

# **Algunos apuntes sobre la competencia jurisdiccional civil internacional en materia de alimentos a la luz del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Derecho Procesal Peruano**

*Luis Raúl Serrano Arribasplata\**

## **SUMARIO**

1. Introducción 2. El proceso de restitución internacional de menor y el tribunal competente en materia de alimentos para la niña, niño o adolescente traslado y retenido o retenido ilícitamente en el Perú 2.1. El caso de una niña trasladada desde España y retenida ilícitamente por su progenitora en el Perú 2.2. Análisis sobre la procedencia del proceso de alimentos incoado ante el juzgado peruano por la progenitora que sustrajo a la niña de territorio español hacia territorio peruano 2.2.1. Normatividad pertinente al caso 2.2.2. Tribunal competente para decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia 2.2.3. Cuál es el periodo en el cual el tribunal competente de la residencia habitual del menor mantiene su competencia 2.2.4. El derecho de alimentos está incluido en la cuestión de fondo del derecho de custodia 2.2.5. Consecuencias procesales de la resolución que admite a trámite una demanda de restitución internacional de menor conforme al Convenio sobre Sustracción 2.2.6. La competencia del juez del país requerido en la solicitud de restitución internacional de menor para ordenar medidas urgentes de protección en materia de alimentos conforme al Convenio sobre Sustracción. 2.2.7. Una jurisprudencia del foro uruguayo sobre restitución internacional de menor y el derecho de alimentos 3. Conclusión 4. Bibliografía

### **1. Introducción**

Una relación jurídica es un vínculo de derechos y deberes entre dos sujetos de derecho. Cuando alguno o todos los elementos que la componen están vinculados a ordenamientos jurídicos de diferentes Estados nacionales, por cualquiera de las siguientes características, a saber: la nacionalidad o el domicilio de las personas físicas o morales, el lugar de celebración del acto jurídico, el lugar de ejecución del contrato, el lugar de ubicación del inmueble, entre otros, nos encontramos frente a una relación de tráfico externo o iusprivada internacional.

Al presentarse un conflicto de intereses, derivado de una relación de tráfico jurídico externo, surgen las preguntas clásicas del derecho internacional privado, a saber: ¿cuál es la ley aplicable para regir el fondo del asunto y cuál es el tribunal competente para dirimir la controversia?.

---

\*Abogado litigante graduado con el calificativo de sobresaliente en la Universidad de Lima - Perú; LL.M. en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia – España; con estudios de post grado en Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Perú y de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires - Argentina.

Es a partir de esas preguntas que los códigos civiles o leyes especiales de Derecho Internacional Privado de los diferentes países, especialmente del sistema romano germánico, han construido sus respectivos esquemas normativos sobre la materia, que incluyen la adhesión o ratificación a tratados internacionales de carácter bilateral y/o multilateral. Este conjunto de dispositivos servirá de guía a los operadores jurídicos: jueces, abogados y autoridades administrativas, en su quehacer diario.

El derecho internacional privado (ley doméstica) y/o el derecho internacional privado de fuente convencional (tratado internacional bilateral o multilateral del cual un determinado Estado sea parte) han elegido un elemento de la relación jurídica iusprivada internacional para hacerlo relevante, es decir para darle efectos jurídicos en orden a determinar la ley aplicable y el tribunal competente. En la mayoría de Estados se ha optado por los criterios o factores del domicilio y/o la nacionalidad.

El propósito de este ensayo es hacer algunos apuntes acerca del tribunal competente en las controversias iusprivadas internacionales sobre alimentos a la luz del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, (que en adelante denominaré Convenio sobre Sustracción) y el Derecho Procesal Peruano en el contexto de un proceso judicial de restitución internacional de menor tramitado ante la judicatura peruana.

2. El proceso de restitución internacional de menor y el tribunal competente en materia de alimentos para la niña, niño o adolescente trasladado y retenido o retenido ilícitamente en el Perú
  - 2.1. El caso de una niña trasladada desde España y retenida ilícitamente por su progenitora en el Perú

Comenzaré mi abordaje a este asunto a partir de un caso que, por coincidencia, actualmente se encuentra sometido a conocimiento del Poder Judicial Peruano.

Se trata de una pareja de progenitores que residían en España, conjuntamente con su menor hija. Dicha niña, luego de un conflicto familiar, es trasladada al Perú por su madre sin permiso de viaje (sea de su padre o judicial), es decir de manera ilícita. En la actualidad está siendo retenida en ese país por su madre.

El padre, a través de su apoderado y abogado, demandó la restitución internacional de la niña ante el tribunal competente peruano, a fin que se ordene su retorno o restitución a España. La demanda tiene como fundamento jurídico el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del cual tanto Perú como España son Estados parte. De otro lado, la madre posteriormente, formuló una demanda de alimentos contra el padre, ante otro juzgado peruano, a fin que se le ordene a éste acudir con una pensión o cuota alimentaria a favor de la niña. Así mismo, a través de una medida cautelar, dicho juzgado dispuso la asignación anticipada de dicha pensión alimentaria.

En relación al tema alimentario, el padre, por su parte, consignó una suma dineraria por tal concepto ante el juzgado español, el cual dispuso que dicha consignación fuera puesta en conocimiento de la madre. Actualmente, no obstante haber tomado conocimiento de dicha consignación, la madre no ha realizado las gestiones necesarias ante el juzgado español, a fin de hacer efectivo el cobro de la suma consignada.

Finalmente, y como dato extra, se tiene que el juez peruano, ante el cual se demandó alimentos, tiene conocimiento de la existencia del proceso de restitución internacional de menor, toda vez que la madre se lo comunicó en su escrito de demanda aportando las piezas pertinentes de dicho expediente.

## 2.2. Análisis sobre la procedencia del proceso de alimentos incoado ante el juzgado peruano por la progenitora que sustrajo a la niña de territorio español hacia territorio peruano

Empezaré esta parte del presente ensayo, admitiendo que los procesos sobre alimentos, incoados por los progenitores(as) sustractores en contra de los progenitores(as) perjudicados o que quedaron atrás “*left behind parent*”, no son un tema pacífico en la práctica judicial de los diferentes países, pues existen decisiones de la más diversa índole, unas admitiendo y otras declarando la improcedencia de las respectivas demandas.

El reclamo de alimentos ante la judicatura peruana, mencionado en el caso que resumí en el acápite precedente y que, a continuación, me dispongo a analizar, tiene como antecedente o fundamento fáctico relevante la existencia de un proceso de restitución internacional, iniciado por el padre en contra de la madre, que se fundamenta en el traslado y retención ilícitos que ella efectuó de la hija de común de ambos desde España hacia el Perú.

Tanto el proceso de alimentos en contra del padre, como el de restitución internacional de menor se ventilan ante diferentes juzgados en el Perú.

### 2.2.1. Normatividad pertinente al caso

#### Derecho Internacional Privado Peruano

El artículo 2047 del Código Civil Peruano<sup>1</sup>, nos remite a un tratado sobre la materia que vincule al Estado Peruano con el Estado al cual el conflicto transfronterizo esté vinculado, en este caso España.

#### Derecho Internacional Privado de fuente convencional

Se aprecia que existe un tratado sobre la jurisdicción competente en controversias sobre el derecho de alimentos de una niña, niño o adolescente

---

<sup>1</sup> <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf>

Artículo 2047: “*El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si estos no lo fueran conforme a las normas del presente libro. Además, son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del derecho internacional privado*”.

(hasta los 16 años) cuando al mismo tiempo se está tramitando un proceso de restitución internacional de menor. Este tratado es el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y vincula a la República del Perú y al Reino de España.

De una revisión acuciosa del precitado tratado, se advierte que los artículos pertinentes, al tema del tribunal competente en materia del derecho de alimentos, son los que a continuación se detallan:

*“Artículo 1: La finalidad del presente Convenio será la siguiente:*

- a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;*
- b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.”*

*“Artículo 2: Los estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.”*

*“Artículo 3: 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; y*
- b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.*

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

*“Artículo 4: 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. ...”*

*“Artículo 5: A los efectos del presente Convenio:*

- a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; ...”*

*“Artículo 7 b): Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes*

*interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales”;*

*“Artículo 16: 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 a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia 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 periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.”*

Es conveniente precisar que las normas del tratado internacional sobre sustracción que se han detallado, son de naturaleza procesal y su basamento es el interés superior del niño.

#### 2.2.2. Tribunal competente para decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia

Lo que nos señala, de manera contundente, el artículo 16 del Convenio sobre sustracción es que: los tribunales del Estado, a cuyo territorio la niña fue trasladada y viene siendo retenida, en este el caso del Perú, no se deben pronunciar sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia que atañen a dicha menor.

Si se hace una interpretación sistemática<sup>2</sup>, del convenio sobre sustracción, comparando el artículo 16 con otras normas de su texto como son los artículos 1b, referido a uno de los objetivos del convenio, cual es el respeto a los derechos de custodia, y los artículos 3 y 4 que establecen que esos derechos de custodia, que deben respetarse, son los que rigen en el Estado contratante, en cuyo territorio el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícitos, entonces se llega a la conclusión que los tribunales del Estado de residencia habitual del menor mantienen la competencia para decidir la cuestión de fondo de los derechos de custodia. Esta jurisdicción, en el caso bajo comento, correspondería a los tribunales del Reino de España.

#### 2.2.3. Cuál es el periodo en el cual el tribunal competente de la residencia habitual del menor mantiene su competencia.

El precitado artículo 16 estipula que existen dos supuestos en los cuales el tribunal del Estado requerido, es decir aquél a cuyo territorio el menor fue trasladado o retenido ilícitamente, podrá asumir competencia sobre el asunto de fondo del derecho de custodia, a saber:

---

<sup>2</sup>Rubio Correa, Marcial. El sistema jurídico Introducción al derecho. 10ma, edición. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.2017. p.242. El distinguido jurista peruano señala en referencia a los métodos de interpretación que: “Para el método sistemático por comparación con otras normas, el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el ‘qué quiere decir’ la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella”.

- Cuando el Poder Judicial del Estado requerido ha expedido una resolución, con calidad de cosa juzgada, declarando la no restitución del menor.
- Cuando ha transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud de restitución internacional de menor ante la autoridad central de aplicación y/o ante el Poder Judicial del Estado requerido.

El primer supuesto no ofrece mayores obstáculos toda vez que, simple y llanamente, se trata de constatar que el Poder Judicial del Estado requerido haya dictado una resolución de no retorno del menor al país en el cual tenía su residencia habitual.

El segundo supuesto si ofrece dificultades en la medida que no hay un criterio temporal fijo para establecer ese “periodo razonable”, más aún en el caso de la pretensión alimentaria. El propio informe explicativo al tratado, cuya autora es la connotada jurista Elisa Pérez Vera, reconoce la ambigüedad del término<sup>3</sup>.

Soy de la idea que ese plazo debe ser el señalado en el artículo 12 del Convenio sobre sustracción<sup>4</sup>, es decir un año desde la fecha en que el padre o madre solicitante tomó conocimiento del traslado y la retención o de la retención ilícitos, toda vez que, según ese mismo artículo, ese es el tiempo que el juez, que decidirá la restitución, debe considerar a fin de poder explorar la integración del menor al nuevo medio. Si concluye que hay integración al nuevo medio entonces se ha formado un nuevo centro de vida y por ende una nueva residencia habitual.

En cualquier caso, el contenido del término “*periodo de tiempo razonable*”, quedará a criterio del juzgador, según las circunstancias del caso en particular. En tal caso, la judicatura del Estado requerido asumiría competencia sobre el asunto de fondo de alimentos.

En el caso bajo análisis es muy difícil alegar que ha transcurrido un periodo de tiempo razonable, toda vez que el proceso de restitución internacional de menor incluso fue incoado antes del proceso de alimentos, con lo cual se acredita que mientras no se deniegue la restitución de la niña a España, el tribunal peruano

<sup>3</sup> <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf> (pag.35). El informe explicativo nos dice lo siguiente: “Por lo demás, si semejantes situaciones existen, lo ambiguo de la expresión “período razonable” puede llevar a la adopción de una resolución antes del vencimiento del plazo de un año previsto en el artículo 12, apartado primero; en tal supuesto, la resolución adoptada coexistiría con la obligación de devolver al menor de acuerdo con el Convenio, lo que plantearía un problema del que trata el artículo 17.”

<sup>4</sup> <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf> (página 5), la parte pertinente del artículo 12 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece que: “Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente”.

no debe pronunciarse sobre la cuestión de fondo de cualquier aspecto del derecho de custodia, como en este caso es el derecho alimentario, según analizaré en el acápite siguiente.

#### 2.2.4. El derecho de alimentos está incluido en la cuestión de fondo del derecho de custodia

Es evidente que definir este punto corresponde al tema de la calificación jurídica, tarea que debemos efectuar recurriendo primeramente al texto del propio Convenio sobre Sustracción, en el encontramos el artículo 5 que describe, con meridiana claridad, que se entiende por derecho de custodia, a saber: “*el derecho relativo al cuidado de la persona del menor*”.

El derecho de custodia es el derecho que comprende todo aspecto relacionado con el cuidado de la persona del menor. Ahora bien, ¿Cuáles son los aspectos comprendidos en el cuidado de la persona del menor? Es evidente que todos los aspectos involucrados en tal concepto no se podrían ni se deberían enumerar, toda vez que son todos aquellos que implican velar por el desarrollo y bienestar integral biopsicosocial de la niña, niño o adolescente.

Entre estos aspectos, necesarios para el desarrollo y bienestar de la niña, niño o adolescente, se encuentra el ejercicio de sus derechos fundamentales establecidos en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas conforme a su interés superior, tales como: el derecho de supervivencia y desarrollo que es el gozar de alimentos (artículo 6) así como el derecho a mantener el contacto personal con sus progenitores de modo regular (artículo 9)<sup>5</sup>, entre otros. Es decir, si el menor no ejercita estos estos derechos fundamentales entonces ¿cómo podría cuidarse de él?

La conclusión preliminar que se extrae del precitado análisis es que el derecho de alimentos, al ser uno de los aspectos básicos del cuidado de la persona del menor, está comprendido en el derecho de custodia.

Ahora bien, a priori, el derecho de custodia, enunciado en la convención y todo lo que el comprende no podría estar en manos de sólo uno de los progenitores, pues la niña, niño o adolescente precisa de ambos para hacer efectivos sus derechos fundamentales, en especial, los referidos al contacto personal y al derecho de alimentos.

En consecuencia, al estar el derecho de alimentos incluido en el derecho de custodia, al que se hace referencia en el Convenio sobre Sustracción, los jueces no deben pronunciarse sobre la cuestión de fondo que a aquél atañe hasta que no se cumplan los supuestos indicados en el último párrafo del artículo 16.

La calificación jurídica, que hace el convenio sobre sustracción, del denominado derecho de custodia, debería llevar a los operadores judiciales a ubicar dicha concepción jurídica dentro de su ordenamiento a efectos de su cabal comprensión.

---

<sup>5</sup> <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (pág. 11 y 12).

En el caso del ordenamiento peruano, como en muchos otros del sistema romano germánico, se aprecia que el derecho de custodia, establecido en el convenio sobre sustracción, se encuadra en el concepto de Patria Potestad del Código de los Niños y Adolescentes<sup>6</sup>. En el sistema del *common law* se puede ubicar en el denominado *parental rights*.

En el negado caso que no se ubicase la misma concepción en el derecho nacional de un determinado Estado, supuesto casi imposible, y se tiene que dicho Estado es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, entonces claramente también lo tiene incorporado a su derecho nacional.

En el caso bajo análisis encontramos que el derecho de alimentos se encuentra ubicado en el derecho de custodia, que en el caso del Estado Español es la Patria Potestad.

En consecuencia, debe aplicarse el artículo 16 del Convenio sobre Sustracción y respetarse la competencia de los tribunales de ese país para decidir sobre el aspecto de fondo del derecho alimentario. En tal sentido, el progenitor ya ha sometido la cuestión de alimentos a conocimiento del juzgado competente de ese país, consignando una suma dineraria a favor de su menor hija, sin embargo, la madre aún no la ha hecho efectiva ni tampoco se ha apersonado ante dicho foro.

#### 2.2.5. Consecuencias procesales de la resolución que admite a trámite una demanda de restitución internacional de menor conforme al Convenio sobre Sustracción

El principal efecto que produce el auto que admite una demanda de restitución internacional de menor es que, al aplicarse el artículo 16 del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, los jueces, que están tramitando procesos sobre la cuestión de fondo de la tenencia o custodia o alimentos o de pérdida o suspensión de patria potestad (o la denominación que estos procesos tengan en un determinado país), devienen incompetentes mientras no se determine la no restitución del menor.

La institución procesal, para alegar la incompetencia del respectivo juez en este caso de alimentos, es la excepción de incompetencia, que en el ordenamiento peruano se debe alegar en la audiencia única del proceso único del Código de los Niños y Adolescentes<sup>7</sup>. Sobre este punto huelga decir que no es de aplicación la disposición contemplada en el segundo párrafo del artículo 560 del código procesal civil<sup>8</sup>, pues como ya se ha explicado en los acápite precedentes, se trata de una relación cuya naturaleza jurídica es la de ser internacional, siendo de aplicación el artículo 2047 y el tratado internacional correspondiente, en este caso el Convenio sobre Sustracción.

---

<sup>6</sup> <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf> (pág.17) Ver el artículo 74 que señala los deberes y derechos que comprende la Patria Potestad.

<sup>7</sup> <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf> (págs. 33 a 36). Ver artículos 164 a 182 que regulan el proceso único.

<sup>8</sup> <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-Procesal-Civil-3.2020-LP.pdf> (pág.162) El artículo 560 establece: “Corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al Juez del domicilio del demandado o del demandante, a elección de éste. El Juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por razón de territorio”.

Téngase presente que el juez de alimentos, de oficio, también podría declarar su incompetencia al advertir la existencia de un proceso de restitución internacional de menor en trámite.

Lo que también se ha estado haciendo en la práctica es solicitar al juez de la restitución que oficie al juez del proceso de alimentos a fin que declare de oficio su incompetencia o suspenda la tramitación del proceso hasta que se resuelva el proceso de restitución internacional de menor.

Lo señalado en el párrafo anterior puede resultar útil si la oportunidad para alegar la excepción de incompetencia ha precluido o si, por error, el demandado se sometió al proceso, sin hacer reserva de jurisdicción. En tal caso también se puede solicitar, directamente al juez de alimentos, que suspenda el proceso o declare de oficio su incompetencia.

La suspensión del proceso o el auto que declara incompetente al juez, en la práctica tienen el mismo efecto pues en ambos casos el juez de alimentos no seguirá tramitando ni se pronunciará sobre la cuestión de fondo del derecho alimentario. En el primer caso no archiva el proceso mientras que en el segundo sí. En el primer caso, si se resuelve la no restitución, el interesado puede formular una nueva demanda mientras que en el segundo sólo solicitaría que el proceso se reanude.

Estas consecuencias procesales tienen sentido a la luz del Convenio sobre Sustracción toda vez que enervan la posibilidad de que el progenitor, que ha cometido el traslado y retención o la retención ilícita, pueda obtener un fallo sobre una materia que es competencia del tribunal del país de residencia habitual del menor, competencia que él ha pretendido alterar artificialmente con su conducta<sup>9</sup>.

En el caso hispano peruano que estamos analizando claramente se podrá deducir la excepción de incompetencia o solicitarle directamente o, a través del juez de restitución, al juez de alimentos la suspensión del proceso de alimentos.

2.2.6. La competencia del juez del país requerido en la solicitud de restitución internacional de menor para ordenar medidas urgentes de protección en materia de alimentos conforme al Convenio sobre Sustracción.

---

<sup>9</sup> [http://www.iin.oea.org/Reunion\\_Sustraccion\\_internacional/Ponencia\\_Dra\\_Perez\\_Vera.pdf](http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Ponencia_Dra_Perez_Vera.pdf) (págs.3 y 4) Pérez Vera señala: “..., el problema jurídico que plantean las sustracciones de menores deriva de la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial internacional lo que, unido a las diferencias en los derechos internos, les hace pensar en la posibilidad de obtener una decisión favorable a sus intereses que, además, legitimaría su acción”.

Frisch Philipp, Walter, José Arturo González Quintanilla y otro. Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional. 3a. edición. México. Editorial Porrúa. 2005. p. 201, en relación al tema señalan: “La actuación en fraude a una ley procesal con el objeto de obtener cierto efecto procesal internacional, así para obtener determinada competencia internacional, p.e. a través de un domicilio no efectivo, no deberá reconocerse.”

Mi planteamiento es que los tribunales del país requerido, en la solicitud de restitución internacional de menor, no son competentes para pronunciarse sobre la cuestión de fondo del derecho de alimentos, pero si son competentes para dictar medidas urgentes de protección a favor de la niña, niño o adolescente cuya restitución se solicita.

Las normas sobre las cuales me baso para esbozar mi planteamiento son los artículos 1, 2 y 7b de la Convención sobre sustracción. En ellos se ha establecido una especie de foro de necesidad<sup>10</sup>, destinado a ordenar medidas de diversa índole cuando el menor, que ha sido sustraído, precise de alguna de ellas relativa al ejercicio de sus derechos fundamentales.

En efecto, mientras el menor cuya restitución se solicita, se encuentre en el Perú en medio de un proceso judicial que definirá si esa restitución procede o no, no debe dejar de ejercer sus derechos fundamentales establecidos en la convención sobre los derechos del niño y conforme a su interés superior.

Como ya se ha citado en el acápite anterior y la práctica judicial también lo indica, los principales derechos que la niña, niño o adolescente, inmerso en este tipo de procesos, debe ejercitar son el derecho de alimentos y el derecho a mantener el contacto personal con el progenitor que quedó atrás – *left behind parent*-.

El artículo 1a nos señala que una finalidad del Convenio sobre sustracción es garantizar la restitución de los menores sustraídos, así como velar porque el derecho de custodia vigente en un Estado contratante se respete en el otro. Si, como he sustentado, el derecho de custodia comprende todos los derechos fundamentales del menor, entre los cuales están alimentos y contacto personal, ¿cómo se los puede respetar si el menor no los ejerce mientras se encuentra en el Perú? De igual modo, si el menor está siendo afectado física y psicológicamente por falta de alimentos y contacto con el progenitor privado respectivamente, ¿cómo se puede garantizar su restitución de manera segura?

El artículo 2 apuntala lo expresado en el párrafo anterior pues establece que los estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan los objetivos del Convenio y para ello deberán recurrir a sus procedimientos de urgencia. Es decir, si los Estados deben recurrir a sus procedimientos de urgencia, ello nos está diciendo que se debe actuar de manera célebre para no desproteger al menor y de esta manera cumplir con los objetivos del Convenio.

Finalmente, el artículo 7b estipula un mandato contundente (qué si bien es a través de las autoridades centrales, también va dirigido a sus intermediarios, uno de los cuales, qué duda cabe es el Poder Judicial), a saber: adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales a fin de prevenir que el menor sufra

---

<sup>10</sup> El foro de necesidad es un instituto del derecho procesal civil internacional según el cual, un tribunal que, no obstante, no es competente para conocer de una controversia vinculada a un ordenamiento extranjero (en virtud a norma legal general), se debe abocar a dicho conflicto y resolverlo, sea por mandato de norma procesal específica -lex fori – (que establece una excepción) o por precedente judicial fundado en principios superiores de un determinado ordenamiento jurídico a fin de evitar la denegación de justicia o prevenir la lesión de bienes jurídicos.

mayores daños. Es decir que, si el menor sufre carencia de alimentos, entonces al daño, que ya le produjo la sustracción, se le sumará otro, que, incluso, podría poner en peligro su subsistencia. En tal sentido el tribunal del país requerido puede y debe ordenar una medida provisional de carácter alimentario a fin de salvaguardar su derecho a la supervivencia, aún contra el progenitor que solicitó la restitución internacional.

En consecuencia, el juez competente del país requerido, mientras dure el proceso judicial de restitución internacional de menor, de oficio o a pedido de parte y acreditando la urgencia de la medida alimentaria, puede y debe ordenarla a fin de que se cumplan, no sólo los objetivos del Convenio sino la convención sobre los derechos del niño.

Está claro que el juez debe analizar si existe la urgencia o no para ordenar la medida, pues pudiese ocurrir que el tribunal competente del país donde el menor tiene su residencia habitual ya las haya ordenado y, a través de alguno de sus progenitores, el menor ya éste gozando de ellas. El típico caso sería el de una pensión de alimentos que se envía por transferencia internacional a la cuenta del progenitor que está reteniendo al menor en el Perú. En tal sentido, será trabajo del juzgador indagar este tipo de circunstancias por los medios rápidos que la cooperación judicial le ofrece o a través de la autoridad central de aplicación del convenio sobre sustracción.

En cuanto al juez del foro peruano que debe ordenar la medida urgente de protección alimentaria, soy de la idea que debe ser el juez que conoce del proceso de restitución internacional de menor, toda vez que éste juez es el que está inmerso en el problema principal que suscitó el conflicto familiar, y, por contar con mayor información, evidentemente está en mejor posición para decidir la fijación y monto de la cuota alimentaria de carácter provisional o medida alimentaria de cualquier otra índole.

Así mismo, la referida judicatura es la que finalmente ordenará o no la restitución del menor al país del cual fue trasladado y por tanto conocerá el momento en ella se producirá, por ende, también conocerá el momento para dejar sin efecto la medida.

No obstante, si el proceso de alimentos ya se ha iniciado o se inicia ante otro juzgado, considero que éste juzgado también puede ordenar la medida urgente de protección alimentaria, aplicando los criterios que he esbozado y, en coordinación con el juez de la restitución y la autoridad central de aplicación, a fin de obtener la información necesaria sobre el caso y lo que, en su caso, se habría tramitado ante el juez competente extranjero.

Actualmente, en lo que respecta al tema del ejercicio del derecho fundamental del menor a mantener el contacto personal con el otro progenitor privado mientras dure el procedimiento de restitución internacional de menor, los juzgados peruanos vienen concediendo visitas provisionales o contactos virtuales, estos últimos debido a la reciente pandemia COVID 19<sup>11</sup>. Esto

<sup>11</sup> <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf> (pág. 35) “Artículo 177. En resolución debidamente fundamentada, el Juez dictará las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente”

constituye un claro ejemplo de aplicación de medidas urgentes de protección, las cuales estimo deben ampliarse al tema alimentario.

Por su parte, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en su guía de Buenas Prácticas – Segunda Parte Medidas de Aplicación para la ejecución del Convenio sobre Sustracción, se ha referido al tema de medidas provisionales del siguiente modo:

*“Las medidas provisionales pueden jugar un papel muy importante en el éxito y en la rapidez con que avance un caso de retorno de La Haya. En algunos casos, puede ser necesario que los tribunales protejan el bienestar del menor antes de una decisión definitiva”.*<sup>12</sup>

Si bien la Conferencia de La Haya no especifica a través de qué medidas se protegería el bienestar del menor, de conformidad con el interés superior del niño y los ejes de protección establecidos en el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño, es obvio que, se puede ordenar, fundado en la urgencia para la subsistencia del menor, una pensión de alimentos provisional a su favor u otra medida alimentaria de la más diversa índole.

En el caso hispano peruano materia del presente ensayo puedo apreciar que la demandante ha solicitado el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo del derecho alimentario a un juez distinto al que conoce de la restitución. Para pronunciarse sobre ese asunto dicho juzgado es notoriamente incompetente, pues tal como le he expresado, la demandante sólo puede solicitar una medida urgente de protección del derecho alimentario, reconociendo la competencia del juez extranjero y acreditando la urgencia de la medida, sea al juez de restitución o a otro juez competente para conocer en materia alimentaria.

En cuanto a la acreditación de la urgencia, considero que ésta no se podría efectuar toda vez que la demandada ha mostrado desinterés por comunicarse con el juzgado español a fin de reclamar la suma que el padre ha consignado a favor de su menor hija, ello sumado al hecho que la niña ha vivido, desde que fue trasladada y durante toda su retención ilícita en el Perú, sin ningún problema, con lo cual también se aprecia que no existe urgencia.

En este caso no se trata de que el padre, que es un obligado a acudir con alimentos para su hija, se vea librado de su deber, sino que ese deber le sea reclamado ante el juzgado competente en el país de residencia habitual de la niña y que en el foro del país requerido sólo se ordene una medida en su contra siempre y cuando se haya acreditado la urgencia. Recuérdese que un dato del caso es que el padre está cumpliendo con su deber al consignar suma por alimentos en la jurisdicción competente.

En rigor, de lo que se trata es que la niña, en ningún momento quede desprotegida, pues en su eventual retorno España, llegará al territorio de la jurisdicción competente, la cual, de oficio o a pedido de parte, ordenará las medidas, no sólo para proteger su derecho alimentario, sino que, de ser necesario, otros derechos de la más diversa índole.

---

<sup>12</sup><https://assets.hcch.net/docs/36d44ecb-6864-403d-ae50-fe38211516e8.pdf> (pág. 35)

## 2.2.7. Una jurisprudencia del foro uruguayo sobre restitución internacional de menor y el derecho de alimentos

La jurisprudencia comparada, de valiosa utilidad al aplicar la Convención sobre Sustracción, también se ha expresado sobre el tema alimentario en su aparente colisión con el proceso de restitución internacional de menor, como es el caso del Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno de Montevideo en la República Oriental del Uruguay que, en una sentencia de restitución internacional de menor, estableció en relación a los alimentos lo siguiente:

*“5. Se irá a declarar de oficio la nulidad de la previsión de la sentencia sobre la pensión alimenticia dispuesta a cargo del requirente. La sede a quo carece de jurisdicción internacional para disponerla, con lo que, en el citado punto, la sentencia es nula. En efecto, la jurisdicción para resolver sobre todo otro asunto que exceda al marco del objeto de los presentes procedimientos, pertenece al Juez natural, el juez de la Residencia habitual de las niñas involucradas. Así lo establece la Convención de La Haya de 1980, particularmente en su artículo 16. Por lo demás, si sólo se tratare de medidas provisionales de protección en caso de urgencia, cuya adopción se habilita al Juez de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentra el niño por el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, a través de su art. 11, precisamente la materia de alimentos queda expresamente excluida por virtud del art. 4 literal “e)” de dicha Convención. Así, en la especie, la disposición de la sentencia relativa a alimentos, de imposible ejecución en el Estado requirente debido a la citada ausencia de Jurisdicción internacional del Juez uruguayo, fue impuesta en la apelada como condición al retorno.*

*Por lo que la imposibilidad de su ejecución en el Estado requirente, obstaculiza la restitución que por el presente pronunciamiento se confirma. Y amerita la declaración de nulidad insanable de Oficio, de acuerdo con el art. 116 del CGP”.<sup>13</sup>*

Conforme planteamiento que he esbozado en el presente ensayo, construido a partir de la interpretación sistemática de la Convención sobre Sustracción y la Convención sobre los derechos del niño, no estoy de acuerdo con lo resuelto por el tribunal uruguayo toda vez que, a mi modo de ver, si hubiese procedido una medida de pensión de alimentos, aún contra el progenitor que quedó atrás, previa acreditación de la urgencia y siempre en calidad de provisional.

### 3. Conclusión

---

<sup>13</sup> <https://uy.vlex.com/vid/800607621.pdf> (pág. 18 y 19). Es la Sentencia Definitiva nº 136/2019 de Tribunal Apelaciones Familia 1ºt de Montevideo – Uruguay del 22 de Julio de 2019 “REAL MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD PÚBLICA DE NORUEGA - DE LEÓN FITIPALDE, LARA Y SERENA – RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR”.

En los procesos de restitución internacional de menor, la judicatura del Estado requerido para restituir a la niña, niño o adolescente, ya sea el mismo juez que conoce del proceso de restitución internacional de menor, u otro competente en materia alimentaria, puede y debe ordenar, de oficio o a pedido de parte, una medida temporal de protección a favor de la niña, niño o adolescente consistente en una pensión provisional o cualquier otra medida alimentaria de la más diversa índole, por el tiempo que dure el proceso. En tal sentido, estos tribunales no deben pronunciarse sobre la cuestión de fondo del derecho alimentario, toda vez que está comprendido en el derecho de custodia.

Para expedir la medida de protección deberá estar acreditada su urgencia, al igual que cuando dispone un régimen de contactos virtuales o personales paterno o materno filiales. Todas estas medidas garantizaran el retorno seguro de la niña, niño o adolescente y se dejarán sin efecto cuando se cumpla la eventual orden de retorno del menor al país donde tiene su residencia habitual.

El planteo formulado encuentra soporte en la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, así como el propio Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

#### 4. Bibliografía

FRISCH PHILIPP, Walter, José Arturo GONZALEZ QUINTANILLA y otro. Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional. 3a. edición. México. Editorial Porrúa. 2005.

RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico Introducción al derecho. 10ma, edición. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017.

Código Civil del Perú

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf>

Código de los Niños y Adolescentes del Perú

<https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>

Código Procesal Civil del Perú

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-Procesal-Civil-3.2020-LP.pdf>

Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

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

<https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>

Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

<https://assets.hcch.net/docs/36d44ecb-6864-403d-ae50-e38211516e8.pdf>

Jurisprudencia Uruguaya

<https://uy.vlex.com/vid/800607621.pdf>

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

<https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>

Ponencia de Elisa Pérez Vera en Reunión de Expertos del Instituto Interamericano del Niño de la OEA

[http://www.iin.oea.org/Reunion\\_Sustraccion\\_internacional/Ponencia\\_Dra\\_Perez\\_Vera.pdf](http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Ponencia_Dra_Perez_Vera.pdf).