon resolvió ordenar el 15 de julio de 1993 su restitución inmediata al domicilio de su padre en México de acuerdo con lo dispuesto por la Convención de La Haya (Adla, L-D, 3707) del 25 de octubre de 1980.

La Corte de Casación resolvió que era materia soberana del tribunal de alzada evaluar a la luz del art. 13 de la Convención si las concepciones filosóficas o teosóficas del padre que pertenece a una secta constituyen peligro físico o psíquico para el menor.

La circunstancia de que el padre adhiriera a la medicina alternativa, practicara yoga y astrología no fue considerado suficiente para acreditar el factor desestabilizante para el menor.

El 12 de julio de 1994 la Corte de Casación se avocó nuevamente a la cuestión. Se trataba esta vez del matrimonio Shamés (re Ch. civ., *Revue critique du Droit Internationale Privé*, t. 84, p. 98). De la unión de los cónyuges nació el 23 de abril de 1990 la menor Fareed, abandonando la madre el 23 de octubre de 1991 su residencia habitual en el Estado de Indiana, Estados Unidos, para trasladarla a Francia.

En esta oportunidad el tribunal de alzada de Colmar el 6 de agosto de 1992 resolvió que el traslado era ilícito conforme lo establecido en la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 pero ordenó una pericia médica a los efectos de establecer si el retorno de Fareed a los Estados Unidos la exponía a un peligro psicológico como afirmaba la madre. Luego de practicada la pericia, el tribunal resolvió el 12 de marzo de 1993 denegar la restitución en virtud del peligro al que se exponía a la menor al separarla de su madre.

Contra dichas resoluciones apela el padre invocando que el art. 13 de la Convención de La Haya hace referencia al grave riesgo al que se expone al menor por parte del autor de las vías de hecho, y que no corresponde investigar si existe riesgo en la restitución.

La Corte de Casación resolvió rechazando el recurso en razón de que el tribunal de alzada había justificado suficientemente su decisión al tener en cuenta el dictamen y que la menor de 3 años de edad viviría la separación como un duelo.

El art. 13 de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, aprobada por ley 23.857, textualmente dice:

"No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

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

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

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor".

El art. 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores dice que la restitución puede ser denegada si existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico o el menor se opusiere a regresar y su madurez justificase tener en cuenta su opinión.

IV. Casos de aplicación del artículo 3° de la Convención de La Haya

La jurisprudencia francesa es rica en casos regidos por la Convención de La Haya de 1980. En 1990 la Corte de Casación tuvo que resolver con relación a la aplicación del art. 3° de la Convención.

El art. 3° establece que "el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) Cuando se haya 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; y

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.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado".

En el caso resuelto en 1990 (re. Ch. civ., octubre 23 de 1990, *Revue critique du Droit International Privé*, t. 80, p. 408 y sigtes.) de la unión matrimonial de las partes nacieron dos hijas, Solange y Hirondelle. En 1986 pasaron sus vacaciones en Francia con la familia del padre, quien no las devolvió al domicilio conyugal situado en Inglaterra. La Alta Corte londinense se pronunció el 8 de enero de 1987 confiando la guarda de los menores a la madre, resolviendo el tribunal de alzada de Toulouse el 15 de junio de 1987 por aplicación de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, la restitución inmediata de las menores retenidas ilícitamente en Francia al domicilio conyugal.

El padre alegó la no aplicación de la convención pues la sustracción se produjo días antes, el 5 de enero, cuando la guarda no había sido atribuida aun por el tribunal londinense, que se expidió el 8 de enero. Por ende no se habría cumplido con el requisito establecido por el art. 3° de la citada convención que se refiere a la infracción de un derecho de custodia existente.

La Corte de Casación resolvió que la sustracción es considerada ilícita cuando viola un derecho de custodia atribuido por el Estado en el cual el menor tenía su residencia habitual previo a su desplazamiento y que este derecho de custodia, no resulta únicamente de una decisión judicial o administrativa, sino también de una atribución de pleno derecho.

Desechó asimismo la aplicación al caso de riesgo físico o psíquico para las menores (art. 13, Convención) pues el padre únicamente había demostrado que en 1986 una de las menores, en contra de su voluntad, pasó varios meses en China con la familia materna cuando en la actualidad viven en un clima de equilibrio asistiendo a la escuela en Inglaterra.

Señaló la Corte de Casación que el tribunal de apelación no tiene obligación de analizar cada uno de los argumentos del padre para resolver el caso.

No puede soslayarse que en todos estos pronunciamientos la Corte de Casación confirmó lo resuelto por el tribunal de apelación, considerando que las instancias ordinarias debían resolver la situación.

V. Casos resueltos por las instancias ordinarias

Con relación a pronunciamientos de los tribunales de apelación franceses mencionaré dos casos.

En el primero de ellos el "Tribunal de Grande Instance" de París (8 de febrero de 1993, *Revue critique du Droit International Privé*, t. 82, p. 656) ordenó la restitución del menor por aplicación de la Convención de La Haya de 1980.

El padre, de nacionalidad estadounidense y la mujer, de nacionalidad venezolana, contrajeron matrimonio en Nueva York. El hijo Alejandro nació el 28 de marzo de 1985 en Nueva York de nacionalidad estadounidense. La familia residió en Nueva York, hasta que la madre partió con el menor el 26 de enero de 1993, instalándose en París, conviviendo con otro hombre y trabajando en un banco. El 1 de febrero de 1993 el padre obtiene la orden de restitución del menor. Ante la manifestación de la madre de carecer el padre de la guarda efectiva del menor, éste la obtiene el 4 de febrero.

El tribunal francés resolvió que la decisión del juez de Nueva York confiando la guarda exclusiva del menor a su padre con posterioridad al proceso de restitución es irrelevante para determinar el carácter lícito o ilícito del traslado. La ley de Nueva York determina la patria potestad compartida, no habiendo sido en el caso iniciado el procedimiento de separación legal. La residencia habitual del menor se encontraba en Nueva York, residiendo el menor con su madre pero circulando libremente por el edificio en que también vivía su padre. La separación de hecho de los padres no modificó el régimen de la patria potestad compartida, no habiendo renunciado el padre a ejercer su autoridad. En el caso el tribunal estimó que la madre trasladó su domicilio y el del menor a los efectos de no someter la decisión de la guarda al tribunal natural, que es el de Nueva York, por lo que la restitución debía proceder en el supuesto de no retornar la madre con el menor en forma conjunta.

Otro caso es el promovido por el procurador de la República de Périgueux y resuelto por el "Tribunal de Grande Instance" de Périgueux el 17 de marzo de 1992 (*Revue critique du Droit International Privé*, t. 82, p.

653).

La madre demandada, británica, ejercía la custodia en virtud de lo resuelto en la sentencia de divorcio por los tribunales de Gran Bretaña en 1984, debiendo residir en Inglaterra o Gales con sus dos hijos. En 1991 la madre establece su domicilio y el de uno de sus hijos en Francia luego de un acuerdo familiar en virtud del cual el otro menor pasó a residir con su padre. Sostiene que son aplicables los arts. 12 y 13 de la Convención de La Haya de 1980 y las disposiciones de la Convención Europea de Salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales en virtud de las cuales toda persona tiene el derecho de abandonar su país.

El tribunal resolvió que la guarda del menor era ejercida por la madre y que su traslado consentido por el padre, no implicaba una violación del derecho de custodia por una de las partes sino una modalidad de su ejercicio. Resolver de otra manera sería contrario a las disposiciones de la convención europea citada que suprime las fronteras en el ámbito de la Unión Europea, motivo por el cual el pedido de restitución debía ser denegado.

Llama la atención la decisión cuando considera el lugar de residencia habitual del menor una modalidad del ejercicio de la tenencia pues la circunstancia de estar expresamente prohibido sacar el menor del país parece indicar lo contrario; que los padres o el tribunal acordaron el ejercicio de la tenencia por parte de la madre dentro del territorio especificado para permitir el régimen de visitas del padre, que no es accesorio. La circunstancia de integrar Gran Bretaña la Comunidad Europea no deberá haber permitido modificar la residencia habitual del menor pues el pronunciamiento que otorga la tenencia a la madre ni siquiera hace referencia a Gran Bretaña en forma integral --al excluir Escocia e Irlanda del Norte-- y por ende la Comunidad Europea.

En juego se encuentra además del derecho de circular libremente la protección de los derechos igualitarios de la mujer si logra ejercer su profesión en el extranjero. Si la sociedad tradicional aceptaba que la mujer siguiera a su marido, cuando el marido no sigue a la mujer se plantea el conflicto entre la autorización o prohibición de trabajar llevando a sus hijos.

VI. Conclusiones

Común a todas las sentencias de restitución de menores es la contemplación del interés del menor. No se trata de la restitución de un objeto debido o disputado entre copropietarios (Bertrand Ancel, *Revue critique du Droit International Privé*, t. 82, p. 658 y siguientes).

No puede soslayarse asimismo que estamos en presencia de decisiones provisorias, pues la finalidad de la Convención de La Haya es evitar la solución de la tenencia a través de las vías de hechos, sustrayendo el caso a sus jueces naturales. Estos van a decidir en definitiva acerca de la residencia habitual del menor.

Desde esta perspectiva no podemos dejar de tener presente que las vías de hecho solamente son útiles permitiendo el "forum shopping" cuando los propios tribunales lo permiten, en aras de un supuesto interés nacional. Entre naciones civilizadas que aceptan los mismos principios básicos y no olvidan el interés del menor cualquier decisión sobre su tenencia va a ser similar, siendo únicamente efectivas las vías de hecho en países que no aceptan las reglas del Derecho internacional privado.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)