

Tensiones Constitucionales en la aplicación del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Yerma Campos Calvo (*)

RESUMEN:

La aplicación del **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores** se ha visto afectada en Costa Rica al alegar la Sala Constitucional la aplicación del Artículo 32 de la Constitución Política: “Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional”. En este artículo se analizan la “nacionalidad”, según lo resuelto por la Sala Constitucional, y la “residencia habitual”, según lo dispuesto por el **Convenio**, ambos comprendidos como puntos de conexión dentro del Derecho Internacional Privado. Un conflicto que debiera resolverse en función de una consideración más integral de los derechos del individuo como sería, para este caso específico y entre otros elementos, el principio de “el interés superior de la persona menor de edad”.

“Convendría entonces desplazarse desde la incertidumbre, o desalojarla, y afincarse en lo positivo: la judicialización de derechos, es decir su reconocimiento y sanción (protección) por los Estados. El tema de nuestro tiempo no sería el de la fundamentación de derechos, sino su promoción, codificación y cumplimiento efectivo

ya sea mediante su control nacional, ya por medio de la garantía internacional.”

Helio Gallardo. **Antropología: La autoproducción humana.**¹

Con la Modernidad, cada persona como sujeto de derecho se mueve entre su condición general de ser humano y por lo tanto sujeto de derechos humanos, y su condición de ciudadano y por lo tanto sujeto de los derechos estatales conferidos por el Estado nación de pertenencia.² Se trata de una doble determinación que tiene que ver, por una parte, con la consolidación contemporánea de lo que Immanuel Wallerstein ha denominado el “sistema-mundo”³, que culmina la apropiación del espacio global por parte de los modernos Estados nacionales. Un proceso histórico sobre disputas y repartos del mundo que tienen su origen en la imposición de imperios y soberanías “foráneas” sobre los habitantes originarios resultado de la constitución de la economía-mundo, y con ella, pues, el reparto del planeta:

“Antes del siglo XX cuando todavía había algunas zonas fuera de la economía –mundo, a las entidades políticas de la “región exterior” no se le reconocía ningún derecho político. Ni los iroqueses

(*) Máster en Administración de Justicia, Universidad Nacional.

1 Gallardo Martínez, Helio. Antropología: La autoproducción humana. San José, C.R., EUNED, 2013. Página 344.

2 Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 15: 1.Toda persona tiene derecho a una nacionalidad 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.” En Internet; <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

3 La principal obra de Wallerstein es The modern world-system (El moderno sistema-mundo), planteamiento que tiene una clara y general influencia marxista, así como específicamente de la llamada Teoría de la Dependencia para el caso latinoamericano. Véase, WALLERSTEIN, Immanuel. Análisis de sistemas-mundo: Una introducción. Editorial Siglo XXI editores, México, 2006.

en América del Norte, ni los zulúes en África del Sur, ni a los maratás de la India central se les reconocía como actores legítimos en el sistema interestatal. Esta situación tuvo como resultado que sus territorios estuvieran disponibles para incorporarse a Estado soberanos en expansión. (...) Por consiguiente, este imperialismo formal fue una actividad legítima desde el punto de vista del derecho internacional, porque violaba soberanías no reconocidas”.

Al igual que ocurría en el pasado, tampoco ahora es posible ser soberano simplemente proclamando soberanía propia. La soberanía nunca es cuestión de un solo Estado; es un convenio interestatal, porque la soberanía sólo puede existir para “los Estados que reconozcan recíprocamente su existencia legítima en el marco y las normas del sistema interestatal. (...) En definitiva, la soberanía otorga a los territorios una capacidad internacional en la economía-mundo.”⁴

Pero aparejado a la disputa por el reparto del planeta y la fijación de los contemporáneos nacionales, la segunda determinación sobre los derechos de una persona se refiere, tal como lo indican Peter Taylor y Colin Flint, a la otra cara del Estado nacional, esto es, la existencia de convenios interestatales mediante los cuales precisamente se logra que los Estados se “reconozcan recíprocamente su existencia legítima en el marco y las normas del sistema interestatal.” Es aquí donde tiene lugar la existencia de entidades como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o la Organización de Estados Americanos (OEA).

Asimismo desde el ámbito de las relaciones entre particulares, surgen una serie de normas que vienen a regular las relaciones entre sujetos que tienen como una de sus características la extranjería y ubicándose por ello dentro de la rama del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, aún cuando se trata de relaciones entre particulares, las normas a aplicar están inmersas dentro del ordenamiento jurídico de cada país.

Esta doble determinación de los derechos de un individuo supone una tensión entre la soberanía del Estado Nacional y los espacios o ámbitos de esa soberanía que cede necesariamente como condición de su incorporación a los distintos sistemas interestatales. Y es sobre esta tensión entre la soberanía del Estado costarricense y la que este mismo Estado cede al suscribir un instrumento de derecho internacional **Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores** que trata la presente reflexión.

En un plano más técnico, es importante tener presente que las normas del Derecho Internacional Privado son de distinto tipo y se pueden dividir en normas directas y normas indirectas. Las directas son las que contienen la solución para el conflicto en la propia norma, y las normas indirectas señalan cuál es la legislación aplicable que debe resolver el conflicto. Las normas indirectas —también conocidas como de conflicto o colisión— no contienen en sí la solución del caso, sino que remiten al derecho que resolverá el conflicto, por medio del uso de un punto de conexión. Este punto de conexión abre la posibilidad de aplicar una norma, aunque pertenezca a una legislación extranjera.

Ahora bien, en el desarrollo del Derecho Internacional Privado se han utilizado como puntos de conexión —como forma de vincular al sujeto con el Estado— la “Nacionalidad”, el “Domicilio”, la “Situación del bien” y la “Voluntad”, los cuales se han clasificado de múltiples formas —permanente o variable, subjetivo u objetivo, personal o territorial, flexible o inflexible— de las cuales la que es más útil para la presente reflexión sobre el **Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores**, es la que distingue entre conexión fáctica, como puede ser el lugar de residencia habitual y conexión jurídica como es la nacionalidad.

De manera sencilla se puede afirmar que la nacionalidad es el vínculo jurídico que une a una persona con el Estado. Este vínculo puede tener su origen en el ius sanguini —una persona adquiere la nacionalidad por

4 Taylor, Peter J., Flint, Colin, Geografía Política: Economía-mundo, Estado-nación y localidad. Madrid, Editorial Trama, 2002. Página 175.

su filiación (biológica o incluso adoptiva), aunque haya nacido en otro país— o en el *ius soli* —se adquiere la nacionalidad por haber nacido en territorio nacional—, siendo prerrogativa del Estado crear los mecanismos jurídicos de atribución de la misma. Para el caso costarricense, la Sala Constitucional ha dispuesto lo siguiente:

“La nacionalidad es un vínculo jurídico y político que une a la persona con un determinado Estado. Este término debe distinguirse del concepto de ciudadanía, porque ésta última deviene como en una “especie” ante el de nacionalidad, que sería el “género” que abarca a aquél; de manera que la nacionalidad nos introduce a la sociedad civil, la ciudadanía a la sociedad política. Así, la ciudadanía tiene el valor de servir de sustento condicionante para el goce y ejercicio de los derechos políticos; ésta comprende a los nacionales con capacidad para el ejercicio de tales derechos en determinado Estado. Por ello, se la ha definido como la condición jurídica en virtud de la cual los individuos intervienen en el ejercicio de la potestad política de un Estado determinado. La nacionalidad es un vínculo jurídico-político que une al individuo con la sociedad políticamente organizada, es decir, al Estado, por lo cual se da el dominio en el terreno de las relaciones políticas, se trata de una relación, ya no de estado civil, sino de estado político, que resulta del nacimiento (principio de nacionalidad originaria o natural) o de otros hechos o actos jurídicos (opción o naturalización), que le confiere una individualidad política que sirve de sujeto a una capacidad política, determinada por la organización del Estado” (.SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Exp. No.2089-M-94. Resolución No.6780-94 de las quince horas y nueve minutos del veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro)

Por otra parte, la residencia habitual es un concepto fáctico, no jurídico como la nacionalidad, y por ello su determinación presenta más dificultad. También se diferencia del concepto de domicilio —que es de naturaleza administrativa— y se puede definir la residencia habitual como el lugar donde una persona

está establecida y en la cual se centran sus intereses y en el caso de personas menores de edad, donde ésta tiene su centro de vida. Pero debe tenerse presente que con la suscripción por parte de Costa Rica de varios convenios que vienen a regular asuntos relativos a las relaciones personales, que se dan sobre todo en el seno familiar, como por ejemplo el **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores** y el **Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional**, el concepto de residencia habitual surge como criterio principal de conexión, por encima de la nacionalidad y del domicilio. Y es aquí donde surgen significativas tensiones entre la interpretación que hace la Sala Constitucional de la “nacionalidad” y sus consecuencias en la aplicación de convenios internacionales como los arriba citados.

En nuestro país, el criterio de la residencia habitual ha sido poco analizado y aún cuando se reconoce su importancia, no se prescinde del criterio de la nacionalidad tal y como se puede observar en el siguiente extracto de un voto salvado del Magistrado Fernando Castillo Víquez relacionado con el **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**:

“...El Convenio no tiene como finalidad entrar a analizar temas de fondo relacionados con la custodia de menores, toda vez que ello correspondería ser analizado por las Cortes del Estado, de conformidad con su legislación, en la que existía la residencia habitual del menor. Los artículos 13 al 20 del Convenio ofrecen las excepciones para no acceder a la devolución del menor sustraído. Éstas son situaciones muy concretas que impedirían alcanzar el objetivo principal del Convenio, pero su interpretación debe estar cuidadosamente desarrollada con los hechos que sirven para sustentarlas, además de ser restrictiva. Es indiscutible la premura con que se debe cumplir con la devolución de los menores, para evitar su climatización en un país diferente al de su residencia habitual. El Convenio entonces regula una obligación internacional de envío de un menor a un determinado país, no a un determinado pariente (padre o madre,

según el caso), preservando por supuesto el interés superior del niño, sobre el cual gira todo el Convenio. Se debe evitar con el paso del tiempo la formación de un nuevo arraigo, lejos de quienes tenían inicialmente derechos de custodia o “de custodia compartida” o de decidir el lugar de residencia habitual del menor, el que con la sustracción internacional se intentó burlar. Será entonces en el lugar de residencia habitual donde se debe decidir la custodia provisional o permanente del menor. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, hay una única nacionalidad entre las partes involucradas, y debe quedar acrecentado el hecho de que se trata efectivamente de una familia que ha vivido en un mismo lugar.” (Recurso de Hábeas Corpus, Voto: 12458-11, Expediente: 11-010159-0007-CO de las quince horas y treinta y siete minutos del trece de setiembre del dos mil once).

Existe una tensión, una confrontación si se quiere, entre la residencia habitual y la nacionalidad como puntos de contacto a la hora de aplicar o no el **Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**.

La importancia o primacía del criterio de la nacionalidad como punto de conexión en el convenio citado es el que prevalece en la Sala Constitucional costarricense, lo que se puede ver reflejado en el siguiente voto que en lo que interesa dice:

“VI.- La aplicación del Convenio en relación con los principios fundamentales del Estado requerido... al aplicar el Convenio debe valorarse la incidencia que sobre el caso particular pueda tener previsiones constitucionales y principales como el interés superior del niño, cuya trascendencia se ha definido en el V considerando de esta sentencia; asimismo, también pueden ser revisados algunos enunciados que se encuentran en algunas normas constitucionales, como la del artículo 32 de la Constitución Política, definición que ha planteado algún cuestionamiento en cuanto a la posibilidad de que personas nacionales de Costa Rica sean entregadas a órganos de la jurisdicción universal para el cumplimiento de sus fines –ver,

en este sentido, sentencia número 2000-9685, de las catorce horas cincuenta y seis minutos del primero de noviembre de dos mil-. De tal forma, lejos de circunstancias claramente definidas y delimitadas, las acciones administrativas o judiciales que de alguna manera puedan significar una orden de abandono o salida del país –como lo puede ser la restitución internacional de un menor de edad-, deben valorarse de conformidad con los principios generales que rigen el Estado democrático de Derecho e informan al Derecho de la Constitución. Así, si se trata de un costarricense menor de edad, debe –de manera preponderante- integrarse en la decisión lo concerniente al principio del interés superior del niño en los términos dichos. De esta manera, si el menor de edad sobre el cual se plantea la posibilidad de una restitución internacional resulta ser un costarricense que se encuentra en territorio nacional, las autoridades administrativas y judiciales que deban resolver lo concerniente deberán tomar en consideración la existencia de principios generales expresos reconocidos por el país; que el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores define en su artículo 20 que la restitución podrá ser denegada cuando así lo impidan los principios fundamentales del Estado requerido; y que el mismo Convenio define una serie de potestades a ser ejercidas por las autoridades de ese Estado; pues no hacerlo así dará como resultado un pronunciamiento ilegítimo por contradecir principios, valores y normas concretas establecidos en la globalidad del Derecho de la Constitución y que aquí han sido definidas... Del mismo modo, debe tomarse en consideración que en el caso bajo estudio, el niño XXXXXXXXXXXXXXXX es hijo de madre costarricense, está inscrito en el Registro Civil de Costa Rica, y ostenta la nacionalidad costarricense, no obstante lo cual las autoridades recurridas pretendían restituirle internacionalmente –obligándole a hacer abandono del país-, para que posteriormente la situación legal en torno a la guarda y crianza fuera dilucidada en un tribunal de otro país –haciendo caso omiso de la nacionalidad de la señora Elizondo, del menor XXXXXXXXXXXXXXXX, y de

que el vínculo matrimonial había sido contraído ante las autoridades costarricenses-...” (SALA CONSTITUCIONAL, Recurso de hábeas corpus, Exp: 08-012520-0007-CO, Res. N° 2008015461, de a las quince horas y siete minutos del quince de octubre del dos mil ocho)

Se puede observar del extracto transcrito, que para el caso costarricense, la Sala Constitucional mantiene el criterio de la nacionalidad como punto de conexión por encima del criterio de residencia habitual, que fue el asumido en el **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**, tal y como se desprende del artículo tres que establece:

“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención...”

Asimismo el artículo cuatro dispone:

“El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.”

Tras una revisión completa de este convenio, no se observa que alguna de sus disposiciones utilice como punto de conexión la nacionalidad. Hay aquí una clara tensión con el criterio mantenido por la Sala Constitucional.

Ante el choque entre lo dispuesto por el **Convenio** y lo resuelto por la Sala Constitucional, es importante analizar, entonces, cual es el fundamento de estos dos criterios. Se tiene que respecto al papel que juega el criterio de residencia habitual, este es el producto de la evolución del Derecho Internacional Privado, y al respecto señala Carmen González Pedrouzo:

“Entre los motivos para que la residencia habitual se haya constituido en la conexión fundamental en materia de menores se encuentra, en primer lugar, el hecho de que se trata de una conexión que viene a quebrar la tradicional disyuntiva entre nacionalidad (adoptada principalmente por los países europeos) y domicilio (elegida en general por los Estados americanos). Por otra parte, en el ámbito de los menores o incapaces, la residencia habitual se revela como el lugar en el que aquél se encuentra efectivamente, reflejando la realidad de su situación, que puede tener muy poco que ver con el Estado del que es nacional o aquél en el que tiene su domicilio legal (que es el de sus representantes legales). Otro de los motivos de la opción por la residencia habitual, radica en su carácter fáctico. La residencia habitual no necesita ser definida como sucede con el domicilio o incluso con la nacionalidad. Así, el Convenio de La Haya no interpreta este punto de conexión por entender que se trata de una noción “puramente de hecho”, fundamentalmente distinta de la de domicilio.” (file:///C:/Users/Jimena/Downloads/266-914-1-PB.pdf

APROXIMACIÓN AL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. Carmen González Pedrouzo)

Por otro lado, con respecto a la prevalencia del criterio de la nacionalidad, la misma Sala Constitucional en el voto citado señala que su fundamento se encuentra en el respecto al Artículo 32 de la Constitución Política, que dice textualmente: “Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional.”

Si no se realiza un análisis contextual histórico de la norma constitucional, se podría coincidir con lo afirmado por la Sala Constitucional, pero por su aparente literalidad. No obstante, si se ubica en el contexto de la Asamblea Constituyente, se observa que el Artículo 32 de la Constitución Política — base de la negativa a acceder a la restitución de un nacional, en este caso un menor de edad, tal como se puede solicitar con base **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**—, se encuentra dentro de las garantías

individuales, en un contexto de normas relativas a aspectos del derecho penal, relacionadas sobre todo con delitos políticos, haciendo referencia específica a la pena de extrañamiento. Esto se puede concluir, sobre todo porque el Artículo 31 de la Constitución Política menciona figuras como son el asilo, la expulsión y la extradición.

En este mismo sentido giró la discusión en la Asamblea Nacional Constituyente cuando se analizó el artículo en cuestión. A continuación una transcripción de lo discutido en relación con el artículo analizado:

“Acta 112 del 19 de ... de 1949

Artículo 3°- Se continuó con la discusión del Proyecto de Constitución Política. La Fracción Social Demócrata presentó moción para adicionar el artículo de las Garantías Individuales con un nuevo artículo que diga: **“Ningún costarricense puede ser compelido a abandonar el territorio nacional. La pena de extrañamiento, tratándose de costarricenses, solo podrá imponerse por delitos políticos o conexos con ellos, como uno de los extremos de pena alternativa y en tales casos el extrañamiento nunca se ejecutará en contra de la voluntad del reo”** (la negrita no es del original)

El diputado Vargas Fernández aún cuando en el fondo está de acuerdo con la moción planteada, objetó el párrafo segundo, que bien puede eliminarse. Lo importantes es mantener el principio general que ningún costarricense podrá ser obligado a abandonar el territorio nacional. El señor Fournier le contestó que precisamente en un principio la Comisión Redactora del Proyecto 49 sentó el principio general, pero cree que el compañero Baudrit Solera planteó la dificultad en los casos de delitos políticos, en los que algunas veces es preferible expulsar al indiciado, como uno de los casos de pena alternativa, siempre y cuando el indiciado lo aceptara. El Diputado Leiva indicó que la de pena de extrañamiento se establece en determinadas ocasiones para viene de la tranquilidad nacional en casos de delitos políticos muy calificados, también para librar a indiciados de venganzas personales.

Añadió que con la moción en debate, queda a la voluntad del individuo extrañarse o no, razón por la cual no le dará su voto, ya que, aunque está de acuerdo en que la pena de extrañamiento sea alterna no lo está con que se deje al indiciado en absoluta libertad de aceptar o no el destierro. Los proponentes de la moción aceptaron suprimir el párrafo segundo. Sometido a votación fue aprobada. En consecuencia el nuevo artículo del título de las Garantías Individuales se leerá: *“Ningún costarricense puede ser compelido a abandonar el territorio nacional”* (página 538 y 539, Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Tomo II, Actas, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1952)

De lo expuesto hasta aquí queda claro que el constituyente, nunca tuvo en mente la regulación de aspectos familiares cuando discutió y aprobó el citado Artículo 32 de la Carta Magna. Se trataba de enfrentar castigos penales como el asilo, la expulsión y la extradición.

Sin embargo, la Sala Constitucional en el voto arriba citado, como corolario del análisis que hace del Artículo 32 citado, señala que es necesario considerar además que el niño es hijo de madre costarricense, si está inscrito en el Registro Civil de Costa Rica y ostenta la nacionalidad costarricense. Considera además que la nacionalidad de la señora es costarricense y que el vínculo matrimonial había sido contraído ante las autoridades costarricenses. Con lo cual hace una interpretación absolutamente extensiva del criterio, al punto que si se consideran todos los aspectos mencionados y se utilizan como elementos para denegar la restitución, sería prácticamente imposible que un niño costarricense pueda ser restituido a su lugar de residencia habitual fuera del territorio nacional. Esto en la práctica ha generado que en procesos en que se solicita la restitución de una persona menor de edad, hijo (a) de un(a) costarricense, inmediatamente la parte interesada en evitar la restitución del menor al lugar de la residencia habitual fuera del territorio costarricense proceda con la inscripción del menor en el Registro Nacional en los casos en que no ostente dicha nacionalidad (una formalidad que evita la aplicación del **Convenio**). En otras palabras, la

nacionalidad costarricense según lo dispuesto hasta ahora por la Sala Constitucional se convierte en un impedimento absoluto para la aplicación del **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores** en el caso de que el menor involucrado ostente esa nacionalidad y haya sido traído al país: “Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional.” Pero una nacionalidad que puede ser el resultado de un simple trámite registral y no el producto de una vivencia existencial como sería la residencia habitual.

Pero a pesar de lo anterior, y tomando en cuenta la observación de Helio Gallardo —“el tema de nuestro tiempo no sería el de la fundamentación de derechos, sino su *promoción, codificación y cumplimiento* efectivo ya sea mediante su control nacional, ya por medio de la garantía internacional”—, la aplicabilidad o no del **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores** frente al Artículo 32 de la Constitución política debe ser resultado de una profunda discusión que tome en cuenta otros elementos como, por ejemplo, el principio de “el interés superior de la persona menor de edad”. Se trata de

una discusión sobre la tensión entre la soberanía nacional y que se ha cedido o no de esa soberanía el Estado Nacional a la hora de suscribir instrumentos internacionales como **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**.

DOCUMENTOS CITADOS

GALLARDO MARTÍNEZ, Helio. Antropología: La autoproducción humana. San José, C. R., EUNED, 2013.

TAYLOR, Peter J., FLINT, Colin. Geografía Política: Economía-mundo, Estado-nación y localidad. Madrid, Editorial Trama, 2002.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. En Internet; <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

WALLERSTEIN, Immanuel. Análisis de sistemas-mundo: Una introducción. México, Editorial Siglo XXI editores, 2006.