

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

"CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES"

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autor:

SANDRA E. CAPURRO REPOSÍ.

Profesor Guía: MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS.

Diciembre de 2005 -

INTRODUCCIÓN . .	5
INTRODUCCIÓN . .	8
CAPÍTULO PRIMERO La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores . .	9
PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA CONVENCION DE LA HAYA . .	9
Concepto de Principio . .	9
Principio del Interés superior del niño . .	10
Principio de Cooperación Internacional . .	11
Principio de Inmediatez en la acción Restitutoria del menor de edad . .	11
Principio de garantía universal del derecho de Tuición y del derecho de ambos progenitores a tener una relación directa y regular con el menor . .	11
Principio del derecho del menor a ser oído y a tomar en cuenta sus opiniones . .	12
ORIGEN DE LA CONVENCION DE LA HAYA . .	12
FINALIDAD DE LA CONVENCION DE LA HAYA . .	13
AMBITO DE APLICACION . .	14
EL FACTOR TIEMPO . .	14
EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE RESTITUCION . .	15
INDEPENDENCIA DE LA CUESTION DE FONDO . .	18
REGIMEN DE COMUNICACION Y DE TUICION . .	18
LAS AUTORIDADES CENTRALES . .	19
RELACION DE LA CONVENCION DE LA HAYA CON LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO . .	20
1.10.1 Origen de la Convención Internacional de los Derechos del Niño . .	20
Niño, sujeto de Derecho . .	20
Aspectos en los que se relacionan La Convención de los Derechos del Niño con La Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores . .	21
PAISES SUSCRIPTORES DE LA CONVENCION DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES . .	25
CAPÍTULO SEGUNDO Auto Acordado sobre procedimientos aplicables a la Convención de La Haya relativo a los efectos Civiles de la sustracción internacional de menores . .	27
2.1 Competencia . .	27
2.2 Procedimiento . .	27
2.3 Sentencia y Recursos . .	28
CAPÍTULO TERCERO La Tuición en la legislación Chilena . .	29
CONCEPTO DE TUICION . .	29
DETERMINACION DE LA TUICION . .	29
Tuición o cuidado personal de los hijos cuando los progenitores viven juntos . .	29
Tuición o cuidado personal de los hijos cuando los progenitores viven separados . .	29
RÉGIMEN COMUNICACIONAL . .	32
Concepto . .	32
Determinación . .	33

Aspectos procesales . . .	33
CAPITULO CUARTO <i>Jurisprudencia chilena</i> . . .	35
Análisis de fallos . . .	35
Caso número 1 . . .	35
Caso número 2 . . .	38
Caso número 3 . . .	42
Análisis de estadísticas de casos de solicitudes de retorno presentadas a la Autoridad Central de Chile en el periodo comprendido entre los años 1999 y el 2003 . . .	47
Número de solicitudes de retorno . . .	47
Solicitudes de retorno de menores requeridas a Chile . . .	47
Estados requeridos por Chile . . .	48
Resultado de los procedimientos de retorno requeridos a Chile . . .	48
Razones del rechazo judicial de las Peticiones de Retorno requeridas a Chile . . .	49
4.2.6 Resultado de los procedimientos de retorno en que Chile fue el país requerente. . .	50
Conclusiones . . .	52

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Principios que informan la Convención de La Haya

Concepto de Principio

Principio del Interés superior del menor

Principio de Cooperación Internacional

Principio de Inmediatez en la acción Restitutoria del menor de edad

Principio de garantía universal del derecho de Tuición o Custodia y del derecho de ambos progenitores a tener una relación directa y regular con el menor

Principio del derecho del menor a ser oído y a tomar en cuenta sus opiniones

Origen de la Convención de La Haya.

Finalidad de la Convención de La Haya

Ámbito de aplicación

Factor Tiempo

Excepciones al Principio de Restitución

Independencia de la Cuestión de Fondo

Régimen de comunicación y tuición

Autoridades Centrales

Relación de la Convención de La Haya con la Convención de los Derechos del Niño

Origen de la Convención Internacional de los Derechos del Niño

Niño, sujeto de Derecho

Aspectos en los que se relacionan La Convención de los Derechos del Niño con La Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Sujeto de protección

Principios compartidos en ambas convenciones

El principio del interés superior del menor

El derecho del menor a acceder a una vida familiar

El derecho del menor a ser oído

El derecho de identidad

Países suscriptores de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores 38

CAPÍTULO SEGUNDO

Auto Acordado sobre procedimientos aplicables la Convención de La Haya Relativo a los efectos Civiles de la sustracción internacional de menores

2.1 Competencia

2.2 Procedimiento

2.3 Sentencia y Recursos

CAPITULO TERCERO

La Tuición en la legislación Chilena

3.1 Concepto de Tuición

Determinación de la Tuición

Tuición o cuidado personal de los hijos cuando los progenitores viven juntos

Tuición o cuidado personal de los hijos cuando los progenitores viven separados

Atribución Legal

Atribución convencional o pacto de tuición

Atribución judicial

Competencia y procedimiento

Salida de menores del país

Régimen comunicacional

Concepto

Determinación

Convencional

Judicial

Aspectos procesales

CAPITULO CUARTO

Jurisprudencia chilena

Análisis de fallos

Caso número 1

Caso número 2

Caso número 3

4.2 Análisis de estadísticas de casos de solicitudes de retornos presentadas a la Autoridad Central de Chile en el período comprendido entre los años 1999 al 2003

Número de solicitudes de retorno

Solicitudes de retorno de menores requeridas a Chile

Países requirentes

Persona que sustrae al menor y lo trae a Chile

Estados requeridos por Chile

Resultados de los procedimientos de retornos requeridos a Chile

Razones del rechazo judicial de las peticiones de retorno requeridas a Chile
Resultado de los procedimientos de retornos en que Chile fue el país requirente
Conclusiones
Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La elección del tema aquí tratado tiene por objeto analizar los efectos de la aplicación en Chile de La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores entre los años 1999 y 2003. Para luego efectuar una comparación con los resultados alcanzados durante igual período en los otros países suscriptores de este convenio.

Es un hecho preocupante el notable incremento de casos de sustracciones internacionales favorecidos en gran medida por el desarrollo del transporte y las comunicaciones internacionales, que han facilitado el intercambio de personas en el ámbito internacional haciendo que se multipliquen las uniones o matrimonios entre personas de distintas culturas y religiones, las cuales al momento de atravesar crisis o desavenencias en sus relaciones muchas veces deciden sustraer a sus propios hijos. También es frecuente que se produzcan sustracciones de menores o retención ilícita de estos cuando se permite, por parte del titular que tiene la tuición, el traslado del menor fuera de su país de residencia habitual con el objeto de mantener relaciones directas o regulares con el otro progenitor.

Las características de la sustracción internacional de menores, y el daño que se le causa a los mismos debe empujarnos a hacer cumplir de manera lo más inmediatamente posible el restablecimiento a la situación anterior a la sustracción ilícita tal como esta misma Convención propone. El daño psicológico que se le puede causar a un menor al ser sacado intempestivamente de su residencia habitual y ser trasladado a otro país, es traumático, desde el punto de vista que pierde todo contacto con uno o ambos progenitores, y muchas veces se le obliga a adaptarse a un lenguaje o condiciones culturales distintas. De ahí el interés por estudiar esta Convención que protege a los niños.

La metodología utilizada en este trabajo consistió en analizar en primer lugar la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores. Se incluyó el Auto acordado de la Corte Suprema, que establece el procedimiento aplicable en Chile al Convenio de La Haya. Luego se presenta la tuición y el régimen comunicacional dentro de la legislación chilena. En base a entrevistas y revisión de antecedentes puestos a disposición por la Corporación de Asistencia Judicial, -Autoridad Central encargada de dar cumplimiento en Chile a las obligaciones que impone esta Convención -, se hizo un análisis de la jurisprudencia nacional respecto de estos temas incluyendo también un análisis estadístico de los casos. Finalmente se desarrollaron las conclusiones respecto de la aplicación que se ha dado en nuestro país a esta Convención y su impacto en nuestra sociedad.

CAPÍTULO PRIMERO La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, vino a regular en forma clara y precisa el vacío legal que existía a nivel internacional acerca del traslado y o retención ilícita de menores¹.

Existe consenso en la comunidad internacional en que para evitar el tráfico de niños debe haber también una cooperación internacional que sea rápida y efectiva entre los estados contratantes para poder así cumplir con los objetivos primordiales planteados por esta Convención que son:

1. Obtener la restitución inmediata del menor trasladado o retenido de manera ilícita
2. Hacer respetar efectivamente en los demás Estados contratantes² los derechos de tuición y de mantener relaciones directas y regulares con ambos padres.

El Convenio centra su atención en arbitrar normas de carácter procesal y sobre cooperación administrativa para encausar las relaciones entre el Estado de residencia habitual del menor y el Estados al cual ha sido trasladado ilícitamente. Cobra fundamental importancia la Autoridad Central que, de acuerdo con la propia definición de la Convención, es la encargada de hacer más expedita y dinámica dicha cooperación.

La Convención de la Haya establece una serie de principios fundamentales que sirven de base para el marco de cooperación entre países. La idea es asegurar que se respete la jerarquía de estos principios.

Concepto de Principio

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derecho, son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos³. Entendiendo así la idea de “principios” la teoría supone que ellos son obligatorios especialmente para las autoridades públicas⁴.

¹ Por menores en la Convención se entiende todo ser humano con edad cronológica menor a dieciséis años (Artículo 4). Sin embargo, Chile al suscribir la Convención, hizo la reserva de que según la legislación interna, los derechos de tuición se aplicarán hasta que los menores cumplan la edad de dieciocho años. (Decreto 386 de fecha 30 de marzo de 1994, Diario Oficial 17 junio de 1994.)

² Ver listado Estados contratantes en capítulo 1.11

³ CILLERO B., MIGUEL y MADARIAGA D., “Infancia, Derecho y Justicia”, Capítulo I. La Reforma Legislativa en la Década de los noventa , Situación de los Derechos del Niño, Universidad de Chile, octubre 1999, página 24.

Principio del Interés superior del niño

Pese a la indefinición que caracteriza a la idea de "interés superior del menor", no puede negarse que se trata de un verdadero principio rector dentro del Derecho Internacional Privado de la minoridad, que sin duda debe regir las conductas de las autoridades y de los particulares.

De acuerdo con la profesora Maricruz Gómez de la Torre, este principio conlleva una triple función⁵:

Es una garantía para el menor, ya que toda decisión relativa a él debe considerar, fundamentalmente, sus derechos.

Es una norma orientadora que no solo obliga a los legisladores y jueces, sino a todas las instituciones públicas y privadas.

Es una norma de interpretación y de resolución de conflicto.

A pesar de ser este principio un concepto amplio y difuso, debe sin embargo aplicarse a cada caso en particular, logrando obtener el desarrollo integral del niño. Esto implica abarcar tanto su aspecto material como espiritual. En nuestra legislación interna este principio se encuentra consagrado en Artículo 222 inciso segundo del Código Civil.

Este principio siempre debe primar, por sobre los intereses de las demás partes involucradas. Un ejemplo de ello lo constituye la Convención de La Haya sobre aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores (del 25 de octubre de 1980), que es un texto anterior a la Convención de los Derechos del Niño (1989), pero que ya en su preámbulo afirmaba "*profundamente convencidos de que el interés superior del menor es de una importancia primordial para toda la cuestión relativa a su guarda...*".

La profesora Eliza Pérez Vera comenta este preámbulo señalando que: "La importancia otorgada al interés del menor... la lucha contra la multiplicación de los secuestros internacionales de menores siempre debe inspirarse en el deseo de proteger a los menores, haciéndose intérprete de su verdadero interés (...) entre las manifestaciones más objetivas de los que constituye el interés del menor figura el derecho a no ser desplazado o retenido en nombre de los derechos más o menos discutibles sobre su persona".⁶

Por lo tanto, además de ser un principio rector dentro de esta Convención es también un fin a alcanzar en la toma de decisiones por parte de las Autoridades Centrales (encargada del cumplimiento en cada uno de los respectivos Estados contratantes de las obligaciones que le impone el Convenio), privilegiando siempre y por sobre todos los demás interesados los derechos de los niños. Asegurando la pronta restitución de los menores que se encuentran indebidamente fuera del Estado de su residencia habitual.

Este principio también se encuentra consagrado en el Artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño y que es transversal en materia de familia dentro del Derecho Civil chileno, como lo es la Ley de Matrimonio Civil⁷ (artículo 3), la Ley de Tribunales de

⁴ GOMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ, "El Interés Superior del Niño", en Gaceta Jurídica N° 238, abril 2000, página 23.

⁵ GOMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ, "El Interés Superior del Niño", *ob. cit.* en nota 4.

⁶ PEREZ VERA, ELIZA, « Convention sur les aspects civils de L'enlèvement international d'enfants », Convention et recommandations adoptée par La Quatorzième Session et Rapport explicatif, Brochure, Tirage à part des Acts e documents de la Quatorzième Session (1980), T. III Enlèvement d'enfants, pag 19.

⁷ Nueva Ley Matrimonio Civil, Ley N° 19.947, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004

Familia⁸ (artículo 16) y en la Nueva Ley N°20.084 de Responsabilidad Penal en su artículo 2° publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre de 2005.

Principio de Cooperación Internacional

Este Convenio es básicamente un instrumento de cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas entre los Estados Parte con el propósito de evitar traslados y/ o retenciones ilícitas de menores dentro y fuera de sus territorios. Sólo en la medida que la comunidad internacional tome conciencia de la necesidad de actuar en forma conjunta y eficiente entre los Estados Parte se podrá lograr el fin de este Convenio cual es la restitución inmediata del niño a su residencia habitual.

Principio de Inmediatez en la acción Restitutoria del menor de edad

El Convenio de La Haya no se refiere al conflicto de leyes aplicables en el tiempo o en el espacio, ni a la validez de las resoluciones judiciales o administrativas de un Estado en el territorio de otro. Tampoco al derecho, conferido o no, de tuición de uno u otro progenitor. Este Convenio tiene como fin específico garantizar el retorno inmediato del niño o niña retenido mediante fuerza o intimidación y que dejó indefenso a uno de los progenitores para gozar del derecho a tener una relación directa y regular con su hijo o hija o eventualmente ejercer la tuición.

No se puede desconocer que la mayoría de los traslados ilícitos de menores por parte de uno de sus padres, lo que busca es crear situaciones jurídicas nuevas ante la jurisdicción del Estado de traslado con el objeto de obtener de esta forma la tuición del niño o niña, violentando así la situación preestablecida en el Estado de residencia habitual del mismo.

El sujeto activo de la sustracción o traslado ilícito confía obtener, de las autoridades del país al que el menor ha sido llevado, la tuición que no ha logrado obtener en el país de residencia habitual. Esta abierta intencionalidad del traslado ilícito lo que busca es obtener una resolución judicial o administrativa favorable a su pretensión en el Estado de refugio. Es por ello que esta situación de hecho debe ser confrontada mediante mecanismos internacionales de acción inmediata, que lo que busca es el traslado del niño o niña a su país de residencia habitual dentro del menor plazo posible, a fin de evitar su arraigo.

Pero este principio rector de la Convención tiene algunas excepciones en el Artículo 12, Artículo 13 a y b y Artículo 20 las cuales deberán ser aplicadas e interpretadas restrictivamente. Estas excepciones serán tratadas con mayor profundidad en el Capítulo 1.6 excepciones al principio de restitución.

Principio de garantía universal del derecho de Tuición y del derecho de ambos progenitores a tener una relación directa y regular con el menor

Es un objetivo central dentro de este Convenio garantizar vínculos familiares tan esenciales como la tuición y el de mantener una relación directa y regular del menor con sus progenitores, sin pronunciarse sobre la validez legal del título con que la ejercen tanto en el Estado recurrente como en el recurrido. La sustracción internacional de menores de edad

⁸ Los Nuevos Tribunales de Familia, Ley N° 19.968, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004

tiene como objetivo impedir los derechos antes mencionados, de uno de los progenitores por parte del otro progenitor u otro miembro de la familia, sacando al niño o niña fuera del Estado donde reside habitualmente.

En su artículo 21 de la Convención se indica

“Las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación... para asegurar el ejercicio pacífico de los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de esos derechos. Las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de esos derechos.

Las autoridades centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dichos derechos y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio de los mismos”

Principio del derecho del menor a ser oído y a tomar en cuenta sus opiniones

Este derecho viene a confirmar la calidad de sujetos de derecho que tienen los niños. Considerar al niño como un sujeto de protección implica darle la debida intervención en los procesos judiciales en los cuales se discuten las cuestiones que pueden afectar a su persona.

Este principio no puede ser desconocido por las autoridades centrales, ni los tribunales pertinentes al momento de decidir o no, restitución del menor a su país de residencia.

Este derecho se encuentra expresamente contemplado en la Convención de la Haya en su artículo 13, párrafo 4, señala que se autoriza negar la restitución cuando la autoridad judicial o administrativa comprueba que es el propio menor el que se opone a la misma. La opinión del menor deberá ser debidamente tomada en cuenta por parte de las autoridades en función de la edad y madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

ORIGEN DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores tiene su origen en una propuesta canadiense realizada en el año 1976. Dicha propuesta consistió en la creación de una organización que se preocupara de dar solución a los innumerables casos de menores trasladados o retenidos ilícitamente en el extranjero por uno de los padres.

Desde el año 1976 hasta 1980 la Oficina permanente de la Conferencia de La Haya envió a los Estados miembros cuestionarios sobre el tema referido, con el objeto de que fueran analizados. Teniendo en cuenta las respuestas enviadas por los Estados miembros, la Conferencia preparó un informe con aquellos puntos que consideró importante y organizó dos reuniones de expertos de los Estados miembros en Derecho de Familia, para que elaboraran un proyecto de convenio.

En las reuniones se estudiaron y discutieron los puntos principales y sus posibles soluciones, elaborándose un proyecto de Convenio que fue negociado y firmado en las

sesiones de la Conferencia de Derecho Internacional Privado del 14 al 25 de octubre de 1980. La Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de niños fue adoptada el 25 de octubre de 1980 en la decimocuarta sesión de la Conferencia Internacional.

En Chile la sustracción internacional de menores está regulada por dicha Convención, la cual entró en vigencia el 1 de mayo de 1994, constituyéndose en Ley de la República el 17 de junio de 1994 tras la publicación en el Diario Oficial. El procedimiento aplicable está regulado por el Auto Acordado de la Corte Suprema del 3 de noviembre de 1998.

FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

La Convención señala expresamente en su Artículo primero que la finalidad del convenio será:

“a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;

b) Velar porque los derechos de tuición y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.”

La Convención de la Haya es un tratado Internacional que provee el rápido retorno de los hijos indebidamente retenidos, restableciendo la situación anterior al traslado del menor restaurando así el Status Quo, impidiendo así que los individuos unilateralmente puedan cambiar la jurisdicción que les corresponda (la de la residencia habitual del menor) para obtener una decisión judicial que los favorezca.

En su artículo tercero establece cuando un traslado o la retención de un menor se considerará ilícito:

“a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de tuición 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 tuición 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.”

Este fenómeno del traslado o retención ilícita, que lamentablemente aumenta cada día, suele presentarse cuando uno de los padres otorga permiso de salida al exterior a sus hijos menores y una vez que estos se encuentran en el país de destino, el otro padre los retiene indebidamente. También se presenta, aunque en menores proporciones, cuando se adulteran los permisos de salida que exigen las autoridades de migración o se acude a la falsedad documental.

AMBITO DE APLICACIÓN

"El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de tuición o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis (16) años." (Artículo 4)

Chile, al momento de ratificar la Convención hizo una declaración señalando que de acuerdo a su legislación interna, en lo que se refiere al derecho de tuición, este se aplicará a los menores que lleguen a los 18 años de edad.⁹ Esta referencia se ha hecho con el objeto de que no existan contradicciones entre el artículo 4 de la Convención de la Haya y el Código Civil (artículos 26, 270 numero 4 y otros)

La residencia habitual es el lugar donde el niño o niña tenía su centro de vida, no se refiere a su domicilio ni a la nacionalidad del menor, y no puede ser establecido por uno solo de los progenitores en fraude de los derechos del otro padre.

Esta Convención aborda los problemas extralegales, restituyendo al niño o niña a su lugar de residencia habitual luego de comprobarse que el mismo fue trasladado o retenido ilícitamente en el extranjero. El carácter ilícito de un acto debe establecerse estudiando la ley de residencia habitual del menor, no es necesaria una orden judicial. Se escogió a los tribunales donde el menor tiene su residencia habitual para que conozcan del asunto por ser una garantía jurídica para la protección del menor, ya que ellos tienen el mayor acceso a la información pertinente. Una vez hecho esto, el menor debe ser restituido "de inmediato", a menos que fuera aplicable una de las excepciones que establece el artículo décimo tercero. Este sistema basado en la jurisdicción territorial presenta dos grandes ventajas:

Dado que el niño o niña será restituido al lugar de su residencia habitual, los méritos de la causa y la decisión final serán examinados por los tribunales que tengan mayor acceso a la información pertinente.

Disuade al padre o madre de cometer secuestro, ya que es despojado o despojada de los beneficios estratégicos que de lo anterior hubiera intentado obtener mediante dicha acción.

EL FACTOR TIEMPO

El factor tiempo se encuentra tratado en los artículos número dos, once y doce la Convención, explicitando la urgencia en los procedimientos para la pronta restitución de los menores a sus lugares de residencia habitual. Esta restitución deberá ser inmediata si la solicitud se presenta antes de cumplirse un año desde que se produjo el traslado o retención ilícita. En caso que dicho plazo se haya cumplido, se ordenará tal restitución a menos que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

Es fundamental para cumplir con el fin considerado por la Convención, cumplir estrictamente los plazos de restitución señalados, ya que si no ocurre así el único beneficiado será el padre secuestrador que en la mayoría de los casos buscará dilatar el proceso tanto como le sea posible, ya que tiene la firme convicción de quedarse en ese país, trasladando el foro para litigar allí. Mientras tanto se va produciendo el arraigo del

⁹ Decreto 386 de fecha 30 de marzo de 1994, Diario Oficial 17 junio de 1994

menor a su nuevo medio, haciendo cada vez más difícil el retorno a su residencia habitual sin producirle un grave daño psicológico.

La demora en los procedimientos legales es una causa importante que dificulta el funcionamiento del Convenio¹⁰. Deben realizarse todos los esfuerzos posibles para agilizar tales procedimientos. En varios países los tribunales normalmente deciden sobre las solicitudes de restitución de un menor basándose solamente en la solicitud y todo documento o declaración escrita presentada por las partes, sin tomar testimonio oral o requerir la presencia de las partes. Esto puede servir para agilizar la decisión del caso, teniendo en cuenta que la restitución del menor no se fundamenta en los méritos de la tenencia.

Una manera de evitar demora y apelaciones es ejecutar la orden de restitución del niño o niña cuando la apelación todavía está en curso. Esto se ha hecho en algunos casos en Francia, donde no aparecía haber un sólido fundamento legal para la apelación, la autoridad central tenía la facultad de ejecutar la decisión durante la apelación.

En los Países Bajos, la orden debe ejecutarse, aún cuando exista una apelación. Alemania, Austria y Luxemburgo también tienen la posibilidad de ejecutar una orden de restitución durante la apelación.

En Chile la tramitación de estos procesos está regulada por un Auto Acordado de la Corte Suprema del 3 de noviembre de 1998, el cual fija plazos reducidos para la tramitación de las causas en los Tribunales de menores correspondientes al domicilio presunto del menor. En la actualidad el conocimiento de estas causas es visto por los Tribunales de Familia. La solicitud deberá ser proveída dentro del plazo de 24 horas siguientes a su interposición, fijándose un comparendo para dentro del quinto día entre la persona que ha trasladado o retenido ilícitamente al menor y el solicitante de la restitución con su abogado, plazo que deberá contarse desde la última notificación. La sentencia definitiva deberá dictarse en un plazo máximo de cinco días a contar de este comparendo o del cumplimiento de las medidas para mejor resolver. Contra dicha sentencia sólo procederá el recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del quinto día contado desde la notificación, debiéndose resolverse en cuenta por el Tribunal de alzada. Sin embargo, en la práctica contra el fallo de la Apelación, la parte que ha perdido dicha apelación interpone un recurso de Queja, el que es conocido por la Corte Suprema. Dicho recurso se declara admisible a tramitación, pero se rechaza.

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE RESTITUCIÓN

La restitución del menor o los menores constituye de alguna manera el principio fundamental del Convenio, lo cual, sumado a la incidencia que tiene el tiempo en la tramitación para alcanzar los objetivos antes mencionados, hace que las excepciones al deber de restitución que se encuentran consagradas en el artículo trece del Convenio deben ser interpretadas restrictivamente.

¹⁰ FORO INTERNACIONAL SOBRE SECUESTRO FAMILIAR DE MENORES: PROGRAMA DE ACCIÓN DE LA CONVENCION DE LA HAYA. Informe del Profesor Nigel Lowe, Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional de la Familia, Universidad de Cardiff, Gales, Reino Unido con la colaboración de Catherine Meyer, Co-presidenta del Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados y con la colaboración de participantes del Foro. 15 y 16 de septiembre de 1998.

El artículo trece establece que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no esta obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestre:

“a) que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejerciera de modo efectivo el derecho de tuición en el momento en que fue trasladado o retenido había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.”

El Convenio busca volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la conducta ilícita, es decir permitir que la persona que quedó atrás pueda ejercer su derecho de tuición o de mantener una relación directa y regular que se ve truncado como consecuencia del traslado o retención que éste no consintió. No se cumpliría con los requisitos del artículo 3 que determina la ilicitud del traslado o retención, si la persona que solicita la restitución no estaba ejerciendo la tuición o visita antes del traslado o retención o si ésta consintió o aceptó la situación ahora atacada.

“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.”

El menor no debe ser restituido sí se comprueba que ello le provocará un grave riesgo físico o psíquico o una situación intolerable. La parte que lo invoca deberá probar la efectiva existencia de la situación planteada. En Reunión de Autoridades Centrales de 1993, la mayoría de los expertos informó que en sus jurisdicciones se le había dado al artículo 13 b) una interpretación limitada y que por lo tanto muy pocas defensas fundadas en estos argumentos resultan exitosas. Muchos de los expertos sugirieron que el artículo 13 b) no debería ser usado para proteger al menor de uno de sus padres, ya que de esto se ocupa el Estado Requeriente.

Respecto de la excepción del artículo 13 b), en la Reunión de Autoridades Centrales de 1993 se consideró que: "En general la definición del término "riesgo grave" significa el riesgo grave al que se expone al menor al ser restituido al país de residencia habitual. Considerando que haya habido problemas internos en el país, o que exista peligro para la restitución del menor a dicho país, ello configuraría grave riesgo de peligro dado que se expondría al menor a un daño físico o psicológico. El mero argumento de que sería riesgo grave restituir al menor al otro padre no es suficiente para constituir riesgo grave de peligro según los términos del Tratado. Si se permitiera ese argumento, el caso configuraría un caso de tenencia en el que intervendrían peritos psicólogos para declarar en lo relativo a la tenencia". El Sr. Dyer (Primer Secretario de la Oficina Permanente) señaló que la aplicación del artículo 13 se contrapone con el objetivo del Convenio, que es la restitución del niño o niña y que por lo tanto se debe usar con prudencia y en ninguna medida con exceso

Cabe señalar que para apreciar las excepciones mencionadas debe tenerse en cuenta por las autoridades competentes del Estado requerido la información social brindada por las autoridades judiciales o administrativas del Estado requirente.

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

El Convenio determinó que no se aplicará a los menores que superen la edad de dieciséis (16) años. Se entiende que un menor de catorce (14) o quince (15) años podrá discernir con cual de los padres desea vivir. No obstante, no existe una edad establecida para que un menor pueda ser escuchado.

Sería arbitrario determinar a qué edad un menor tiene la madurez suficiente para poder vislumbrar qué es lo que le conviene o no y es por eso que el tema pasa por la actitud discrecional de la autoridad competente, en nuestro caso la judicial, que tenga que escuchar al menor.

El principio referido está contemplado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que también prevé que los menores deben ser escuchados, condicionado ello a la edad y madurez de los mismos.

En los casos de secuestro internacional pueden darse situaciones límites donde el padre que solicita la restitución constituya un peligro para el menor, como sería el caso de desequilibrio psíquico, adicción, violencia física o abusos sexuales. Por lo tanto, no basta sólo con preguntarle a un menor con quien se quiere quedar, pues es muy común que éste se encuentre influenciado por el progenitor con el que se encuentre conviviendo.

Por su parte el artículo 20 del Convenio dispone que:

“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 libertades fundamentales.”

La autoridad competente que se base en la disposición del artículo 20 deberá comprobar fehacientemente que se están vulnerando principios protectores de los derechos humanos que se contrapongan con la restitución solicitada. Como lo son la ausencia de seguridad individual o que no se asegure un trato digno o la explotación en materia económica o sexual.

El Convenio de La Haya contempla principios fundamentales previstos en la Convención de los Derechos del Niño, tales como al que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, el de escuchar al menor siempre que éste tenga la edad y madurez suficientes y el de elaborar, adherirse, firmar convenios bilaterales o multilaterales que prevengan el traslado o la retención ilícita de los menores.

De hecho el Convenio descansa sobre el rechazo unánime del fenómeno del traslado ilegal de menores y sobre la convicción que la mejor forma de combatirlo a nivel internacional es denegarle el reconocimiento legal. La aplicación práctica de este principio requiere que los Estados signatarios se convenzan que, a pesar de las diferencias, pertenecen a la misma comunidad jurídica donde las autoridades de uno de ellos, las del país de residencia habitual del menor, están en principio en la mejor posición para decidir sobre cuestiones de tuición o visita. En consecuencia, la invocación sistemática de las excepciones citadas, sustituyendo el tribunal del lugar de la residencia habitual del menor por el tribunal elegido por el secuestrador, llevará al colapso de toda la estructura del Convenio al despojarlo del espíritu de confianza mutua que es su inspiración.

Sintetizando las excepciones a la obligación de restitución:

Si ha transcurrido más de un año desde el momento que se produjo el ilícito y el menor ya se encuentra arraigado en el nuevo ambiente (Artículo 12)

Si la persona que pide la devolución no ejercía en realidad derecho de tuición, o si más tarde consintió o dio su anuencia para la sustracción o retención (Artículo 13 a)

Si hay un riesgo grave de que a su retorno el hijo se expondría a daño físico o psicológico o que, de algún modo, su situación fuera intolerable (Artículo 13 b)

Si el regreso del menor no fuera permitido por los principios esenciales del Estado que lo solicita, en relación con la protección de los derechos humanos o las libertades fundamentales (Artículo 20)

Finalmente son las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido las que tendrán en cuenta la información sobre la situación social del menor, que proporciona la autoridad central u otra autoridad competente de lugar de residencia habitual del menor.

INDEPENDENCIA DE LA CUESTIÓN DE FONDO

El artículo 16 de Convenio dispone:

“Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde está retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de tuición hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio.”

El juez que debe conocer y fallar acerca de la restitución del menor tiene expresamente prohibido decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de tuición.

El padre que cometió el ilícito podrá volver con el menor a su residencia habitual y presentarse ante los tribunales locales que decidirán sobre la tuición del menor, sin que la decisión adoptada por el juez que entendió en la restitución afecte la cuestión de fondo del derecho de tuición (Artículo 19).

Por lo tanto, La Autoridad Central debe velar porque no se establezca en el Estado contratante a donde se llevó al menor o donde se produjo la retención ilícita, una jurisdicción artificial que facilite al progenitor secuestrador una sentencia de tuición que desconozca la jurisdicción de los tribunales de residencia habitual del menor, que son los que en definitiva deben determinar el tema de fondo.

REGIMEN DE COMUNICACIÓN Y DE TUICIÓN

El Capítulo IV de la Convención de la Haya trata sobre el derecho de visita o de una relación directa y regular, según nuestra legislación, en un único artículo (Artículo 21), señalando principios reguladores de este derecho en el contexto de los traslados y retenciones ilícitas:

“Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor.”

Las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico de los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de esos derechos. Las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de esos derechos.

Las autoridades centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dichos derechos y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio de los mismos.”

De la lectura de este importante artículo se desprende que es una función esencial de las Autoridades Centrales el organizar y garantizar el ejercicio efectivo del derecho de mantener una relación directa y regular con ambos padres como previamente determinado. Sin embargo, también les corresponde a las Autoridades Centrales adoptar las medidas necesarias para eliminar los obstáculos en el ejercicio del mismo.

En el Capítulo Tercero de este trabajo se trata con mayor profundidad el tema derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos.

LAS AUTORIDADES CENTRALES

En el artículo sexto del Convenio se establece que cada uno de los Estados contratantes designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

En el artículo séptimo se define que las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración ente las autoridades competentes en sus respectivos Estados -entiéndase policía, autoridades judiciales, migratorias, administrativas, etc.- con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del Convenio señalados en las letras a) a la i) del mismo artículo.

La Autoridad Central es el instrumento idóneo que moviliza la cooperación jurídica deseada permitiendo contrarrestar el traslado y la retención ilícita de los menores. Sin embargo, esta sólo puede ejercer funciones administrativas e informativas, ya que será el Poder Judicial quien decidirá el regreso o no del menor.

Se pueden distinguir dos fases en el funcionamiento de las Autoridades Centrales:

Una faz requirente, que tiene lugar cuando ésta transmite la solicitud prevista en el artículo ocho a la Autoridad Central del país donde ha sido trasladado o retenido un niño o niña, y una faz requerida, que tiene lugar cuando recibe la solicitud nombrada.

Las dos Autoridades Centrales que intervienen en el procedimiento de restitución, colaborarán entre sí para adoptar las medidas previstas en el artículo séptimo, la mayoría de las cuales pesarán sobre la Autoridad Central requerida, ya que por estar en el lugar donde se localiza el menor será la más apta para adoptar dichas medidas y promover así la restitución voluntaria del niño o niña o de lo contrario iniciar un procedimiento judicial o administrativo para conseguirlo.

Las Autoridades Centrales ejercitan una representación internacional y por ello no actúan en nombre y representación de un particular, sino de otro Estado, para que se ejecuten sus resoluciones o peticiones como si fueran propias. Coincide entonces el interés del menor con el reestablecimiento de la ley internacional, salvo los casos de excepciones antes mencionados en capítulo 1.6.

En Chile la Autoridad Central es La Corporación de Asistencia Judicial que depende del Ministerio de Justicia.

RELACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA CON LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

1.10.1 Origen de la Convención Internacional de los Derechos del Niño

La Convención Internacional de los Derechos del Niño tiene su origen en los principios básicos contenidos en la Declaración de Ginebra de 1924, que sirvió de fundamento a la Declaración Internacional de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959. Si bien este cuerpo normativo significó un avance, sólo constituyó una declaración de principios sobre la materia, ya que los Estados no quedaban sometidos a ningún control.

Sólo en el año 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el texto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. A lo largo de sus disposiciones dicha Convención define los derechos políticos, sociales, culturales y de toda índole que le corresponden al niño, protegiéndolo de los abusos de que puede ser objeto por parte de sus padres, la sociedad o el Estado. Esta Convención abre una nueva etapa en la evolución histórica, filosófica, social y jurídica respecto del niño y el adolescente que pasan a ser considerados sujetos de derecho. En consecuencia, este niño o adolescente pasa a ser titular de derechos fundamentales que las Constituciones, instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño sin duda alguna constituye un marco normativo esencial acerca de los derechos que pertenecen a la infancia y adolescencia de los menores. Sustenta principios considerados "rectores" en todos los ordenamientos jurídicos de la comunidad internacional. Es un instrumento que facilita la lucha contra serios problemas de la niñez, como maltrato infantil, el secuestro, y el tráfico de niños entre otros.¹¹

Pero, pese a la amplitud de los derechos tratados siempre se hace necesario acordar nuevos pactos internacionales específicamente destinados a tratar algún punto en concreto. Es así como surgió el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores que recogió la inquietud dentro de la comunidad internacional de resolver de una manera rápida y eficaz los cada vez más frecuentes traslados de menores en forma ilícita de un país a otro. Fue adoptada el 25 de octubre de 1980 en la decimocuarta sesión de la Conferencia Internacional de los Derechos del Niño.

Es importante destacar que esta Convención es anterior a la Convención de los Derechos del Niño (1989). Sin embargo, ya en su preámbulo enuncia como fin primordial el interés del menor en todas las cosas relativas a su tuición y a resguardar también un régimen comunicacional con aquel de los padres que no tenga su tuición.

Niño, sujeto de Derecho

Considerar al niño como sujeto de derecho es el gran aporte de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, profundizando la doctrina de los Derechos Humanos, dándoles cabida a los niños y a los adolescentes dentro de estos.

¹¹ GROSMAN CECILIA P., Apuntes Diplomado "Instituciones del Derecho de familia moderno y nuevas tendencias en le derecho comparado: Los Derechos del niño en las relaciones de familia", Facultad de Derecho, Universidad de Chile, mayo 2001

Es un sujeto de derecho especial, dotado de una supra protección ya que se agregan nuevas garantías adicionales a las que le corresponden al resto de las personas, teniendo en cuenta su vulnerabilidad y su fragilidad¹².

Pensar en el niño como sujeto de derecho, significa verlo como un ser humano que interactúa con el adulto, que es capaz de expresar sus necesidades, participar en su educación y gozar de cierto grado de autonomía. Atrás quedó la idea de niño definido a partir de su incapacidad jurídica o de niño objeto de protección por el principio de niño sujeto de derecho, sujeto de protección.

Se puede desdoblar la noción de sujeto de derecho en tres ideas principales:

El deber de los padres de criar y educar a sus hijos, darles la dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos por la presente Convención (Artículo 5°)

El niño debe participar de acuerdo a su edad en su proceso educacional. La Convención de los Derechos del Niño en su Artículo 12 consagra el derecho del niño a emitir su opinión en todos los asuntos que le conciernen, debiendo el adulto tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

Darle al niño o adolescente un espacio para que realice su aprendizaje de autonomía progresiva, proceso largo que va desde el nacimiento a la adultez.

Aspectos en los que se relacionan La Convención de los Derechos del Niño con La Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

A continuación diversos aspectos en los que se relacionan:

Sujeto de Protección.

En ambas convenciones el Sujeto de Protección es el menor, sólo variará la edad hasta la cual se le podrá aplicar la convención.

Convención Internacional de los Derechos del Niño. Artículo 1 *“Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*

Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Artículo 4

“El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.”

Principios compartidos en ambas convenciones

Ambas convenciones se relacionan también en que algunos principios que siendo estructurantes dentro de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, son también incorporados dentro de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores. Analizaremos a continuación dichos principios:

El Principio del Interés superior del menor

¹² CILLERO B., MIGUEL y MADARIAGA D., “Infancia, Derecho y Justicia”, *Ob. cit.* en nota 3, página 21

Convención Internacional de los Derechos del Niño. El Principio del Interés superior del menor es un principio rector dentro de esta convención, que actúa como un ordenador de las relaciones entre el Estado, el niño y la familia. Este principio tiene como objetivo garantizarle al menor, como sujeto de derecho que es, el amparo de sus derechos por todas las legislaciones vigentes. Este principio es de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y a la extensión propias de cada sociedad y momento histórico. Para algunos autores el interés superior del niño consiste en resolverle a aquel la mayor cantidad posible de problemas. Para otros sería lograr un adulto eficiente. Citando al profesor Miguel Cillero Bruñol, el interés superior del niño no sería ni más ni menos que la satisfacción integral de sus derechos¹³.

Para precisar aún más el concepto de niño, podemos señalar que el carácter de niño implica una verdadera categorización formal y real de los individuos que pueden denominarse como tales y conlleva la ostentación de un estatus jurídico especialísimo al del resto de las personas físicas, ya que está dotado de una supra protección legal. Entendemos que gramatical, conceptual e ideológicamente es más adecuado hablar de niño que de "menor", ya que el primero da idea de esa minoría social titular de amplios derechos y prerrogativas. El segundo nos trae a la mente más bien un estado de minusvalía o de falta de capacidad. Por lo tanto la Convención Internacional de Los derechos del Niño es un texto normativo que contiene en forma amplia las prerrogativas jurídicas de estas personas que como bien lo define en su artículo primero transitan desde la concepción hasta sus dieciocho años de vida.

Este principio puede ser entendido desde tres puntos de vista.

Como orientación y límite a la actuación de las personas (principalmente autoridades) en el sentido de que éstas deben dirigirse a favorecer la vigencia de los derechos de los niños. Cuando interviene el Estado es porque juzga inaceptable la evaluación parental ante abusos, malos tratos o cualquier conducta que vaya contra el interés superior del niño, por lo tanto vigila y adopta medidas si considera que las acciones paternas o maternas perjudican al menor.

Como directriz para las políticas públicas y legislativas, las que deben respetar y dar mayor efectividad a los derechos de los niños, implementando y modificando las legislaciones de distintos países si es necesario.

Como directriz para resolver los conflictos entre los intereses o derechos del niño y los demás. En virtud de él, todas las decisiones que se tomen durante el proceso, deberán considerar que lo que se resuelva sea lo mejor para el niño. De esta manera, deberá siempre primar el interés superior del niño, frente a cualquier decisión que le afecte, incluso frente a un presunto interés del adulto¹⁴.

En la Convención Internacional de los Derechos del Niño este principio se encuentra tratado en los artículos 3, artículo 5, artículo 9.1, artículo 18.1, artículo 20.1, artículo 21 y artículo 37 c).

Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores El preámbulo del Convenio enuncia como fin primordial el interés del niño en todas las cuestiones atinentes a su tuición¹⁵. Si bien este principio no se encuentra expresamente

¹³ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, "El interés superior del niño en el marco de la convención sobre los derechos del niño". Seminario "Las nuevas doctrinas y la Justicia para menores en Colombia", Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá 1997, página 51.

¹⁴ GROSMAN CECILIA P., *Ob. cit.* en nota 11

¹⁵ PEREZ VERA, E., *Ob. cit.* en nota 6

definido en la Convención es un fin a alcanzar en la toma de decisiones por parte de las autoridades administrativas o judiciales. No existe un concepto único de este principio por entender que variará de acuerdo al encuadre específico de cada cultura y en función de cada caso en particular.¹⁶ El interés superior del niño en esta convención es proteger al niño o niña en el plano internacional frente a un traslado o detención ilícita del que pueda ser objeto, vulnerando así sus derechos más esenciales como el derecho a no ser separado de sus padres o impedido de tener un régimen comunicacional en forma periódica con aquel de los progenitores que no posea su tuición. Este Convenio confirma, en el contexto de la normativa internacional, el hecho de considerar a los niños como sujeto de derecho ya que se les permite a estos participar en la toma de decisiones que vayan a afectarlo en su autonomía progresiva.

El derecho del menor a acceder a una vida familiar

Considerando la importancia que reviste la institución familiar como marco indispensable para el desarrollo físico, afectivo y social del individuo, y como fundamento de una sociedad ordenada, se ha reconocido a nivel internacional el derecho de todo niño a una familia y a una estabilidad dentro de la misma. Es por ello que en la Convención Internacional de los Derechos del Niño en diversos artículos garantiza a todo niño las relaciones familiares (artículo 8) que incluye :

Derecho a no ser separado de sus padres (Artículo 9). *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”*(Artículo 9.3)

La reunificación familiar (artículo 10.1). Es un derecho de los niños y sus padres salir de cualquier país y entrar en el propio en vistas a la reunificación familiar o el mantenimiento de la relación padre – hijos.

Derecho de visita (derecho de mantener una relación directa y regular), inclusive en el caso de que uno de los padre resida en otro estado distinto al del domicilio del niño (artículo 10.2).

El principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes respecto a la crianza y al desarrollo del niño (artículo 18).

Ante la carencia de relaciones familiares tiene derecho a la protección y asistencia judicial (artículo 20).

La sustracción internacional de menores lo que pretende es impedir el derecho del menor a tener una relación directa y regular con ambos padres o el derecho de tuición de uno de ellos sacando al niño o niña fuera del estado donde reside habitualmente. En la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores en su capítulo cuarto trata sobre el derecho de mantener relaciones directas y regulares entre pares e hijos, señalando principios que son reguladores de este derecho en el artículo 21. Es un objetivo central a conseguir dentro de este convenio garantizar vínculos familiares tan esenciales como el derecho de la tuición y de mantener relaciones directas y regulares entre padres e hijos, sin entrar a pronunciarse sobre la validez legal del título con el cual se ejerce dicho derecho, sino de restituir las condiciones originales antes del traslado ilícito. El derecho a mantener relaciones directas y regulares es la contrapartida natural del derecho de la tuición. El artículo quinto de este convenio señala: *“El derecho de custodia*

¹⁶ GROSAN CECILIA P. *Ob. cit.* en nota 11

comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia. El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual."

El artículo 21 señala que las Autoridades Centrales serán las encargadas de organizar y de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos arriba citados.

El derecho del menor a ser oído

En la Convención Internacional de los Derechos del Niño este derecho se encuentra consagrado en el artículo 12 *"1. Los Estados partes garantizarán al niño que está en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. 2. Con tal fin, en particular, se dará al niño oportunidad de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de modo compatible con las normas de procedimiento de la ley nacional."*

En el Décimo Congreso Internacional del derecho de Familia, que tuvo lugar en Mendoza, Argentina en septiembre de 1998, se concluyó que el Artículo 12 de la Convención era una norma operativa. Esto significa que debe aplicarse directamente, sin que sea necesario esperar a que se dicten por los Estados las normas pertinentes que consagren el derecho del niño a ser oído¹⁷.

En la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores este derecho se encuentra contemplado en el Artículo 13 párrafo cuarto, el que trata acerca de las excepciones a la restitución en los siguientes términos: *"... La autoridad judicial o administrativa podrá a si mismo negarse a otorgar la restitución si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones"*

Esto no construye más que un corolario de lo señalado anteriormente en la Convención Internacional de los Derechos del Niño en cuanto a su derecho a ser oído. La escucha de un menor es siempre procedente, aun en aquellas situaciones en las que la ley ha señalado previamente que se consideran perjudiciales para el menor. Por ejemplo cuando se ordena privar a uno de los padres del ejercicio de la tuición por maltrato, abandono o cualquier otro daño que atente en su contra. Debemos señalar que la apreciación del juez no puede desprenderse de su pura discrecionalidad, ya que muchas veces la opinión de estos menores se encontrará influenciada por las presiones de alguno de sus padres, sean estas amenazas de castigos o premios para declarar tal o cual cosa. El Artículo 13 párrafo quinto, señala que las autoridades judiciales o administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporciona la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor a los efectos de observar la existencia o no de riesgo grave a que la restitución exponga al menor

Derecho de identidad

¹⁷ ORLANDINI, OLGA E. Conclusiones de Comisión N° 2 "El niño como sujeto de derecho: El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas." X Congreso Internacional de Derecho de Familia y los nuevos Paradigmas, Mendoza, República Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Talleres Gráficos de la Dirección de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, pag 270 - 277

En la Convención Internacional de los derechos del niño el derecho a la identidad se traduce en el derecho de toda persona a preservar, mediante adecuada tutela jurídica, los clásicos atributos de la personalidad como son el nombre, la nacionalidad y vínculos familiares¹⁸. La Convención señala en el Artículo 7.1 “El derecho niño, en la medida de lo posible a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos.” El Estado se compromete a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad y las relaciones familiares sin injerencias ilícitas (Artículo 8.1) y también a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo que esta separación fuese indispensable para proteger el interés superior del menor (Artículo 9.1). La directiva básica tiene por finalidad proteger a los niños de toda injerencia que pueda conducir a sustraerlos ilegítimamente de su familia o de otro modo alterar su identidad filiatoria.

En la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores este derecho a la identidad de los niños también está consagrado, pero no en un artículo definido sino que se puede inferir de su articulado en general

Según el profesor Eduardo Zannoni¹⁹ la identidad filiatoria puede ser captada en dos fases: a. Desde un punto de vista estático estaría constituida por el dato biológico de la procreación.

b. Desde el punto de vista dinámico la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternos-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares.

Esto consiste en que la identidad de los niños se forma con la interacción de las culturas de los padres que en ocasiones pueden ser de distinto origen. En el estudio de los casos de sustracción de menores se aprecia que la mayor parte de estos eventos se genera de padres con distinta nacionalidad y cuya residencia habitual es distinta a su país de origen. Específicamente en la mayoría de los casos de sustracción internacional de menores que son traídos a Chile los realizan madres de nacionalidad chilena, casadas con extranjeros y cuya residencia habitual previa a la sustracción era otro país.

PAISES SUSCRIPTORES DE LA CONVENCION DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES

Países con los cuales Chile mantiene vigente, desde la fecha indicada, el Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores:

¹⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS, “Derecho a la identidad personal”. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p115, N°12

¹⁹ ZANNONI EDUARDO , “Derecho de Familia”, 3° Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998. Tomo II, página 1224

"CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES"

Estados Unidos de América	1 Julio 1994
Países Bajos	1 Julio 1994
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	1 Julio 1994
Luxemburgo	1 Agosto 1994
Finlandia	1 Agosto 1994
Suiza	1 Octubre 1994
Australia	1 Noviembre 1994
Irlanda	1 Diciembre 1994
Suecia	1 Enero 1995
Panamá	1 Marzo 1995
Argentina	1 Mayo 1995
Alemania	1 Junio 1995
Canadá	1 Agosto 1995
España	1 Septiembre 1995
Nueva Zelanda	1 Noviembre 1995
México	1 Diciembre 1995
Israel	1 Enero 1996
Francia	1 Febrero 1996
Chipre	1 Mayo 1996
Eslovenia	1 Mayo 1996
St. Kitts y Nevis	1 Mayo 1996
Zimbawe	1 Mayo 1996
Italia	1 Agosto 1996
Hungría	1 Abril 1997
Colombia	1 Junio 1997
Islandia	1 Junio 1997
Venezuela	1 Septiembre 1997
Grecia	1 Octubre 1997
Polonia	1 Marzo 1998
República Checa	1 Agosto 1998
Noruega	1 Octubre 1998
Sud África	1 Junio 1999
Georgia	1 Junio 1999
Turkmenistán	1 Junio 1999
Bielorrusia	1 Junio 1999
Moldova	1 Junio 1999
Paraguay	1 Junio 1999
Costa Rica	1 Junio 1999
Brasil	1 Abril 2000
Malta	1 Abril 2000
Uruguay	1 Mayo 2000
Uzbekistán	1 Octubre 2000
Eslovaquia	1 Febrero 2001
El Salvador	1 Noviembre 2001
Portugal	1 Enero 2002
Austria	1 Marzo 2002
Estonia	1 Diciembre 2002
Perú	1 Diciembre 2002
Trinidad y Tobago	1 Diciembre 2002
Dinamarca	1 Junio 2003
China, Macao Región Administrativa especial	1 Septiembre 2003
Serbia y Montenegro	1 Noviembre 2003
Guatemala	1 Agosto 2004
Latvia	1 Agosto 2004
Lituania	1 Agosto 2004
Tailandia	1 Agosto 2004
Sri Lanka	1 Agosto 2004

CAPÍTULO SEGUNDO Auto Acordado sobre procedimientos aplicables a la Convención de La Haya relativo a los efectos Civiles de la sustracción internacional de menores

En Chile nuestra Corte Suprema de Justicia establece el procedimiento aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos Civiles de la sustracción internacional de menores, mediante un Auto Acordado publicado en el Diario Oficial del tres de noviembre de 1998, el cual fue modificado posteriormente en el Diario Oficial del diecisiete de mayo del 2002.

2.1 Competencia

Como consecuencia de la entrada en vigencia de la Nueva Ley N° 19.968 de los Tribunales de Familia de fecha 30 de agosto de 2004, serán competente para conocer de la solicitud respectiva el Tribunal de Familia correspondiente.

2.2 Procedimiento

Ingresada la solicitud el Tribunal deberá emitir las órdenes necesarias a las distintas instituciones del país para la localización del menor en el territorio chileno, sin que se exija solemnidad alguna como no sea el que se acompañe a la misma los requisitos señalados en el artículo 8° de la Convención aludida. Es decir, los datos del menor afectado, la persona que lo solicita y la persona de que se sospecha tiene ilícitamente al menor.

Apenas ingresada la solicitud, deberá decretarse de inmediato la orden de arraigo del menor. La solicitud deberá ser proveída dentro del plazo de veinticuatro horas siguientes a su interposición, fijándose un comparendo para dentro de quinto día entre la persona que ha trasladado o retenido ilícitamente al menor y el solicitante con su abogado, plazo que deberá contarse desde la última notificación. El menor deberá también ser oído en la misma audiencia. La audiencia respectiva sólo tendrá por objeto establecer si el menor se encuentra en el país y si concurren algunas de las causales de oposición a la entrega autorizada por la Convención.

La prueba, si fuere necesaria, deberá rendirse en la misma audiencia, sin perjuicio de la facultad del Tribunal para decretar medidas para mejor resolver, dentro del plazo que

tiene para dictar sentencia, las que deberán evacuarse dentro del plazo de quince días, al cabo del cual las no cumplidas se tendrán por no decretadas. La prueba se apreciará en conciencia. Las medidas para mejor resolver se decretarán para verificar si se configuran las circunstancias de oposición previstas en los artículos 12 y 13 de la Convención, que facultan a la autoridad judicial para no ordenar el regreso del menor, y si este se encuentre en el país

El Juez de la causa no estará obligado a ordenar el regreso del menor en los casos siguientes:

a) Cuando la persona, la institución o el organismo que estaba encargado del cuidado del menor no ejercía el derecho de tuición en el momento del traslado o retención o había consentido o accedido posteriormente a dicho traslado o retención;

b) Cuando existe grave riesgo, y

c) Cuando se compruebe que el propio menor se opone a su regreso y ha llegado a una edad y grado de madurez en que su opinión debe tenerse en cuenta

El Tribunal que resuelva esta petición deberá tener en cuenta el respeto efectivo de los derechos de tuición y de relación directa y regular existentes en el Estado requirente

La resolución que cite a comparendo se notificará por Carabineros de Chile, Receptor Judicial o por Receptor ad hoc que el Juzgado designará en su caso y si el notificado no fuere habido, bastará que el Ministro de fe certifique que se trata de su morada para notificarlo conforme el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de establecer que éste se encuentra en el lugar del juicio. Si no pudiera realizarse la notificación en esa forma, la resolución se notificará al Defensor Público quien deberá asumir la representación del ausente

2.3 Sentencia y Recursos

La sentencia definitiva deberá dictarse dentro del plazo de cinco días, contados desde la terminación del comparendo o del cumplimiento o caducidad de las medidas para mejor resolver.

La sentencia definitiva solo será impugnada a través de l recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación respectiva. Este recurso deberá conocerse en cuenta por el tribunal de alzada, dentro del plazo de cinco días contados desde que ingresen los autos en la secretaría y sin esperar la comparencia de las partes.

Las demás resoluciones que se dicten durante la substanciación del procedimiento, no serán susceptibles de recurso alguno.

CAPÍTULO TERCERO La Tuición en la legislación Chilena

CONCEPTO DE TUICIÓN

Por tuición o cuidado personal de los hijos debemos entender el derecho de los padres de tener a sus hijos “en su compañía”²⁰. Doctrinariamente se la denomina deber de convivencia o unidad de domicilio. No se debe confundir la tuición con el deber de cuidado personal de la crianza, que constituye un deber general.

Esta materia se encuentra reglamentada por los artículos N° 225 a 228 del Código Civil, los que tratan conjuntamente de la tuición de los hijos, ya sea filiación matrimonial como no matrimonial determinada, considerando como criterio diferenciador el hecho de que si los padres viven juntos o separados.

DETERMINACIÓN DE LA TUICIÓN

Tuición o cuidado personal de los hijos cuando los progenitores viven juntos

Ya se trate de filiación matrimonial o de filiación no matrimonial determinada, constituye una norma de sentido común, que la tuición le corresponda a ambos progenitores (artículo 224 del Código Civil).

Tuición o cuidado personal de los hijos cuando los progenitores viven separados

El artículo 225 del Código Civil contempla normas sobre atribución de la tuición, partiendo del supuesto que los padres vivan separados.

Atribución Legal

Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos (Artículo 225 inciso primero).

Esta atribución legal del cuidado personal de los hijos, tiene lugar a falta de acuerdo en contrario.

Atribución convencional o pacto de tuición

²⁰ SCHMIDT C., VELOSO P., “La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia”, Lexis Nexos, 2001, p 273

Permite a los padres resolver entre ellos, sin recurrir al tribunal, el problema de la tuición de los hijos. Los progenitores que viven separados pueden, de común acuerdo, convenir que el cuidado personal o tuición de uno o más hijos corresponda al padre, alterando de esta forma la atribución legal, según lo prescribe el 225 inciso segundo. La Nueva Ley de Matrimonio Civil incorpora los acuerdos reguladores entre los padres quienes pueden determinar con quien se quedan los hijos, el ejercicio de la patria potestad, régimen comunicacional y los alimentos.

Características de este pacto

Es solemne. Debe constar por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil

Si se omite alguna de estas solemnidades objetivas, la sanción será la nulidad absoluta ya que se habrá omitido un requisito o formalidad exigido por la ley para el valor del convenio en consideración a su naturaleza (Artículos 1681 y 1682 inciso primero del Código Civil).

Este instrumento debe sub inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo en el Registro Civil dentro de los treinta días siguientes de su otorgamiento; pues conforma lo dispuesto en el inciso final del inciso 225 del Código Civil mientras una sub inscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a tercero. Se trata de una inoponibilidad de forma, por falta de requisitos de publicidad. Esta sub inscripción constituye además una formalidad exigida por vía de prueba, según resulta de aplicar los artículos 6 número 4 y artículo número 8 de la ley del Registro Civil.

Es revocable. Revocación que está sujeta a las mismas formalidades que el convenio que modifica (artículo 225 inciso segundo y cuarto).

Deben hacerlo ambas partes de común acuerdo. Es importante consignar que esta solución prescinde absolutamente del derecho del niño a ser oído, en razón de su edad y madurez, norma consagrada en el Artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de rango constitucional e imperativo. En consecuencia debió adoptarse una atribución convencional refrendada por el juez en la cual sean oídos el padre, madre y el o los hijos teniendo siempre presente la garantía del interés superior de los niños²¹.

Atribución judicial

Tanto en el supuesto de atribución legal como en el de atribución convencional de la tuición, el juez puede entregar el cuidado personal de los hijos al otro progenitor, cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Cuando el padre o madre en quien se ha radicado la tuición de los hijos, los maltraten
- b. Cuando el padre o madre en su caso descuide a los hijos
- c. Cuando respecto de cualquiera de ellos, concorra otra causa calificada
- d. Cuando el padre o madre hubiere abandonado al hijoe. Cuando a cualquiera de ellos afecte una inhabilidad física o moral.

Las causales previstas en los artículos 225 inciso tercero y 238 quedan englobadas dentro de la causal genérica inhabilidad física o moral.

Límites en materia de atribución judicial

²¹ SCHMIDT C., VELOSO P., "La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia", *Ob. cit.* en nota 20, p 277

Si bien la ley ha establecido causales específicas por las cuales el juez puede alterar la atribución legal o convencional de la tuición, ha agregado una causal genérica “una causa calificada”, lo que le permite emitir su fallo de acuerdo a la sana crítica.

Sin embargo, como lo establece el artículo 225 inciso 3° del Código Civil, no podrá confiar la tuición al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. En todo caso deberá siempre resolver el interés del hijo para lo cual deberá tomar en cuenta sus opiniones en función de su edad o madurez (artículo 242 inciso 3° Código Civil)

Inhabilidad de los padres

En artículo 226 del Código Civil se establece que el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o persona competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes. Por otra parte, el abandono del hijo es una causal genérica de inhabilidad para reclamar derechos derivados de la Autoridad Paterna (artículo 238 del Código Civil)

La enumeración enunciativa de las causales de inhabilidad la encontramos en el artículo 42 de la Ley de Menores que dice: *“Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2° Cuando padecieran de alcoholismo crónico; 3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”* **Competencia y procedimiento**

En las materias relativas a la atribución judicial de la tuición, serán competentes los tribunales con competencia en materia de familia del domicilio del demandado.

El juez sustanciará la causa conforme al procedimiento que para tal efecto señale la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia

En conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, 227 y 242 del Código Civil, el juez debe escuchar al hijo en función de su edad y madurez, atendiendo siempre como consideración primordial a su mejor interés. Constituye este un trámite esencial, cuya omisión debe ser sancionada con la nulidad procesal. El juez debe escuchar a los parientes, esto es, a las personas designadas en el artículo 42 del Código Civil. La audiencia de los parientes constituye un trámite esencial. Además el juez puede requerir informes a los médicos, psicólogos u otros que estime necesarios.

La resolución debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de un plazo de treinta días desde que queda a firme. Esta formalidad está exigida por vía de publicidad. La falta de la subinscripción de la resolución trae consigo como sanción la inoponibilidad de la misma ante terceros (artículo 225 inciso final), constituyendo finalmente una formalidad por vía de prueba por aplicación de los artículos 6 N° 5 y N° 8 de la Ley sobre Registro Civil. **SALIDA DE MENORES DEL PAÍS**

El artículo 49 de la Ley de Menores dispone:

“La salida de menores desde Chile deberá sujetarse a las normas que en este artículo se señala sin perjuicio de lo que dispone la ley N° 18.703.

Si la tuición del hijo no ha sido confiada por el juez a alguno de sus padres ni a un tercero, el hijo no podrá salir sin la autorización de ambos padres, o de aquel que lo hubiera reconocido en su caso.

Si el juez le ha confiado la tuición a uno de los padres o a un tercero, el hijo no podrá salir sino con la autorización de aquel a quien se hubiere confiado o de aquel que lo hubiere reconocido en su caso."

El permiso a que se refieren los incisos anteriores deberá prestarse por escritura pública o por escritura privada autorizada por un notario público. Dicho permiso no será necesario si el menor sale del país en compañía de la persona o las personas que deben prestarlo.

En caso de que no pudiera otorgarse o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que en virtud de este artículo debe prestarla, podrá ser otorgada por el juez de letras de menores del lugar en que tenga su residencia el menor. El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el beneficio que le pudiera reportar y señalará el tiempo por el que se concede la autorización.

RÉGIMEN COMUNICACIONAL

La expresión "Derecho de Visita", que se utilizaba anteriormente en el artículo 227 del Código Civil ha quedado definitivamente erradicada de nuestra legislación con la Ley N° 19.711 publicada en el Diario N° 36.865 Oficial del 18 de enero 2001 que regula el régimen comunicacional de los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres.

Concepto

El derecho a la relación directa y regular entre padres e hijos se encuentra regulado en el artículo N° 229 del Código Civil, que textualmente señala:

"El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con el una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente."

Esta norma encuentra su fuente directa en la Convención de los Derechos del Niño, la cual imperativamente prescribe en el párrafo 2° del artículo décimo:

"El niño, cuyos padres residan en Estados diferentes, tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores."

También el artículo 48 de La Ley de Menores dispone que *"Cada vez que se confiare un menor a alguno de los padres o a un tercero, deberá establecerse en la resolución respectiva, la obligación de admitir que sea visitado por quien carece de la tuición, determinándose la forma en que se ejercerá este derecho."* La misma disposición establece que el juez podrá establecer un sistema que beneficie a otros familiares distintos a los padres.

Determinación

Convenciona

De la lectura del artículo 229 del Código Civil se colige que son los padres los que primero deben ponerse de acuerdo en la forma en que se ejercerá este derecho de ver.

Judicial

Si el acuerdo entre las partes no se produjere, entonces deberán recurrir al juez, quien determinará la frecuencia y la libertad con que el padre o la madre que no tenga al cuidado personal del hijo ejecutará este derecho y deber.

Siempre el juez deberá velar por el interés superior del menor, y para ello deberá escuchar sus opiniones en función de su edad y madurez (artículos 229 y 242 inciso segundo del Código Civil)

El juez suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará fundadamente (artículo 229 inciso segundo del Código Civil)

Aspectos procesales

Los aspectos procesales son competencia de los nuevos Tribunales de Familia, que han sido creados por la Ley N° 19.968, publicada el 30 de agosto de 2004. Esta ley establece una judicatura especializada en temas de familia cuya competencia abarca asuntos relacionados como el matrimonio, la filiación, derecho de alimentos, derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos, el ejercicio suspensión o pérdida de la patria potestad, todos los asuntos en que aparezcan niños o niñas o adolescentes gravemente vulnerados en sus derechos, respecto de los cuales se requiere adoptar una medida de protección, autorización para salir del país, y toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia.

El procedimiento se sustanciará conforme a las reglas del juicio ordinario que señala dicha ley

El procedimiento comenzará con la presentación de la demanda, que podrá ser oral o escrita. La demanda deberá contener la individualización de la persona que la presenta y de aquella contra la cual se dirige, y una exposición clara de las peticiones y de los hechos en que se funda. Así mismo podrán acompañarse los documentos que digan relación con la causa.

Se cita a una audiencia preparatoria que tiene por objeto ratificar la demanda, contestarla en forma oral, decretar las medidas cautelares que procedan de oficio o a petición de partes, promover a iniciativa del tribunal o a petición de partes la sujeción del conflicto a la mediación familiar a que se refiere el Título V, suspendiéndose el procedimiento judicial en caso de que se de lugar a esta. Promover por parte del tribunal la conciliación total o parcial, determinar el objeto del juicio, fijar los hechos de prueba, determinar las pruebas que deben rendirse, recibir la prueba que sea posible rendir en ese momento, fijar la fecha de al audiencia del juicio, la que deberá llevarse a efecto en un plazo no superior a treinta días de realizada la preparatoria. Las partes se entenderán citadas a la audiencia del juicio por el solo ministerio de la ley.

Al término de esta audiencia preparatoria y no habiéndose producido una solución alternativa del conflicto, el juez dictará una resolución que contendrá la siguientes menciones:

1. La o las demandas que deban ser conocidas en el juicio
2. Los hechos que se dieren por acreditados
3. Las pruebas que deberán rendirse en el juicio
4. La individualización de quienes deberán ser citados a la audiencia respectiva

La audiencia del juicio se llevará a efecto en un solo acto, pudiendo prolongarse en cesiones sucesivas si fuera necesario, y tendrá por objetivo recibir la prueba. Podrá así mismo el juez ordenar, en el interés superior del niño, niña o adolescente, que éste u otro miembro del grupo familiar se ausente durante determinadas actuaciones. La prueba se rendirá de acuerdo al orden que fije las partes, comenzando por las del demandante. Al final se rendirá la prueba ordenada por el juez. Una vez concluido el debate, el juez comunicará de inmediato su resolución, indicando los fundamentos principales tomados en consideración para dictarla. El juez podrá diferir la redacción del fallo por un plazo de cinco días, ampliables en cinco días más por razones fundadas

Las resoluciones podrán ser impugnadas a través de los recursos y en la forma que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte incompatible con los principios de procedimientos establecidos por esta ley

CAPITULO CUARTO *Jurisprudencia chilena*

Análisis de fallos

En los casos a continuación presentados se ha resguardado la identidad de las personas involucradas, específicamente los de demandantes y demandados, manteniendo en reserva sus nombres. No así los miembros de las cortes involucradas. Lo anterior por expresa petición de la Oficina de Tramitación Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana, organismo que facilitó estos casos para el análisis dentro de este trabajo de título

Caso número 1

Causa: Rol N° 1214-2003

País requirente: Suecia

1° Instancia: Concede

Tribunal: 5° de Menores de Santiago.

Fecha: 06-08-2003

2° Instancia: Revoca

Corte: Apelaciones de Santiago.

Fecha: 12-09-2003

Recurso de Queja: Admisible

Rechaza

Tribunal: Corte Suprema Fecha: 04-11-2003

Resumen del caso:

El padre del menor, don -----, de nacionalidad chilena y residencia en Suecia, solicita la restitución inmediata del menor -----, nacido en Suecia, siendo éste también su país de residencia habitual. Importante es señalar que es hijo de filiación no matrimonial. La madre, de nacionalidad Sueca, traslada al menor a Chile por un período de tiempo originalmente comprendido entre el 28 de enero de 2003 y el 3 de marzo de 2003. La madre presentó a la escuela a la cual asistía el menor en Suecia, una solicitud de licencia pidiendo que el menor pudiera ausentarse durante dicho período de tiempo; esta licencia fue también firmada por el padre.

Una vez vencido el plazo del permiso solicitado, el niño no fue devuelto a su país de residencia habitual, siendo retenido en Chile por su madre. Esto motivó por parte de su padre la demanda por el inmediato retorno del menor.

"CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES"

En primera instancia se concede el recurso para la inmediata restitución del menor, en el Quinto Juzgado de Menores de Santiago. Posteriormente la madre apela de dicha resolución la cual es revocada con fecha doce de septiembre de dos mil tres por la Quinta Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de acuerdo como se indica a continuación:

“ Y teniendo, en su lugar y además, presente:

1°) Que la propia requirente en lo principal de su libelo de fojas 42 a 55 admite que los litigantes “son padres de filiación no matrimonial del menor -----” (fojas 45, primer párrafo), lo que concuerda con el aserto estampado a fojas 17 cuando en el punto 2.3, atinente al estado civil de los padres, se explica que son solteros.

2°) Que bajo este prisma conviene destacar que el artículo tercero, inciso primero del capítulo sexto del Código de Familia de Suecia, cuya traducción oficial corre a fojas 37 y 38, preceptúa que “el menor está, desde su nacimiento, bajo la patria potestad de ambos progenitores en caso de que estos estén casados entre si, y, en otro caso bajo la patria potestad de la madre sola”. Y en esa hipótesis, como se dijo, se haya la madre del menor -----, de suerte que no necesita del consentimiento del padre no matrimonial, aunque este haya reconocido a su hijo, más aún si se repara que esta facultad era ejercida de manera exclusiva por la madre desde el nacimiento del niño, dado que este ha vivido siempre e ininterrumpidamente junto a ella, siendo visitado esporádicamente por su padre, según se señala en el comparendo de fojas 73, lo indica el propio menor a fojas 75, en el informe social de fojas 86 a 88 (primer apartado de fojas 87) y en el informe de psiquiatría infantil de fojas 89 a 93 (penúltimo segmento de fojas 89).

3°) Que, a mayor abundamiento, es útil recordar que el artículo 13 de la Convención sobre los aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños establece como excepción al artículo 3° del mismo Estatuto, con arreglo al cual se ha requerido la restitución inmediata del menor a Suecia, país de su residencia habitual, cuando: a) la persona, la institución o el organismo que estaba encargado del cuidado del niño no ejercía realmente el derecho de tuición en el momento del traslado o la retención, o había consentido o accedido posteriormente a dicho traslado o retención, y b) si existe un grave riesgo de que el regreso del niño lo exponga a un peligro físico o psicológico o de otro modo lo ponga en una situación intolerable.

4°) Que justamente se dejó sentado en el fundamento 2°) de esta resolución que la patria potestad es ejercitada exclusivamente por la madre desde el nacimiento del niño, dado que este ha vivido siempre e ininterrumpidamente junto a ella, siendo visitado esporádicamente por su padre, por lo que cae de lleno en la primera de las excepciones recién anotadas. Y todavía el informe social de fojas 86 a 88 añade “respecto de la situación social actual del menor” que se encuentra en buenas condiciones materiales y afectivas junto a su madre que ha ejercido su rol en forma responsable en lo relativo al cuidado y protección de su hijo, el cual revela estabilidad en el medio en que vive, con una red familiar de apoyo constituida por el grupo parental materno, ha desarrollado una buena inserción escolar y cuenta con amigos entre sus pares y siempre ha vivido con su madre por lo que el regreso junto a su padre lo expone al riesgo de una situación intolerable para él.

5°) Que tampoco debe perderse de vista que el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño publicada en el Diario Oficial de veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa, dispone que en todas las medidas que se adopten por los órganos del Estado deberá observarse primordial consideración a lo que será el interés superior del niño y se comprometen a asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para

su bienestar, teniendo en cuenta los deberes y derechos de sus padres y con tal fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Por estas consideraciones se revoca la sentencia apelada de seis de agosto recién pasado, que se lee de fojas 98 a 106 y, en cambio, se declara que no se hace lugar a la restitución inmediata del menor ----- a Suecia, país de su residencia habitual, solicitada de fojas 42 a 55 por la Directora General de la Corporación de Asistencia Judicial, abogado doña María Eugenia Jaña Saavedra, en representación del Estado de Chile y del padre del niño.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Rodríguez, quien fue de opinión de confirmar sin modificaciones el fallo en revisión, en atención a sus propios fundamentos y asimismo tuvo presente:

A) Que como se asevera en la resolución impugnada, el menor nació y siempre vivió en Suecia hasta el momento de su retención de hecho en Chile, por lo que aquel país es el lugar de residencia habitual y que, no obstante tener la calidad de hijo no matrimonial la patria potestad es compartida entre ambos padres, según consta en fojas 18 y 25 y entonces ellos deben ponerse de acuerdo en los asuntos relativos a la situación personal del niño, como por ejemplo las cuestiones sobre cómo, dónde y con quién va a vivir, conforme los prescribe el inciso final del citado artículo tercero del capítulo sexto del Código de Familia de Suecia, cuya traducción oficial obra de fojas 37 y 38.

B) Que por otra parte, de lo expuesto a fojas 19 se desprende que existe un juicio pendiente ante los tribunales de Suecia acerca de la patria potestad del menor y a estos le compete decidir la cuestión, de modo que no parece conveniente sustraer al niño de su jurisdicción, al menos mientras no se dilucide definitivamente la controversia.

C) Que, tanto de la entrevista al niño que corre a fojas 75 como del informe de psiquiatría infantil de fojas 89 a 93 y del psicológico de fojas 94 a 96, surge que se haya afectado por el alejamiento de su país natal y de su padre, como también de sus amistades en ese país, lo que excluye, en el evento de su regreso, el riesgo de una situación intolerable para él.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del ministro señor Rodríguez. Rol N° 5516-2003

Pronunciada por la Quinta Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los ministros señor Jaime Rodríguez Espoz, señor Hugo Dolmestch Urra y Abogado Integrante señor Domingo Hernández Emparanza.”

Posteriormente, el demandante, a través de la Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana, con fecha diecisiete de septiembre del 2003, viene en recurrir de queja en contra de los ministros arriba citados por cometer estos faltas o abusos la dictación de la sentencia de fecha doce de septiembre de dos mil tres, cuto fallo se dicta el cuatro de noviembre de 2003 de acuerdo con lo abajo expuesto:

Fallo del recurso de queja.

“Corte Suprema

Recurso: 3937/2003 – Resolución: 19206

Santiago, cuatro de noviembre de dos mil tres.

Vistos y teniendo presente: atendido el mérito de los antecedentes, del expediente tenido a la vista y lo informado por los jueces recurridos, de los cuales se desprende que los

sentenciadores no han incurrido en falta o abuso grave y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales se rechaza el recurso de queja de lo principal de fojas 1. Rgístrese, comuníquese devuelvanse sus agregados y archívense.

N° 3937-03.

Pronunciada por la Cuarta Sala de La Corte Suprema integrada por los Ministros señores Marcos Libedinsky T., José Benquis C., Orlando Alvarez H., Urbano Marín V., y Jorge Medina C.

Santiago, 4 de noviembre de 2003.

Autoriza la secretaria subrogante de la Corte Suprema, señora Marcela Paz Urrutia Cornejo."

Caso número 2

Causa: Rol N° 1770-03

País requirente: USA1° Instancia: Concede

Tribunal: 8° Menores de Santiago.

Fecha: 29-11-20032° Instancia: Revoca

Corte: Apelaciones de Santiago.

Fecha: 1-04-2004Recurso de Queja: Admisible

Rechaza

Tribunal: Corte Suprema

Fecha: 17-05-2004

Resumen del caso:

El día 28 de agosto de 2003 la Sra..... de nacionalidad Chilena, casada con el demandante Sr.de nacionalidad estadounidense, trasladó desde USA, con salvo conductos obtenidos en el consulado Chileno de Nueva York, a los dos hijos menores de edad del matrimonio y cuya residencia habitual se encuentra en Estados Unidos, arribando a Chile, el día 29 de agosto del 2003

Y reteniéndolos en nuestro país hasta la fecha.

El Juez del Octavo Juzgado de Menores de Stgo., en 1era. Instancia, con fecha 29 de Noviembre del 2003, resolvió ordenar la restitución inmediata de ambos niños a su lugar de residencia habitual, esto es, en el estado de Nueva York, Estados Unidos; conforme a lo dispuesto en la Convención de la Haya de Octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

La parte demandada (madre) apeló de la referida sentencia de primera instancia el 11 de Diciembre de 2003, y se le admitió a tramitación elevándose los autos a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago; y cuya Cuarta Sala falló el recurso de apelación el 1° de Abril de 2004 revocando la sentencia de primera instancia fundándose en el principio del interés superior del niño, por el cual se concluye que es más favorable a los menores que se mantengan con su madre en Chile, de acuerdo a los siguientes términos:

" Y se tiene en su lugar y además presente:

1°) Que los elementos allegados al proceso, apreciados como es permitido en este tipo de asuntos, no permiten tener por establecido de manera indubitada que la tuición de los menores de que se trata, al momento de ser traídos a Chile por su madre, fuera ejercida por ambos padres en la etapa anterior a tal evento.

2°) Que del mérito de autos tampoco fluye, de manera categórica, que lo obrado por la madre, al traer sus hijos a Chile, lo haya sido con contravención a lo ordenado por los órganos jurisdiccionales del país donde han venido, en los diversos aspectos alegados por la parte solicitante o demandante; pues las diferentes resoluciones de aquellos órganos fueron dictadas o notificadas con posterioridad al traslado referido, el cual operó en la práctica sin que fuera obstáculo para ello, en un país de elevado nivel de desarrollo, la existencia de tales resoluciones o actuaciones.

3°) Que, en las condiciones dichas, no es posible concluir que el traslado de los menores y su permanencia en Chile sean ilícitos o se hayan realizado contraviniendo las normas de la Convención sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, invocada por la representación del autor.

4°) Que, por otra parte, cabe considerar que si bien el informe social de fs. 110 y siguiente de autos, no refiere situaciones de violencia física ni psicológica del actor hacia sus hijos, sí da cuenta de disputas conyugales que tendrían su origen en la distinta religión que profesan actor y demandada y la educación que al respecto desean para sus hijos; y que el informe psicológico de fs. 124 y siguientes infiere de los dibujos del niño, del relato de éste y del de su madre que los niños fueron víctima de violencia intrafamiliar por parte de su padre, aunque ambos niños lo ven como "bueno" y que la niña refiere que su hermano le pega en el jardín. Los profesionales informantes, en ambos casos, recomiendan que los menores continúen viviendo con su madre en Chile, pues sus condiciones actuales de vida así como su entorno familiar y social les son más favorables, a lo que se suma lo expresado en el primero de esos antecedentes en cuanto a que el padre no habría hecho intentos por acercarse a sus hijos.

5°) Qué, atendido lo dicho, para decidir el asunto sometido a su conocimiento, esta Corte debe tener especialmente presente el principio que, como consideración primordial, establece en su artículo 3° la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile, esto es, el interés superior del niño, principio que se aprecia recogido en el ordenamiento nacional y es de invocación frecuente en la jurisprudencia; y en virtud de tal elemento determinante, contrastado con el mérito de autos -apreciado como se ha dicho, conforme se autoriza en este tipo de negocios-, se concluye que es más favorable a los menores de que se trata la mantención de su estado actual.

Por estos fundamentos, se revoca dicha sentencia, que es de veintinueve de noviembre último, y está escrita a fs. 134, en cuanto hace lugar a la solicitud de lo principal de fs. 34 y regula la forma de su cumplimiento, y se declara, en cambio, que se deniega esa solicitud, sin costas, por haber existido motivos plausibles para litigar.

Regístrese y devuélvase con los documentos de custodia.

N° 8.591-2003

Pronunciada por los Ministros de la Cuarta Sala de esta Corte, señor Sergio Valenzuela Patiño, señor Lamberto Cisternas Rocha y Abogado Integrante señor Luís Orlandini Molina.”

En la dictación de la referida sentencia revocatoria emanada de los miembros de la Cuarta Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, según la parte demandante,

en este caso, el padre de los menores, se habrían cometido faltas y abusos graves al no considerar los antecedentes aportados a la causa lo cual perjudica seriamente los intereses de esta parte; lo que se pretende subsanar a través de un recurso de queja.

Este recurso de queja, luego de ser declarado admisible por la Ilustrísima Corte Suprema, es rechazado fundándose en la letra b del artículo 13 de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, que establece que la autoridad judicial del Estado requerido no está obligada a ordenar el regreso de los niños si se establece que existe un grave riesgo de que el retorno lo exponga a un peligro físico o psicológico, en los siguientes términos:

Fallo del recurso de queja.

"Corte Suprema

Recurso: 1231/2004 – Resolución: 8057

US; Santiago, diecisiete de mayo del dos mil cuatro.

Vistos y teniendo únicamente presente:

Primero; Que estos antecedentes inciden en los autos rol N°1.770-2003, que se tramitan ante El Octavo Juzgado de Menores de esta ciudad, caratulados"-----", sobre entrega inmediata de los menores conforme a la "Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños", suscrita en la Haya el 25 de Octubre de 1980.

SEGUNDO: Que a fojas 116, se hizo parte la Directora General de la Corporación de Asistencia Judicial, doña María Eugenia Jaña Saavedra, en representación del Estado de Chile, como autoridad competente en estas materias y a requerimiento de la Autoridad Central de Estados Unidos.

TERCERO Que del examen del expediente traído a la vista, singularizado en el razonamiento primero de esta resolución, consta que doña-----, madre de los menores -X- e -Y-, ambos de apellidos -----, nacidos el --- de septiembre de 1999 y el -- de febrero del 2001, respectivamente, se ha opuesto a la petición del padre de éstos, don-----, quién solicitó directamente en este país la aplicación de la Convención y, en consecuencia, el regreso inmediato de los menores, junto a él, a su domicilio habitual en la ciudad de Nueva York de los Estados Unidos de América.

CUARTO: Que si bien en la especie, en apariencia, se dan las condiciones para que pueda aplicarse al respecto la convención referida, ya que podría estimarse que, de acuerdo con lo que previene en su artículo 3° letra b), el hecho sub-lite se encontraría tipificado como "un traslado o retención de un menor considerado ilícito" lo cierto es que no corresponde hacer una aplicación automática e irreflexiva de dicha normativa.

En efecto, de acuerdo con lo que dispone el literal b) del artículo 13 de la aludida convención, la autoridad judicial del Estado requerido no está obligada a ordenar el regreso del niño si se establece que existe un grave riesgo de que el retorno lo exponga a un peligro físico o psicológico.

QUINTO: Que la convención mencionada ha sido adoptada -como se lee en el exordio- velando por los intereses de los niños los que considera de importancia primordial. Por consiguiente, no procede considerar como cosa esencial los intereses de los padres o entidades que disputan su tuición.

SEXTO: Que entre los antecedentes que obran en el expediente, que justifican la oposición materna, es del caso tener presente los siguientes:

el informe social que rola a fojas 110, en que la profesional informante indica que en su opinión “ los niños deben permanecer bajo el cuidado de la madre en Chile junto a la familia materna, donde actualmente se encuentran protegidos, son el hogar que ofrece la madre, ambos son atendidos en todas sus necesidades, los niños se encuentran integrados al sistema preescolar y para el año próximo han inscrito al mayor en el colegio Nuestra Señora del Rosario, colegio de administración Municipal...” ,

que en la pericia de fojas 124, que emana del Servicio Nacional de Menores, la psicóloga informante infiere como resultado de los test que se les realizaron “que los niños fueron víctimas de violencia intrafamiliar por parte de su padre”, lo que viene de algún modo a corroborar las aseveraciones de la madre en el sentido de que huyó de su hogar en Estados Unidos porque su marido ejercía sobre ella y los menores violencia física o psicológica intrafamiliar.

Además, en dicho informe se sostiene que: “los niños se encuentran completamente adaptados a su medio chileno. Incluso hablan en forma comprensible el idioma español y manifiestan en forma explícita que Chile es bonito, frase que da cuenta que se sienten cómodos y aceptados en nuestro país”; “Se han integrado adecuadamente a su jardín infantil. La madre es una figura significativa en la vida y desarrollo emocional de cualquier niño, su relación de apego con ella es fundamental en el establecimiento de bases sanas para sus relaciones futuras.”; recomiendan que los niños -X- -Y-, permanezcan al cuidado personal de su madre.”

SÉPTIMO: Que de estos antecedentes los sentenciadores infieren que existe el grave riesgo a que se refiere la Convención sobre la materia, puesto que, además de la violencia intrafamiliar que se ha determinado, separar a estos niños del lazo materno y de su actual entorno emocional, social y cultural los expone a un daño psicológico y afectivo grave.

OCTAVO: Que consiguientemente y apreciando en conciencia los antecedentes que se han reunido en autos se concluye que los jueces recurridos no han cometido una falta o abuso grave en la decisión contenida en la sentencia impugnada de uno de abril del año en curso, que se lee a fojas 188, en la que desechan la petición de retorno de los menores, por cuyo motivo procede desestimar los recursos de queja que se han interpuesto en su contra.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, se rechazan, sin costas, los recursos de queja de lo principal de fojas 20 y 68, deducidos por la defensa de don----- y por la Corporación de Asistencia judicial, Autoridad Competente en representación del Estado de Chile.

Acordado con el voto en contra del Ministro don Urbano Marín Vallejo, quién estuvo por acoger el recurso, por estimar que los jueces recurridos cometieron falta o abuso grave al dictar la sentencia escrita a fojas 188, de uno se abril de dos mil cuatro, contraviniendo lo dispuesto en la letra b) del artículo 3° de la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, al exigir constancia fehaciente en autos acerca de la tuición exclusiva del recurrente sobre sus hijos, pese a que existiendo convivencia entre los cónyuges esa tuición corresponde naturalmente y de pleno derecho a ambos padres; así como al ignorar la notificación personal practicada con fecha 19 de agosto de 2003 a doña-----, de la resolución de la misma fecha del Tribunal de la Familia de Nueva York, según aparece del documento presentado en segunda instancia a fojas 180, todo lo cual lleva al disidente a concluir que debe acogerse el recurso e invalidarse la citada resolución.

A su vez, como quiera en estos autos no existen elementos de juicio suficientes para aplicar en la especie la disposición contenida en la letra del artículo del referido Tratado,

que autoriza al Estado requerido para abstenerse de entregar a los menores si hay "grave riesgo"- esto es, una "grande, de mucha entidad o importancia" "contingencia o proximidad de un daño," según el sentido natural y obvio de estos vocablos- de que puedan sufrir daño físico o psicológico, ya que al informe de fojas 100 del cuaderno de compulsas, no permite arribar a esa conclusión y se ha desestimado la indicación formulada por el disidente en orden a disponer, como medida para mejor resolver, el examen psiquiátrico del padre de los menores, recomendada en ese mismo informe, considera que procede dar cumplimiento a la resolución del Tribunal cuya trasccripción se encuentra a fojas 20 y que dispuso la restitución de los menores a su padre.

En el mismo sentido, el disidente no ha podido menos que tener presente que con arreglo a lo prescrito en el artículo del aludido Tratado Internacional, en el procedimiento de restitución de los menores no cabe pronunciarse sobre la tuición y otros asuntos distintos a la restitución de los menores y que, por otra parte, que ante los tribunales chilenos la madre de los menores solamente solicitó el arraigo de los menores en Chile sin realizar ninguna gestión conducente a reclamar su tuición.

Regístrese, comuníquese y devuélvase con sus agregados, previa inserción de copia autorizada de la presente resolución y, en su oportunidad, archívese.

Nº 1.231-04"

Caso número 3

Causa: Rol Nº 186-04

País requirente: USA

1º Instancia: Concede

Tribunal: 1º Letras de Talagante.

Fecha: 22-05-2004

2º Instancia: Revoca

Corte: Apelaciones de San Miguel.

Fecha: 17-06-2004

Recurso de Queja: Admisible

Rechaza

Tribunal: Corte Suprema Fecha: 30-07-2004

Resumen del caso:

El día 18 de Diciembre de 2003, la Sra.-----, de nacionalidad chilena, casada con el demandante, Sr.-----, estadounidense, trasladó desde los Estados Unidos de América, al hijo menor de edad del matrimonio, de nombre -----, de nacionalidad estadounidense y chilena, y cuya residencia habitual se encuentra en Estados Unidos, arribando a Chile el día 19 de Diciembre de 2003. Reteniéndolo en nuestro país hasta la fecha.

El juez del Primer Juzgado de Letras de Talagante, en primera instancia, con fecha 22 de Mayo de 2004, resolvió ordenar la restitución inmediata del niño a su lugar de residencia habitual, esto es, el Estado de Texas, Estados Unidos de América; conforme a lo dispuesto

en la Convención de la Haya del 25 de Octubre de 1980, sobre los aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

La parte demandada apeló de la referida sentencia de primera instancia el 2 de Junio del 2004, y se le admitió a tramitación elevándose los autos a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel; y cuya Cuarta Sala falló el recurso de apelación el 17 de Junio de 2004, revocando la sentencia de primera instancia fundándose en el principio del interés superior del niño, por el cual se concluye que es más favorable al menor que se mantenga con su madre en Chile, de acuerdo a los siguientes términos:

“Y se tiene en su lugar y además presente:

PRIMERO: Que los elementos agregados al proceso, apreciados en conciencia, permiten tener por establecido que la tuición del menor -----, al momento de ser traído a Chile por su madre, era ejercida por ambos padres en forma compartida desde el veintiocho de abril del año dos mil tres, según da cuenta la sentencia de divorcio agregada a fojas 58.

SEGUNDO: Que por otra parte en autos, no existen antecedentes suficientes, para afirmar que la actuación de la madre al traer a su hijo a Chile, haya contravenido lo dispuesto en el artículo tercero de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional del Niño, invocados por la representación del actor.

TERCERO: Que del mérito del expediente sobre medida de protección traído a la vista, en especial del informe de la Corporación Opción que rola a fojas 43, evacuado con fecha dos de junio del mes en curso, se desprende que el menor ----- presenta indicadores que señalarían la inconveniencia de que este permanezca junto a su padre. Así mismo, a fojas 10 el informe psicológico agregado al proceso da cuenta de las múltiples terapias a las que ha sido sometido el menor de autos con motivo de los supuestos abusos sexuales de que habría sido objeto por parte de su padre y abuelo paterno terapias que deben continuar-, situación que impiden a este Tribunal acceder a la solicitud de entrega inmediata.

CUARTO: Que atendido a lo razonado precedentemente, para decidir el asunto controvertido, esta corte debe considerar especialmente el principio establecido en el artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, vigente en Chile, esto es, el interés superior del niño, principio rector de la legislación de menores y de invocación frecuente en la jurisprudencia; razón por la cual se concluye que es más favorable para el menor ----- la mantención de su estado actual, esto es, junto a su madre en la ciudad de Talagante.

QUINTO: Que como lo ha resuelto la Excelentísima Corte Suprema en fallo de diecisiete de mayo de dos mil cuatro, la convención mencionada ha sido adoptada velando por los intereses de los niños los que considera de importancia primordial. Por consiguiente, no procede considerar como cosa esencial los intereses de los padres o entidades que tienen que velar por la crianza del menor. Por estos fundamentos, se revoca la sentencia apelada del veintidós de mayo del año en curso, escrita de fojas 532 a fojas 539, en cuanto hace lugar a la solicitud de entrega inmediata contenida en lo principal en la presentación de fojas 197 y en su lugar se declara que se niega tal solicitud, sin costas por haber existido motivo plausible para litigar. Lo anterior es sin perjuicio que el Señor Juez de la causa, en los autos rol Nº 43-2004, tenidos a la vista, ordenará efectuar los informes sociales y psicológicos que corresponda y que permitan otorgar la medida de protección que se encuentre más acorde con el interés superior del niño. Regístrese y devuélvase conjuntamente con el expediente tenido a la vista.

Nº 820-2004

"CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES"

Pronunciado por los Ministros señora Margarita Herreros Martínez, señora Inés Martínez Henríquez y el Abogado Integrante señor Fernando Iturra Astudillo. Autoriza señora Marta Sepúlveda Vilugrón, Secretaria Titular.

San Miguel, diecisiete de junio de dos mil cuatro, notifiqué por el estado diario la resolución precedente."

En la dictación de la referida sentencia revocatoria emanada de los miembros de la Cuarta Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, según la parte demandante, en este caso, el padre del menor, se habrían cometido faltas y abusos graves que perjudican seriamente sus intereses; lo que se pretende subsanar a través de un recurso de queja.

Este recurso de queja, luego de ser declarado admisible por la Ilustrísima Corte Suprema, es rechazado fundándose en la letra b del artículo 13 de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, que establece que la autoridad judicial del Estado requerido no está obligada a ordenar el regreso de los niños si se establece que existe un grave riesgo de que el retorno lo exponga a un peligro físico o psicológico, en los siguientes términos:

Fallo del recurso de queja.

"Corte Suprema

Recurso: 2594/2004 – Resolución: 13759

US; Santiago, treinta de julio de dos mil cuatro.

Vistos y teniendo presente:

PRIMERO: Que estos antecedentes inciden en los autos rol N °186-04 del Primer Juzgado de Letras de Talagante, caratulados "-----", sobre aplicación de la "Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños", suscrita en la Haya el 25 de Octubre de 1980.

SEGUNDO: Que del examen de los expedientes traídos a la vista, el individualizado en el razonamiento anterior y el correspondiente al rol N° 43-04, del mismo Tribunal, sobre medida de Protección del menor -----, consta que la Directora General de la Corporación de Asistencia Judicial, ha solicitado la restitución inmediata del aludido menor a su país de residencia habitual en Estados Unidos de Norteamérica y entregarlo a la representante legal nombrada por un juzgado de dicho país para el menor o a quién el tribunal designe, en virtud de que el padre del niño ostenta su tuición conjuntamente con la madre, quién viajo subrepticamente a Chile, reteniendo en este país al hijo de ambos. En dicho proceso se hizo parte el padre del menor, don ----- y a la solicitud se opuso la madre del niño, argumentando que en el expediente sobre medida de protección, iniciado con anterioridad a éste, se han decretado una serie de informes de los cuales se desprende que el menor, cuya restitución se pretende, ha sido víctima de abusos sexuales por parte de su padre y abuelo paterno, a lo que agrega que el país de residencia habitual del niño no ha sido Estados Unidos de Norteamérica, sino que forzosamente permaneció allí mientras se tramitaba el juicio de divorcio de los padres y se investigaban los referidos abusos sexuales.

TERCERO: Que si bien es cierto, que en este caso, puede estimarse que se presentan los presupuestos necesarios para hacer aplicable la Convención ya mencionada , pues de acuerdo con lo que previene en su artículo 3 letra b), el hecho sub-lite se encontraría tipificado como un "traslado o retención de un menor considerado ilícito", no es menos efectivo que para concluir de ese modo, se hace necesario atender al espíritu de la ley

reflejada en su normativa en general y que conduce a la protección del interés superior del niño, entendiéndolo como la finalidad última en el desarrollo de un menor, que permite su realización cabal como persona en un entorno y condiciones que propicien el mejor ejercicio de sus derechos, tanto esenciales o naturales, como aquellos que positivamente se le han ido reconociendo con el devenir de la civilización.

CUARTO: Que, es en ese orden de planteamientos que la Convención de que se trata, ha debido establecer la disposición del artículo 13 letra b), esto es, que la autoridad judicial del Estado requerido no está obligada a ordenar el regreso del niño si se establece que existe un grave riesgo de que el retorno lo exponga a un peligro físico o psicológico, de manera que, además, no procede considerar como cosa esencial los intereses de los padres o entidades que puedan disputarse su tuición.

QUINTO: Que entre los antecedentes que obran en los expedientes traídos a la vista y que justifican la oposición materna, es del caso tener presente los siguientes:

a) la declaración del propio menor, cuya acta se encuentra a fojas 226 del expediente rol N° 186-04 que en lo atinente indica "...Mi padre cuando estaba a solas conmigo me pegaba, no me hacía cariño y me hacía daño y fui abusado por él, ya que un día me metió a la piscina y me ahogaba junto a un amigo..."

b) el pre informe de la Corporación "Opción" de fojas 227, en el que se señala "conocidos los antecedentes por nuestro Centro se determina que existen evidencias suficientes para creer que el abuso sexual ocurrió, basado en la validación del relato, la sintomatología asociada y las conclusiones determinadas por los profesionales evaluadores..." El informe de la misma entidad de fojas 230, cuyas conclusiones, entre otras, son "el menor ----- ha experimentado vivencias de abuso sexual desde su padre biológico y su abuelo paterno. El niño se ha adaptado favorablemente a su nuevo contexto escolar, manifestando sentirse a gusto....." Y el de fojas 576 que dice: "A partir del proceso de evaluación realizado en este Centro, es posible acreditar el diagnóstico de abuso sexual ene. menor ----- por parte de su padre y de su abuelo, a través de indicadores directos e indirectos asociados a experiencia abusiva..."

c) La carta traducida, agregada a fojas 580, remitida por el Director de Departamento de Protección y Servicios Reglamentarios de Texas a don ----- (padre del menor), en la que se lee: "... Ha concluido una investigación y los resultados han sido revisados por un supervisor, sobre la base de la información recibida, se ha determinado que existen motivos para creer que esto efectivamente ocurrió...", aludiendo a los abusos sexuales en la persona del menor

d) el informe social traducido de fojas 594, del cual puede extraerse lo siguiente: "El paciente-refiriéndose al menor ----- mantuvo su confesión en forma sistemática frente a la asistente social que suscribe...", en la cual relataba las experiencias de abuso sexual vividas desde el padre y abuelo paterno, con quienes había compartido un período de vacaciones.

SEXTO: Que de estos antecedentes, apreciados en su conjunto, este tribunal infiere que en la especie existe el grave riesgo, -esto es, "grande, de mucha entidad o importancia" "contingencia o proximidad de un daño", según el sentido natural y obvio de estos vocablos- a que se refiere la Convención sobre la materia, puesto que restituir al menor a su lugar de residencia habitual en Estados Unidos de Norteamérica, importa exponerlo a un daño psicológico y físico grave, desde que se presenta una duda razonable en cuanto a la existencia del abuso sexual del que intenta protegerlo, sin perjuicio que la no restitución en ningún caso significa la separación definitiva y absoluta respecto del padre y, por

el contrario, acoger la solicitud de los recurrentes de queja, implica enfrentar al niño a situaciones por las cuales ha debido someterse a terapia, en las que sólo con la ayuda profesional y especializada, ha podido narrar dichas situaciones.

SÉPTIMO: Que, en tal virtud, apreciando en conciencia los antecedentes que se han reunido en los autos traídos a la vista y teniendo en consideración el informe de los jueces recurridos, se concluye que éstos no han cometido una falta o abuso grave en la decisión contenida en la sentencia impugnada de diecisiete de junio del año en curso, que se lee a fojas 691, complementada el dieciocho del mismo mes y año, según aparece de fojas 694, en la que desechan la petición de retorno del menor, por cuyo motivo procede desestimar los recursos de queja que se han interpuesto en su contra.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, se rechazan, sin costas, los recursos de queja de lo principal de fojas 7, y 42, deducidos por la Corporación de Asistencia Judicial, Autoridad Competente en representación del Estado de Chile y por don-----, en representación del padre del menor.

Se previene que los ministros Sres. Pérez y Medina para rechazar los recursos de queja N° 2594-04 y 2595-04 tuvieron presente, además, y mayor abundamiento las siguientes consideraciones:

1.- Que consta de los autos traídos a la vista que doña----- (madre del menor), de nacionalidad chilena, contrajo matrimonio con don ----- (padre del menor), de nacionalidad estadounidense, en Chile y que el hijo común nació en este país, por lo que de acuerdo a las normas constitucionales de la República, don ----- (menor aludido) es de nacionalidad chilena.

2.- Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil, "a las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.....2° En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos".

3.- Que, asimismo, consta de los autos que el Tribunal del Estado de Texas que resolvió el divorcio de ambos cónyuges entregó a la señora doña-----, la custodia principal y el control del niño, del menor -----, lo que para la ley chilena, en concepto de los previnientes, es sinónimo de tuición..

4.- Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, corresponde a la madre, en los casos de divorcio o separación "el cuidado personal" de sus hijos, y, con mayor razón si son menores, por lo cual ella, aunque se encontrara en el extranjero, tenía la tuición de su hijo menor.

5.- Que, en consecuencia, doña -----, detenta más de un título para poseer la tuición de su hijo menor, por lo que al viajar a Chile con él no infringió las reglas del artículo 3° de la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de niños.

Regístrese, comuníquese y devuélvase con sus agregados, previa inserción de copia autorizada de la presente resolución y, en su oportunidad, archívese

N° 2.594-04

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores José Benquis C., José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Medina C. Santiago treinta de junio de dos mil cuatro."

Análisis de estadísticas de casos de solicitudes de retorno presentadas a la Autoridad Central de Chile en el período comprendido entre los años 1999 y el 2003

Número de solicitudes de retorno

En el período comprendido entre los años 1999 y 2003 la Autoridad Central de Chile (Corporación de Asistencia Judicial) tramitó 84 nuevas solicitudes de retorno. En 54 de estos casos, Chile fue requerido por menores traídos al país y en 30 casos, Chile fue país requirente (casos entre 2000 y 2003)²².

De los casos analizados durante este período Chile resultó ser mayoritariamente un país requerido que requirente. Es importante indicar que, las solicitudes aquí indicadas señalan el número de casos y en cada uno de ellos estos casos pueden involucrar a uno o más menores. Durante el año 1999 el número de casos requeridos a Chile fueron 7 con 14 niños involucrados. En ese mismo año, a nivel mundial fueron 954 casos de peticiones de retorno que involucraron a 1.394 menores²³. En el año 2003 se tramitaron en Chile 25 casos de solicitudes de retorno que involucraron un total de 37 menores

Solicitudes de retorno de menores requeridas a Chile

Países requirentes

Once Estados contratantes solicitaron retornos a la Autoridad Central de Chile, por menores traídos al país, en el período comprendido entre los años 1999 y 2003.

Tabla 4A

Fuente²⁴

Cuatro países concentraron el mayor número de solicitudes de retorno. Dichos países son: Argentina, Estados Unidos de Norteamérica, Suecia y España, concentrando entre ellos el 72 % de las solicitudes.

El número de solicitudes de retorno solicitadas a Chile ha crecido a una tasa promedio del 19% por año, pasando desde siete en el año 1999 a diecisiete en el año 2003

El mayor número de solicitudes de retorno fueron generadas desde Argentina (20 solicitudes que representan el 37% de los casos), seguido por Estados Unidos de Norteamérica (8 solicitudes que representan el 15% de los casos) concentrando entre ambos países el 48% de las solicitudes de retorno requeridas en dicho período.

Persona que sustrae al menor y lo trae a Chile

²² Datos entregados por Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana. Reporte nacional 1999, Estadísticas anuales formularios A1, A2 y B1 años 2000, 2001 y 2002. Cuestionario anual preguntas 1 al 14 año 2003.

²³ LOWE, NIGEL; ARMSTRONG, SARAH; MATHIAS, ANEST, "Análisis estadístico de las solicitudes presentadas en 1999 en aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", documento preliminar N° 3 de marzo de 2001, (versión revisada nov 2001), Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado Sustracción de menores, Oficina Permanente de la Conferencia- Scheveningseweg 6, 2517 KT La Haya, Holanda.

²⁴ Corporación Asistencia Judicial Metropolitana, *Ob. cit.* en nota 23.

Las personas que sustrajeron a menores, llevándolos a Chile, el 2003 fueron en un 88% de nacionalidad chilena. En 1999 el 86% de los casos correspondió a sustractores de nacionalidad chilena que trajeron niños al país. Esto contrasta con las estadísticas a nivel mundial del año 1999, en el cual sólo el 52% de las personas que sustrajeron al menor tuvieron la nacionalidad del Estado requerido

En el año 2003 el 82% de los casos fue la madre quien sustrajo a los menores trayéndolos a Chile. El 18% restante de los casos fue el padre quien trajo a los menores al país²⁵. En el año 1999 el porcentaje de casos en que la madre sustrajo a los menores fue del 71% en comparación con el 69% de los casos que ocurrieron a nivel mundial ese año²⁶

Estados requeridos por Chile

La Autoridad Central de Chile requirió en 30 oportunidades a 12 Estados Contratantes solicitudes de retorno en el período comprendido entre los años 2000 al 2003

El destino mayoritario de las solicitudes de retorno requeridas por Chile fue a Estados Unidos de Norteamérica (ocho oportunidades que representan el 27% de los casos) seguido por Argentina (cinco oportunidades que representan el 17% de los casos). Ambos países concentran el 43 % de las solicitudes de retorno requeridas por Chile. Fueron siete los países que concentran el 83% de las solicitudes de retorno requeridas por Chile, los cuales, en orden decreciente son: Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, Alemania, España, Nueva Zelanda, Brasil y Francia.

Tabla 4BFuente²⁷

Resultado de los procedimientos de retorno requeridos a Chile

En Chile, la dinámica que generalmente se da en los procedimientos judiciales en que se tramitan los casos de sustracción internacional de menores amparados por la Convención de La Haya, consiste en que:

En primera instancia se concede la aplicación de la Convención, ordenando el inmediato retorno del menor a su país de residencia habitual. La parte que se siente agraviada con dicha resolución apela y el Tribunal de alzada rechaza y revoca la sentencia de primera instancia. Entonces, la parte requirente interpone un recurso de queja en contra de los Señores Ministros de la Ilustrísima Corte de Apelaciones por haber cometido falta o abusos graves en la dictación de la sentencia que rechaza la devolución de los menores. Este recurso de queja se declara admisible para ser tramitado por la Corte Suprema, pero en ella se concluye que los jueces recurridos no han cometido una falta o abuso en la decisión contenida en la sentencia impugnada, en la que desechan la petición de retorno de los menores.

En el período 1999 – 2003, se generaron cuarenta y nueve resultados definitivos en los procedimientos de retorno requeridos a Chile (excluyendo solicitudes pendientes y otros que suman los cincuenta y cuatro requerimientos totales dentro de este período)

²⁵ Corporación Asistencia Judicial Metropolitana, *Ob. cit.* en nota 23.

²⁶ LOWE, NIGEL; ARMSTRONG, SARAH; MATHIAS, ANEST, "Análisis estadístico de las solicitudes presentadas en 1999 en aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *Ob. cit.* en nota 24

²⁷ Corporación Asistencia Judicial Metropolitana, *Ob. cit.* en nota 23.

De los casos no retirados, solamente el 39% de las solicitudes resultaron con el efectivo retorno de los menores desde Chile hacia el país requirente (esto se basa en las decisiones judiciales que ordenan el retorno). Lo anterior contrasta con las solicitudes de todos los Estados contratantes que en el año 1999 resultaron en un 70% de los casos con un retorno efectivo de los menores a sus respectivos Estados de residencia habitual, mediante el retorno voluntario más las decisiones judiciales²⁸.

Tabla 4C

Tabla 4D

Es necesario destacar que en el año 2003, el 86% de las mujeres sustractoras logró retener a sus hijos en Chile (12 casos de un total de 14 en que el sustractor fue la madre) y ningún padre sustractor logró retener a sus hijos en el país. Llama la atención el bajo porcentaje de retornos efectivos, ordenados por la autoridad judicial en Chile, en comparación con las estadísticas mundiales del año 1999

En Chile, para el período 1999 – 2003 la tasa de denegación judicial de retorno del menor supera en más de tres veces a la estadística del año 1999 a nivel mundial (56% de los casos procesados vs. el 16% respectivamente)

La tasa de retorno voluntario, en los procedimientos requeridos en Chile por menores traídos al país es significativamente menor que la estadística mundial del año 1999 (9% versus el 25% respectivamente)

Finalmente, la tasa de rechazo al procesamiento de las solicitudes de retorno requeridas a Chile, resultó ser cerca de tres veces menor que la estadística mundial.

Razones del rechazo judicial de las Peticiones de Retorno requeridas a Chile

En el año 2003 se logró un resultado definitivo en 17 casos de requerimientos de retorno solicitados a Chile, once de los cuales fueron rechazados judicialmente

Tabla 4E

Razones del rechazo judicial de retorno 2003	Total	frecuencia	Frecuencia mundial 1999
Niño no residente en estado requirente	1	3%	14%
Solicitante sin derecho custodia	4	10%	11%
Artículo 12	7	18%	11%
Artículo 13a no ejerciendo derecho de guardia	5	13%	3%
Artículo 13a consentimiento	5	13%	10%
Artículo 13a adquisicencia	2	5%	5%
Artículo 13b	6	15%	22%
Artículo 13 Objeción niño	3	8%	18%
Artículo 20	7	18%	0%

²⁸ LOWE, NIGEL; ARMSTRONG, SARAH; MATHIAS, ANEST, "Análisis estadístico de las solicitudes presentadas en 1999 en aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *Ob. cit.* en nota 24

La totalidad de las sentencias judiciales denegatorias del retorno se basaron en más de una razón, lo cual contrasta con las estadísticas mundiales del año 1999 en las cuales sólo el 17% de los rechazos se basaron en razones múltiples. En los casos analizados del año 2003 las causales de rechazo más frecuentemente usadas fueron, en orden decreciente, el artículo 20, el artículo 12, el artículo 13 b y también el artículo 13 a, totalizando en conjunto el 82% de los argumentos citados. A nivel mundial en el año 1999, el artículo 20 no fue usado y el artículo 13 a sólo fue usado en el 18% de las citaciones argumentales.

4.2.6 Resultado de los procedimientos de retorno en que Chile fue el país requirente.

En el período comprendido entre los años 2000 al 2003 se generaron resultados definitivos en veinticuatro procedimientos de retornos en los cuales Chile actuó como Estado requirente. Tabla 4F

En el 90% de estos casos, el resultado definitivo significó el retorno de los menores a Chile. De la totalidad de los retornos, el 42 % de los casos fue fruto de un acuerdo voluntario entre las partes.

En sólo una oportunidad, lo que representa el 5% de los casos, se rechazó judicialmente el retorno de los menores a Chile. Este resultado contrasta con lo ocurrido en Chile como Estado requerido en igual período de tiempo, donde fue rechazado judicialmente el retorno del menor en 24 oportunidades, lo que representó una tasa de rechazo diez veces mayor.

BIBLIOGRAFÍA

Abeliuk M., René. *La Filiación y sus efectos. Tomo I, La Filiación*. Editorial Jurídica de Chile, octubre 2000.

Cillero B., Miguel. *La Situación del menor: de objeto de regulación a sujeto de derecho*. Programa Diplomado Instituciones del derecho de Familia Moderno y nuevas tendencias en el Derecho comparado, Universidad de Chile, 2001.

Cillero B., Miguel y Madariaga D., Hugo. *Infancia, Derecho y Justicia. Situación de los Derechos del Niño en América Latina y la Reforma Legislativa en la década de los noventa*. Coediciones UNICEF, Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Chile, octubre 1999.

Feldman G. *Los Derechos del Niño*. Editorial Ciudad Argentina, 1998.

Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

Grosman, C. *Los Derechos del Niño en las relaciones de Familia*. Diplomado "Instituciones del Derecho de Familia Moderno y nuevas tendencias en el Derecho Comparado". Facultad de Derecho, Universidad de Chile, mayo 2001.

Gómez de La Torre Vargas, Maricruz. *El Interés Superior del Niño*. En Gaceta Jurídica Nº 238, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Chile, abril 2000.

Lowe, Nigel; Armstrong, Sara; Mathias, Anest *Análisis estadístico de las solicitudes presentadas en 1999 en aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, documento preliminar Nº 3 de marzo de 2001, (versión revisada nov 2001), Conferencia de la Haya de Derecho

Internacional Privado Sustracción de menores, Oficina Permanente de la Conferencia-Scheveningseweg 6, 2517 KT La Haya, Holanda.

Orlandini, Olga E. Conclusiones de Comisión N° 2 “*El niño como sujeto de derecho: El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas.*” X Congreso Internacional de Derecho de Familia y los nuevos Paradigmas, Mendoza, República Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Talleres Gráficos de la Dirección de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo.

Schmidt H., Claudia. *La Relación Filial: personal y patrimonial*. Diplomado “Instituciones del Derecho de Familia Moderno y nuevas tendencias en el Derecho Comparado”. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, agosto 2001.

Schmidt, Claudia y Veloso, Paulina. *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*. Editorial LexisNexis Chile, septiembre 2001.

Zannoni, Eduardo, “*Derecho de Familia*”, 3° Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998. Tomo II

Zannoni, Eduardo. “*Adopción plena y derecho a la identidad personal*”, en Diplomado “Derecho de Familia” de profesoras María D. Martinic y Maricruz Gómez de la Torre, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, agosto 2001.

Corporación de Asistencia Judicial, Reporte nacional año 1999, Estadísticas anuales formularios A1, A2 y B1 años 2000, 2001 y 2002. Cuestionario anual preguntas 1 al 14 año 2003.

Instituto Interamericano del Niño (IIN). *Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en las Américas. Reunion de Expertos Gubernamentales*. (SIM/doc. 8/02)

The Law Library of Congress. *Hague Convention on International Child Abduction. An analysis of the applicable law and institutional framework of fifty-one jurisdictions and the European Union. Report for Congress June 2004*, Directorate of Legal Research LL File N° 2004-92, <http://www.loc.gov/law/public/reports/child_abduction.pdf>.

UNICEF. *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Editorial Chile, UNICEF, 1996.

25 Octubre 1980. *Convención de La Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores*. <<http://www.incadat.com>>.

Legal Database on Child Abduction cases based on Convention 28 <<http://www.incadat.com>>

Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores, Diario Oficial de la República de Chile 3 de noviembre de 1998. Modificación en Diario Oficial de la República de Chile 17 mayo 2002.

Conclusiones

En el transcurso de los últimos años, la sustracción internacional de menores es un fenómeno de ocurrencia cada vez más frecuente, debido al aumento de matrimonios entre personas de distintas nacionalidades, religiones y culturas. En el caso de Chile, esto se aprecia en un número creciente de solicitudes de retorno de menores que debe procesar la Corporación de Asistencia Judicial, que crece en promedio, entre 1999 y 2003 a un ritmo de 19% de casos por año

Durante dicho período de tiempo, el número de casos de solicitudes de retornos analizadas, demostró que Chile fue un país mayormente requerido que requirente. Es decir, las Autoridades Centrales de otros Estados contratantes de la Convención de la Haya solicitaron a la Autoridad Central Chilena en mayor número de veces, la ubicación y posterior restitución de los menores que fueron sustraídos a Chile por alguno de sus padres.

Son cuatro los Estados que concentran el mayor número de requerimientos de retorno de menores a Chile. Dichos Estados son, en orden decreciente Argentina, Estados Unidos de Norteamérica, Suecia y España, concentrando entre ellos el 72% del total de las solicitudes en el período de tiempo analizado.

Otro punto no menor a considerar es que las personas que sustrajeron a menores trayéndolos a Chile durante el año 2003, fueron en un 88% de nacionalidad chilena. Esta cifra contrasta con el porcentaje mundial, cercano al 50%, de las personas sustractoras con igual nacionalidad que el Estado requerido.

Del análisis de los casos tramitados en Chile durante el año 2003, el 82% de ellos se trató de madres chilenas que sustrajeron a sus hijos trayéndolos al país, logrando en más del 85% de las oportunidades retener a sus hijos en Chile. Se verifica así, que en Chile la tasa de retorno de los menores sustraídos es baja comparada con los estándares mundiales, debido a que las decisiones judiciales deniegan en una alta proporción el retorno de los menores al país de residencia habitual.

Las causales mayormente utilizada por los jueces en Chile para denegar la restitución del menor son, en orden decreciente los artículos 20, artículo 12 y artículo 13 b de la Convención de la Haya sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores.

Por otra parte, en los casos que Chile actúa como Estado requirente por menores sustraídos del país, es alta la tasa de devolución de los mismos. Esto debido básicamente porque existe una alta tasa de retorno voluntario, cosa que en Chile casi es inexistente, y por una relativamente alta frecuencia de decisiones judiciales favorables.

El patrón de comportamiento que se observa en virtud de los resultados en la aplicación de este convenio durante los primeros años en Chile, podría deberse a una confusión entre el principio rector de la Convención de La Haya, cual es proteger al menor dentro del ámbito internacional de posibles traslados o retenciones ilícitas de que pueda ser objeto, mediante su restitución inmediata a su país de residencia habitual, con una "protección" que intentan realizar los tribunales de justicia nacionales al mantener a estos menores, hijos de madres chilenas, con ellas en Chile argumentando en el mayor número de casos que su devolución implicaría para el menor un grave riesgo físico o psíquico. De esta forma se le quita así la

oportunidad al tribunal de residencia habitual del menor, que es el que se considera que tiene la competencia y el mayor número de antecedentes necesarios para conocer y fallar sobre la custodia y el eventual derecho de mantener relaciones directas y regulares con alguno de los padres, teniendo siempre como fin primordial el interés superior del menor.