

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES: LA IMPORTANCIA DE LA FUENTE CONVENCIONAL EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO DE FUENTE INTERNA.

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas¹

I. INTRODUCCIÓN

Muchos son los comportamientos, porque no perversos, que emplean los progenitores, quienes dentro del abanico de posibilidades eligen desplazar ilícitamente al menor desde el Estado donde éste tiene su residencia habitual a un país distinto o bien retenerlo ilegalmente en este último. El caso tipo de secuestro internacional, *child abduction o enlèvement d'enfant* entre otros menos frecuentes, es el siguiente: el progenitor al que tras un divorcio, se ha atribuido el derecho de visita, aprovechando un periodo de tal derecho de visita, sustrae consigo al menor y lo traslada a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener el derecho de custodia para legalizar el secuestro, razón por la que este fenómeno también se lo denomina *legal kidnapping o secuestro legal de menores*. Existen para la doctrina una serie de causas que complejizan este fenómeno, tales como, la quiebra de un matrimonio mixto, el nacionalismo judicial, el controvertido derecho de visita, las madres secuestradoras y los padres maltratadores, el paso rápido por las fronteras, el transcurso de los años². Esta modalidad en todo su espectro, claramente abusiva ha sido calificada, con razón, como una variante de "violencia doméstica"³. Nadie desconoce que los casos de sustracción internacional de menores, se caracterizan por los altos niveles de tensión entre las partes y por presentar por añadidura la posible existencia de un procedimiento penal abierto en el Estado de residencia del niño o niña contra el progenitor sustractor. Por ello, en ocasiones una de las partes podría temer encontrarse en una misma sala con el progenitor y en cambio, aceptar solucionarlo por otros métodos alternativos permitidos por los avances tecnológicos tales entre otros, como la mediación *on line*⁴.

Las reyertas, las desavenencias matrimoniales suelen derivar en conductas altamente perniciosas para los propios hijos de la pareja, del matrimonio quienes, ajenos completamente a tal situación, llegan a ser tratados como meros objetos. En efecto, los niños se transforman en verdaderos rehenes de sus progenitores, quienes con el afán de profundizar la conflictividad no se preocupan si vulneran, si ofenden, si atentan gravemente

¹Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Área Derecho Internacional Privado, Directora de la Maestría de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires, Directora de Proyectos UBACYT subsidiados por la Universidad de Buenos Aires.

² Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso – CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, "Sustracción internacional de menores: una visión general", en GAMARRA CHOPO, Yolanda (coord.). Zaragoza, Institución "Fernando el Católico", (C.S.I.C.) Excelentísima Diputación de Zaragoza, 2011, pág.115-155. Los casos citados en este artículo los hemos tomado de este excelente trabajo. Ver también de los mismos autores, *Derecho Internacional Privado*. 7ª- edición. Granada, Comares, 2006.

³ HERZ, Mariana, "El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de la sustracción parental internacional", en *Revista de Derecho Procesal*, Año 2010 - Volumen 1, p. 179.

⁴ Vid. CUNHA, E., "The Potential Importance of Incorporating Online Dispute Resolution into a universal Mediation Model for International Child Abduction Cases", *Connecticut Journal of Int'l Law*, 2008, pp. 155-179; KUCINSKI, M. A. "The Pitfalls for International Child Abduction Cases", *Connecticut Journal of Int'l Law*, 2008, pp. 155-179.

contra el interés superior de sus propios hijos. Tal fenómeno se ha visto incrementado de manera exponencial debido entre otras razones, a la dispersión internacional de la familia, de la multiplicación de matrimonios y parejas interculturales y multiculturales, del incremento de las comunicaciones, de la celeridad de los medios de transporte modernos, de las migraciones laborales internacionales, y en general, del debilitamiento, de la flexibilidad de las fronteras del Estado posmoderno. Todo ello en el marco, e incluso, motivado por la globalización y por los procesos de integración regional⁵. En este último aspecto en la Unión Europea el Reglamento 2201/2003, incorpora dos grandes novedades: 1) El artículo 41 indica que la resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro sobre el derecho de visita, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva. No requiere por ende, ni reconocimiento ni exequatur. 2) El artículo 48 permite que los órganos jurisdiccionales puedan modificar el fallo procedente de autoridades judiciales de otro Estado miembro, mediante la adopción de las modalidades prácticas necesarias para organizar el ejercicio del derecho de visita, siempre y cuando se respeten los elementos esenciales de la resolución.

Sin lugar a dudas, el análisis crítico de esta delicada cuestión corresponde al Derecho Internacional Privado, que dentro del elenco de ramas jurídicas es la que precisamente se ocupa de su regulación fundamentalmente a través de convenciones internacionales que atienden a un objetivo fundamental, cual es el rápido reintegro del menor a su centro de vida a fin de evitar mayores perjuicios a los ya causados por el desarraigo ilegítimo y abrupto de su medio familiar y social. De modo que, ante la sensibilidad de esta situación, se requiere la adopción de trámites expeditivos y ágiles, a fin de dar pronta solución a cuestiones de profundo contenido humano y que no admiten, por su particular naturaleza, dilaciones impuestas por trámites innecesarios⁶.

Si bien ello es así, los profesionales del derecho, sobre todo quienes son sus aplicadores, cuando se encuentran ante pedidos de restitución de un menor tienden a confundirlos con un verdadero juicio de tenencia, llegando incluso a evaluar las aptitudes de los progenitores para ejercer el derecho de custodia. Pero, no podemos ocultar la verdadera razón de este trabajo, y ella es que si bien es cierto que dentro del sistema de derecho internacional privado argentino de fuente interna, el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield no regulaba el tema de la restitución internacional de menores, no es menos cierto que el estudio de la fuente convencional siempre revistió especial delicadeza y relevancia. Cabe poner de resalto, que la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación reaviva esta cuestión, por varias razones, en primer lugar porque incorpora una disposición específica sobre restitución internacional de menores, la del artículo 2542 que implica una alteración legislativa innovadora, y en segundo lugar, no por ello menor, esta norma resalta aún más si ello es posible, la importancia de la fuente convencional. En efecto, mediante la técnica del reenvío

⁵ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. "La restitución internacional de menores en el MERCOSUR", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 23, Diario Jurídico el Dial: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 29 de septiembre de 2006. 10 páginas.

⁶ De la exposición de motivos del Proyecto de Ley 22.546, que aprueba el Convenio entre Argentina y Uruguay sobre Protección Internacional de Menores, Montevideo, 1981.

legislativo interno, estipula que las autoridades apliquen en primer término, los convenios internacionales (lo cual obviamente lo harán en virtud de lo establecido por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional)-, y que cuando decidan sobre estos temas, deberán procurar adaptar al caso a los principios contenidos en tales convenios asegurando el interés superior del niño.

Por todo ello, nos hemos visto en la imperiosidad de realizar en este trabajo el análisis pormenorizado, a veces porque no crítico, del marco jurídico convencional argentino en tanto resulta una cuestión insoslayable dado que los convenios internacionales suscriptos por la República Argentina, ya que sea dentro de su ámbito de aplicación y aún fuera de él, por mandato del legislador, cumplen una destacada función en virtud de lo establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 2542⁷.

II. EL MARCO JURIDICO CONVENCIONAL APLICABLE A LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Debe ponerse de resalto desde ya, que lamentablemente, no existe en la actualidad un Convenio en el nivel universal, mundial sobre esta cuestión que pueda ser empleado para resolver el problema de las relaciones entre Estados occidentales y Estados de raíz islámica, Estados estos últimos que suelen permanecer al margen del célebre Convenio de La Haya de 1980 del 25 de octubre de 1980⁸. Estas previsiones, sin embargo, son más retóricas que efectivas, lo que ha llevado que algunos Estados como España y Francia, hayan celebrado tratados internacionales bilaterales con países islámicos para intentar resolver este acuciante problema; España lo hizo con Marruecos el 20 de mayo de 1997.

Por la irradiación que produce, el primer tratado que abordamos es la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, que goza de jerarquía constitucional en la República Argentina (art. 75 inc. 22 CN), y que guarda íntima relación con la cuestión de este trabajo, y que precisamente, prevé, fomenta, insta en el artículo 11 que los Estados deben adoptar medidas para luchar contra traslados y retenciones ilícitas de menores fuera del país de su residencia habitual, disponiendo a dichos efectos que los países promuevan acuerdos bilaterales o multilaterales o adhieran a los ya existentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño exige de los Estados, su cooperación mediante la celebración de tratados, cuyo incumplimiento, según lo establecido por la Convención de

⁷ El Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado en el 2014, que entrará en vigor en el 2015, introduce una norma específica sobre Restitución internacional de menores en el artículo 2642: Principios generales y cooperación. En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y fuera de su ámbito, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño o adolescente fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente regreso al país del niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente". (Texto aprobado, con las modificaciones en la redacción incorporadas por el Senado, en el que se reemplaza "para decidir" por "que decide").

⁸ Son parte del Convenio de La Haya de 1980, noventa y dos Estados. *Vid.* sitio *web* de la Conferencia de La Haya: <http://www.hcch.net>.

Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, de la que es parte nuestro país, genera responsabilidad internacional del Estado.

A su vez, en el nivel universal se encuentra en vigor, la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que ha demostrado ser eficaz en la medida que permite la restitución internacional sin exequatur, que se sabe es un trámite lento y costoso. Pero quizás el rasgo más importante de este Convenio sea su carácter fáctico, dado que el Convenio de La Haya sólo establece una estructura de cooperaciones de autoridades administrativas y judiciales así como una acción directa para el retorno inmediato del menor al país de residencia habitual del menor.

Desde ya adelantamos, que este Convenio no se ocupa de regular la ley aplicable al fondo de la titularidad de los derechos de custodia y visita, ni la cuestión de la atribución o privación de la patria potestad o de la responsabilidad parental, ni tampoco regula la competencia judicial internacional sobre estas cuestiones, ni la validez extraterritorial de decisiones en estas materias. Tan sólo persigue, y estas constituyen sus finalidades principales, lograr el retorno del menor trasladado ilícitamente de un país a otro y velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor. Son totalmente irrelevantes, entre otras, la nacionalidad y la filiación del menor sustraído.

Por su parte, en el ámbito continental americano, el proceso de codificación llevado a cabo por la Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, bajo los auspicios de la OEA, dio origen a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, concluida en Montevideo, el 15 de julio de 1989 (CIDIP IV)⁹.

Resulta que, tanto la Convención de la Haya como la Interamericana regulan los aspectos civiles del traslado o retención ilícitos de los menores de dieciséis años dado que, por un lado, prevén una solicitud de restitución del menor y una solicitud para garantizar el efectivo derecho de visita, y simétricamente contemplan la designación de una Autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el convenio¹⁰.

Ambas convenciones regulan un procedimiento autónomo que se divide en dos fases, una voluntaria, ante las autoridades centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes.

Asimismo, los Estados celebraron acuerdos bilaterales; entre los que destacan los Convenios bilaterales uruguayo-argentino sobre Protección Internacional de Menores, en vigor desde el 10 de diciembre de 1982, uruguayo-chileno sobre Restitución Internacional de Menores, vigente desde el 14 de abril de 1982, y uruguayo-peruano sobre la misma materia, en vigor desde el 2 de febrero de 1989. En muchas ocasiones, los tribunales nacionales hicieron extensivas estas soluciones convencionales a nivel bilateral a casos suscitados con terceros Estados¹¹.

⁹ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. "Ley 25.358. Convención interamericana sobre restitución internacional de menores", en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON de NOLASCO, Elena (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo 7A, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, agosto 2011, pp. 761/880.

¹⁰ La República Argentina designó al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (Dirección General de Asuntos Jurídicos) como Autoridad Central para ambos convenios.

¹¹ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, "La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución de Menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento", Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional

1. **Ámbito de aplicación espacial y temporal de las convenciones vigentes**

Las convenciones en vigor requieren que la residencia habitual del niño se ubique en un Estado parte y que el niño haya sido trasladado a otro Estado parte. Sin embargo, y esta no es una cuestión baladí, no es necesario que el menor haya sido desplazado desde el lugar donde residía.

El Convenio de La Haya entró en vigor el 1 de diciembre de 1983 y fue ratificado por la República Argentina el 1 de junio de 1991. Según dispone el artículo 35 de dicho instrumento, sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

El artículo 38 establece que “La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados contratantes. El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el día uno del tercer mes siguiente al depósito de la declaración de aceptación”.

Contempla las reservas previstas en el artículo 24¹² y en el tercer párrafo del artículo 26¹³, que podrán formularse a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 o 40. Ninguna otra reserva será admitida (artículo 42)¹⁴.

Asimismo, cualquier Estado podrá retirar en todo momento una reserva que hubiera formulado.

de menores por parte de uno de sus padres, 12 y 13 de agosto de 2002, Montevideo, Uruguay, SIM/doc 11/02-1. Puede verse también FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Editorial Universidad. Argentina. 2000.

¹² Artículo 24: *Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés.*

No obstante, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda solicitud, comunicación u otros documentos que se envíen a su Autoridad Central.

¹³ Artículo 26: *Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.*

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir gasto alguno de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor, así como todos las costas y pagos realizados para localizar al menor.

¹⁴ La República Argentina no realizó ninguna reserva.

Conforme con el artículo 44, el Convenio tendrá una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 43, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido. Salvo denuncia, el Convenio se renovará tácitamente cada cinco años.

A su turno, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo, el 15 de julio de 1989, en oportunidad de la cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP IV), entró en vigor el 4 de noviembre de 1994. La República Argentina la ratificó el 15 de febrero de 2001.

La CIDIP IV se encuentra abierta a la firma y ratificación de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (artículo 28) y a la adhesión de cualquier otro Estado (artículo 30).

Los Estados, según el artículo 31, podrán formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas, y que no sea incompatible con el objeto y fines de esta Convención. Regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Parte.

El Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, hecho en Montevideo, el 31 de Julio de 1981, fue aprobado por Argentina por la ley 22.546 del 01/03/1982 y por Uruguay por Decreto Ley 15218 del 20/11/1981. Entró en vigor el 10 de diciembre de 1982.

2. Compatibilidad de convenciones

La existencia de varios tratados vigentes en la misma materia, conlleva a la necesidad de resolver lo que se ha denominado “compatibilización de convenciones”, o también llamado “conflicto de convenciones”. En efecto, son múltiples los supuestos de hecho en los que se pueden llegar a aplicar tanto el Convenio de La Haya como la CIDIP IV, dado sus respectivos ámbitos de aplicación temporal, material y espacial. Más aún, si el niño tiene residencia en Argentina y haya sido trasladado o retenido indebidamente en Uruguay, o viceversa, podrían aplicarse los tres convenios en vigor.

Por ello, es necesario darle respuesta jurídica a esta delicada cuestión, para lo cual corresponde recurrir, a algunas pautas que surgen en los propios textos convencionales.

Así, el artículo 34 de la CIDIP IV establece que entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la CIDIP.

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.

La norma siguiente, a su turno, dispone que la CIDIP IV no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia. De esta manera, y este no es un tema

para nada menor, los tratados permiten aplicar siempre la norma que resulte más beneficiosa para el interés superior del niño, que como es sabido, es la regla de oro que gobierna todas las cuestiones relacionadas con la protección de los menores.

Por su parte, el Convenio de La Haya de 1980 resuelve que tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de las Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores entre los Estados parte en ambos Convenios, aunque este tratado que cuenta con alrededor de catorce Estados parte, nunca fue ratificado por nuestro país.

No obstante lo cual, teniendo en cuenta lo dicho respecto de la CIDIP IV, el Convenio de La Haya manifiesta que no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

Por otro lado, cabe señalar que el Convenio 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, hecho el 19 de octubre de 1996, en vigor desde el 1 de enero de 2002, del cual no es parte nuestro país, dispone que no afecta al Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en las relaciones entre las Partes en ambos Convenios. Nada impide por lo tanto, que se invoquen disposiciones del Convenio de 1996 para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita (artículo 50).

En resumen, el Convenio de 1996 profundiza el Convenio de 1980 dado que resalta el papel que asumen las autoridades del lugar de residencia habitual del niño al decidir cualquier medida que podría ser necesaria para proteger al niño. A su vez, refuerza también la eficacia de cualquier medida de protección temporal decidida por el juez ordenando el retorno del niño al país del cual ha sido sustraído, haciendo dichas órdenes ejecutables en ese país hasta en tanto las autoridades del mismo se encuentren en situación de tomar las medidas de protección necesarias.

Finalmente, el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, hecho en Montevideo, de 1981¹⁵, cuya Autoridad Central de aplicación es el Ministerio de Justicia, si bien se encuentra vigente entre ambos estados, ha sido desplazado en su aplicación, en principio, por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Sin embargo, si sus normas resultarán más favorables al interés superior del niño, podría ser válidamente invocado.

3. Los aspectos penales de la sustracción internacional de menores

El Convenio de La Haya de 1980, ya desde su propia denominación, establece que su ámbito de aplicación material queda acotado a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Además, a fuer de ser sinceros, cabe señalar que se trata de un título engañoso

¹⁵ FELDSTEIN de CÄRDENAS, Sara L. *Derecho Internacional privado*. Parte Especial. Editorial Universidad. 2000. En esta obra se estudian in extenso estos convenios y se destaca la desconfianza, el resquemor en épocas de la dictadura militar producía para la doctrina argentina más destacada el convenio uruguayo argentino de 1981.

porque no solamente se ocupa de la sustracción internacional de menores en sus aspectos civiles, sino simétricamente de velar por los derechos de custodia y de visita¹⁶. A su turno, el artículo 26 de la CIDIP IV establece que sus disposiciones no serán obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito. Sin perjuicio de ello, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores no se ocupa de los aspectos penales que pueden encontrarse involucrados, al contrario de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, adoptada en México en 1994 (CIDIP V) que se detiene tanto en los aspectos civiles como penales.

Si bien los convenios vigentes sobre restitución consideran que el traslado o la retención ilícitos no configuran un delito sino un ejercicio abusivo de derechos por parte del progenitor que traslada o retiene al niño, la sustracción internacional de menores no es una cuestión menor esclarecer que en muchos Estados es considerada delito. Aunque es cierto, que el tratamiento que se le da a la figura de la sustracción parental varía de un Estado a otro, así como varía la definición de menor y las penas que se imponen en cada uno de ellos.

En la República Argentina, se encuentra en vigor la Ley 24.270, la que aborda el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. Esta ley, prevé una pena agravada para el progenitor que impide el contacto de su hijo con el padre no conviviente, y lo traslada al extranjero.

El Código Penal de la República Argentina, en su artículo 146 tipifica el delito de sustracción de menor, penando la conducta de aquel que sustrajere, retuviere u ocultare a un niño menor de diez años del poder de sus padres. Sin embargo, puede dudarse válidamente si un progenitor puede ser sujeto activo del delito de sustracción de menores. En idéntico sentido, para España la sustracción internacional de menores constituye un delito según surge del Código Penal (el artículo 225 bis).

No obstante, y esto no es un dato menor, se ha comprobado que la sanción penal no es eficaz. En efecto, "opera una vez que la sustracción se ha producido, es de difícil aplicación porque generalmente requiere de un proceso de extradición que por la gravedad de las penas impuestas no es encuadrable en los tratados internacionales, añade nuevas dificultades al contacto, produce efectos perniciosos sobre el psiquismo del niño – víctima y puede constituir un obstáculo al retorno seguro, al impedir el regreso del sustractor como acompañante del niño, en los supuestos en que se trate de su cuidador primario o una denegación de justicia si al prohibir el ingreso al territorio del sustractor para ejercer sus derechos en el proceso que sobre la custodia probablemente se siga"¹⁷.

Por todo ello, la Autoridad Central argentina, la Cancillería de nuestro país, aconseja que la denuncia penal deba ser realizada con sumo cuidado, teniendo siempre en miras el interés superior del niño y el modo en que podrá afectar la causa la existencia de un reclamo penal.

El problema se presenta, se agrava cuando los menores sustraídos no tienen residencia habitual en un Estado parte de alguno de los convenios o son ilícitamente sustraídos hacia

¹⁶ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. obra citada en nota 13.

¹⁷ HERZ, Mariana, "El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de la sustracción parental internacional", en *Revista de Derecho Procesal*, Año 2010 - Volumen 1, p. 179.

Estados no parte o retenidos en ellos, la solución variará considerablemente según la jurisdicción que entienda en la cuestión. Por ello, es de toda conveniencia el adoptar medidas preventivas, sobre todo en aquellos casos de matrimonios o parejas que provienen de una cultura diversa¹⁸. En caso de desavenencias de estas parejas multiculturales, las disputas en materia de la atribución del derecho de guarda y de visitas, al punto que los riesgos de un desplazamiento ilícito del niño en un lugar distinto al de su residencia habitual se ven exponencialmente aumentadas.

En efecto, resulta muy frecuente el caso de un padre musulmán que en ejercicio del derecho de visitas del niño, lo lleva a su país de origen y lo retiene indefinidamente, amparado por el derecho islámico. Hasta el cine se ha hecho cargo de esta delicada cuestión, sobre todo para resaltar que desafortunadamente el tratado de alcance universal en la materia, es decir el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, resulta inaplicable, no operativo dado que la mayoría de los países islámicos no son parte.

4. Guías de Buenas Prácticas y otros documentos que favorecen la aplicación uniforme del marco convencional existente¹⁹

Para facilitar la aplicación del Convenio de 1980, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha elaborado una serie de documentos, entre los que destacan las Guías de buenas prácticas que suelen ser invocadas con frecuencia por los tribunales judiciales. Así indicamos los siguientes:

1. Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Primera Parte – Práctica de las Autoridades centrales, HCCH 2003.
2. Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Segunda Parte - Medidas de aplicación, HCCH 2003.

¹⁸ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. "El conflicto de multiculturalidad: réquiem para el orden público internacional en materia de familia", publicado en FERNANDEZ ARROYO, Diego F. MORENO RODRIGUEZ, José Antonio (dir), *Derecho Internacional Privado-Derecho de libertad y el respeto mutuo. Ensayos en memoria de Tatiana B. de Maeckelt*, Asunción, Paraguay, CEDEP, 2010, PÁG. 373-408.

¹⁹ Vid. HCCH. *Mediación. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, La Haya, 2012. (Texto disponible en: <http://www.hcch.net>). Sobre la mediación en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, vid.: T. Buck, *An Evaluation of the Long-Term Effectiveness of Mediation in Cases of International Parental Child Abduction*, June 2012 (disponible en <http://hdl.handle.net>.); M. C. Seoane De Chiodi, "New trends in networks and co-operation among Central Authority; mediation as an alternative means for the solution of controversies and the role of the Central Authority in its application in international return and Access procedures", *International Family Law*, March 2012 (special issue); S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases: The Hague Convention*, Oxford, 2011; id., *Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas familiares transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de La Haya*, Documento Preliminar nº 5, de 5 de octubre de 2006 (disponible en: <http://www.hcch.net>).

3. Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Tercera Parte – Medidas de prevención, HCCH 2005.
4. Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Cuarta parte – Ejecución, HCCH 2010.
5. Contacto transfronterizo relativo a los niños - Principios generales y Guía de buenas prácticas, HCCH 2008.
6. Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Mediación, HCCH 2012.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha decidido teniendo en cuenta tales documentos: “3°) Que ... sobre la base de la obligación de colaborar que pesa sobre las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido en virtud del art. 7° del CH 1980, la Guía de Buenas Prácticas del citado convenio, Primera Parte — Práctica de las Autoridades Centrales —, al tratar el procedimiento a continuación de la decisión de retorno, señala que dichos organismos deberían cooperar lo más estrechamente posible para aportar información sobre la asistencia jurídica, financiera y social, así como todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente, y facilitar el contacto oportuno con estos cuerpos en los casos apropiados, asegurándose de que esas medidas sean aplicadas tras la restitución del menor. Asimismo, establece que ambas autoridades centrales deben colaborar para garantizar que el padre sustractor que desea volver con el menor sea informado de los servicios de asistencia existentes en el Estado requirente, incluso cuando la restitución no plantea ningún problema de seguridad. 4°) Que ... a los efectos de que las dificultades que pudiese generar el retorno de la progenitora con el menor no obstaculicen el cumplimiento de esta sentencia ni originen mayor conflictividad que la que de por sí podría provocar el hecho de tener que regresar a un país en el que aquélla manifiesta no haber podido adaptarse, corresponde hacer saber al señor juez a cargo de la causa que, al momento de efectuar la ejecución del presente fallo, proceda a realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos, permitiéndole para ello adoptar las medidas que estime conducentes, ponderando la realidad y circunstancias en que se desarrollan las relaciones entre las partes para concretar las pautas de restitución, como así también evaluar los requerimientos que se le formulen en tanto respeten la decisión adoptada y no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar sin causa su cumplimiento (ver Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, punto 6.3, pág. 79 y Segunda Parte, punto 6.7, pág. 41”²⁰.

Por su parte, el Instituto Interamericano del Niño (IIN) tiene a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de la Convención sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados

²⁰ "W., D. c/ S. D. D. W. s/ Demanda de Restitución de Menor" – CSJN – 22/11/2011.

Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma. Igualmente, tiene a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia (artículo 27, CIDIP IV).

En el ámbito del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, funciona el Programa Interamericano sobre Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres que tiene el propósito de fortalecer la cooperación entre los Estados Americanos, alentándolos y asistiéndolos a tomar acciones concretas dirigidas a evitar que se produzcan situaciones de sustracción internacional de niños y niñas por uno de sus padres y, en los casos en que esto no sea posible, a adoptar medidas eficaces para su pronta restitución a su lugar de residencia habitual.

III. LA FINALIDAD DE LAS CONVENCIONES EN VIGOR

La Convención de La Haya tiene una finalidad primordial, tal es, la pronta restitución del menor ilícitamente trasladado o retenido, al lugar de su residencia habitual. Ello resulta del propio texto que en el artículo 1.a así lo dispone, y que es comprendida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de los tribunales judiciales.

Simétricamente, tiene por fin 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 1.b).

En este aspecto, resulta ilustrativo el informe explicativo de la relatora Prof. Elisa Pérez Vera, cuando señala que: “los objetivos del Convenio, que constan en el artículo primero, se podrían resumir de la forma siguiente: dado que un factor característico de las situaciones consideradas, reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. Para alcanzar este objetivo, el Convenio consagra en primer lugar entre sus objetivos el restablecimiento del statu quo mediante la "restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante". Las dificultades insuperables encontradas para fijar convencionalmente criterios de competencia directa en la materia, llevaron en efecto a la elección de esta vía que, aun siendo indirecta, va a permitir en la mayoría de los casos que la resolución final respecto a la custodia, sea dictada por las autoridades de la residencia habitual del menor, antes de su traslado”. Expresa seguidamente, en relación al objetivo recogido en el punto b, que si bien “presenta un carácter autónomo, su relación teleológica con el objetivo "retorno del menor" no es por ello menos evidente. En realidad, se podría estimar que se trata de un único objetivo considerado en dos momentos distintos, en tanto que el retorno inmediato del menor responde al deseo de restablecer una situación que el secuestrador modificó de forma unilateral mediante una vía de hecho, el respeto efectivo de los derechos de custodia y visita se sitúa en un plano preventivo en la medida en que dicho respeto debe hacer desaparecer una de las causas más frecuentes de las sustracciones de menores”.

Finalmente destaca: “... Cabe llegar a la conclusión de que cualquier intento de jerarquización de los objetivos del Convenio sólo puede tener un significado simbólico. En efecto, parece casi imposible establecer una jerarquización entre dos objetivos que tienen su origen en una única

preocupación dado que, en definitiva, viene a ser más o menos lo mismo facilitar el retorno de un menor desplazado que tomar las medidas oportunas para evitar su desplazamiento”²¹.

A su turno, dentro del ámbito interamericano la CIDIP IV dispone que “tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares”.

“...La acción de restitución es autónoma por su objeto y específica por su perfil procesal, pues puede verse agotada con la sola restitución, sin ser seguida por acción posterior. En cuanto a lo segundo, por participar de la naturaleza del recurso de innovar, aunque no ya referida al juez sino a las partes (...) Según Droz, la Convención “fija simplemente una obligación de resultado: el retorno del niño” (“Travaux du Comité...”, années 1981-82, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1985, pág.131). Esto es así en tanto de lo que se trata es de lograr una solución de urgencia, con miras a evitar la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas (Rapport explicatif de Mlle. Elisa Pérez Vera, N°40), evitando que la solución de las disputas entre progenitores en torno a la guarda o tenencia de los menores se logre mediante vías de hecho...”²².

La finalidad es “el pronto retorno del menor al Estado en el cual tiene su residencia habitual; para lo cual califica al traslado o la retención indebida por la violación de los derechos de guarda y de custodia. También tiene por fin resguardar las relaciones familiares, en consecuencia, son sus objetivos el bienestar del menor, y el derecho de visita considerando que la sustracción es una acción contraria a su bienestar”²³.

Sin embargo, y sin perjuicio del objetivo central de los convenios en materia de restitución, “cabe hacer hincapié en que lo resuelto no constituye impedimento para que, por la vía procesal pertinente, los padres puedan discutir la tenencia de la menor, desde que la propia Convención prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilegal, y ello no se extiende al derecho de fondo de la guarda o custodia del menor, materia principal que hace a las potestades del órgano con competencia en la esfera internacional”²⁴. Además la jurisprudencia más reciente ha sabido decir que: “...Para establecer la aplicabilidad de un tratado habrá de estarse pues, a su ámbito de aplicación material, espacial y temporal. Que el capítulo I de la CLH80 trata el ámbito material y espacial de aplicación al establecer que su finalidad es “ a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante” y “b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes” (art.1) y el art.4 dispone que “... se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los

²¹ Informe explicativo que acompaña el texto del Convenio.

²² “S., Z. A. A. c/ A, D. D. s/ Exhorto”, Expte. N°88.448, del 14 de septiembre de 1995, ED, 165-499.

²³ BIOCCA, Stella Maris, *Derecho Internacional Privado. Un nuevo enfoque*, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2004, T. I, p. 339.

²⁴ “S. A. G. s/ restitución internacional solicita restitución de la menor”, CSJN, 20 de diciembre de 2006.

derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años”²⁵.

IV. CALIFICACIONES AUTÁRQUICAS

1. Alcance del derecho de custodia

Sabida resulta la importancia que tiene que los propios instrumentos jurídicos internacionales, introduzcan en su texto calificaciones autárquicas encaminadas a armonizar las definiciones, las categorías jurídicas sobre la que se ocupan. El art. 3º de la Convención de La Haya de 1980 define los supuestos de traslado y retención ilícitos, determinando que estos se dan cuando se realizaren en infracción de un derecho de custodia efectivamente ejercido, sea éste exclusivo o compartido, atribuido por el derecho de la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención, ya sea de pleno derecho, por una decisión jurisdiccional o administrativa o por acuerdo de partes.

Al respecto conviene resaltar que el artículo 5 inc. a prescribe que el derecho de custodia “comprende” la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor y por lo tanto del traslado del menor. Idénticamente, lo define el artículo 3 inc. a de la CIDIP IV.

En la mayoría de los casos se verán supuestos de patria potestad compartida y el traslado o retención, aunque son ilícitos, no configuran un delito en sí mismos, sino un ejercicio abusivo de los derechos-deberes atribuidos en el marco de la patria potestad.

Por su parte, el Convenio de La Haya no califica el derecho de custodia como concepto jurídico, sino que establece un contenido mínimo para lograr acercarse a los fines que procura alcanzar.

En este sentido se entenderá que el progenitor que ostenta un derecho de custodia limitado territorialmente no dispone de un derecho de custodia en el sentido del Convenio, pues no tiene el derecho de decidir la residencia del menor²⁶.

Los tribunales han sostenido que se habilitará la vía del Convenio de La Haya cuando cualquier persona física, tribunal, institución u órgano, que tenga un derecho a objetar el traslado del menor fuera de la jurisdicción, no sea consultada previamente al traslado o se niegue a él. Es suficiente entonces la existencia de la facultad de decidir acerca de la radicación del menor en el extranjero para que se configure la noción de custodia prevista en el Convenio.

En “Re S.” (Auto de 21 abril de 1997) la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª (tribunal de apelaciones), España, decidió que pese a que los padres del menor estaban divorciados, conforme a la ley Israelí (Israel era el lugar de residencia habitual), tenían derechos de custodia compartidos y por lo tanto el derecho conjunto para decidir el lugar de residencia del menor. Ninguno de los progenitores podía sacar del país a la menor sin el consentimiento del otro. El tribunal señaló que incluso en un caso en el que la madre tuviera los derechos de custodia y el padre derechos de visita, el padre con derecho de custodia no podía llevarse

²⁵ Vid. Fallo citado en nota 4.

²⁶ Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Sexta Edición, Editorial Comares, Granada, 2005.

unilateralmente al menor fuera del país porque eso sería negar el derecho que le había sido otorgado por el tribunal²⁷.

Asimismo, en los autos “Thorne v. Dryden-Hall”, la Corte de Apelaciones de Columbia Británica (Canadá), el 28 de mayo de 1997 consideró que los menores habían sido trasladados ilícitamente del Estado de su residencia habitual, Reino Unido, dado que en virtud del artículo 13 de la Ley del Menor de 1989 de dicho país, la madre tenía prohibido trasladar a los menores fuera de la jurisdicción sin el consentimiento por escrito de toda persona con responsabilidad parental o del permiso del tribunal. En especial, expresó que el derecho a determinar el lugar de residencia de un menor constituye un derecho de custodia aparte del derecho de cuidar la persona del menor. En virtud de una cláusula de no traslado este derecho puede ser conferido a un tribunal o a un progenitor quien de otro modo no tiene más que el derecho de contacto. El derecho a mudarse es una disposición accesoria a la custodia y puede ser otorgado o denegado por un juez. El Artículo 5 del Convenio de La Haya define que los derechos de custodia comprenderán el derecho relativo a determinar el lugar de residencia del menor. El incumplimiento de una restricción sobre el traslado constituye una violación a los derechos de custodia. En este caso la orden de residencia dictada conforme a la ley inglesa establecía que los menores vivieran con su madre; no le otorgaba a la madre la totalidad de los derechos abarcados por la palabra custodia. Ambos padres poseían los restantes derechos y responsabilidades parentales establecidas en la s. 3(1) de la Ley del Menor de 1989. La orden de residencia le reservaba al Tribunal inglés un derecho de custodia, el derecho a determinar el lugar de residencia del menor. El traslado de los menores por parte de la madre violaba el derecho de custodia y por consiguiente era ilícito²⁸.

En el caso “Sonderup v. Tondelli”, la Corte Constitucional de Sudáfrica con fecha 12 de abril de 2000, resolvió que la retención de la menor en Sudáfrica constituyó una violación de los derechos del padre conforme a un acuerdo de consentimiento que otorgó a la madre la custodia exclusiva de la menor y al padre, el derecho de visitas, a la par que disponía que ninguno de los padres debía retirar a la menor de Columbia Británica (Canadá) sin una orden judicial o el consentimiento escrito del otro²⁹.

La Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa “Abbot v. Abbot” (No. 08-645, decisión del 17 de mayo de 2010), en contra de lo sostenido por las dos instancias precedentes, sostuvo que el traslado de un menor al extranjero (en la especie, de Chile a los Estados Unidos) en compañía del progenitor que detenta la custodia, sin la autorización del otro progenitor, a quien se le había reconocido un derecho de visita y un derecho de autorización para los traslados del menor al extranjero (*ne exeat*), constituye una vulneración del “derecho de custodia” en los términos de la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Dentro de la jurisprudencia argentina, puede citarse el fallo de la Corte Suprema de la Nación del 19 de mayo de 2010 en autos “B., S. M. c. P., V.A.”, en el que los menores J.A., T. A. y N. A.

²⁷Vid. Referencia INCADAT HC/E/ES 244 (www.incadat.com) Sentencia completa publicada en: *Revista General del Derecho*, España, 1998, 3116-3119.

²⁸Vid. Referencia INCADAT HC/E/CA 12 (www.incadat.com).

²⁹Vid. Referencia INCADAT HC/E/ZA 309 (www.incadat.com) Sentencia completa publicada en: www.concourt.gov.za

B., todos de nacionalidad argentina, residieron hasta enero de 2002 en nuestro país. A partir de esa fecha, sus progenitores B., S. M. y P., V. A. deciden trasladar su residencia habitual a la ciudad de Rubí, Provincia de Barcelona, España.

El día 13 de abril del año 2005 los padres B.-P. firmaron un convenio (en los términos del art. 90 del C.C. español) que tiene por finalidad regular las consecuencias de la separación personal o divorcio vincular (arts. 81 y 86, Código Civil español). Dicho acuerdo fue aprobado por un fallo dictado el 14 de diciembre de 2005 por la Jueza titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 5 de la ciudad de Rubí. En el capítulo I, artículo segundo del convenio, los cónyuges denuncian su residencia dentro de dicha ciudad y en su segundo párrafo, expresan: "Cualquier cambio de residencia posterior deberá ser notificado al otro cónyuge, a fin de tener conocimiento del lugar en el que se encuentran los menores en todo momento". En el capítulo II del acuerdo, párrafo quinto, concertaron que "Los hijos del matrimonio, J., T. y N., de 11, 8 y 5 años de edad, permanecerán bajo la guardia y custodia de la madre. Y en el párrafo siguiente: "Es voluntad de ambos cónyuges seguir ejerciendo conjuntamente la patria potestad sobre los hijos, y a este fin se comprometen a tomar de común acuerdo cuantas decisiones importantes puedan afectarles".

Así, en el año 2005, durante el periodo de vacaciones, la madre los traslada a la Argentina, con expresa autorización del padre "... al solo efecto de viajar a la Argentina por el periodo de vacaciones...". Sin embargo, los retiene más allá del plazo pactado y decide no volver a España con los menores.

La Corte Suprema hizo suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal, y por ende, declaró procedente el recurso y revocó la sentencia recurrida, ya que concluyó que debe interpretarse el caso coordinando lo dispuesto por el derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente anterior a la ocurrencia del evento (en el caso, el derecho español) con la directiva del art. 5° inc a. En consecuencia, entiende que el título invocado por la Sra. P carecía de validez inicial, toda vez que no estaba habilitada -en ninguna de las vertientes previstas por el arto 3 in fine- para fijar la residencia de los hijos, fuera del territorio español, sin la anuencia del otro progenitor, que, por otra parte tampoco consintió posteriormente la modificación de residencia de los menores.

De manera más reciente, en la Provincia de Santa Fe, República Argentina el Tribunal Colegiado de Familia sostuvo: "(...)Que el art. 5 inc. a) califica "el derecho de custodia a los efectos de la aplicación de la Convención como el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia "y el art. 3 califica el traslado o retención como ilícitos "cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona...con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y cuando ese derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o retención..." "Que no se encuentra controvertido en autos que K. es una persona menor de 16 años (cfr. fs. 13), que residió pacífica, continua e ininterrumpidamente en Málaga (España) desde su nacimiento y que actualmente se encuentra en Santa Fe (Argentina); que por Sentencia N° 270/11 del Juzgado de Primera Instancia N°16 de Málaga se atribuyó la guarda y custodia de la niña a la madre

pero “...ejerciéndose conjuntamente por ambos padres la patria potestad” y “...debiendo consensuarse o en su caso obtenerse debida autorización judicial y dada la patria potestad compartida...” para las salidas al exterior con la niña (conf. fs. 15/16); que la niña viajó a nuestra ciudad con su progenitora, autorizada por el Juzgado de Primera Instancia N°16 de Málaga, mediante auto N°251/13 que aprobó el acuerdo al que arribaron las partes (obrante a fs. 17 vto./18vto. Corregido por auto obrante a fs. 19/20) para el traslado de la niña con su madre, desde el 17 de julio de 2013 y por un lapso de 45 días (cfr. constancias de fs. 17 vto./20vto. debidamente apostilladas). Que tanto España como Argentina son Estados ratificantes del CLH80, el que se encuentra vigente para nuestro país desde el 1 de junio de 1991 y para el Reino de España desde el 1 de septiembre de 1987, por lo que la situación fáctica de autos queda captada por el ámbito temporal de aplicación del mismo (art. 43 y 44)... Que pese a lo anterior, para la demandada no se configuró en autos una retención ilícita por cuanto el primer día hábil posterior al vencimiento de la autorización para trasladar y permanecer con la niña fuera de España, interpuso el pedido de modificación del régimen parental ante la autoridad judicial malagueña competente. Que corresponde entonces determinar si la promoción de dicha acción torna en legal la permanencia de la niña en Argentina. Que entiendo que, en los términos del art. 3 del CLH80 se ha producido una retención ilícita desde el 1 de septiembre de 2013 y que continúa a la fecha y esto por las siguientes razones:

“Que el art. 3 citado califica al traslado o retención de ilícitos cuando se producen en infracción a un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente y cuando ese derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o retención o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Que así las cosas, si bien el traslado fue lícito por cuanto medió autorización judicial y la retención hasta el 31 de agosto de 2013 también lo fue en virtud de la misma autorización, a partir de dicha fecha la retención ha devenido ilícita. Que así, tratándose del pedido de restitución internacional de una niña menor de 16 años, desde un país contratante en el que se encuentra (Argentina) al país contratante de su residencia habitual (España), estando la misma sujeta a la patria potestad compartida, careciendo la madre del derecho a trasladar a su hija fuera de España sin consentimiento del padre o autorización judicial y habiéndose autorizado el traslado a Argentina por un plazo de 45 días, el que a la fecha ha vencido, el CLH80 deviene aplicable”³⁰.

De manera que, tal como surge de las sentencias glosadas en las partes pertinentes, la facultad de decidir acerca del lugar de residencia del niño no es potestad exclusiva del progenitor que tiene la tenencia o custodia, sino que atendiendo al interés superior del niño, deberá ser el resultado de una decisión conjunta de ambos progenitores.

2. Alcance del derecho de visita

³⁰ Vid. Fallo citado nota 4 de la Provincia de Santa Fe.

El artículo 5 del Convenio de La Haya, además, de calificar, a los fines de su aplicación, el "derecho de custodia", define en el apartado b) el "derecho de visita" como aquél que comprende el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. En idéntico sentido, encontramos una definición en el artículo 3.b de la CIDIP IV.

A su turno, el capítulo IV del Convenio de La Haya se dedica al derecho de visita y en el artículo 21 establece que: "Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud 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 del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo". Los Estados Contratantes a la hora de interpretar el artículo 21, han concluido que la disposición no brinda un fundamento jurisdiccional según el cual los tribunales pueden intervenir en cuestiones de derecho de visita sino que se reduce a la asistencia procesal por parte de la Autoridad Central pertinente. No obstante, otros Estados Contratantes han permitido que se instituyan procesos sobre la base del Artículo 21 a fin de hacer efectivos los derechos de visita existentes o incluso crear nuevos derechos de visita.

3. La noción de "residencia habitual del niño"

Desafortunadamente, ni la Convención de La Haya 1980 ni la CIDIP IV califican el punto de conexión residencia habitual, pese a que es un elemento clave en ambos convenios. Debe entenderse como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, que en la aplicación de estas convenciones carece de relevancia, como tampoco la tiene la nacionalidad de los progenitores o la del menor.

Los expertos de los países que intervinieron en la elaboración del Convenio de La Haya eligieron la residencia habitual del menor para atribuir la competencia, en razón de ser éste un concepto que tiende a una mayor seguridad en lo que atañe a la restitución, ya que se supone que son los jueces en donde el menor desarrollaba su vida, donde tenía su centro de vida, los que se encuentran en mejores condiciones para resolver la cuestión de fondo. Dicho en otras palabras, se atiende a poner el acento en quienes son el eje, el motivo central de la protección del procedimiento de restitución internacional de menores.

Se plantea una interesante cuestión cuando los menores sustraídos son bebés, porque cabe preguntarse válidamente en qué Estado tienen su residencia habitual, a lo cual se ha respondido que parece adecuado estimar que los bebés también tienen residencia habitual, y que ella se localiza en el país de su centro social de vida, allí donde normalmente habitan. Y como habitan con las personas de las que dependen físicamente, debe estimarse que su

residencia habitual se encuentra en el Estado en el que tales personas tienen su centro de vida³¹.

La residencia habitual es un concepto que por su claridad, puede decirse, no es necesario definir; aunque lo cierto es que en la aplicación práctica de las Convenciones se plantea la cuestión acerca de conforme qué ley se calificará, se determinará, se definirá este punto de conexión: se plantea la cuestión propia del Derecho Internacional Privado conocido como "calificaciones". En los casos de un procedimiento de restitución internacional de menores corresponderá la calificación de tal concepto por la *lex fori*.

Un aporte sumamente empleado por la doctrina y por la jurisprudencia, es el que surge del art. 4° del Convenio argentino-uruguayo sobre la Protección Internacional de Menores de 1981 que califica la residencia habitual como el lugar donde el menor tiene su centro de vida, poniendo la atención en el menor y no en el domicilio de sus representantes legales, criterio este último que sustentan, otros en cambio, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940³².

La Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, ley 26.061 de 2005, dispone que el centro de vida es el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

El artículo 3° del Decreto reglamentario 415/2006 reza: "...el concepto de 'centro de vida' a que refiere el inciso f) del artículo 3° se interpretará de manera armónica con la definición de 'residencia habitual' de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad".

La Corte Suprema en el famoso caso "Daniela" sostiene que la expresión residencia habitual utilizada por la Convención de La Haya "se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores", tal como lo define el Convenio argentino-uruguayo. En virtud de ello, declara equivocada la interpretación de la apelante que hace depender la residencia habitual del menor del domicilio de sus padres. Por el contrario, en el caso no se discutió que la menor vivió en Canadá desde su nacimiento hasta el traslado a Argentina, durante cuatro años, cumpliendo así, el requisito de habitualidad. Que la estadía del matrimonio en Canadá no haya sido definitiva o que las autoridades de tal país sólo hubieran autorizado su permanencia por un tiempo limitado hacen a la configuración, o no, del domicilio, pero en nada afectan a la de la residencia habitual; por ende tales extremos son irrelevantes a los fines de la restitución internacional de menores³³.

4. La calificación de menor

³¹ CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZALEZ, obra citada nota 2, pág. 124.

³² Un desarrollo in extenso se puede ver en FELDSTEIN de CARDENAS, SARA L. Derecho Internacional Privado. Parte especial. Editorial Universidad. 2000.

³³ Vid. "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela", CSJN, 14 de junio de 1995.

Del artículo 4 del Convenio de La Haya se desprende una calificación autárquica del menor, en tanto dispone que “dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis (16) años.”

Dicho en otras palabras, una vez que el menor alcanza los dieciséis años, éste deja de aplicarse, aun cuando el menor cumpla dicha edad mientras que la solicitud de restitución se encuentra en trámite ante el tribunal³⁴.

La CIDIP IV, en similares términos, establece en el artículo 2 que: “Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad”. Cabe destacar que la calificación de menor de las convenciones no modifica el comienzo de la mayoría de edad, sino que se ha fijado a los específicos fines de la restitución del niño en los casos de traslados y retenciones indebidas, de allí que se previó una edad menor. En efecto, estos casos decrecen con el aumento de la edad del menor. A partir de los dieciséis años, se entiende que el niño es menos manejable por sus familiares y está en mejores condiciones de elegir con cuál de sus padres quiere convivir y en qué lugar³⁵.

De todas maneras en las cuestiones concernientes a los menores, el interés superior del niño se erige en una regla de oro, en un patrón que resulta de aplicación primordial en cualquier hipótesis; este principio rector puede ser mirado como una suerte de faro que tiene la suficiente evanescencia como para irradiar, para iluminar todos los textos relacionados con los menores, sean ellos de fuente convencional o de fuente interna. (Ver en este aspecto el juego armónico del artículo 2542 del Código Civil y Comercial de la Nación con los convenios internacionales).

V. PROCEDENCIA DEL PEDIDO DE RESTITUCIÓN

1. Requisitos de procedencia de la restitución internacional de menores

El pedido de restitución procede siempre que:

- 1) Exista un derecho de custodia atribuido de conformidad con la ley de residencia del menor;
- 2) Ese derecho de custodia haya sido ejercido de manera efectiva al momento del traslado o la retención del menor;
- 3) El menor tenga la residencia habitual en el Estado requirente de la restitución;
- 4) El traslado o retención sean ilícitos por violar un derecho de custodia atribuido según la ley de residencia del menor.

El art. 3° de la Convención de La Haya define los supuestos de traslado y retención ilícitos, determinando que estos se dan cuando se realizaren en infracción de un derecho de custodia efectivamente ejercido, sea éste exclusivo o compartido, atribuido por el derecho de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención, ya sea de pleno derecho, por una decisión jurisdiccional o administrativa o por acuerdo de partes. El art. 5° inc. a prescribe que el derecho de custodia comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor y por lo tanto del traslado del menor.

³⁴ Véase, entre otros, el caso “Re H.” (Abduction: Child of 16) [2000] 2 FLR 51 [INCADAT cita: HC/E/UK 476]. (www.incatat.com)

³⁵ SANTOS BELANDRO, Rubén, *Minoridad y ancianidad en el mundo actual*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2007. p. 193 y ss.

A su vez, el artículo 4 de la CIDIP IV dispone que “se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”.

El Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores se aplica siempre que un menor se encuentre indebidamente fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte (artículo 1). La presencia de un menor en el territorio del otro Estado Parte será considerada indebida cuando se produzca en violación de la tenencia, guarda o derecho que, sobre él o a su respecto, ejerzan los padres, tutores o guardadores (artículo 2).

Mientras que el traslado indebido o ilícito consiste en un desplazamiento del menor desde el Estado donde tiene su lugar de residencia habitual a un Estado distinto, la retención se produce cuando el traslado es lícito, en la generalidad de los casos en ejercicio del derecho de visitas, se transforma en ilícito ante la falta de retorno del niño una vez vencido el plazo convenido para su estancia en el extranjero.

Es necesario, en este puntual aspecto tener en cuenta que, una autorización para salir del país de residencia habitual de los menores, no implica, por sí sola, el consentimiento del cónyuge otorgante para retener al menor y fijar su nueva residencia en otro país. El fallo mencionado del Tribunal de la Provincia de Santa Fe, que se encuentra firme, que venimos intercalando en este trabajo, resulta sumamente esclarecedor, ilustrativo en este sentido.

2. Excepciones a la procedencia de la restitución internacional del niño

Las convenciones, sientan como principio general la procedencia de la restitución pronta, inmediata de los menores desplazados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los Estados contratantes, para lo cual deben darse los requisitos enumerados precedentemente, así como que el menor no debe haber cumplido los dieciséis años. Pero además para que la restitución sea viable no deben concurrir las excepciones que taxativamente prevén las mismas convenciones. Excepciones que como tales, deben ser interpretadas de forma restrictiva, limitada, rigurosa y en virtud de ello, la carga de la prueba la tendrá la persona que invoca la excepción. Ellas son:

a) Falta de ejercicio efectivo de los derechos de custodia o consentimiento del traslado o retención (art. 13 inc. a Convenio de La Haya y art. 11 inc. a CIDIP IV).

No se cumpliría con los requisitos de procedencia, si el requirente de la restitución no estaba ejerciendo la custodia efectiva antes del traslado o retención o si éste consintió la situación que ahora pretende atacar. En el caso “Daniela”, la Corte Suprema entendió que el consentimiento efectuado por el padre no tenía los efectos previstos en el art. 13 inc. a de la Convención ya que éste sólo había consentido el traslado de la menor al único fin de pasar las fiestas en Argentina pero en ningún momento aceptó la retención de la menor en este país³⁶-

b) Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a peligro físico o psíquico, o a una situación intolerable (art. 13 inc. B Convenio de La Haya y art.11 b CIDIP IV)

³⁶ Vid. "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela", CSJN, 14 de junio de 1995.

Se puede denegar la restitución del menor cuando se acredita la existencia de un grave riesgo Físico o psíquico que lo exponga a una situación intolerable ya que siempre debe primar el interés superior del menor. Cabe resaltar, que la mera invocación del grave riesgo no basta para configurar su existencia, dado que ante la interpretación restrictiva de las excepciones, quien carga con la prueba es quien trasladó o retuvo al menor ilícitamente. Se produce una suerte de inversión de la carga de la prueba, ya que quien se oponga a la restitución tendrá que aportar una prueba suficientemente concluyente como para paralizar, para impedir la pronta restitución del menor al lugar de su residencia habitual, de su centro de vida, de sus afectos. El juez del Estado donde se encuentra el menor es el que debe apreciar esta causal de denegación de la restitución internacional de manera restrictiva, dado que no valdrán alusiones genéricas, y siempre relacionadas con el menor, vale decir, no a la madre o hermanos del mismo.

Grave riesgo, significa que el riesgo debe ser extremo, muy probable, que obviamente debe consistir en un peligro y no de meros inconvenientes, o que la separación con el progenitor sea simplemente dolorosa.

Se configurará esta excepción, por ejemplo, cuando existen problemas internos en el país de la residencia habitual, es uno de los casos paradigmáticos en el que el padre del menor solicitaba la restitución pero se pudo probar en los obrados que era perseguido por un grupo terrorista, con lo con buen tino el tribunal hizo lugar a la excepción, rechazando el pedido de restitución porque tuvo en cuenta el interés superior del menor. Y aquí se refleja el delicado equilibrio entre el interés superior del niño y el cumplimiento de los pedidos de restitución, ya que el Tribunal, dijo que no dejaba al niño con su madre como premio a la sustracción, sino que lo que importaba era el niño, el interés superior del niño, y que de modo alguno, debía interpretarse que lo decidido era un premio para la madre cuya conducta deploraba. Así es que la Cámara Nacional en lo Civil en 1995 en el caso "S.Z.A.A. c. A.D.D. s/exhorto" sostuvo que esta excepción no apunta sólo a riesgos externos generalizados en el país requirente (como una guerra civil) sino que también autoriza a analizar la situación concreta que puede derivarse de la reinserción del menor en la situación anterior al traslado ilícito. En el caso se declara improcedente la restitución debido a que existía un grave riesgo actual para el menor³⁷ La CSJN en el célebre caso "Daniela" señaló que "...La causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con alguno de sus padres. Está claro que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o idioma, no bastan para considerar la situación excepcional que permitiría negar la restitución". En igual sentido, en el caso "E. de D., N. R. c/ D., M. G. s/ Reintegro de hijo" de 2004, el mismo tribunal consideró que: "La Convención considera como "riesgo grave" al riesgo de restituir a los menores al país de su residencia habitual por razones de índole interna de dicho país, pero no el mero argumento de que configuraría grave peligro restituir al menor al otro progenitor,

³⁷ "S., Z. A. A. c/ A. D. D. s/ Exhorto", expte. nº88.448, del 14 de septiembre de 1995, ED, 165-499.

puesto que estos últimos argumentos son propios de un juicio de tenencia que merite la aptitud de cada uno de los padres para el cuidado del niño”³⁸.

El Tribunal Colegiado de la Provincia de Santa Fe, en este sentido en el año 2014 sostuvo: “Que en la especie se ha invocado la excepción del art. 13 b) del CLH80 argumentando que una orden de restitución expondría a la niña a una situación intolerable. Se funda dicha excepción “en la concreta y verosímil posibilidad de que en breve tiempo (60 días) la magistrada competente dicte resolución que disponga el cambio de las medidas del convenio regulador en los términos propuestos por mi mandante y en consecuencia, disponga la facultad de mudar la residencia a la Argentina con régimen de visitas a favor del padre.” Y agrega “en efecto, la evidente existencia de litispendencia en este caso trasciende la mera cuestión procesal y se convierte en un riesgo cierto de daño para la niña en caso de que V.S. ordene la restitución de la niña y un (sic) pocos días la magistrada competente resuelva lo contrario”. Que conviene recordar que “...la excepción del art. 13 b) del CLH80 es una de las excepciones más frecuentemente invocadas por el padre sustractor para oponerse a la restitución de los niños. Las hipótesis contempladas en la norma son tres: el peligro físico, el peligro psíquico y una situación intolerable. Lo que se protege es la salud del niño entendida no como ausencia de enfermedad sino como estado de armonía y de bienestar psico-físico.” (ALVAREZ COSSI, C. “Restitución internacional de menores. Relato, antecedentes y anteproyecto de Convención Interamericana con vistas a la CIDIP IV de Montevideo de 1989”, Unidad de Asuntos Jurídicos del INN, Montevideo, 1988, p.8). Que se requiere que el riesgo sea grave, serio, de probable acaecimiento. El bienestar del niño debe afectarse de una manera inusual para que la situación se considere intolerable (49 HC/E/AT 381 [24/04/1992; Oberster Gerichtshof (Austria); Tribunal Superior de Apelaciones] 1 Ob 550/92 OGH). Debe tratarse de una situación extrema, demasiado severa como para ser tolerada. Que la CSJN ha dicho que “las palabras escogidas por el art. 13, párrafo primero, inc. "b" de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (ley 23.857), para describir los supuestos de excepción (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o situación intolerable), revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad de la convención” (Fallos 318:1269), Que en autos, no se ha acreditado la situación intolerable a que se expondría a la niña en caso de ordenarse su restitución. Los informes psicológicos y de escolaridad acompañados dan muestra de que la niña no ha sufrido variaciones en su desarrollo y rendimiento. Como dijo la testigo B.H. la niña es psíquicamente sana y tiene recursos. La eventual adaptación al medio de la niña no constituye un elemento que deba ser considerado por esta magistrada, por cuanto el pedido de restitución se interpuso antes de cumplido el año desde que se produjo la retención indebida, correspondiendo entonces la restitución (art. 12 del CLH80).

Que la circunstancia de que en España se haya fijado audiencia en el proceso sobre el fondo no constituye excepción a la restitución y tampoco configura la excepción del art. 13 b) del CLH80, por cuanto no existe certeza en torno al eventual dictado de sentencia en dicho acto, su sentido y/o la firmeza de la misma para el caso de que se dictara. Es decir, la audiencia *per*

³⁸ "E. de D., N. R. c/ D., M. G. s/ Reintegro de hijo" - CNCIV - SALA I – 29 de diciembre de 2004.

se, no asegura el fin del proceso sobre responsabilidad parental abierto en Málaga que habilite el cambio de residencia de K. a Argentina, ya que bien puede la justicia española otorgar la custodia al padre y un régimen de visitas a la madre; y/o diferir en el tiempo la resolución de la materia objeto de litigio y/o pueden interponerse recursos que ataquen el fallo y/o en definitiva, pueden acaecer vicisitudes que dilaten la resolución del caso o lo hagan de modo contrario a la pretensión de la demandada y ante tal circunstancia, la dilación en la orden restitutoria puede contribuir a consolidar una situación de hecho, dificultando un eventual posterior reintegro a España y por ende, el cumplimiento de la decisión definitiva que se dicte. Que tal dilación atentaría contra el principio de celeridad que debe informar todo el procedimiento y haría pasible al Estado de responsabilidad internacional (vid. HERZ, M. "Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las convenciones sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. A propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos", en REEI, N°15 y en ED 225-967) ³⁹.

c) Oposición del menor que ha alcanzado un cierto grado de madurez a la restitución (art. 13, párrafo 4° Convenio de La Haya y art. 11, última parte CIDIP IV).

Con arreglo a esta excepción, las autoridades judiciales o administrativas podrán denegar la restitución si el propio menor se opone. La doctrina se ha preguntado al respecto quién califica cuándo y cómo el menor posee un grado de madurez que permite tener en cuenta su oposición. Las Convenciones no lo hacen, por ende, será el juez o autoridad administrativa competente quien lo determinará, de acuerdo a cada supuesto concreto. Esta excepción debe ser leída, entendida conjuntamente con el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño que prevé que los menores deben ser escuchados, condicionado ello a la edad y madurez de los mismos.

Lo que resulta inobjetable es que la autoridad judicial "puede" tomar en cuenta la opinión del menor según su edad y madurez (art. 11, "in fine" Convención de Montevideo de 1989; art.12 Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por ley 23.849 y art.13 Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, de 1980, según ley 23.857) y también "puede" rechazar la restitución atendiendo a los deseos y preferencias del tutelado, lo que no significa que "debe" admitirlos obligatoriamente, sino meramente con efectos facultativos.

d) Integración del menor al medio al que fuera llevado luego de vencido el plazo de un año del acto de traslado o retención sin haberse requerido la restitución(art. 12, párrafo 2° Convenio de La Haya y art. 14, última parte, CIDIP IV)

Para que prospere esta excepción, deben coetáneamente cumplirse, efectivizarse los dos elementos que son, por un lado, la integración del menor en su nuevo medio, y por el otro, la iniciación de los procedimientos de restitución después de la expiración del plazo de un año desde el momento en que se produjo la sustracción o que fue localizado el menor si tenía paradero desconocido. Así lo declaró la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos "S.Z.A.A. c. A.D.D. s/exhorto", del 14 de septiembre de 1995: "...la integración al medio, el aquerenciamiento de que se hace mérito por el señor Asesor de Menores no es motivo

³⁹ Vid. Fallo mencionado en la nota 4.

autónomo de oposición, salvo en el caso en que la restitución sea solicitada más allá del plazo de un año a que se refiere el art. 12...”⁴⁰.

e) Derechos humanos y libertades fundamentales (art. 20 Convenio de La Haya y art. 25 CIDIP IV).

El artículo 20 prescribe que la restitución podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esta norma es consecuencia de la conciliación entre dos posiciones contrapuestas dentro de la Conferencia. Algunos delegados eran partidarios de incluir una cláusula de orden público internacional, que funcionara como límite a la aplicación del derecho extranjero, mientras que otros entendían que un instituto como este no debía incorporarse a una Convención de esta naturaleza. Se trata de un precepto que al otorgar un margen de mucha amplitud a las autoridades judiciales, exige de tribunales judiciales competentes en la materia.

En este último aspecto, cabe resaltar que el artículo 25 de la CIDIP IV es más concreto al momento de circunscribir el orden público internacional a los principios reconocidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos: “La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño”. Es lo que en el ámbito del derecho internacional privado, en general, y especialmente en materia de familia, para diferenciarlo de las otras categorías, se ha dado en llamar orden público internacional atenuado⁴¹.

Así en el caso de la Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1ª, el 21 de abril de 1997, en el que se trataba de una menor quien había vivido en Israel toda su vida. Los padres estaban divorciados y tenían derechos de custodia compartidos. El 22 de noviembre de 1994 la madre fue a España, su estado de origen con la menor. En mayo de 1995 el padre descubrió la ubicación de la madre y la hija. El 15 de junio de 1995 la Autoridad Central Israelí envió una solicitud a la Autoridad Central de España para lograr la restitución conforme al Convenio. El 27 de junio de 1995, un Tribunal Rabínico de Israel le otorgó la custodia al padre en virtud de las acciones de la madre. El padre había solicitado una declaración de que la madre había sido encontrada: “Moredet”, un estado conforme a la ley religiosa judía conforme al cual se la considera “esposa rebelde”. El 19 de abril de 1996 el Tribunal de Primera Instancia de Barcelona desestimó la solicitud de restitución del padre. El padre apeló, pero su recurso fue desestimado y se rechazó la restitución.

El Tribunal de Distrito sostuvo que la restitución de la niña sería contraria a los principios básicos de la ley española referidos a la protección de los derechos humanos y las libertades básicas, por lo tanto se aplicaba la excepción conforme al Artículo 20. Para ello consideró que el Convenio se propone restablecer la cuestión el *status quo ante*, sin embargo, esto era imposible en este caso. El hecho de que el Tribunal Rabínico hubiera otorgado al padre la custodia exclusiva, aunque en forma provisoria, significaba que la menor sería sustraída a su

⁴⁰ “S., Z. A. A. c/ A, D. D. s/ Exhorto”, expte. nº88.448, del 14 de septiembre de 1995, ED, 165-499.

⁴¹ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. “El Orden público internacional: Una mirada en el Derecho Internacional Privado argentino”.
www.academia.edu.

madre para castigarla a ella por su rebelión. Sostuvo, entre otras consideraciones, que de acuerdo con el párrafo 24 de la Constitución española tenía que tener en cuenta la protección real de la madre y la hija dado que eran ciudadanas españolas.

3. El interés superior del niño como regla de oro

El interés superior del niño es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendido éste por el que más conviene en un momento dado en una cierta circunstancia y analizado en cada caso concreto. “...El interés del niño no es una noción abstracta, porque es, en principio, el interés de ese niño y no el de otros que pueden encontrarse en condiciones diversas”⁴².

Así pues “el criterio inspirador del Convenio de La Haya es el resguardo del interés superior del niño. Cada etapa, cada decisión desplegada en la esfera del convenio internacional debe encontrarse impregnada, imbuida por la que inobjetablemente constituye su núcleo, su regla de oro”⁴³ y que “la aplicación de la Convención de La Haya juega como complementaria de la Convención sobre los Derechos del Niño y en este sentido debe tenerse muy presente que el interés a proteger es el del menor”⁴⁴.

Por ello, tanto el principio general, la finalidad central de las convenciones así como sus excepciones están inspiradas en el interés superior del niño, y su protección debe guiar al juzgador en todos los casos, teniendo siempre en cuenta las notas características y los objetivos particulares que tiene en mira el procedimiento autónomo previsto.

VI. EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN

Tanto el Convenio de La Haya de 1980, como la CIDIP IV sobre restitución internacional de menores de 1989, crean un procedimiento autónomo que se divide en dos fases, una voluntaria, ante las Autoridades Centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes, quienes deberán actuar con urgencia y disponer la restitución salvo en los casos de excepción previstos. Datos estadísticos demuestran, en el aspecto que estamos tratando, que en el ámbito de la Convención de La Haya, entre el año 2001 y diciembre de 2011 se resolvieron en sede judicial 69 casos de restitución internacional de menores. El caso que más demoró en resolverse fue de 231 semanas. El promedio de semanas de duración de los casos resueltos se eleva a 52.45. Por su parte, en el ámbito de la Convención Interamericana, en el mismo periodo de tiempo, se resolvieron en sede judicial 30 casos de restitución internacional de menores. Si bien la mayoría han sido resueltos entre las 2 y 12 semanas contadas desde el inicio del caso ante la autoridad central, el procedimiento que más tardó, llegó a durar 236 semanas, si bien es cierto que el promedio arroja un resultado de 32.84 semanas. Mire por donde se mire, el tiempo empleado por las autoridades para tomar una decisión conspira con los fines de los convenios internacionales y, sobre todo, contra el

⁴² BIOCCA, Stella Maris, “Interés superior del niño”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* N° 30. *Derecho de Familia*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Marzo – abril de 2005, ps. 23 y 24.

⁴³ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia, “Divorcio y restitución internacional de menores: o sobre quién podrá defender a los niños”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

⁴⁴ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia y BASZ, Victoria, “El Derecho Internacional Privado y la restitución internacional de menores”, en *La Ley* 1996-B, 611, y en FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. (dir), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 1ª edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004. p. 156.

interés superior del niño, máxime si se atiende a que él o ella se encuentra atrapado dentro de un conflicto que no provocó, y que solamente atañe a sus progenitores.

El Convenio de La Haya permite que la solicitud de restitución se efectúe ante la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del niño, o ante la de cualquier otro Estado parte, o bien directamente ante las autoridades judiciales o administrativas, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio (artículo 29).

En el caso de la CIDIP IV, los titulares de la acción de restitución podrán ejercitarla: a) a través de exhorto o carta rogatoria; o b) mediante solicitud a la autoridad central, o c) directamente, o por la vía diplomática o consular (artículo 8).

Una vez localizado el niño, la Autoridad Central debe verificar que se cumplan todos los requisitos que establece el Convenio, con el objeto de que su aplicación sea viable ante la justicia respectiva.

Independientemente de ello, si el padre requirente lo autoriza, tomará contacto con el otro progenitor para lograr una solución amistosa entre las partes.

Aun antes de iniciar el proceso contencioso, se puede recurrir a la mediación, ya sea en sede administrativa, incluso ante la autoridad central, como instancia prejudicial o bien en el ámbito judicial.

Conviene distinguir claramente, entre un retorno voluntario, totalmente espontáneo de un retorno amistoso o amigable en el cual operó una conciliación por la intervención de otra persona, normalmente experta.

La Autoridad Central argentina ofrece siempre al peticionario la posibilidad de intentar una etapa voluntaria extrajudicial antes de radicar el proceso ante la Justicia. En el caso de los casos entrantes, se envía una nota al padre sustractor, para que recapacite y restituya al menor en forma voluntaria o en su caso se fije un régimen de visitas, explicándosele las consecuencias que acarreará su negativa. Para evitar demoras se le otorga un plazo de diez días para responder⁴⁵.

Si ningún acuerdo fuera posible, se procederá a remitir la documentación al juez competente para que dé cumplimiento a la solicitud de restitución efectuada por la Autoridad Central requirente, para que resuelva en un plazo de seis semanas.

Si ello ocurre, se está en lo que puede denominarse la fase contenciosa o judicial, dado que la decisión acerca de la procedencia o no del pedido de restitución es de los tribunales. Aunque no es menos cierto que la Autoridad Central estará a disposición del tribunal judicial y de las partes para brindar cualquier tipo de información o cooperación necesaria para el correcto funcionamiento de los Convenios, teniendo siempre en mira el interés superior del niño.

1. Legitimación activa

El artículo 8 del Convenio de La Haya dispone que toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de

⁴⁵ Vid. <http://www.menores.gov.ar>.

cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

Asimismo, el artículo 5 de la CIDIP IV establece que podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el Artículo 4. Es decir, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución que ejerciera efectivamente el derecho de custodia, en forma individual o conjunta, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

A su turno, el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores dispone que los titulares de la acción de restitución son los padres, tutores o guardadores (artículo 2).

Se desprende de lo dicho, que el Convenio de La Haya es el más amplio respecto a la legitimación activa para iniciar un procedimiento de restitución.

2. Requisitos de la solicitud

El artículo 8 del Convenio de La Haya dispone que la solicitud incluya:

- a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
- c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

- e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al Derecho vigente en esta materia de dicho Estado.
- g) cualquier otro documento pertinente.

La CIDIP IV, en su artículo 9, establece que la solicitud o demanda de restitución deberá contener:

- a) Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;
- b) La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y
- c) Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

- a) Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;
- b) Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;

c) Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

d) Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo;

e) Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

Sin embargo, la autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

3. La Autoridad Central

El artículo 6 del Convenio de La Haya exige que cada uno de los Estados contratantes designe una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el propio tratado. El artículo 7 de la CIDIP IV crea la misma figura para alcanzar sus finalidades.

Las Autoridades Centrales, son los organismos técnicos especializados que tienen el deber de colaborar entre sí y promover la cooperación 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 Convenio⁴⁶.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;

b) 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;

c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;

d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;

e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;

f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;

g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;

h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;

i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

Si la Autoridad Central que recibe una solicitud de restitución tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante.

⁴⁶ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Editorial Universidad. 2000.

Por su parte, la Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor. En el caso que no se conozca el paradero del niño, la Autoridad Central argentina dará intervención a INTERPOL, organismo encargado de la localización de personas⁴⁷.

La función de la Autoridad Central es exclusivamente administrativa e informativa, quedando reservada al poder judicial la decisión sobre la viabilidad o no del pedido de restitución.

La Autoridad Central puede asumir dos roles, uno cuando remite la solicitud de restitución o de visitas a otra Autoridad Central del lugar al que ha sido trasladado o retenido el menor y dos, cuando recibe la petición de restitución o de visitas de un menor que se halla en su territorio. Aquí la cooperación consiste en localizar al menor, adoptar medidas provisionales, promover la restitución voluntaria o iniciar un procedimiento judicial o administrativo a fin de lograr la pronta restitución.

4. Juez competente

Con arreglo a la Convención de La Haya de 1980, una vez producido el traslado o retención del niño, serán las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre, el Estado de refugio, las que decidirán acerca de su restitución al Estado de su residencia habitual. El Estado extranjero aplicará su legislación y procedimientos y serán sus autoridades las que en última instancia decidirán sobre el destino del niño.

En este aspecto, no se puede soslayar que la decisión final sobre el reintegro del niño queda en manos de la autoridad competente del Estado de refugio. Esta autoridad, antes de emitir una orden de restitución, puede pedir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño una decisión o una certificación relativa al carácter ilícito del traslado o de la retención del menor en el sentido del art. 3° de la Convención (situación contemplada en el art. 15°). Aun en la hipótesis de que el juez de la residencia habitual expida esta decisión o este certificado, ello contribuye al conocimiento sobre el carácter ilícito de la conducta desde la óptica de ese ordenamiento jurídico pero no desnaturaliza la competencia de la autoridad judicial del Estado donde el niño se encuentra. Sobre esta autoridad recae la responsabilidad de la última palabra en la definición de conceptos determinantes, tales como “grave riesgo de exposición a un peligro físico o psíquico” o “interés superior del niño”.

Según el artículo 14, para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

El artículo 15 dispone que las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el

⁴⁷ FELDSTEIN de CARDENAS, Sara. *En el nombre del niño*. Disponible en www.google.com. También en www.academia.edu.

sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.

A su turno, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV) otorga competencia para entender en la restitución a las autoridades judiciales o administrativas del Estado de residencia habitual del niño al momento del traslado o retención. Se tiene en cuenta para atribuir competencia la mayor cercanía del progenitor desplazado con las autoridades encargadas de dirimir la cuestión, y el hecho de que sean las autoridades del Estado afectado las encargadas de decidir la restitución o no del niño trasladado o retenido indebidamente.

Asimismo, la Convención otorga jurisdicción, a opción del actor y en casos de urgencia, a las autoridades del Estado de refugio o a las del Estado donde se hubiere producido el hecho que motivó el reclamo (artículo 6). De todas maneras, resulta un procedimiento que se nos aparece bastante confuso, tal como ya lo hemos expresado en trabajos anteriores⁴⁸.

Por su parte, el Convenio bilateral argentino – uruguayo sobre Protección Internacional de Menores establece que en este procedimiento de cooperación bilateral, entre jueces de dos países que tienen una tradición común de asistencia jurisdiccional, el juez del Estado donde el niño se encuentra acompaña la decisión del juez competente de la residencia habitual, que es la autoridad dotada de la palabra final en materia de restitución. Es decir, en el Convenio argentino – uruguayo se prevé la jurisdicción exclusiva del juez del lugar de residencia habitual del niño (art. 5).

5. Plazo para la interposición del pedido

En la Convención de La Haya y en la Interamericana no fue previsto ningún plazo de caducidad para la interposición de la solicitud de restitución. Sin embargo, el juez podrá rechazar el pedido si es presentado con posterioridad a un año desde que se produjo el traslado o la retención ilícita o desde el momento que el menor es localizado, siempre y cuando se demuestre que el niño se ha arraigado al nuevo medio. Es decir, ha constituido una nueva residencia habitual, un nuevo centro de vida.

En cambio, en el Convenio argentino – uruguayo se establece un plazo perentorio de un año desde el traslado o la retención indebida, o desde el momento que el niño es localizado, si tenía paradero desconocido. Una solicitud presentada fuera de ese plazo, será rechazada por el juez.

6. Costos

En ningún caso se podrá exigir fianza ni depósito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio (artículo 22 del Convenio de La Haya).

Por otra parte, los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen en esos Estados tendrán derecho a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro

⁴⁸ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. *Código Civil anotado. Tomo VII y VII B*. Bajo la dirección de los Doctores Elena Highton y Aberto Bueres. Ver nota 5.

Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado (artículo 25 del Convenio de La Haya).

En relación con los gastos que realicen las Autoridades Centrales, cada una sufragará sus propios gastos en la aplicación del Convenio de La Haya (artículo 26).

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no podrán exigir al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor. Sin embargo, los Estados podrán declarar que no están obligados a asumir los gastos que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

La CIDIP IV contiene normas similares en relación a los costos del procedimiento de restitución.

Añade que los gastos del traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal (artículo 13)⁴⁹.

7. Ejecución de la sentencia

La Convención de La Haya no contiene normas sobre la ejecución de la sentencia restitutoria. Por el contrario, la CIDIP se limita a establecer en el artículo 13 que: “Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas”.

En la República Argentina, a pesar de que los tratados mencionados no abordan esta cuestión expresamente, se suelen admitir todos los recursos previstos en los códigos de forma, razón por la cual se pueden interponer ante todas las instancias y hasta obtener una decisión definitiva en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

8. Características del procedimiento previsto por la CIDIP IV

El Convenio de La Haya establece que la sentencia que ordene o deniegue la restitución del niño debe dictarse en un plazo máximo de seis semanas, la CIDIP IV crea un procedimiento sumario y especial, con plazos muy abreviados. En efecto:

1. En primer lugar, prevé una suerte de medida preparatoria de localización del menor que permite asegurar la efectividad posterior de un pedido de restitución, o bien de cumplimiento del derecho de visita.
2. El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor. Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades

⁴⁹ Ver comentario de la CIDIP IV obra citada nota 5.

judiciales o administrativas, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución.

3. Mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.
4. La oposición fundamentada a regresar deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene.
5. Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Dentro de los sesenta días calendario siguiente a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.
6. Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

9. Autonomía del procedimiento de restitución de menores. La llamada “cuestión de fondo”

Todas las convenciones que se ocupan del tema tienen una finalidad primordial, cual es la pronta restitución del menor ilícitamente trasladado o retenido, al lugar de su residencia habitual.

Dicho en otras palabras, la finalidad es “el pronto retorno del menor al Estado en el cual tiene su residencia habitual; para lo cual se califica al traslado o la retención indebida por la violación de los derechos de guarda y de custodia. También tienen por fin resguardar las relaciones familiares, en consecuencia, son sus objetivos el bienestar del menor, y el derecho de visita considerando que la sustracción es una acción contraria a su bienestar”⁵⁰.

10. La garantía del debido proceso

En todo proceso de restitución internacional de menores, aquél a quien se le imputa haber trasladado o retenido ilícitamente a un niño, debe tener la posibilidad de oponerse a la misma en tanto pueda probar que no se encuentran presentes los requisitos de procedencia, mencionados anteriormente, debiéndosele acordar también la oportunidad de alegar y probar la existencia de alguna de las excepciones que los convenios prevén expresa y taxativamente. Tal como expresa la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires: “Esto hace al abecé de la Constitución, del acceso a la justicia, de la garantía de la defensa y de la tutela judicial continua y efectiva”⁵¹.

VII. A MODO DE COLOFÓN

⁵⁰ BIOCCA, Stella Maris, *Derecho Internacional Privado. Un nuevo enfoque*, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2004, T. I, p. 339.

⁵¹ CSJN, 12-06-2011, “C., L. C. c. L., M. E. s/exequatur”.

- La mira, los ejes en materia de restitución internacional de menores, son los niños y las niñas quienes suelen ser manipulados, cosificados, violentados por las decisiones porque no perversas, crueles de quienes como padres tienen la obligación de defenderlos, de protegerlos y, que más veces que las necesarias los condenan con conductas arbitrarias, egoístas.
- El análisis cuidadoso del Sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente convencional cobra especial relevancia y delicadeza, dado que seguirán cumpliendo su meritoria función debido al vacío legal existente hasta el presente en la fuente interna, dado que el Código Civil de Vélez Sársfield no regulaba la materia de la restitución internacional de menores.
- Ahora bien, cuando entre en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación, los instrumentos jurídicos internacionales tendrán un protagonismo especial a tenor de lo dispuesto por el artículo 2642 el cual tiende a lograr una deseable armonización en el derecho argentino, tanto de la fuente convencional y como la fuente interna.
- Según el mandato del legislador, los tribunales deberán propender, iluminados por el supremo interés del niño, al logro de soluciones satisfactorias que cumplan con la finalidad de los textos convencionales para consolidar la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los pueblos, en particular en los países en desarrollo, tal como lo tiene establecido el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta es la meta, el verdadero desafío que el imperio de la realidad nos impone⁵².

⁵² Así como en otros trabajos nos seguiremos preguntando refiriéndonos a los niños, y ¿ahora quién podrá defenderlos? haciendo una paráfrasis, una alusión al célebre personaje del Chapulín Colorado creado por el autor mexicano recientemente fallecido Bolaños.