

H. DERECHO INTERNACIONAL

Sobre las Causales de Denegación de Restitución Internacional del Menor en la Convención de La Haya de 1980.

Linda Estrada Castellero.

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Consultorio de Asistencia Legal

Email: lestrada09@hotmail.com

RESUMEN

La Restitución Internacional del menor es una figura internacional que en ésta ocasión vemos su regulación en la Convención de la Haya de 1980 y que a su vez encierra su denegación, las causales de esta denegación enunciadas en la Convención in comento; siendo un tema muy amplio y con muchas aristas, pero muy bien regulado, propiamente contencioso en donde el bienestar del menor es la prioridad, tomando en cuenta deberes y derechos de los progenitores.

PALABRAS CLAVES

Sustracción. Traslado, ilícito, retención ilícita, custodia, visitas, denegación de restitución, derechos humanos, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The International Restitution of the child is an international figure that on this occasion we see its regulation in the Hague Convention of 1980 and which in turn contains its denial, the grounds for this denial stated in the Convention in comment; being a very broad issue and with many edges, but very well regulated, properly contentious where the welfare of the child is the priority, taking into account duties and rights of the parents.

KEYWORDS: Subtraction. Transfer, illicit, illegal retention, custody, visits, denial of restitution, human rights, fundamental rights.

INTRODUCCIÓN:

En efecto La Convención de la Haya de 1980, relativa a los aspectos civiles de la Sustracción de menores es de gran importancia dentro del Derecho Internacional Privado de la familia así como en el dominio de Cooperación Judicial Internacional. (1) Es por esta razón que haremos un primer acercamiento sobre los lineamientos generales de la Convención y luego abordar las causales

jurídicas de denegación propiamente hablando y las causales de corte político y de Derechos Humanos.

El examen de las causales de denegación de restitución internacional fundado en la Convención de La Haya de 1980, evoca una serie de problemas relativos a la aplicación de ¹dicha convención en torno a los lineamientos de dicho instrumento jurídico internacional por un lado, y luego el examen de la particularidad de las causales suministrada por dicha convención universal de derecho internacional privado de la familia.

Por ello, es pertinente describir al lector, algunas particularidades de dicha convención previo al examen causalístico como primera parte y luego adentrarnos al meollo de las tipologías de rechazo a toda reivindicación del menor.

1. Lineamientos relativos de la Convención.

Podemos señalar que se trata de una convención universal y no regional propio de los tratados elaborados por La Haya.

Por otro lado, se trata de una Convención cerrada y no abierta es decir solamente puede ser invocada entre Estados ratificantes de la misma.

Se trata de una Convención de Derecho Procesal basada en una acción sumaria del titular del derecho perturbado en el ejercicio de la custodia del menor. El ideal de la Convención pretende fijar emblemático término de seis semanas para evacuar, término que la naturaleza del conflicto no lo facilita.

El dominio central de la convención, respecto al tema en mención, pretende regular el ejercicio de Guarda y Crianza, además del derecho de Visitas cuando dicho ejercicio se encuentra repartido entre dos titulares que ejercen el derecho de custodia y de visitas en jurisdicciones distintas, en el supuesto de una relación disfuncional entre una madre Panameña que ostenta el derecho de custodia de su menor hijo nacido en Panamá y cuya residencia habitual del menor es en Panamá y el padre del menor el cual reside en Costa Rica.

La primera aproximación observamos la tipificación suministrada por el artículo 13 de la Convención en comento.

Se trata de una convención de naturaleza procesal internacional, que provee al demandante una acción sumarísima, para la devolución o rescate del menor, como consecuencia ya sea: de un trasladado o retención ilícita, en el claro espectro de una relación familiar disfuncional o fracturada, que trae como consecuencia la distribución del ejercicio de la patria potestad entre padres domiciliados en jurisdicciones distintas. A modo de ejemplo un matrimonio mixto o

¹ Boutin Gilberto Derecho Internacional Privado IV Edición Maitre Boutin , 2018 p. 920

internacional entre una panameña y un norteamericano cuyo último domicilio fue en la ciudad de los Ángeles, Estados Unidos de América. Dicha relación matrimonial se ve truncada por un divorcio sobreviniente. En este sentido, la decisión del juez de California, decide que el derecho de custodia- guarda y crianza – en la jerga de nuestro derecho de familia es otorgado a la madre de nacionalidad panameña, que se establece con el menor en la ciudad de Panamá, República de Panamá, mientras que el derecho de visita temporal es otorgado a su padre de nacionalidad norteamericana cuyo domicilio es en el Estado de California.

En otros términos, solo opera dicha convención dentro de las relaciones familiares cuya autoridad parental se encuentra repartida en dos jurisdicciones distintas. A contrario sensu, no opera, cuando se trate de una causa estrictamente doméstica, es decir que se dé todo dentro de un solo país. Dos elementos congénitos son: la concurrencia de dos jurisdicciones que regulan prerrogativas distintas pero referentes al ejercicio de la patria potestad internacional.

(2) La convención en comento, se trata de una convención cerrada no abierta, en la cual solo es aplicable o invocable entre Estados signatarios. Si fuese el caso de una restitución entre una relación familiar fracturada entre una madre cubana y un padre panameño y en la hipótesis que Cuba no fuese signatario, en caso de retención de la madre del menor que se encuentra de visita en dicho país, el padre no podría ampararse en dicha convención. La razón de ello, es obligar a los Estados a suscribir, dicha Convención para que sea derecho positivo como es el caso en el derecho panameño.²

Además de los lineamientos evocados, se une a estos, que es una **acción sumarísima** en principio que aspira a que dicha restitución sea practicada al término de seis semanas luego de la petición acogida por las autoridades competentes.

Dentro del proceso en principio no debe discutirse el fondo sino el acto infractor que vicia el ejercicio del derecho de custodia o de visitas Sin embargo, veremos cómo esta acción sumarísima se convierte en proceso de cognición cuando la mediación y la dilación del tiempo engendran otros resultados.

Otras de las particularidades de dicha convención de derecho procesal internacional es que introduce una institución de cooperación innovadora para la época. Se trata de la Autoridad Central. Anteriormente, la cooperación procesal mediaba a través de exhortos o comisión rogatoria, que tenía por misión no frenar los procesos evacuados en el extranjero, a falta de notificación en el extranjero al demandado o bien una obtención de pruebas dentro de otra jurisdicción cuyo medio probatorio era parte indispensable al acervo probatorio de una de las partes. A partir de la Convención de La Haya de 1980, se introduce la cooperación procesal internacional mediante Autoridad Central; hito judicial que vemos de igual suerte en algunos tratados internacionales

² Gaceta Oficial N° 22,433 de 15 de diciembre de 1993

como el TALM, tratado a asistencia legal entre los Estados Unidos y Panamá en materia de cooperación penal internacional.

La Autoridad Central, en el caso de la República de Panamá, la asume la dirección jurídica de asuntos internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, ella se ocupa de la localización del menor y de trasladar a la contraparte la solicitud de restitución así como la materialización de la devolución del menor. Esta puede ser una fase no adversaria, en donde se busca la mediación a una ruptura del equilibrio de la administración distributiva del menor, entre padres o entre padre u organismos que ejercen al poder sobre la subordinación del menor.³

⁴Dentro del material internacional que suministra la Convención de La Haya de 1980, observamos que el derecho material es gozar de la titularidad del ejercicio de custodia o visita de la Convención. Ella opera sobre derechos adquiridos de quienes ejercen la real y efectiva tutela o, bien que de aquellos que por vía de ellos fueron arrebatados o violentados de dicho ejercicio.

Se trata de preservar la serenidad y el status quo del menor, en donde el demandante pruebe prima facie, la titularidad de dicho derecho, derivado de una decisión judicial, administrativa o acuerdos, homologados ante autoridad competente. El demandante desprovisto de dicha titularidad o reconocimiento no podría acogerse a la protección y acción internacional que faculta dicha convención a uno de los padres que fuese víctima del traslado o retención ilícita.⁵

Luego de esta síntesis acertada, concerniente al particularismo de la Convención de La Haya de 1980 y su recta comprensión, abordamos en nuestro segmento a seguir, las causas de denegación del acto de restitución internacional.

II. Causales jurídicas convencionales de rechazo a la restitución

Artículo 13.

Un examen de cerca del extensivo artículo 13 de la convención señala claramente que, la demanda de restitución no opera de manera automática cuando se demuestren determinadas excepciones.

El régimen de excepción o de defensa contra la demanda de restitución introduce un tríptico de posibilidades que podemos resumir así:

- a) cuando la parte que invoca la restitución carece de todo derecho que lo ampare al momento del traslado del menor o bien de la retención del mismo. En otros términos, cuando el petente carezca del derecho de custodia al momento de sobrevenir, el desplazamiento del menor o su retención internacional. Y es congruente dicha hipótesis pues, solo puede invocar la devolución del menor aquel sujeto que goza del ejercicio real y efectivo. Se tiene como sujeto amparado en dicho derecho adquirido, cuando la persona

³ Boutin Gilberto, Derecho Internacional Privado, IV Edición, Maitre Boutin, P.1082

⁴ González Campo Julio D. y Alegría Borrás. Recopilación de convenios de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1951-1993, p.301.

⁵ González Campo Julio D. y Alegría Borrás. Recopilación de convenios de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1951-1993, p.302

que reivindica está investida del derecho de custodia fundado en una resolución judicial o administrativa que lo fundamente. Podríamos incluir cualquier acuerdo homologado suscitado entre las partes reconocido ante la autoridad competente.

Nos ocuparemos de las causas convencionales que permiten al juez del foro denegar la restitución internacional consignada en el presente instrumento diplomático internacional.

De las 45 disposiciones convencionales que contiene la convención en cuestión nos detendremos en las normas convencionales que intervienen para excepcional al demandado frente a la devolución internacional del menor.

Hay que señalar que la convención como tal pese a la aparente centralización de las causales de denegación, fundadas en el artículo 13, observamos que no es la única disposición que faculta la excepción de denegación que apuntaremos acto seguido dentro de esta sección.

Podríamos decir, que, las causales de denegación podrían dividirse en causales estrictamente jurídicas inter partes por un lado, en segundo lugar causales de denegación de carácter político que permiten dar lugar al rechazo de la acción sumaria de restitución.

Los pilares causalísticos de la restitución internacional militan entre las hipótesis del artículo 13 primordialmente y el artículo 12 de manera residual o consecuencia que veremos de manera sucinta.

- ***Imposibilidad de restituir por carecer el peticionario de derecho consignado alguno:***

Se considera ilegal la no devolución de un menor cuando se produce en violación de un derecho de custodia otorgado o atribuido a una persona sola o conjuntamente, ya sea padre, madre, abuelos, tíos, etc., por la legislación del Estado en el que tenía la residencia habitual, y ejercida de forma efectiva. Por tanto, el Tribunal debe investigar si el demandante es o no titular de un derecho de guarda y crianza en el sentido del artículo 3 de la Convención de La Haya.

- ***Inciso Segundo, cuando la restitución afecte o ponga en peligro físico o psíquico al menor:***

El artículo 13 punto b) del Convenio nos habla del “grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”, causa, que debe ser valorada de forma restrictiva de manera que solo puede operar en aquellos supuestos en que se pruebe de forma cumplida que el traslado de los menores al país y al lugar de residencia del demandante, podría colocarlos en situación de grave riesgo, esto podría manifestarse por parte del mismo menor mediante evaluación psicológica, el cual en algún momento dado residió con la parte demandante en este caso, y en aquel momento pudo haber vivido momento de violencia física o psíquica y la gran variedad de cosas que estas encierran de manera personal o incluso haber sido testigo de estas.

- ***Inciso final, cuando el menor decida no retornar a su residencia anterior:***

Que el propio menor se oponga a la restitución cuando éste hubiera alcanzado un grado de madurez apropiado para tener en cuenta su oposición, las declaraciones del menor son importantes en este punto, tomando en cuenta que no hay una edad específica que nos diga que un menor tiene dicha madurez y este pueda decidir no ser restituido, así como lo menciona textualmente la Convención, “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

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.

- ***Artículo 12, cuando transcurrido más de un año de la demanda de restitución el menor se encuentre integrado a la nueva residencia:***

Podrá ser negada tal restitución si concurre alguna de las excepciones mencionadas recogidas expresamente en este precepto (art. 13), y entre ellas está, que haya transcurrido más de un año entre el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita y la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante, cuando quede demostrado que el menor ha *quedado integrado* en su nuevo medio o residencia, es decir se encuentre plenamente integrado en su actual entorno escolar, social y familiar.

Realmente, el tiempo en los conflictos de familia son importante para la apreciación de comprender el estado en que se encuentra el menor, el cual transcurrido más de un año su nuevo hábitat, le produce un estado de seguridad y bienestar psíquico pese a cualquier factor de superioridad de orden financiera que pudiera pesar a favor de la contraparte que demanda la devolución del menor. La asimilación a un determinado medio cultural se denomina integridad, en el campo de la niñez y el menor. Esta valoración objetiva del estatus del menor condiciona la validez de la excepción que faculta al juez en denegar la reivindicación de uno de los padres.

III. Causales Políticas y de Derechos Humanos

La convención de La Haya introduce una noción política como causal de control y de rechazo a la restitución del menor en el plano del derecho internacional privado en su artículo 20 que nos permitimos transcribir.

Artículo 20, La Restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de libertades fundamentales.

La descomposición de esta normativa creadora de nuevas causas de refutación genéricas y políticas en el área de restitución es desafortunadas pues, el espectro de posibilidades que entran en juego, son ilimitadas.

Hay dos categorías a ventilar: la noción de principios fundamentales del Estado y las libertades fundamentales.⁶ La primera es una noción judicial internacional y la segunda traslada el peso de las normas de garantía constitución de derecho público a los derechos de custodia y derecho de visita.-

Definición y ámbito de los principios fundamentales en el Derecho internacional privado

Dentro de la concepción del derecho internacional privado los principios fundamentales se traducen como el orden público internacional distinto al orden publico interno.

El orden público interno son las normas imperativas que las partes no pueden desobedecer , mientras que el orden público internacional, es la autodefensa del ordenamiento jurídico positivo que se siente afectado por la aplicación de una norma extranjera o internacional cuya aplicación en el derecho interno cercenaría principios fundamentales.

Ahora bien, el Orden Público Internacional, se implementa vía jurisprudencialmente. Le corresponde al juez de la causa o bien en la Corte de Casación o el Pleno dependiendo de la acción constitucional que sea incoada declarar la excepción de orden público internacional.

⁷El Orden Público que recoge, los derechos fundamentales de la Constitución de la República de Panamá concentrados en el Título III capítulo I denominado Garantías Fundamentales va desde el artículo 17 al 55. Pero el régimen político rebasa la protección individual y acusa como principio fundamentales los derechos sociales que mucho más abarcadores que los primeros como el derecho a la familia, el derecho a la cultura, el derecho al trabajo, el derecho a la educación.

Pero en cuanto a los principios fundamentales ello inspira a todas las reglas que constituye la base de la certeza y caracterización del derecho patrio. Estos principios pueden estar en declaraciones o en normas adjetivas o sustantivas que el juzgador califique como principios jurídicos fundamentales que no deben ser desconocidos por ninguna convención o ley internacional.

A modo de ejemplo, el principio que ningún tribunal podrá dejar de fallar so pretexto de obscuridad de la ley, Art 2 del Código Civil. ⁸Esta fórmula encierra la sanción a toda denegación de justicia. Se trata a nuestro parecer un principio de derecho civil con un valor constitucional. El

⁶ Constitución de la República d Panamá 1972-2004, Título III, Cap. 1

⁷ Boutin Gilberto, Tribuna Forense, diciembre- enero, 2001 , p.41

⁸ Código Civil panameño 1916, ART 2

propio artículo 1 de nuestro código civil que señala que una vez promulgada la ley su ignorancia no sirve de excusa. Esta norma encierra el principio de legalidad y seguridad jurídica a lo largo del sistema del derecho positivo patrio. Lo mismo podría aseverar del principio universal que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. El Consensualismo tiene su asidero en la libertad individual reconocida en el texto constitución contenido en el capítulo 1 de nuestra Carta Magna. Y qué decir, del principio del contradictorio o principio de bilateralidad en todo proceso de cognición o contencioso, que representa una regla universal de justicia procesal internacional. Ver Art 156 del código de derecho internacional privado,

Un análisis crítico sobre el artículo 20, podría ser que abra las puertas a un sin número de posibilidades que puedan bloquear o frustrar la restitución internacional.

Derechos Humanos y Restitución Internacional

Se trata de un choque de lógica jurídica entre un derecho convencional específico y la concepción de los derechos humanos regionales. Podría pasar que la mezcla de derecho constitucional y derechos humanos dentro de un conflicto de interés meramente de derecho privado internacional, diera lugar a una solución estrictamente política. A modo de ejemplo que un Estado signatario de la Convención decida no devolver el menor en virtud que los tribunales nacionales no están obligados a entregar nacionales a una jurisdicciónista a la de la nueva residencia habitual o bien, la no devolución del menor a un país culturalmente diferente por razones de potencial discriminación racial derivada que la relaciones familiares son de un pareja interracial como sería el conflicto familia entre un alemán y una africana. Pues el menor restituído en Alemania sería contra producido para el menor en examen.

- Cuando viole derechos fundamentales del foro.
- Cuando la restitución engendre la violación de algún derecho humano del menor.

Posición de la Jurisprudencia en materia de Restitución, Caso Chevalier Ávila.⁹

En el caso de Restitución muy conocido Rejean Chevalier Ávila, Fallo, ver Gilberto Boutin, Edition Maitre Boutin, Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado, Fallo del Juzgado Segundo Seccional de Menores de 18 de noviembre de 1998 (2004, página 1015), el cual se trata de un menor panameño canadiense cuya residencia habitual era en la Provincia de Quebec; la madre de nacionalidad panameña traslada al menor hacia la Jurisdicción panameña, transcurrido menos de un año el padre del menor pide la restitución de su hijo, el proceso deviene contencioso y la madre se opone a la devolución, el informe de la Trabajadora Social y dato proveniente de Canadá que resultaron del historial de violencia del padre hacia el menor. Era concluyente que la excepción

⁹ Boutin Gilberto, Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado panameño, 2004, p. 1015

del párrafo segundo del Artículo 13 de la Convención de La Haya era el fundamento para la devolución. Pero el Fallo en comento suma a dicha excepción la Convención de Derechos Humanos y la Convención del niño para la no devolución del menor. En suma el juzgador, refuerza su negativa invocando múltiples fuentes del derecho convencional concurrentes con la Convención de la Haya de 1980.

El segundo caso que nos ocupa es el caso de Restitución internacional visto por el Juzgado de Niñez y Adolescencia del Tercer Circuito Judicial de Panamá, que mediante Sentencia # 27 de 2 de abril de 2018 concede la Restitución del menor a una madre Costarricense, cuyo menor hijo nacido en Panamá y padre panameño, deciden establecer su hogar en Panamá y al cabo de un año terminan la relación, volviendo la madre a Costa Rica con su hijo, quedándose el padre en Panamá; transcurrido un año de esta separación el padre decide regresar con la madre del menor y vuelven todos a Panamá junto con el menor, al cabo de un mes vuelven a separarse y el padre decide retener al menor con él sin dejar que la madre vea a su hijo e interpone un impedimento de salida del mismo en Panamá, obligando a la madre a irse a Costa Rica, en donde la misma decide interponer la Restitución del menor.

En los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia hace referencia a la Ley 22 de 10 de diciembre de 1993, mediante la cual se aprueba en todas sus partes el Convenio sobre Aspectos civiles de la Sustracción de menores, en ese orden no toda sustracción de menores es la que genera el derecho a restitución del menor, el caso in comento el padre reclamante no gozaba de este requisito, tampoco la madre más el Tribunal toma varios puntos importantes para su decisión, uno el hecho de que el menor estuvo viviendo con la madre más de un año, y que durante este tiempo el padre siempre mantuvo el régimen de visita con su hijo además de ayuda económica al mismo; aunado a esto el padre reclamante no había intentado presentar un proceso de Guarda y Crianza en ningún momento mientras el niño estuvo viviendo con la madre.

También se apreció que el menor ya estaba integrado en Costa Rica estando adaptado ya a todo el entorno, ya siendo su residencia habitual.

Conclusión

El examen del régimen de denegación de la acción de restitución a la luz de nuestra doctrina y jurisprudencia pone en duda, el carácter sumario o sumarísimo de la acción en restitución; ello se debe, que la negativa de devolución vía Autoridad Central, transforma un proceso de conciliación en un proceso contencioso que se extiende más allá del periodo de 6 seis semanas como lo señala la norma convencional.

La racionalidad de las causales contenida en las disposiciones 13 y 12 del instrumento diplomático debió bastar, para cerrar todo debate en el ámbito de los derechos personales o subjetivos. Sin embargo, la inserción de causales de naturaleza política así como de criterios basado en los

derechos humanos abre un gran abanico de criterios inconmensurable que los Estados en un momento dado pueda invocar, como la protección a sus nacionales, como el conflicto intercultural o racial que podría sufrir el menor siendo desplazado de una cultura a otra. Pensemos que dicha cláusula 20 solo opere en casos de extrema crisis y necesidad evidente.

Bibliografía

- Boutin Gilberto, Derecho Internacional Privado, IV Edición, Maitre Boutin, 2018.
- Gaceta Oficial N°22,433 de 15 de diciembre de 1993.
- González Campo Julio- Alegría Borrás, Recopilación de Convenios de la Conferencia de LA Haya de Derecho Internacional Privado 1951-1993.
- Constitución de la República de Panamá 1972.
- Boutin Gilberto, Revista Tribuna Forense, diciembre-enero 2001.
- Código Civil panameño.
- Boutin, Gilberto Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado panameño, 2004.

Magister. Profesora-Abogada,

Consultorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,

Universidad de Panamá

Email: lestrada09@hotmail.com

Recibido: 12 de diciembre de 2018

Aceptado: 27 de diciembre de 2018

