

Restitución Internacional de Niños

Cuando el tiempo garantiza los derechos

María Mercedes Sosa¹

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Consideraciones generales sobre el Convenio de la Haya. Criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. **III.** Los problemas para la ejecución del Convenio de la Haya. **IV.** Soluciones actuales. Mediación. Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de niños. **V.** Propuesta de reglamentación para el derecho interno. **VI.** Conclusión.

I. Introducción

En el marco del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal a desarrollarse bajo la convocatoria: “*Ejecución de las decisiones judiciales y la efectividad de los derechos*”, esta reflexión intenta exponer la urgente exigencia de contar con un procedimiento rápido que regule la aplicación de los Convenios vigentes sobre Sustracción Internacional de niños.

Analizo concretamente el Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores aprobada por ley 23857² (en adelante el Convenio, CH 1980), sin perjuicio de lo normado por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores³, dado que ambas contienen normas similares y persiguen idéntico objetivo.

La orfandad procedimental existente al respecto transforma a los operadores de derecho, ya sean abogados o jueces, en verdaderos artífices de soluciones magistrales a fin de lograr la ejecución del Convenio. Un pedido de restitución internacional no se concreta en forma aislada. Se desenvuelve dentro de un marco donde concurren aspectos jurídicos (derecho interno y derecho internacional), sociológicos, psicológicos y económicos que no se pueden soslayar al momento de dictar una decisión jurisdiccional eficaz -en un plazo razonable- para que su mandato sea efectivo y materialmente cumplido.

II. Consideraciones generales sobre el Convenio de la Haya

¹ Juez de Familia N° 2 de la ciudad de Corrientes, provincia de Corrientes. Juez integrante de la Red Nacional de Jueces para el cumplimiento de la Convención de la Haya en materia de restitución internacional. Designada por ante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acuerdo N° 6/12, punto 13° del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Corrientes.

² Ley sancionada el 27/09/90, promulgada el 01/10/90 y publicada en el Boletín Oficial el 31/10/90.

³ Adoptada en Montevideo, República Oriental del Uruguay el 15/07/89.

El preámbulo del Convenio consigna claramente que los Estados signatarios persiguen proteger al niño, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y con ese objetivo establecen los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita⁴. Se trata, básicamente de un convenio de cooperación jurídica internacional que garantiza el retorno del niño desplazado o retenido ilícitamente a su residencia habitual, para que éste no se arraigue en otro país.

El Convenio de 1980 protege los intereses del niño al evitar que un progenitor obtenga ventajas a través del establecimiento de vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener su custodia exclusiva. En los casos de sustracción, el tiempo juega a favor del ‘progenitor sustractor’; cuanto más tiempo permanece el niño en el país de sustracción sin que se resuelva la controversia familiar subyacente, más difícil resulta restablecer la relación entre el niño y el progenitor perjudicado. La demora puede afectar los derechos del progenitor perjudicado, pero más importante aún menoscaba el derecho del niño afectado a mantener un contacto ininterrumpido con ambos progenitores, un derecho consagrado en la Convención de los Derechos del Niño.

En su texto se desarrollan aspectos procesales, desde el ámbito personal, material y temporal.

El criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia, la ejecución célere y expedita del Convenio constituye un eslabón más de acceso a justicia⁵.

Es criterio sostenido y reiterado del Máximo Tribunal restituir a los niños⁶.

Así, expresó (en los considerandos pertinentes):

En la causa: **“Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa W., E. M. c/O., M. G.”**⁷:

17) Que en atención a que el procedimiento se puso en marcha frente a un acto que la Convención de La Haya califica de ilícito, es fundamental la rapidez que se imprima al trámite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidan-

⁴ Ver www.hcch.net

⁵ Palabras de la Sra. Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dra. Elena Highton de Nolasco, en las Jornadas sobre Restitución Internacional de Menores y Mediación como Método Alternativo de Resolución de Conflictos realizadas el 11 y 12 de octubre de 2011 en la Junta Federal de Cortes, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁶ Fallos 333: 604; 333: 2396; 334: 913, entre otros.

⁷ Fallos: 318: 1269

do la integración del menor a un nuevo medio. En este sentido, el pedido que la autoridad central argentina formuló en la audiencia del 18 de mayo de 1994 (fs. 121/121 vta.) y que responde al imperativo contenido en el art. 11 de la citada Convención: “Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de menores”. Especial atención ha de ponerse a esta directiva -máxime dado las características del sistema judicial argentino-, a fin de que el paso del tiempo no desvirtúe el espíritu del tratado puesto que la integración del menor al nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, aun cuando el segundo desplazamiento fuese conflictivo.

21) Que, una vez armonizada la interpretación de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños con los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y despejada toda colisión, le corresponde a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a que el país está vinculado (confr. Causa G.342 XXVI “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93”, fallada el 7 de abril de 1995) a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento, y en la convicción de que el ejercicio de la misión de los magistrados de decir el derecho vigente aplicable a los supuestos fácticos alegados, es la contribución propia del Poder Judicial a la realización del interés superior de la comunidad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. El Tribunal exhorta a la apelante a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a efectos de evitar a la menor una experiencia aún más conflictiva.

En autos: **“W., D. c/ S., D. D. W. s/demanda de restitución de menor”**⁸:

2°) Que teniendo en mira el interés superior del niño -que debe primar en este tipo de procesos- y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980), corresponder exhortar a los padres de M. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar al niño una experiencia aún más

⁸ Fallos 334: 1445

conflictiva.

4°) Que sobre la base de lo expresado precedentemente y 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 aquella manifiesta no haber podido adaptarse (conf. fs. 294 vta., de la contestación de la demanda), 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).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se hace lugar a la demanda de restitución. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Esta Corte exhorta a los padres del menor y al juez que interviene en la causa en la forma indicada en este pronunciamiento.

En autos: **“F. R., F. C. c/L. S., Y. U. S/reintegro de hijo”**⁹ dijo:

7°) Que el art. 7° del CH 1980 establece que las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido, que cumplen un rol primordial en los procesos de restitución, tienen la obligación de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio y el retorno seguro de los menores. La primera parte de la Guía de Buenas Prácticas del mencionado convenio -elaborada por la Comisión Especial organizada por el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado-, específicamente destinada al funcionamiento de las Autoridades Centrales, contempla que dicha colaboración no

⁹ Fallos 334: 1287

sólo debería implicar contar con la asistencia de los agentes locales -fuerzas de seguridad, tribunales y organizaciones sociales-, sino también el aporte mutuo de información acerca de la asistencia jurídica, financiera y social, y de todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente, de modo de facilitar el contacto oportuno con estos cuerpos en el caso de resultar apropiado (conf. Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, pto. 3.18, pág. 42).

8º) Que por otra parte, el citado art. 7º también obliga a las Autoridades Centrales a prevenir que el menor sufra mayores daños -facultándolas para adoptar las medidas provisionales que correspondan- y a garantizar la restitución del menor sin peligro (conf. incs. b y h).

Sobre la base de dichas obligaciones, la mencionada Guía señala que los Estados Parte reconocen que las Autoridades Centrales tienen una obligación, en virtud del artículo 7º(h), para asegurar que los organismos de protección a la infancia hayan sido alertados de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento del retorno en los casos en que su seguridad esté en entredicho, hasta que la competencia del tribunal apropiado haya sido invocada efectivamente. Asimismo, recomienda la implementación de “órdenes de retorno sin peligro del menor” (*safe return orders*), que no es más que establecer procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la cual el menor es retornado, todas las medidas provisionales de protección necesarias antes de la restitución (conf. ptos. 3.18 y 6.3, págs. 41/42 y 79, respectivamente).

9º) Que, en consecuencia, a fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor T. L. requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, hágase saber a la Autoridad Central argentina que - por medio de los mecanismos adecuados - deberá informar a la Autoridad Central del Estado requirente (República del Perú) acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la citada niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor.

Asimismo, en virtud de las obligaciones señaladas y del interés superior del niño que debe primar en este tipo de procesos, hágase saber a la Autoridad Central argentina que deberá poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las

particularidades que presenta el caso.

10) Que, por último, dado que el citado interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde exhortar a ambos progenitores de T. L. y B. S. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva. Igual requerimiento cabe dirigir a la señora jueza a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se hace lugar a la demanda de restitución.

Hágase saber a la Autoridad Central argentina lo establecido en el considerando 9°. Asimismo, esta Corte exhorta a los progenitores de los menores en los términos del considerando 10.

En un reciente fallo de fecha 21/2/2013 la Corte resolvió en idéntico sentido que los mencionados precedentemente en el expediente caratulado: **“H. C., A. C/M. A., J. A. s/restitución internacional de menor s/Oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”**. Estableció:

8°) Que habida cuenta de que el presente caso trata de un pedido de restitución internacional de un niño a España que se encuentra regido por las pautas establecidas en el CH 1980 corresponde, en primer lugar, tener por reproducidos todos los criterios interpretativos sentados por esta Corte Suprema respecto de dicha norma en los sucesivos supuestos análogos en los que ha debido intervenir (conf. Fallos 318: 1269; 328: 4511; 333: 604 y 2396; 334: 913, 1287 y 1445 y causa G. 129 XLVIII “G., P. C. c/H., S. M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012).

17°) Que asimismo, no puede dejar de reiterarse que el presente proceso no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido en autos trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya

un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia del menor por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo (conf. art. 16 del CH 1980 y Fallos 328: 4511 y 333: 604).

20°) Que con el objeto de lograr un retorno seguro del menor a su lugar de residencia habitual, esta Corte Suprema ha destacado en reiteradas oportunidades el rol primordial que cumplen las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido en este tipo de procesos, la obligación que tienen de cooperar entre sí y las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio, y el deber de garantizar la restitución del menor sin peligro (conf. art. 7° del CH 1980 y Fallos 334: 1287 y 1445 y causa G. 129 XLVIII “G., P. C. c/H., S. M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012).

En efecto, sobre las bases de las Guías Prácticas del convenio, el tribunal ha señalado, que tales obligaciones deberían implicar, entre otras cuestiones: a) la protección del bienestar del menor al momento del retorno hasta que la competencia del tribunal apropiado haya sido invocada efectivamente; b) el aporte mutuo de información acerca de la asistencia jurídica, financiera y social -que debe garantizarse al padre sustractor que desee acompañar a su hijo-, y de todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente; c) la implementación de “órdenes de retorno sin peligro” (*safe returns orders*), que no es más que establecer procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la cual el menor es retornado, todas las medidas provisionales de protección necesarias antes de la restitución, y d) la ayuda para acudir a los tribunales locales lo más rápido posible (Conf. Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, puntos 3.18, 3.20, 4.23, 4.24 y 6.3, págs. 41/43, 60/61 y 79/80; Fallos 334: 1287 y 1445 y causa G. 129 XLVIII “G., P. C. c/H., S. M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012).

21°) Que habida cuenta de lo señalado y en virtud de lo expresado respecto de la existencia de comportamientos inadecuados por parte de la progenitora que promovió la presente restitución y las consecuencias que éstos podrían traer aparejadas respecto de la salud psicofísica del niño R. M. H., esta Corte entiende que corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que, por medio de los mecanismos idóneos, deberá: a) actuar coordinadamente con su par española en función preventiva –arbitrando los medios informativos, protectorio y de

asistencia jurídica, financiera y social que fuera menester- en orden a que el regreso transcurra del modo más respetuoso a la condición personal del niño y a la especial vulnerabilidad que deviene de las etapas vitales por las que atraviesa y, b) poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita del menor, dadas las particularidades que presenta el caso.

22°) Que por último, teniendo en mira el interés superior del niño que debe primar en este tipo de procesos y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde exhortar a los padres de R. H. M. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación cabe dirigir al juez de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos. Se confirma la sentencia apelada. Y el Tribunal exhorta a los padres del menor y al juzgado interviniente en la causa actuar en la forma indicada en este pronunciamiento.

De lo expuesto, surge claramente que los estándares utilizados por la Corte Suprema para mantener incólume e intacta su jurisprudencia son:

- **Primacía del interés superior del niño.**
- **Rapidez y celeridad en el trámite de restitución:** a fin de impedir que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integración del niño a un nuevo medio.
- **Cumplimiento de los tratados internacionales:** la Corte Suprema enfatiza que los procesos de restitución internacional no tienen por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, debiendo discutir la cuestión inherente a la tenencia por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado o retención ilícita.

III. Los problemas para la ejecución efectiva del Convenio

Existen tres factores -como mínimo- que obstaculizan la ejecución del CH 1980.

Su desarrollo excede el marco del presente. Identifico dos de ellos y luego examinaré detenidamente el tercero, el que considero de mayor relevancia, a los efectos procesales.

El primero -de gran complejidad por todas las acciones conjuntas que requiere su solución- es la localización de un niño que ha sido trasladado o retenido ilícitamente a otro Estado. Los progenitores están convencidos que se encuentran en mejor condición para ejercer el rol paternal y, en consecuencia, detentar la custodia del niño. Basados en esa inflexible creencia colocan a su hijo en una contienda cruel que solo provoca la vulneración de los derechos del niño, más aún, cuando el transcurso del tiempo opera a favor del status quo.

El segundo -desde una perspectiva sociológica- es la manifestación de una nueva figura ante una sociedad globalizada: la familia internacional que requiere necesariamente una normativa protectoria que posea eficacia operativa¹⁰ en función del interés superior de los niños.

El tercero es la inexistencia de leyes procesales en el ámbito interno que organicen un trámite abreviado para la materia.

Este es el mayor problema: ¿qué trámite o normas procesales se deben aplicar ante una demanda de restitución internacional para hacer efectivos los derechos consagrados en el Convenio?

La experiencia demuestra que a pesar de la regulación específica prevista en el CH 1980, los procesos tardan años para su resolución definitiva.

Observo que una de las dificultades surge de las propias normas procesales del CH 1980.

Éstas presentan vaguedad¹¹.

El art. 2 dispone que los Estados contratantes deberán adoptar medidas apropiadas y recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan para lograr el cumplimiento de los objetivos del Convenio¹², el art. 10 indica que la Autoridad Central del Estado deberá adoptar medidas adecuadas para lograr cumplir el objetivo de la Convención¹³, el art. 11 indica la modalidad de actuación de las autoridades, esto es con urgencia¹⁴, por su parte, el art. 12 señala el plazo que deberá transcurrir para ordenar la restitución inmediata del menor, esto es un período inferior a un

¹⁰ Por ejemplo, la regulación del Contacto Transfronterizo relativo a los niños. Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas. Ver en www.hccn.net

¹¹ Carrió, Genaro R., Notas sobre Derecho y Lenguaje, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 31 y ss. "...Todo cuanto podemos decir es que hay casos centrales o típicos, frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión respecto de los cuales nadie dudaría en no usarla. Pero en el medio hay una zona más o menos extendida de casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, no sabemos que hacer. El uso vigente de la palabra no nos suministra una guía segura, positiva o negativa, para clasificar los casos dudosos, porque es usada con imprecisión. Tales vocablos cumplen una función importantísima en los lenguajes naturales y también en el lenguaje del derecho. Hablamos corrientemente de plazo razonable, de error sustancial, de culpa o de injuria grave, de peligro inminente, de velocidad excesiva, etc...".

¹² Art. 2: Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respetivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

¹³ Art. 10: La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

¹⁴ Art. 11: Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante.

año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos¹⁵; el art. 13 regula las excepciones a la restitución¹⁶.

“Medidas apropiadas”, “procedimientos y actuación de urgencia”, “adopción de medidas adecuadas”, entre otros, son términos que indican en abstracto el trámite que debe otorgarse al proceso. “Grave riesgo”, “peligro grave físico o psíquico”, “situaciones intolerables”, son términos que indican en abstracto el alcance para formular la oposición a la restitución; a partir de ellos se construye un expediente basado en infinidad de pruebas que insumen tiempo y difieren en forma injustificada la sentencia.

Si bien existe consenso en que el procedimiento debe ser breve y en aplicar aquel que lo sea a nivel de ley adjetiva local, no existe uniformidad de criterio en cuanto al proceso ni las medidas a adoptar por los jueces.

¿Sumarísimo?, ¿Medida Cautelar?, ¿Medida Autosatisfactiva?, ¿Medida Urgente?

En mi opinión, por sus particularidades, el procedimiento de restitución internacional no encuadra en ninguno de los mencionados.

La ausencia de legislación concreta determina que el juez de familia adopte una constante actitud de análisis, proponga innovaciones y formule replanteos ante la diversidad y complejidad de las causas traídas a estudio a su despacho.

Se impone regular un procedimiento “restitutorio”.

IV. Soluciones actuales

Mediación

La mediación, como método alternativo de resolución de conflictos resulta fundamental para lograr consensos. La Corte Suprema de Justicia ha avalado la introducción de prácticas de mediación en los casos de restitución internacional¹⁷.

¹⁵ Artículo 12: Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

¹⁶ Art. 13: No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

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

¹⁷ Idem 5

Lo ideal es que la restitución se consiga sin el proceso judicial, de modo no traumático, efectivizando en forma amigable el retorno del niño a su lugar de residencia habitual.

La Guía de Buenas Prácticas de la Haya¹⁸ del año 2012 que promueve y alienta las buenas prácticas en materia de mediación y otros procesos destinados a la solución amistosa de controversias familiares internacionales, relativas a los niños comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya (CH 1980), es una alternativa a utilizar para descongestionar los despachos judiciales.

Los Convenios de La Haya modernos más recientes en materia de familia mencionan expresamente el uso de la mediación, la conciliación y otros procedimientos análogos. Entre los diferentes medios de solución amigable de controversias, la Guía aborda principalmente la ‘mediación’ como uno de los métodos alternativos de solución de controversias más ampliamente promovidos en el marco del derecho de familia. Se reconoce que la ruptura de una relación entre personas de diferentes Estados es un elemento esencial en muchos casos de sustracción internacional de niños. Por ejemplo, si un progenitor desea reubicarse en otro Estado luego de la separación de su pareja, introducir la mediación en una etapa temprana puede resultar particularmente útil. La mediación de especialistas puede lograr que los progenitores comprendan mejor sus diferentes puntos de vista y que logren un acuerdo amistoso considerando las necesidades de sus hijos. Los resultados pueden variar tanto como las circunstancias de cada caso particular, que incluyen la reubicación de ambos progenitores en el nuevo Estado, la permanencia de ambos progenitores en el mismo Estado o la reubicación de un progenitor con los derechos de contacto del otro progenitor garantizados de manera suficiente. A su vez, el uso de la mediación para asegurar que los acuerdos de contacto, tanto dentro de los límites territoriales de un Estado como de manera transfronteriza, sean respetados puede ayudar a evitar situaciones que conlleven a la sustracción internacional de niños. Asimismo, la Guía facilita la provisión de información sobre la mediación y las medidas necesarias para que un acuerdo de mediación sea ejecutorio en las dos jurisdicciones afectadas a través de Autoridades Centrales o Puntos de Contacto Centrales sobre la mediación internacional en asuntos de familia.

Para el éxito de su aplicación entiendo que resulta imperioso en el derecho interno:

- a) Jueces de familia, Asesores, Defensores, Fiscales, abogados y mediadores capacitados en métodos alternativos de resolución de conflicto. Deben estar comprometidos en construir soluciones, desde la mediación, para una correcta aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores.

¹⁸ Idem 4

- b) Desarrollo de tecnologías (en el marco de decisiones de política institucional de los máximos tribunales del país) a implementar para los casos de mediación cuando los padres se encuentran en diferentes lugares. Por ejemplo, la videoconferencia es una tecnología aplicada al proceso a través de la cual se pueden solucionar cuestiones derivadas de la restitución internacional (alimentos régimen de visitas, tenencia, etc.), con bajos costos, rapidez y practicidad para las partes.

Ley Modelo¹⁹ sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de niños²⁰

Contiene principios generales que pueden ser tomados como fundamento general para la preparación de la legislación interna de cada país.

Resulta un parámetro mínimo para cumplir los objetivos de los convenios en la materia para permitir que se adapte a la realidad del lugar de aplicación. Así, Panamá²¹, República Dominicana²², Chile²³, España²⁴ han dictado leyes reglamentarias del CH 1980.

V. Propuesta de reglamentación para el derecho interno

Conforme lo expuesto y en base a la experiencia diaria del despacho judicial, presento un proyecto de reglamentación. Considero que podría simplificar el trámite para los abogados y los jueces al momento de resolver estas situaciones tan difíciles y sensibles para los participantes del conflicto.

Disposiciones generales (Conf. art. 2 LM)

El proceso estará regido por la Constitución, los tratados internacionales en materia de Sustracción Internacional de niños ratificados por el estado, leyes nacionales de protección de niños, niñas y adolescentes y la presente.

Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el interés superior del niño. Se considera, a los efectos de la presente, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el juez del estado de su residencia habitual la

¹⁹ En adelante LM.

²⁰ Aprobada en la Segunda Reunión de Expertos Gubernamentales reunidos en la Republica Argentina en el año 2007.

²¹ Decreto Ejecutivo N° 222 del 10 de diciembre de 1993 que aprueba el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Promulgada el 31/10/2001, publicada el 01/11/2001. Consta de veintidós artículos.

²² Resolución N° 480-2008 de la Corte Suprema de Justicia establece el procedimiento para conocer de la solicitud de restitución de la persona menor de edad que no hubiere alcanzado los dieciséis años, trasladada o retenida de manera ilícita a la República Dominicana y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en el Estado de procedencia sean respetados. Consta de doce artículos.

²³ Auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores. Corte Suprema de Justicia de Chile. Publicada el 3/11/95 y modificada el 17/05/2002. Consta de diez artículos.

²⁴ Real Decreto del 3 de febrero de 1881, Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 1901 a 1909.

decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.

La demanda o solicitud de la restitución deberá ajustarse a los requisitos establecidos en el art. 8 de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Todas las cuestiones no previstas en la presente se regirán en lo pertinente por la normativa general del Convenio de la Haya de 1980.

Principios Procesales²⁵

El proceso de restitución internacional debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, interés superior del niño, celeridad, intermediación, oralidad, oficiosidad y multidisciplina.

Competencia (Conf. art. 3 de la LM)

Será competente el juez del lugar donde se encuentre el niño que ha sido traslado o retenido ilícitamente.

Legitimación activa (Conf. art. 4 LM)

Será titular de la acción de restitución el padre/madre, tutor, guardador u otra persona, institución u organismo que fuere titular del derecho de guarda o derecho de custodia, conforme el régimen jurídico del país de residencia habitual del niño, anterior al traslado o retención.

Legitimación pasiva (Conf. art. 5 LM)

Estará legitimado aquel que es denunciado por quien detenta la titularidad activa, como la persona que ha sustraído o retiene en forma ilegítima al niño cuyo desplazamiento-retención, constituye la causa de la solicitud.

Intervención del representante del Ministerio Público (conf. art. 7 LM)

El representante del Ministerio Público Pupilar y Fiscal serán parte del proceso y deberán ejercer los actos que por ley le competen.

Procedimiento (Conf. art. 10, 11 y 16 LM)

Presentada la demanda o solicitud de restitución, el juez convocará a audiencia a las partes, en el plazo de tres días, con presencia del representante del Ministerio Público Pupilar y Fiscal y profesional psicólogo del equipo multidisciplinario.

La audiencia no dejará de celebrarse por la ausencia de alguna de las partes.

En ella, deberán presentar toda la prueba de que hayan de valerse.

²⁵ En el Anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación los principios generales de aplicación a los procesos de familia se encuentran regulados en el Libro Segundo, De las Relaciones de Familia, Título VIII, Capítulo 1 – Disposiciones generales (arts. 705 a 711). Los principios generales y cooperación en materia de Restitución Internacional de niños se encuentran previstos en el Libro Sexto, De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales, Capítulo 3, Parte especial, Sección 8°.

El niño, niña, adolescente será oído conforme a su edad, grado de madurez suficiente y si a criterio del tribunal esté en condiciones de formarse un juicio propio.

Tendrá por objetivo lograr un acuerdo entre las partes, la que verificada se hará constar en acta y será homologada por el Juez. Dicha decisión será comunicada el mismo día a las Autoridades Centrales de los países requirente y requerido.

En caso de invocarse las excepciones del art. 13 inc a) y acompañada la probanza pertinente, previa vista al Ministerio Público, el juez sin más dictará sentencia de restitución²⁶.

De invocarse la excepción del art. 13 inc. b) el tribunal dispondrá de oficio:

- *pericia psicológica para las partes,*
- *informe socio-ambiental en el actual domicilio del niño, niña, adolescente.*

Estas medidas serán irrecurribles.

Las pericias se realizarán en un plazo de tres días.

Sentencia

Cumplidas las medidas ordenadas, previa vista del trámite al Ministerio Público, se dictará sentencia en el término de dos días, la que deberá disponer todas las medidas que aseguren el retorno seguro, conforme art. 7° CH 1980.

Apelación (Conf. art. 17 LM)

La sentencia definitiva será pasible de recurso de apelación interpuesto dentro del segundo día, previo traslado por idéntico plazo a las partes y al Ministerio Público. El recurso será concedido con efecto suspensivo.

Los autos serán elevados en el término de veinticuatro horas de contestados los traslados.

La Cámara de Apelaciones deberá expedirse en el término de tres días contados a partir del ingreso formal de la causa a esa instancia.

Puede observarse en esta propuesta que el marco regulatorio general es el Convenio y las normas que rigen su aplicación constituyen un procedimiento abreviado, acotado, con plazos procesales reducidos, actividad probatoria restringida y apelación limitada.

²⁶ Causa "Esteve, Alejandro D. c/D. M. L. H s/reintegro de hijo, medida cautelar", Expte. N° 12757 de trámite ante el Juzgado N° 2 de Familia de San Isidro. El juez se expidió: "...Atento a lo solicitado, lo dictaminado por el Ministerio Pupilar y encontrándose prima facie acreditada a criterio del suscripto, con la documentación acompañada, que la residencia habitual del núcleo familiar conviviente: madre, padre y sus dos hijos menores de edad es el de la República Argentina; que la madre de los niños estaría ejerciendo una retención ilegal de los menores en la República Federativa de Brasil, toda vez que no hay conformidad de la permanencia de los niños en dicho país por parte de su progenitor, produciéndose de tal forma una violación de los derechos derivados de la patria potestad (conf. art. 264 del Cód. Civil), Resuelvo: Sin perjuicio de la Convención citada por el peticionante, la que prevé preferentemente la vía administrativa, encontrándose expresamente previsto en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores adoptada en Montevideo el 15/7/89 que fuera ratificada por Brasil, el exhorto diplomático requerido en su art. 8°, corresponde al pedido efectuado por Esteve, Alejandro D., y ordenar la restitución a la Argentina de los menores D. E. L. y P. E. I. (de 3 años y 7 meses de edad, respectivamente, otorgando la guarda provisoria de los menores al padre al solo efecto de su traslado a su Estado de origen.", en QUAINI, Fabiana M., BOUZA, José M., RAPALLINI, Liliana E., ROMANO, Carlos A., Zarate, Andrés; Restitución Internacional de Menores, Aspectos Civiles y Penales, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, p. 74 y ss.

Como lo adelanté, es un proyecto, una plataforma para iniciar un estudio. Quedaría por debatir, por ejemplo, si procede la asistencia o representación del niño; cómo actuar cuando el sustractor –conocida la sentencia- se niega a su cumplimiento e incurre en delito de secuestro de persona; modos de articular el derecho de visita; posibilidad de otorgar efecto devolutivo a la apelación contra la sentencia definitiva, entre otros.

VI. Conclusión

Esta reflexión no agota todos los interrogantes que suscita el proceso de restitución internacional. Solamente intenta demostrar que es posible regular de un modo simple el procedimiento que constituiría el modo más eficaz para hacer operativos los Convenios sobre Sustracción Internacional de niños. Delimita a grandes rasgos los aspectos que -desde mi punto de vista- resultan más interesantes en la materia, que no tienen respuesta legislativa y que nos deben inducir al debate de los cuales podrían surgir modificaciones en las prácticas referidas a dicho instituto.