

Legal |
Opinión | Opinión | Artículo 1 de 1

Algunas notas sobre la sustracción internacional de niños por uno de sus padres

"...En Chile, el cuidado personal de los hijos puede estar radicado en uno de los padres, o en ambos. En el caso que los padres tengan el cuidado personal compartido de los hijos, ambos tendrán la facultad de decidir sobre el lugar de residencia habitual del niño. El problema se presenta cuando el cuidado personal de los hijos lo detenta uno de los padres..."

Viernes, 23 de diciembre de 2016 a las 9:52



Lucía Rizik

La sustracción internacional de niños (técnicamente se denomina *legal kidnapping*) suele originarse en situaciones de crisis familiar de parejas o matrimonios mixtos, que finalizan con la separación o el divorcio entre ellos, y tiene como consecuencia el traslado o retención ilícita del niño a un país distinto al de su residencia habitual, privándolo del contacto con uno de sus progenitores.

La sustracción internacional de niños ha sido una preocupación de distintos organismos internacionales y Estados desde hace ya décadas. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, organismo intergubernamental que elabora instrumentos jurídicos para otorgar soluciones a problemáticas vinculadas a la materia, aprobó el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores el 25 de octubre de 1980 (en adelante "el Convenio de La Haya de 1980" o "el Convenio"), y desde esa fecha, más de 80 países han adherido o ratificado dicho instrumento.

El Estado de Chile adhirió al Convenio en el año 1994, luego de que en 1992, se ingresara el proyecto de acuerdo relativo a él. No podía ser de otra manera. El inciso 2 del artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por el Congreso Nacional solo un par de años antes, hace especial referencia a la promoción de la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales como medida para la lucha contra el traslado o retención de niños y niñas en el extranjero. En consecuencia, la adhesión al Convenio

de La Haya de 1980 ha significado el cumplimiento de un compromiso suscrito por Chile al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, el Convenio de La Haya de 1980 no es el único instrumento internacional que Chile ha celebrado en materia de sustracción internacional de menores. En el año 1980, y bajo la dictadura de Augusto Pinochet, se firmó y ratificó, el Convenio sobre restitución Internacional de Menores con la República Oriental del Uruguay, que tiene por objeto, "asegurar la pronta restitución de menores que ilegítimamente se hayan trasladado o hayan sido trasladados del Estado de su residencia habitual al territorio del otro Estado Parte. Asimismo, el Convenio se aplicará respecto a aquellos menores indebidamente retenidos fuera del Estado de su residencia habitual". Aunque el Convenio con Uruguay ha tenido poca utilidad práctica, teniendo en cuenta que en ambos países está vigente el Convenio de La Haya de 1980, instrumento internacional más integral, puede ser provechoso en materias como la definición normativa de residencia habitual, que sí la incluye.

El objetivo del Convenio de La Haya de 1980 es por un lado garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados y retenidos ilícitamente, y por otro velar por el respeto de los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes.

Por lo anterior, para que el Convenio de La Haya de 1980 sea aplicable, es importante determinar qué es el derecho de custodia. El Convenio no establece un concepto jurídico de derecho de custodia, pero sí incorpora el contenido mínimo que debe tener tal derecho para efectos de interpretar y aplicar el Convenio: debe al menos comprender el derecho relativo al cuidado del niño, y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia.

Así, determinar el lugar de residencia es clave, pues son las autoridades judiciales o administrativas próximas al entorno social y cultural del niño, quienes resultarán más aptas para referirse a su derecho de custodia. En definitiva, el concepto de residencia habitual permite fijar la competencia exclusiva en los tribunales del Estado en que el niño reside, para que estos decidan todos aquellos asuntos relativos a su cuidado.

Si bien el Convenio no estableció un concepto de residencia habitual, la doctrina ha señalado que se trata del centro social de vida del niño (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2013). Por ello, se han sugerido ciertos criterios para determinar la residencia habitual del niño menor de 16 años desde una perspectiva autónoma: 1) la residencia habitual del niño menor de 16 años es independiente de la de sus padres; 2) no cabe darle un contenido subjetivo al concepto, como las intenciones de las partes respecto al lugar de residencia; y 3) el factor más importante es el grado de integración del niño menor de 16 años a su entorno social, cultural y familiar (García Cano, 2003). Teniendo en cuenta estos elementos, podemos referirnos ahora a la configuración del derecho de custodia en Chile en relación al Convenio de La Haya de 1980.

En Chile, el cuidado personal de los hijos puede estar radicado en uno de los padres, o en ambos. En el caso que los padres tengan el cuidado personal compartido de los hijos, ambos tendrán la facultad de

decidir sobre el lugar de residencia habitual del niño.

El problema se presenta cuando el cuidado personal de los hijos lo detenta uno de los padres. Atendiendo al principio de corresponsabilidad parental, consagrado en el artículo 224 del Código Civil, la participación de ambos padres en el cuidado y crianza de los hijos debe ser activa, equitativa y permanente. Asimismo, el artículo 225-2 del Código, incorpora algunos criterios que orientan a los padres en el ejercicio de la corresponsabilidad destacando la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad, y la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular.

Con lo expuesto, podría afirmarse que, la sola consagración de la corresponsabilidad parental comprende el derecho relativo al cuidado del niño, y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia. Sin embargo, otras disposiciones permiten reafirmar esta idea.

En Chile, conforme al artículo 49 de la ley núm. 16.618, las personas menores de 18 años residentes, sean nacionales o extranjeros, requerirán de una autorización de sus padres para salir del país. Esta autorización podrá ser declarada judicialmente, acordada por las partes o manifestada al momento de concretarse la salida al extranjero, según sea el caso. Asimismo, requerirán de autorización judicial para salir del país los extranjeros menores de 18 años que se hallen ilegalmente en el país y los que tengan prohibición de salir del territorio nacional, según disponen los artículos 55 y 56 de la ley núm. 1.094 que establece normas sobre extranjeros en Chile. Finalmente, requerirán de autorización judicial para salir al extranjero los chilenos o extranjeros menores de 18 años sometidos a un procedimiento civil o penal y en los que se haya dispuesto la medida cautelar de arraigo nacional.

Esta prohibición de salir del país, o de la jurisdicción de los tribunales sin la autorización respectiva se denomina cláusula *ne exeat*, y ha sido entendida como un verdadero derecho derivado de la custodia del niño. Así al menos lo señaló la *Supreme Court USA*, en la sentencia del caso *Abbott v/s Abbott*.

En este caso, el procedimiento de restitución del niño se inició con una demanda presentada por el señor *Abbott*, de nacionalidad británica, en la que conforme a la Convención de La Haya de 1980 solicitó el regreso inmediato de su hijo a Chile, argumentando que fue traslado ilícitamente por su madre, de nacionalidad estadounidense, desde Chile, país que constituía su residencia habitual, a Texas, Estados Unidos.

La pareja, en un acuerdo aprobado ante los tribunales de familia chilenos, había asignado la custodia del niño a la madre y el derecho de visita al padre. Sin embargo, en el mes de agosto del 2005 la madre se trasladó a Estados Unidos sin la autorización del padre. La *Supreme Court USA* declaró que el traslado del menor de 16 años fue ilícito y ordenó su retorno, el que finalmente no se produjo pues el niño cumplió los 16 años en el transcurso de la vista de la causa. Fundamentó la sentencia amparándose en el artículo 49 de la ley núm. 16.618, estableciendo que esta disposición otorga derechos relativos al cuidado personal del niño, y concluyendo que en virtud de este derecho *ne exeat*, se deriva un derecho de custodia amparado en el Convenio de La Haya de 1980.

Académica, Universidad Finis Terrae, Chile y Personal Investigador Adjunto, Universidad Diego Portales, Chile. Becaria Conicyt para Doctorado en Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: Irizik@uft.cl

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online