

## EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE SUSTRACCIÓN PARENTAL INTERNACIONAL

por MARIANA HERZ

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La solución multilateral: cooperación internacional y tratados restitutorios. 2.1. Aplicabilidad de los tratados. 2.2. Concurrencia normativa. 3. Deberes asumidos por el Estado en los tratados restitutorios. 4. El proceso restitutorio. 4.1. Legitimación activa. 4.2. Autoridad competente. 4.3. Requisitos de la solicitud. 4.4. Plazo para interponer el pedido. 4.5. Modalidades. 4.6. El proceso restitutorio contencioso. 4.7. Excepciones a la restitución. 4.7.1. El consentimiento anterior o la aceptación posterior al traslado o retención indebida por parte de quien ostentaba la custodia (art. 13.1.a de CLH80; art. 11.1.a de CIDIP IV). 4.7.2. La existencia de un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera se lo ponga en una situación intolerable (art. 13.1.b. de CLH80 y art. 11.1.b de CIDIP IV que suprime lo referente a la situación intolerable por considerar que se trata de un concepto impreciso que amplía en demasía las causales de denegación). 4.7.3. La oposición del menor cuando ha alcanzado una edad y un grado de madurez apropiado para considerar sus opiniones (art. 13.2 de CLH80 y art. 11.2 de CIDIP IV). 4.7.4. La violación a los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales, como consecuencia de la restitución (art. 20 de CLH80 y art. 25 de CIDIP IV que restringe el sentido de la norma y agrega que la restitución debe ser manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrado en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño). 4.8. Medios de prueba. 4.9. Costos. 4.10. Ejecución de la sentencia restitutoria. 5. Proyecto de Ley Modelo sobre Procedimiento Restitutorio. 6. Conclusiones.

### 1. Introducción

La constitución, composición y funcionamiento de la familia ha experimentado profundas transformaciones en los últimos decenios,

como consecuencia del incremento de la movilidad de personas. La mayor accesibilidad a los medios de transporte internacionales, la desigualdad de oportunidades entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo, la permeabilidad de las fronteras y su dilución en el marco de procesos de integración regional que, con diversos grados de profundidad, flexibilizan o suprimen los requisitos y controles migratorios. Estos elementos permiten explicar el aumento de los supuestos de familias internacionalizadas, sean multinacionales, multiculturales, monoculturales que enfrentan el reto de la multiculturalidad<sup>1</sup> o mononacionales que enfrentan el desafío de la inserción en un Estado diverso al de su origen y procedencia.

La ruptura familiar en estos casos presenta mayor complejidad que la que se da en casos enteramente nacionales, habida cuenta de la presencia de elementos extranjeros que ponen en contacto diversos sistemas jurisdiccionales (legislativos, judiciales y administrativos) y la posibilidad cierta de que la distancia geográfica dificulte el mantenimiento de las relaciones entre los niños y el padre no conviviente.

Es en este contexto que debe pensarse la sustracción parental internacional, como fenómeno que se halla ligado a la internacionalización de la familia<sup>2</sup> y a supuestos de ruptura o crisis.

Si la quiebra de la convivencia del grupo familiar no implica la supresión de vínculos sino el rediseño de los ya existentes, de modo que produce un desdoblamiento en los derechos de custodia y visitas, a ese desdoblamiento corresponden las dos especies que constituyen el género de la sustracción parental, esto es, el "traslado indebido" y la "retención indebida". El primero consiste en un desplazamiento del niño desde el Estado de su residencia habitual hacia el extranjero, en violación del derecho de custodia de titularidad o cotitularidad del

<sup>1</sup> Esta tipología, aunque con variaciones, ha sido tomada de DIAGO DIAGO, P., *La nueva regulación española de las crisis matrimoniales*, en CALVO CARAVACA, L. A. y CASTELLANOS RUIZ, E., *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, ps. 272-3.

<sup>2</sup> Sea que la misma esté presente ab initio, con la conformación de uniones matrimoniales y de hecho con componentes pertenecientes a distintas nacionalidades o culturas, o como consecuencia de la relocalización de familias mononacionales o monoculturales en un Estado diferente al de procedencia y, si se me permite, pertenencia.

padre desasido. La retención opera cuando un traslado lícito, generalmente en ejercicio de un derecho de visitas, deviene ilícito por haber vencido el plazo legalmente estipulado sin restituir al niño al Estado de su residencia habitual<sup>3</sup>. En el primer supuesto, la violación está en la acción positiva de trasladar sin autorización, cuando ella deviene necesaria; en el segundo, la violación opera por una acción negativa, de no restituir al vencimiento de aquélla.

La característica central que diferencia a la sustracción parental de la trata de personas está dada por la calidad de la persona que sustrae, que generalmente es uno de los progenitores del niño-víctima y por los propósitos o fines de la sustracción, que son los de ejercer un derecho de custodia exclusivo impidiendo el contacto con el otro progenitor. Esta diferencia determina que la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V) no sea mencionada entre los tratados restitutorios puesto que atiende a una hipótesis de sustracción diferenciada por el perpetrador, los medios y fines<sup>4</sup>.

El interés en la problemática no radica en la novedad del tema sino en el exponencial incremento de los casos reportados<sup>5</sup> (como consecuencia de las transformaciones políticas, económicas, tecnológicas y socioculturales), por una parte, y las nefastas consecuencias que produce sobre todos los sujetos involucrados, por otra.

Diversos estudios de campo han demostrado la incidencia negativa de largo plazo sobre la dimensión física y psíquica de las partes involucradas, principalmente el niño-víctima y el padre no sustractor, lo que permite calificar a la sustracción parental de abuso, constituyéndose en una variante de violencia doméstica<sup>6</sup>. Particularmente se han de-

<sup>3</sup> HERZ, Mariana, *El proceso restitutorio como medio de protección internacional de niños, niñas y adolescentes frente al supuesto de sustracción parental internacional*, ponencia presentada en el IX Congreso de Sociología Jurídica, 2008.

<sup>4</sup> HERZ, ob. cit., nota 3, p. 2.

<sup>5</sup> Los datos estadísticos correspondientes a casos entrantes y salientes de la República Argentina pueden consultarse en [www.menores.gov.ar](http://www.menores.gov.ar). Nótese el incremento de casos coincidente con la crisis de finales de 2001 y 2002.

<sup>6</sup> Los efectos físicos y no físicos sobre las partes involucradas así como un estudio resumido y traducido de diversos estudios de campo sobre el tema pueden verse en HERZ, M., *Medidas preventivas y reparadoras de la sustracción internacional parental de niños, niñas y adolescentes*, UNL, Santa Fe, 2007, especialmente en el Capítulo 3. Asimismo, en

tectado síntomas de stress, ansiedad, pérdida de confianza en sus padres y en el sistema legal, baja autoestima, depresión, dificultades para involucrarse en relaciones personales, problemas de aprendizaje y de conducta, perturbaciones del sueño y pesadillas, temor a los hombres cuando el sustractor ha sido el padre, hostilidad hacia la nacionalidad y hacia las cosas asociadas con el sustractor, inseguridad general y la necesidad de ser aceptado y ser el centro de la atención. En muchos casos se ha vinculado con adicciones a alcohol y drogas, violencia y comportamientos agresivos.

La reacción estatal para prevenir y reparar estos supuestos presenta diversas modalidades y alcances. Desde una perspectiva unilateral, los Estados desarrollan respuestas legislativas procesales, civiles y penales. Así, por ejemplo, crean un procedimiento específico para tramitar las solicitudes de restitución internacional; imponen requisitos para la expatriación de niños, tales como las autorizaciones para viajar al extranjero, las prohibiciones de salir del país o el depósito de pasaportes, o incorporan la figura de la sustracción parental entre los delitos tipificados en sus códigos penales<sup>7</sup>.

Sin embargo, todos estos recursos se muestran ineficaces. Las medidas preventivas que tienden a frenar la salida al extranjero sin autorización de ambos padres se enfrentan con la extensión y permea-

el estudio de FREEMAN, M., *International Child Abduction: the effects*, Reunite Research Unit, may 2006, asequible en [www.reunite.org](http://www.reunite.org).

<sup>7</sup> Por ejemplo, el art. 225 bis del Código Penal español modificado por Ley Orgánica 9/2002 impone penas de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad; en Estados Unidos la *International Parental Kidnapping Crime Act of 1993* impone penas de multa y prisión para el sustractor; la sección 282 y 283 del Código Penal de Canadá impone penas de prisión; el art. 227 del Código Penal francés impone penas de prisión y multa tanto para el supuesto de sustracción parental como para el caso de cambio de domicilio del padre titular de la custodia sin notificación al progenitor titular de un derecho de visitas. En el Derecho argentino la jurisprudencia no es uniforme respecto de la aplicación del art. 146 del Código Penal a supuestos de sustracción parental. Vid. el fallo del 26-2-2007 de la Cámara de Casación Penal en el asunto "PLA s/Recurso de casación" comentado en HERZ, M., *La protección internacional de la infancia frente al riesgo de la sustracción parental internacional en espacios integrados, con la mirada puesta en el Mercosur*, en *Suplemento Electrónico de Derecho Internacional Privado*, dir. por Sara L. Feldstein de Cárdenas, septiembre de 2008.

bilidad de las fronteras, deficiencias en los controles migratorios<sup>8</sup>, falsificación de documentos de viaje, doble nacionalidad de los padres y los niños y consiguientemente doble pasaporte, pasaportes de familia, entre otros.

La sanción penal para el sustractor también se revela insatisfactoria. En principio porque no opera como disuasiva, ya que aun en supuestos en que se ha aplicado no evita la reincidencia. Además, 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<sup>9</sup> o una denegación de justicia al prohibir el ingreso al territorio del sustractor para ejercer sus derechos en el proceso que sobre la custodia probablemente se siga.

Finalmente, el establecimiento de un proceso especial se enfrenta a los desafíos propios de todo proceso con elementos extranjeros que tarde o temprano exigirá la cooperación de las autoridades foráneas, sea para notificar, producir pruebas o dar efectividad a las decisiones, asegurando el retorno seguro.

Ante la insatisfacción de las respuestas estatales unilaterales parciales, se abre la búsqueda de respuestas multilaterales, en que la cooperación interestatal atienda al carácter multinacional del fenómeno, reconociéndolo en su complejidad.

## 2. La solución multilateral: cooperación internacional y tratados restitutorios<sup>10</sup>

La coexistencia de Estados soberanos, dotados de diferentes legislacio-

<sup>8</sup> Vid. a título de ejemplo CNCAdm., sala II, en la causa 16.630/96, "Kessel, Perla Felicia y otro s/EN (Dir. Nac. de Migraciones) s/Proceso de conocimiento" del 26-11-96.

<sup>9</sup> HERZ, ob. cit., nota 7.

<sup>10</sup> No se pretende aquí un abordaje exhaustivo de las cuestiones sustantivas vin-

nes y órganos administrativos y judiciales de aplicación, significa la ruptura de la continuidad espacial de la relación e incrementa el riesgo de anulación fáctica y jurídica de los lazos establecidos con alguno de los familiares adultos (piénsese en casos como el de Gabriela Arias Uriburu).

Históricamente ha sido función del Derecho Internacional Privado, como disciplina, reducir los riesgos que supone la actividad trashumante del hombre unida al concepto de frontera.

En el campo de las relaciones parentales, la cooperación entre autoridades se ha revelado como una herramienta muy útil para asegurar su ejercicio.

La existencia de mecanismos que posibiliten el restablecimiento de relaciones y situaciones cuando las mismas son alteradas por la manipulación parental contribuye a disuadir dichas maniobras fraudulentas, a la vez que disminuye el temor a la pérdida de contacto.

Entre esos mecanismos, cobra importancia la concertación de tratados internacionales que positivizan el deber de cooperar convirtiéndolo en una obligación internacional cuyo incumplimiento genera la responsabilidad internacional del Estado y el consecuente deber de reparar<sup>11</sup>.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 11 previó el deber de los Estados de celebrar acuerdos bilaterales y multilaterales que, para garantizar las relaciones parentales frente al riesgo de traslados y retenciones indebidas, deben asegurar la cooperación entre autoridades.

La República Argentina es parte de dos convenciones restitutorias de carácter multilateral: la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CLH80)<sup>12</sup>

culadas a los tratados, las que han sido objeto de numerosos estudios de doctrina nacional y extranjera. Un listado bibliográfico de obras en español puede consultarse en [www.menores.gov.ar](http://www.menores.gov.ar).

<sup>11</sup> Vid. HERZ, Mariana, *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 E. D. 225-967, publicado asimismo en la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 15, accesible también en [www.reei.org](http://www.reei.org).

<sup>12</sup> Firmada en La Haya el 25-10-80, aprobada por ley 23.857, en vigor desde el 1-6-91. El estado de ratificaciones puede consultarse en [http://hoch.e-vision.nl/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=24](http://hoch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.status&cid=24). Al 8-2-2010 son parte de la convención 81 Estados, lo que explica el éxito del convenio como instrumento de cooperación.

y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 (CIDIP IV)<sup>13</sup>, que toma como precedente a la primera y por ende contiene una regulación semejante. Asimismo, es parte de un Tratado Bilateral con la República Oriental del Uruguay sobre la misma materia<sup>14</sup>.

Dichos tratados identifican el interés superior del niño con la restitución o el retorno del mismo al Estado de su residencia habitual, si bien se admiten excepciones. Persiguen el mantenimiento del *statu quo* y con ello pretenden disminuir el riesgo de *forum shopping* otorgando jurisdicción exclusiva a los tribunales del Estado de residencia habitual del niño para resolver las cuestiones vinculadas a la responsabilidad parental. Asimismo, brindan una alternativa jurídica a las vías de hecho o "doble secuestro"<sup>15</sup>.

### 2.1. Aplicabilidad de los tratados

Para establecer la aplicabilidad de un tratado hay que estar a su ámbito material, temporal y espacial de aplicación.

El ámbito material de aplicación, esto es, los casos a los que se aplican son los supuestos de traslado o retención parental indebida<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Suscripta en Montevideo el 15-7-89 (CIDIP IV), la que fue aprobada por ley 25.358, sancionada el 1-11-2000 y en vigor desde el 17-3-2001. El estado de ratificaciones puede consultarse en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html>. Al 8-2-2010 se halla vigente entre Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>14</sup> Firmado en Montevideo el 31-7-81, aprobado por ley 22.547 y en vigor desde el 10-12-82.

<sup>15</sup> El secuestro doble ha sido tratado en HERZ, ob. cit., nota 6, Cap. IV. Más detalles sobre el caso "Tiemann" pueden verse en COESTER WALTJEN, D., *The future of the Hague Child Abduction Convention: The rise of domestic and international Tensions—the European perspective—*, en *International Law and Politics*, vol. 33, p. 59. Vid. especialmente, ps. 71 y ss.

<sup>16</sup> El adjetivo "indebido" es preferido al uso de los términos ilegítimo, ilegal o ilícito porque es un término no técnico, con sentido amplio, que contempla todas las razones por las que un niño salió del lugar de su residencia habitual, perdiendo estabilidad locativa, sin fundamento jurídico inequívoco que lo habilite. Cfr. HERBERT, R., *Perspectivas de la IV Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado. Su temática de Menores*, Unidad de Asuntos Jurídicos del IIN, Montevideo, 1988.

de niños, niñas o adolescentes, menores de 16 años. La calificación de "menor" de los convenios es autárquica, situándose por debajo de la establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>17</sup>.

Por traslado o retención indebida se entienden aquellos producidos en violación del derecho de custodia atribuido individualmente o conjuntamente a una persona u organismo, de conformidad con el Derecho del lugar de residencia habitual del niño.

Las convenciones definen lo que se entiende por derecho de custodia y por derecho de visitas.

Expresamente señalan que el derecho de custodia comprende el derecho al cuidado de la persona del menor y en particular el derecho de decidir sobre el lugar de residencia del niño.

Esta definición no ha estado exenta de problemas de interpretación, sobre todo porque permite evidenciar la tensión que se produce entre el derecho del progenitor conviviente a fijar libremente su residencia, por una parte, y la necesidad de asegurar el contacto del niño con ambos padres por el otro. Cuando el padre no conviviente además de un derecho de acceso comparte la responsabilidad parental o posee un derecho de veto sobre la salida del niño del Estado de su residencia habitual, resulta difícil delimitar los derechos de custodia y visita.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria entienden que el progenitor que detenta la guarda física del niño en esos casos no tiene la custodia exclusiva y por ende el traslado se reputa indebido.

Existen sin embargo antecedentes resueltos en sentido opuesto, atendiendo a que el derecho de veto a la expatriación del niño no puede considerarse como una desmembración del derecho de custodia, que se sitúa en cabeza del progenitor conviviente, razón por la cual, aun

p. 10; ÁLVAREZ COZZI, 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 IIN, Montevideo, 1988, p. 4.

<sup>17</sup> Algunos autores proponen interpretaciones que expanden el ámbito tuitivo. Inclusive diferir a la *lex fori* la calificación del término "menor" para lo que deberían reformarse los tratados. Vid. URIONDO DE MARTINOLI, A., *Restitución internacional de menores. Aplicación del Derecho convencional*, en E. D. 173-827; TAGLE DE FERREYRA, G. y SACCO, E., ponencia presentada en el I Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, Buenos Aires, 2005.

sin contar con la autorización del padre no conviviente ni venia judicial sustitutiva, se considera que no se configura sustracción por no haber violación al derecho de custodia.

Entre ellos sobresalen algunos fallos de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, del 2º y 5º Circuito que profundizan lo decidido en el caso "Croll vs. Croll"<sup>18</sup>, en los asuntos "Villegas Duran vs. Arribada Beaumont"<sup>19</sup> y "Abbot vs. Abbot"<sup>20</sup>, pendiente de una decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos que deberá fijar el alcance del "derecho de custodia" en el CLH80.

Estas decisiones han sido fuertemente criticadas porque omiten toda referencia a la definición que las convenciones proveen y recurren a otros elementos para determinar el contenido del derecho de custodia (extralegales, tales como diccionarios de la lengua o legales, específicamente la *lex fori*). La jurisprudencia mayoritaria entiende que el contenido y alcance del derecho de custodia debe fijarse conforme la ley de la residencia habitual del niño que es el Estado en el que dicha custodia se ejerce.

El derecho de visitas, para las convenciones, comprende el derecho de trasladar al niño a un Estado diferente al de su residencia habitual, por un período de tiempo limitado.

El ámbito espacial de aplicación de los convenios requiere que el niño sustraído haya tenido su residencia habitual inmediatamente anterior al traslado, en un Estado Parte del convenio internacional de que se trate y además que se encuentre localizado en otro Estado Parte. Por esa razón, las sustracciones efectuadas en el interior de un mismo Estado no quedan cubiertas por los tratados. El desplazamiento no exige que el niño haya sido trasladado desde el Estado de su residencia habitual. Por ejemplo, un niño con residencia habitual en España que se encuentra vacacionando en Japón podría ser trasladado desde ese Estado hacia Argentina y como el Estado de residencia habitual (España) y el Estado de relocalización (Argentina) son parte del CLH80, éste sería aplicable.

<sup>18</sup> 229 F. 3d 133 (2º Cir. 2000).

<sup>19</sup> 534 F. 3d 142 (2º Cir. 2008).

<sup>20</sup> 542 F. 3d 1081 (5º Cir. 2008).

El contacto es la residencia habitual. Se trata de un elemento fáctico y flexible, que permanece indefinido en las convenciones multilaterales internacionales. El convenio bilateral argentino-uruguayo la sitúa en el Estado donde el niño tiene su centro de vida. Se trata más de una descripción que de una definición<sup>21</sup>, que requiere precisión en el caso concreto.

No existen criterios uniformes, y la jurisprudencia ha ofrecido interpretaciones variables atendiendo fundamentalmente a la edad del niño y las circunstancias del caso. En la jurisprudencia argentina la Corte Suprema ha afirmado que la residencia habitual se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia y alude al centro de gravedad de la vida del menor. También se la ha identificado con el centro de las experiencias emocionales y diarias del niño<sup>22</sup> y como el lugar donde el menor tiene o tenía su centro de vida, es decir el espacio físico en el cual desarrolle sus actividades cotidianas y se encuentre el núcleo de los intereses vitales que correspondan a su edad<sup>23</sup>.

La Corte de Apelaciones de Ontario ha utilizado las definiciones de la ley de Ontario para interpretar la CLH80, que considera que los niños tienen la residencia habitual en el lugar en que han residido con ambos padres<sup>24</sup>. En igual sentido los tribunales ingleses entienden que la residencia habitual del niño necesariamente es la misma que la de sus padres<sup>25</sup>. Para los tribunales norteamericanos, la residencia habitual de los niños de corta edad (la menor tenía un año y medio) debe establecerse teniendo en cuenta la intención compartida de los padres más que el grado de aclimatación a un nuevo ambiente<sup>26</sup>.

Este requisito tiene implicancias en relación al cambio de residencia

<sup>21</sup> GOICOECHEA, I., *Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores*, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 30, p. 67.

<sup>22</sup> "A. c/A." de S-10-2001, HC/E/AR 487.

<sup>23</sup> HC/E/PE 8731° Juzgado Mixto de Carabayillo (Perú) N° 2004-0276-0-2702-JM-FA-01.

<sup>24</sup> HC/E/CA 15 Ontario Court (General Division) (Canadá) Re Medhurst and Markle; Attorney General of Ontario Intervenor (1995) 26 OR (3d) 178 puede consultarse en el [www.incadat.com](http://www.incadat.com).

<sup>25</sup> HC/E/UKe 38 Re A. [1996] 1 WLR 25.

<sup>26</sup> HC/E/USF 778 Whiting v. Krassner, 391 F. 3d 540 (3<sup>rd</sup> Cir. 2004).

ya que se centra en elementos subjetivos. La jurisprudencia comparada diferencia según el traslado sea: a) *Sin intención de mudar la residencia habitual*, por un plazo cierto y determinado, supuesto en que los niños conservan la anterior residencia porque no adquieren la nueva, y el supuesto en que el traslado se hace; b) *sin intención de conservar la anterior residencia*, supuesto que, aunque no implique un prolongado lapso de tiempo, determina un cambio de residencia. En estos casos es determinante la prueba de la intención de los padres a través de cartas, el mantenimiento de la casa amueblada en el Estado desde el que se trasladaron<sup>27</sup>, etcétera.

Los tribunales norteamericanos exigen la intención común de los padres de abandonar la residencia anterior para el cambio de residencia. Así, se ha considerado que los niños continuaban residiendo en un Estado aun largo tiempo después de que hubieran sido trasladados al extranjero<sup>28</sup>.

La falta de acuerdo de los padres determina la conservación de una residencia en un Estado en el que quizás hace largo tiempo que los niños no se encuentran. Esta interpretación parece confundir domicilio y residencia habitual<sup>29</sup> y en tal sentido, echa por tierra los avances que significó la adopción de este último criterio como más adaptado a la realidad de los incapaces en general.

La intención la aprecian los jueces. En un caso en que los padres se habían trasladado desde Inglaterra a Alemania en virtud de un contrato temporal por 6 meses, el juez inglés consideró que se había producido una mudanza de la residencia hacia Alemania ya que la familia tenía su único hogar en ese Estado<sup>30</sup>, a pesar de que sólo habían vivido allí 5 meses y de que la madre manifestaba que no había consentido una reubicación.

<sup>27</sup> En el caso HC/E/UKe 478 Re H [2000] 2 FLR 294; [2000] 3 FCR 412; [2000] Fam Law 590, la madre dejó su residencia habitual en Suiza sin perderla ya que sus residencias en el extranjero fueron temporales y por estudios y si bien el padre se consideró que mudó residencia a Gales, en tanto el lugar de la última residencia común había sido Suiza, la niña conservaba esa residencia habitual.

<sup>28</sup> HC/E/USF 780, Tenorio Ruiz v. Green Tenorio, 7-12-2004, United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit.

<sup>29</sup> SILBERMAN, L., *Interpreting The Hague Abduction Convention: In search of global jurisprudence*, en IILJ Working Paper 2005/5, p. 17.

<sup>30</sup> HC/E/UKe 580 High Court Re R [2003] EWHC 1968, [2004] 1 FLR 216.

El arraigo cultural no es condición *sine qua non* de una determinación de residencia habitual<sup>31</sup> aunque puede ser útil para precisar el interés superior del niño<sup>32</sup>.

La ley 26.061 dispone que el centro de vida constituye un principio que rige en materia de restitución del niño, la niña o el adolescente y entiende por tal el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia (art. 3.f).

Finalmente, para establecer el ámbito temporal de aplicación habrá de estarse a la fecha de entrada en vigor del tratado ya que los hechos sólo quedarán cubiertos por el tratado a partir de la entrada en vigor para los Estados conectados (el de la residencia habitual del niño y el de la relocalización).

## 2.2. Concurrencia normativa

La concurrencia de normas pertenecientes a diversos tratados se resuelve acudiendo a las cláusulas de compatibilidad insertas en ellos.

La relación entre la CLH80 y la CIDIP IV se resuelve jerarquizando a favor de esta última por disposición del artículo 34 de la misma, salvo que los Estados convengan en sentido contrario a través de la reserva que permite dicha norma, tal como ha efectuado Venezuela<sup>33</sup>.

La relación entre CIDIP IV y otros textos convencionales anteriores o posteriores se resuelve a favor de la aplicación de aquel más favorable al logro de los objetivos de la CIDIP IV. Si hubiera prácticas que sean más favorables que la solución propiciada por la CIDIP también se admite el desplazamiento de esta última<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Holder v. Holder, 392 F. 3d. 1009 (9<sup>th</sup> Cir. 2004) de 12-6-2004; JAYME, E., *Multicultural society and Private Law. German Experiences*, 33 Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Iraniero, Roma, 1999.

<sup>32</sup> NAJURIETA, M. S., Relato presentado en las VI Jornadas de Derecho Internacional Privado de AADI, 2006, p. 23, accesible online en [www.aadi.org.ar](http://www.aadi.org.ar).

<sup>33</sup> El art. 34 de la CIDIP IV dispone 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 25-10-80 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención (2<sup>a</sup> Parte). Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25-10-80.

<sup>34</sup> El art. 35 dispone que la CIDIP IV no restringirá las disposiciones de conven-

## 3. Deberes asumidos por el Estado en los tratados restitutorios

La ratificación de los tratados restitutorios interpretados a la luz de las convenciones para la protección de los Derechos Humanos impone un plexo de deberes cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad internacional del Estado obligándolo a reparar el daño causado<sup>35</sup>. Esto aparece expresamente reconocido en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>36</sup>.

Esos deberes son:

- a) *El deber de celeridad*, que impone que todas las etapas del proceso restitutorio se cumplan rápidamente, sin dilaciones injustificadas y respetando, en la medida de lo razonable, los plazos establecidos en las convenciones. Este deber ha sido erigido en estándar internacional de tratamiento exigible inclusive en supuestos en que los convenios no resultan aplicables<sup>37</sup>.
- b) *El deber de actuar de oficio*, que significa que los particulares pueden coadyuvar al Estado pero su inacción no debe afectar la adopción de todas aquellas medidas tendientes al logro de los propósitos y fines de las convenciones. En particular, el Estado no debe esperar que el peticionante impulse el proceso ni que solicite o requiera medidas que sus autoridades puedan adoptar. Tampoco recae sobre él el deber de informar de la existencia de un proceso restitutorio que obstaculice el pronunciamiento sobre la custodia (art. 16, CLH80).
- c) *El deber de legislar*, ya que la falta de previsión de medidas apropiadas en el sistema legislativo local no sirve como causal exculpatoria y es un deber del Estado el dotarse de las herra-

ciones 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.

<sup>35</sup> HERZ, M., *El Derecho Internacional de Protección de la Infancia y Adolescencia como generador de acciones positivas*, en E. D. del 20 y 21-1-2010.

<sup>36</sup> Este tema ha sido analizado *in extenso* en HERZ, ob. cit., nota 11.

<sup>37</sup> Asunto "Bajrami contra Albania" decidido por la CEDH el 12-12-2006 en que se eleva al art. 11, CLH80 al nivel de Standard internacional de protección que es exigible aun a los Estados no signatarios del CLH80 para cumplir con el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

mientas jurídicas aptas para el mejor cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

- d) *El deber de proteger la vida familiar y el derecho al contacto*, que involucran la protección de las relaciones paterno filiales del padre que ostenta la custodia tanto como del titular de un derecho de visitas. El accionar del Estado ha de ser efectivo, adecuado y rápido en ambos casos.
- e) *El deber de interpretar las disposiciones de los tratados a la luz de los propósitos enunciados en el Preámbulo*<sup>38</sup>, el informe Pérez Vera y la práctica común de los Estados no siendo admisibles las interpretaciones que los contravengan, tal como se desprende de la doctrina del fallo "Monory"<sup>39</sup>.
- f) *El deber de interpretar restrictivamente las excepciones a la restitución previstas en los tratados*, que sólo se justifican cuando el Estado que las aplica no ha sido el artífice de las circunstancias extraordinarias a que refieren, sea por acción u omisión.
- g) *El deber de aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la adopción de medidas coactivas*, las que cuando se ejercen sobre el padre conviviente, se justifican como reacción frente al quebrantamiento persistente de las órdenes legales que le imponen el deber de cooperar en la restitución.

#### 4. El proceso restitutorio<sup>40</sup>

La consumación de la sustracción parental internacional, como consecuencia del fracaso de la etapa preventiva, da paso a la etapa restitutoria, en que se persigue, a través de la vía legal, el retorno seguro del niño al Estado de su residencia habitual, con pleno respeto de los derechos de todas las partes involucradas y priorizando el interés superior del niño-víctima.

<sup>38</sup> Esto es aplicable al CLH80 ya que la CIDIP IV carece de Preámbulo.

<sup>39</sup> HERZ, ob. cit., nota 11, p. 20.

<sup>40</sup> Este apartado se basa en los conceptos contenidos en HERZ, ob. cit. en nota 6, Cap. V y se aplican al proceso restitutorio que tramita entre Estados Parte de los convenios restitutorios. Para el supuesto de sustracciones que involucren un Estado no Parte de los convenios, la Argentina no cuenta con un procedimiento específico.

Puede concebirse como una reacción de los Estados frente al comportamiento indebido<sup>41</sup> y se presenta como una práctica inmediata que debe estar despojada de artilugios jurídicos<sup>42</sup>.

Los tratados restitutorios operan principalmente en la etapa restitutoria aunque mediatamente constituyen disuasivos.

##### 4.1. Legitimación activa

Los convenios le reconocen el derecho de iniciar el pedido de restitución a *toda persona o institución*, por lo que no sólo alcanza a los padres sino también a los tutores y guardadores que ejercían el derecho de custodia en el Estado de residencia habitual del niño antes del traslado o retención indebidos (arts. 4º y 5º, CIDIP, y art. 8º, CLH80).

##### 4.2. Autoridad competente

Los tratados utilizan como mecanismo de cooperación la figura de la Autoridad Central. Se trata de organismos designados por cada uno de los Estados para que actúen como enlace en la cooperación inter-estatal, cumpliendo diversas funciones impuestas por los tratados.

La República Argentina ha designado como Autoridad Central para la administración de los tratados restitutorios a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional –Dirección General de Asuntos Jurídicos– del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto<sup>43</sup>.

El CLH80 admite que la solicitud se presente ante la Autoridad Central (AC) del Estado de residencia habitual del niño o de otro Estado contratante, a opción del peticionante sin limitaciones (art. 8º). También se puede acudir directamente ante las autoridades judiciales o administrativas obviando la intervención de la AC (art. 29).

<sup>41</sup> Estos conceptos han sido desarrollados por RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *La protección de menores en el Derecho Internacional Privado Mexicano*, IJ-UNAM, México, 2006, p. 37.

<sup>42</sup> HERBERT, ob. cit., nota 15, p. 10.

<sup>43</sup> Este organismo tiene disponible un sitio web muy completo con información estadística, normativa, de doctrina y jurisprudencia así como los formularios y el listado de documentación anexa que debe presentarse para el trámite de solicitudes entrantes y salientes en [www.menores.gov.ar](http://www.menores.gov.ar).

La CIDIP IV prevé la presentación directa ante los jueces del lugar de residencia habitual del niño, lo que aparece justificado por la mayor proximidad con el solicitante no sustractor. También se admiten pero como foros especiales, fundados en la urgencia, el del lugar donde se encontrare el niño o el del lugar en que se perpetró la sustracción que puede coincidir con los anteriores o tratarse de un tercer Estado cuando se lo hubiera trasladado desde allí sin que fuese el Estado de su residencia habitual (arts. 6º y 1º).

El tratado bilateral de cooperación argentino-uruguayo le otorga jurisdicción única al juez de la residencia habitual del niño (art. 5º). La transmisión de las solicitudes se realiza exclusivamente por medio de la AC (art. 15), lo que exige siempre del requisito de legalización tanto de los pedidos como de la documentación anexa.

#### 4.3. Requisitos de la solicitud

Cuando se canalizan a través de la Autoridad Central, los pedidos se realizan completando un formulario-tipo. Este formulario, o la demanda judicial en su caso, deben ir acompañados de toda la documentación que exigen los convenios<sup>44</sup>. Cuando los documentos y so-

<sup>44</sup> El art. 8º, CLH80 dispone: La solicitud incluirá: a) información relativa a la identidad del demandante, 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 demandante para reclamar la restitución del menor; d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de las personas con la que se supone que está el menor. La demanda podrá ir acompañada o complementada por: e) una copia legalizada 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 calificada con respecto al Derecho vigente en esta materia de dicho Estado; g) cualquier otro documento pertinente. El art. 9º de CIDIP IV, por su parte dispone que "1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, 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. 2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar: a) copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo

licitudes se transmiten por medio de AC o por vía diplomática o consular están exentos de legalizaciones. En los demás casos, deberán legalizarse de conformidad con la legislación vigente<sup>45</sup>. También se exige su traducción al idioma oficial del Estado ante el que van a presentarse.

Expresamente se excluye la imposición de la caución de arraigo, fianza u otra semejante (art. 22, CLH80 y art. 23, CIDIP IV) para garantizar el pago de las costas del proceso. El convenio bilateral no se pronuncia expresamente pero la misma solución se impone por aplicación del Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa que rige en el ámbito de Mercosur.

#### 4.4. Plazo para interponer el pedido

El convenio bilateral argentino-uruguayo impone un límite de un año desde que se produjo el traslado o retención indebida. Cuando el paradero del niño es desconocido el plazo comienza a computarse a partir del momento en que fuera localizado. Este límite actúa como un plazo de caducidad ya que es rígido y no admite excepciones.

Los tratados multilaterales, en cambio, no introducen el plazo de un año como límite ya que aun transcurrido el mismo es una facultad

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, y e) indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno. 3. 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. 4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se trasmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central".

<sup>45</sup> Las distintas modalidades de legalización en el sistema jurídico argentino y las exigencias de traducción han sido tratadas en HERZ, Mariana, *La sentencia extranjera ante los tribunales argentinos*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2008-1, *Sentencia - II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 255 y ss.

discrecional del juez ordenar la restitución si estima que es más favorable al interés superior del niño.

De todos modos hay que tener claro que si el reclamo se introduce dentro del plazo del año, computado del mismo modo que lo hace el convenio bilateral, la restitución debe cumplirse salvo las excepciones tasadas de los convenios. Cuando, en cambio, la solicitud se presenta después del año y se demostrase que el niño se ha integrado a su nuevo entorno, la restitución será rechazada (art. 12, CLH80<sup>46</sup>; art. 14, CIDIP IV).

#### 4.5. Modalidades

Para lograr la restitución los tratados prevén dos modalidades<sup>47</sup>. La primera de carácter voluntario, en la que el papel de la mediación y la conciliación asumen vital importancia. En tal sentido se han ensayado diversas posibilidades. De una parte, la mediación administrada por expertos, con carácter prejudicial, en el ámbito administrativo de la Autoridad Central o bien por recomendación judicial una vez presentada en esta sede la solicitud reparatoria. Por otra parte, la mediación internacional con participación de al menos dos mediadores que representen la diversidad de nacionalidad y género de las partes involucradas y adopten una mirada multidisciplinaria del conflicto<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> La jurisprudencia comparada no es uniforme respecto al momento en que debe comenzar el cómputo del plazo. Las condiciones en que se desarrolla la vida del niño en el Estado de relocalización son importantes para establecer si el mismo se halla integrado. En casos en que el niño vive en la clandestinidad, con identidad falsa, la jurisprudencia ha entendido que no hubo integración. Vid. HC/E/CH 434, Justice de Paix du cercle de Lausanne, dec. de 6-7-2000, J 765 CIEV 112E.

<sup>47</sup> Para Pedro Miralles Sangro las modalidades en realidad son tres. Dos no contenciosas y la tercera de carácter contencioso. En las primeras diferencia entre la restitución voluntaria y la restitución amistosa. La primera opera sin intervención del tratado, por la plena espontaneidad del sustractor. En la segunda hay intervención del tratado pero la restitución se logra sin que medie nna orden judicial o administrativa, por el libre acuerdo de los padres, en general gracias a la mediación, la conciliación y la intervención de las Autoridades Centrales. Vid. MIRALLES SANGRO, P. P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, ps. 157-8.

<sup>48</sup> Esta cuestión ha sido abordada en HERZ, Mariana, *Mediación binacional: ex-*

Los convenios no establecen la forma en que habrá de llevarse a cabo, pero imponen a las autoridades del Estado donde se ubica el niño el deber de adoptar todas las medidas adecuadas para conseguir la restitución voluntaria<sup>49</sup>. Se deja así un amplio margen a la creatividad de las autoridades para que recurran a todas las herramientas que les procura su sistema legal como medio de resolver la devolución. Sólo cuando ésta se revela imposible corresponde un procedimiento de restitución contencioso, que aparece menos recomendable por ser más traumático.

#### 4.6. El proceso reparatorio contencioso

El proceso reparatorio contencioso, que es consecuencia del fracaso de la fase voluntaria, debe tramitarse ante el juez competente del Estado al que ha sido trasladado o en que se encuentra retenido el niño y su finalidad es la obtención de una decisión judicial que ordene la restitución. Cuando se trata de pedidos de restitución entrante, los jueces competentes serán los de familia con competencia territorial conforme el lugar de localización del niño o, en su caso, los jueces civiles.

Si el pedido tramita en el marco del CLH80, el artículo 11 impone el deber de actuar con urgencia, aunque a diferencia de la CIDIP IV no reglamenta el procedimiento. De los trabajos preparatorios y una interpretación intrasistemática del convenio, sostenida por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, resulta que el proceso es de naturaleza sumaria<sup>50</sup> y debe resolverse en forma expedita.

El CLH80 fija un plazo de 6 semanas para el dictado de la resolución que ordene o deniegue la restitución. Pasado ese plazo,

*pericias positivas en casos de sustracción internacional parental de niños, niñas y adolescentes*, en [http://cecomarco.blogspot.com/2007\\_10\\_25\\_archive.html](http://cecomarco.blogspot.com/2007_10_25_archive.html).

<sup>49</sup> Art. 10, CLH80 y art. 10 de CIDIP IV aunque lo deja librado a criterio de la autoridad ya que agrega "cuando sea pertinente". El convenio bilateral no contempla esta modalidad.

<sup>50</sup> Correctamente lo ha interpretado la justicia santafesina al señalar que este tipo de proceso no debe transformarse en un juicio de conocimiento, porque ello desnaturalizaría el propósito de la Convención que resulta de garantizar la pronta restitución de los menores secuestrados o retenidos ilícitamente a su residencia habitual. Trib. Coleg. Fam. N° 5 de Rosario, en autos "G. M. M. c/M., M. O. s/Restitución urgente de menores" del 23-2-2009 publicado en <http://fallos.diprargentina.com/2009/08/g-m-m-c-m-m-o-s-restitucion-urgente-de.html>.

el interesado o la Autoridad Central requerida pueden solicitar una declaración sobre las razones de la demora, pero el convenio no impone una sanción asociada al incumplimiento. De todos modos, como ya se ha manifestado<sup>51</sup>, la falta de articulación del proceso en debida forma puede habilitar reclamos ante los tribunales internacionales de Derechos Humanos.

La CIDIP IV constituye un avance respecto del CLH80 en cuanto a que establece un procedimiento sumario para tramitar las restituciones fijando plazos abreviados para las diferentes etapas del proceso. En concreto, recibida la demanda y comprobado el cumplimiento de los requisitos formales, el juez debe adoptar medidas precautorias para evitar la salida al exterior del país del niño, puede adoptar medidas provisionales respecto de los derechos de custodia y visitas, debe notificar de la demanda al sustractor y tomar conocimiento personal del niño. A partir de esto último, el demandado tiene un plazo de 8 días para oponer las excepciones a la restitución previstas en el artículo 11 y dentro de los 60 días siguientes el juez debe dictar una sentencia<sup>52</sup>. No se establecen normas referidas a los medios de prueba ni respecto de los recursos oponibles contra la sentencia que ordena o deniega la restitución.

#### 4.7. Excepciones a la restitución

Las excepciones han de ser invocadas y probadas por quien se opone a la restitución y son de carácter discrecional, es decir que el juez puede resolver la restitución aun cuando las causas que fundan las excepciones se encuentren probadas. Con matices, las convenciones admiten las siguientes:

##### 4.7.1. *El consentimiento anterior o la aceptación posterior al traslado o retención indebida por parte de quien ostentaba la custodia (art. 13.1.a de CLH80; art. 11.1.a de CIDIP IV)*

El consentimiento transforma el desplazamiento y la retención en con-

<sup>51</sup> HERZ, ob. cit., nota 11.

<sup>52</sup> El art. 13 dice 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".

ductas jurídicamente permitidas, esto es, obsta a la calificación de indebidos de dichos comportamientos y en definitiva a la restitución. El consentimiento anterior al traslado o retención puede encuadrar en los artículos 3° del CLH80 y 4° de CIDIP IV como cuestión general que permite colegir que la custodia, en los términos de los convenios, la ejercía el sustractor con carácter exclusivo o bien puede ser esgrimido como causal de excepción a la restitución en los términos de los artículos 13 y 11 de los convenios multilaterales.

La jurisprudencia inglesa ha dicho que si un menor es trasladado prima facie en violación de un derecho de custodia, entonces tiene mayor sentido exigir al progenitor que lo trasladó que justifique el traslado y establezca que el mismo se realizó con consentimiento en lugar de exigir que el solicitante, asumiendo la ilicitud del traslado, pruebe que él o ella no prestó dicho consentimiento. El artículo 3° debe regir todo el Convenio y el artículo 13 debe tomar su lugar como excepción al deber general de garantizar la restitución del menor<sup>53</sup>.

La salida clandestina del Estado de residencia habitual constituye evidencia en contra de la existencia de consentimiento previo<sup>54</sup>. La adopción tempestivamente de todas las medidas a su alcance para lograr la restitución constituye prueba de la falta de asentimiento posterior<sup>55</sup>. Sin embargo, las demoras fundadas en un deficiente asesoramiento legal<sup>56</sup> o en la necesidad previa de coleccionar fondos para financiar los pasajes de regreso de los niños y un adulto que supervisara la restitución no deberían ser interpretadas como asentimiento posterior a la sustracción<sup>57</sup>. La falta de actividad no debe

<sup>53</sup> HC/E/UKe 591 [28-7-2004]; Re P [2004] EWCA CIV 971.

<sup>54</sup> HC/E/UKe 179 [6-3-98]; Re P. [1998] 2 FLR 835.

<sup>55</sup> HC/E/CH 429 [17-12-98]; decision of 17 december 1998, J 765 CIEV 112E; en este caso en particular se efectuó la denuncia policial y las autoridades realizaron trámites tendientes a dar con el paradero de los niños, lo que tuvo resultados positivos. Si bien no se tuvo especialmente en cuenta, la inscripción en un colegio en el Estado de relocalización, bajo un nombre falso puede ser tenido como indicio de la ilicitud del traslado.

<sup>56</sup> HC/E/UKe 47 [3-2-94]; Re S. [1994] 1 FLR 819.

<sup>57</sup> HC/E/AU 227 [12-6-98] Falconer, Commissioner, Western Australian Police v. O. S., 12-7-98.

tener explicación. Si puede explicarse y esa explicación es aceptada, aunque se funde en la mala actuación del representante legal, no puede inferirse consentimiento<sup>58</sup>. Los jueces no deben inferir que la mediación y los intentos de lograr una restitución voluntaria constituyen un consentimiento a la sustracción. Lo mismo se aplica al caso en que el no sustractor solicita visitas hasta tanto se resuelve la restitución.

Sin embargo, los jueces deberían considerar si el comportamiento del no sustractor permitió inferir el consentimiento de una manera clara e inequívoca, en cuyo caso no debería aceptarse la retractación ya que una vez dado, el consentimiento es irrevocable. No se consideró como tal, las expresiones vertidas en cartas emitidas por el no sustractor afectado por el trauma de la sustracción<sup>59</sup>, sujeto a coacciones por las amenazas de suicidio del sustractor o en tratamiento psicológico originado en los hechos<sup>60</sup>, salvo cuando fueron completadas con otros medios de prueba, como por ejemplo, las cartas dirigidas a los abogados para paralizar los procedimientos restitutorios<sup>61</sup>. Los jueces deben ser cautos y ocuparse principalmente no de la cuestión de la percepción del otro progenitor de la conducta del solicitante, sino de la cuestión de si en realidad el solicitante aceptó o no posteriormente<sup>62</sup>. Se entendió que el cambio de cerraduras y el permiso para embarcar tanto las pertenencias de la madre como las de los niños constituían un consentimiento claro e inequívoco<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> HC/E/UKs 107 [16-11-94]; Inner House of the Court of Session (Extra Division) *Soucie v. Soucie*, 1995 SC 134, 1995 SLT 4148, 1995 SCLR 203, HC/E/UKs 500 [14-11-2002; Second Division of the Inner House, Court of Session] *M. M. v. A. M. R. or M.* Aunque no siempre se ha seguido este criterio. Véase *W. v. W.* [1993] 2 FLR 211 [INCADAT cite: HC/E/UKe donde el transcurso de 10 meses para solicitar la restitución fue considerado como aceptación de la sustracción].

<sup>59</sup> *Re H. and Others* [1998] AC 72; P v. R, 13-2-2002, Family Court at Greymouth (New Zealand).

<sup>60</sup> HC/E/NZ 472 U v D [2002] NZFLR 529.

<sup>61</sup> HC/E/UKe 236 Re C. T. [1992] 2 FCR 92.

<sup>62</sup> HC/E/UKe 47 Re S. [1994] 1 FLR 819.

<sup>63</sup> HC/E/USs 218, *Dimer v. Dimer*, N° 99-2-03610-7SEA (Wash. Super. Ct., 29-7-99).

4.7.2. *La existencia de un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera se lo ponga en una situación intolerable (art. 13.1.b de CLH80 y art. 11.1.b de CIDIP IV que suprime lo referente a la situación intolerable por considerar que se trata de un concepto impreciso que amplía en demasía las causales de denegación)*<sup>64</sup>

Se trata de 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 psicofísico<sup>65</sup>. Se requiere que el riesgo sea grave, serio, de probable acaecimiento pero lo que la autoridad debe apreciar es la posibilidad de que ocurra y no la constatación de que ha ocurrido, cuestión no siempre tenida en cuenta por los tribunales.

El bienestar del niño debe afectarse de una manera inusual para que la situación se considere intolerable<sup>66</sup>. Se requiere que sea una situación extrema, demasiado severa como para ser tolerada, no considerando que la situación de inmigrante ilegal de la madre en Estados Unidos, lo fuera, aunque se condicionó la restitución al hecho de que Estados Unidos permitiera el ingreso del niño a ese país para que los tribunales californianos resolvieran sobre la custodia<sup>67</sup>.

La prueba recae sobre la parte que invoca la excepción. En general se compone de dictámenes médicos, psicológicos y psiquiátricos, testimoniales, documentos privados, entre otros.

El estado de guerra ha sido invocado para evitar la restitución a Israel en diversos casos, con resultados disímiles. En la mayoría se entendió que el peligro no había sido acreditado ya que Israel

<sup>64</sup> TELLECHEA BERGMAN, E., *Análisis de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de Montevideo de 1989*, en *Revista uruguaya de Derecho de Familia*, N° 4, FCU, 1989, p. 137.

<sup>65</sup> ÁLVAREZ COZZI, ob. cit., p. 8.

<sup>66</sup> HC/E/AT 381 1 Ob 550/92 OGH.

<sup>67</sup> HC/E/CA 757 *Jabbaz v. Mouammar* [2003], 226 D. L. R. (4th) 494 (Ont. C. A.).

no clasifica como "zona de guerra" pues "las escuelas no estaban cerradas, los negocios se encontraban abiertos y el padre pudo dejar el país"<sup>68</sup>. Además, de haber percibido que la residencia en ese Estado colocaría a los niños frente al riesgo de daño a su salud los padres no hubieran fijado su residencia allí o se habrían mudado rápidamente<sup>69</sup>. Un tribunal argentino advirtió que, pese a las hostilidades, los habitantes de Israel llevaban adelante sus actividades diarias en forma normal y enfatizó que el terrorismo no conoce fronteras, refiriéndose a los distintos actos terroristas ocurridos en todo el mundo en los últimos años, incluyendo los atentados contra la Embajada de Israel y contra la AMIA<sup>70</sup>.

La excepción ha prosperado en Australia, donde por mayoría de los miembros del tribunal se resolvió denegar la restitución sobre la base de los informes emitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores de ese país donde aconsejaba a los australianos evitar viajar a Israel y si ya se encontraban allí, les sugería considerar la necesidad de estar en este momento en su hogar, teniendo en cuenta la situación de seguridad y las circunstancias personales. El juez Holden manifestó su disconformidad con la decisión debido a que según las pruebas, no había habido un atentado terrorista en la localidad de residencia habitual en 25 años<sup>71</sup>.

En los casos de amenazas guerrilleras dirigidas contra el padre norteamericano que sólo ostentaba un derecho de visitas, un tribunal de su país entendió que no se configuraba el grave riesgo para el niño que poseía doble nacionalidad, y que residía habitualmente en Barranquilla, Colombia, junto a su madre y la familia ampliada ya

<sup>68</sup> HC/E/USf 133, Freier v. Freier, 969 F. Supp. 436 (E. D. Mich. 1996). En igual sentido Silverman v. Silverman, 338 F.3d 886 (8th Cir. Minn., 2003) [INCADAT cite: HC/E/USf 530].

<sup>69</sup> HC/E/DE 392 1 F 3709/00, Amtsgericht Zweibruecken (District Court) (Germany), 25-1-2001. Igual criterio es seguido por los tribunales franceses en HC/E/FR CA Aix en Provence 8-10-2002, L. v Ministère Public, Mme B et Mesdemoiselles L (Nº de rôle 02/14917); igual criterio se sostuvo en el caso citado en la nota siguiente.

<sup>70</sup> HC/E/AR 487 A. v. A., 5-10-2001, Buenos Aires.

<sup>71</sup> HC/E/AU 458 Janine Claire Genish-Grant and Director General Department of Community Services [2002] Fam CA 346.

que había pruebas de que la familia del menor y otros parientes vivían seguros en Barranquilla, y de que a su regreso podría continuar con su residencia habitual, disfrutar de sus amigos y familia, y regresar al colegio donde se había inscripto<sup>72</sup>.

Las amenazas de muerte proferidas por grupos fundamentalistas islámicos contra el padre del niño también han justificado la negativa a la restitución<sup>73</sup>.

Las alegaciones de abuso sexual y la violencia doméstica son frecuentes aunque dependen de la prueba del hecho para ser aceptadas<sup>74</sup>.

En algunos casos, la sustractora ha amenazado con quitarse la vida si se ordena la restitución. Los tribunales han tenido en cuenta el riesgo cierto de que ello ocurra a través de los informes psiquiátricos, a la par que han meritado el modo en que ello afectaría al niño para negarse a la restitución<sup>75</sup>. Si bien la excepción debe interpretarse restrictivamente, es importante meritarse las circunstancias particulares del caso, la edad del niño, el carácter de cuidador primario de la madre, la certeza de que el progenitor requirente realmente quiere la custodia y no simplemente un régimen de visitas, que puede garantizarse por medio de la convención sin necesidad de ordenar la inmediata restitución del niño, entre otras<sup>76</sup>.

En otros casos se ha invocado la actividad delictiva, los antecedentes penales y un historial de incumplimiento de órdenes judiciales del progenitor que reclama la restitución para negarla<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> HC/E/USf 798 Escaf v. Rodriguez, 200 F. Supp. 2d 603 (E. D. Va. 2002).

<sup>73</sup> CNCiv., sala I, en autos "S. Z. A. A. c/A., D. D. s/Exhorto" del 14-9-2005 en el que se denegó la restitución a Londres debido a que el solicitante estaba amenazado de muerte por grupos fundamentalistas islámicos y temía por su vida.

<sup>74</sup> HC/E/USf 459 Danaipour v. McLarey, 286 F. 3d 1 (1st Cir. 2002); HC/E/USf 482, Tzarbopoulos v. Tzarbopoulos, 176 F. Supp. 2d 1045 (E. D. Wash. 2001).

<sup>75</sup> HC/E/ZA 497 Pennello v. Pennello [2003] 1 All SA 716; HC/E/AU 544 Director-general, Department of Families v RSP [2003] Fam CA 623.

<sup>76</sup> Particularmente dramático es el caso decidido por un tribunal de Hong Kong, en donde el orden de restitución no pudo ejecutarse porque la madre mató a su hijo con una inyección letal momentos antes de suicidarse. HC/E/HK 234 [4-3-98]; High Court of the Hong Kong Special Administrative Region; S. v. S. [1998] 2 HKC 316.

<sup>77</sup> HC/E/CA 760 Kovacs v. Kovacs [2002], 59 O. R. (3d) 671 (Sup. Ct.); HC/E/USf 150 Prevot, 59 F. 3d 556 (6th Cir. 1995).

Las diferencias religiosas y culturales de los padres no pueden dar lugar por sí solas a la excepción y deben ser resueltas por el tribunal competente al tiempo de resolver acerca de la custodia<sup>78</sup>.

También se ha invocado la excepción ante la negativa de la madre a regresar con el niño si se libra una orden de retorno. Si bien se busca evitar que el sustractor chantajee al tribunal para conseguir la estabilidad de la situación creada en violación de los derechos del otro padre, el interés del niño se impone, y las más recientes decisiones se pronuncian en este sentido, teniendo en cuenta que la restitución no es un castigo para quien sustrajo sino una garantía para el mejor desarrollo y formación del niño.

Cuando ambos padres tienen una buena relación con él y la madre no funda su negativa al retorno en situaciones de abuso o violencia doméstica los tribunales con buen criterio han ordenado la restitución, interpretando restrictivamente la norma del artículo 13.1.b para evitar que la misma pierda su efectividad como preventiva de nuevas sustracciones<sup>79</sup>.

Incluso la situación de enfermedad de la madre como justificación para la negativa al retorno ha sido rechazada en casos en que la misma podría continuar con su tratamiento médico en el Estado de residencia habitual del niño<sup>80</sup>. En el caso de una madre sustractora que había desarrollado cáncer de mama en el Estado de relocalización, el tribunal ordenó la restitución argumentando que "Las consideraciones de humanidad y las preocupaciones por circunstancias excepcionales no deben, por supuesto, inducir al Tribunal hacia la atenuación de la clara

<sup>78</sup> HC/E/AU 280 Emmett and Perry and Director general Department of Family Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority and Attorney-General of the Commonwealth of Australia (Intervener) (1996) 92-645. En el caso las niñas estuvieron viviendo con su padre en Estados Unidos y la madre ejercía un derecho de visitas. La madre sustrajo a las niñas y luego argumentó la no restitución, entre otros, porque el padre se convirtió al Hari Krishna y las hijas se comprometieron con hombres mucho mayores. Para el tribunal esas cuestiones responden a pautas culturales y estilos de vida y deben resolverse por el juez de la residencia habitual al otorgar la tenencia.

<sup>79</sup> HC/E/CA 762 M. G. c. R. F. [2002] R. J. Q. 2132 (Que. C. A.).

<sup>80</sup> HC/E/AU 275 The Director general, Department of Families, Youth and Community Care v. Rhonda May Bennett [2000] Fam CA 253. La madre padecía de un desorden de adaptación crónico.

política del Convenio. La base del inciso 13(1) (c) [Artículo 13(1) (b)] se concentra en el menor y no se ocupa de las dificultades, excepcionales o no, del progenitor sustractor excepto en la medida en que esto repercute en el menor<sup>81</sup>.

Parece extremo el razonamiento toda vez que en realidad el propio tribunal reconoce que el regreso de la madre sería siempre de carácter provisorio, con el fin de litigar en relación al futuro del niño. Esto pone de manifiesto la importancia de estrechar los procedimientos de cooperación judicial internacional y el recurso a las modernas tecnologías que podrían evitar la restitución al solo fin de dirimir el juicio de custodia, que en muchos casos se resuelve otorgándola al sustractor, lo que implica que en definitiva el niño vuelva a ser trasladado, pero esta vez debidamente (por mediar decisión judicial).

Lo anterior no significa desconocer la jurisdicción de los tribunales del Estado de residencia habitual del niño como los mejor posicionados para decidir las cuestiones vinculadas al régimen de custodia y visitas, pero si el procedimiento pudiera conducirse en dicho Estado, con presencia del sustractor mediante videoconferencias y con la garantía otorgada por las autoridades del Estado de relocalización de que el niño no será sacado de su territorio, se ahorraría dinero y se evitarían los continuos desplazamientos que implica la sustracción, restitución y posterior relocalización cuando se resuelve la guarda.

#### 4.7.3. *La oposición del menor cuando ha alcanzado una edad y un grado de madurez apropiado para considerar sus opiniones (art. 13.2 de CLH80 y art. 11.2 de CIDIP IV)*

Esta excepción se vincula directamente con el derecho a ser oído, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>82</sup> y en la ley 26.061. Las convenciones no establecen un límite de edad y este criterio

<sup>81</sup> HC/E/NZ 770 KS v LS [2003] 3 NZLR 837. Esta decisión contrasta con una decisión holandesa que denegó la restitución con base en la oposición del niño y en el grave riesgo que significaría el regreso a Canadá solo, ya que la madre no contaba con medios de subsistencia en dicho Estado, como para retornar. Vid. HC/E/NL 314 De directie Preventie, optredend voor zichzelf en namens Y (de vader /the father) against X (de moeder/ the mother) (7-2-2001, ELRO nr. AA9851 Zaaknr:813-H-00).

<sup>82</sup> SCJBA, 5-2-2009, "B., S. M. c/P., V. A. s/Restitución de menores".

flexible se justifica puesto que todo límite sería artificial y arbitrario. Respecto del grado de madurez ha de apreciarse en cada caso.

No existe un criterio uniforme en la jurisprudencia comparada. De todos modos, debe siempre tenerse presente que quien decide acerca del retorno es el juez y que las opiniones del niño habrán de ser ponderadas atendiendo a los fines del convenio y a su interés superior. Resulta importante que la voluntad del niño sea clara y pueda determinarse que no está sujeto a alienación parental. Para ello, es imprescindible el auxilio de especialistas que podrán ayudar al juez a deslindar las oposiciones reales del niño de aquellas otras que aparecen por imposición del sustractor. Por ello es interesante el pronunciamiento del tribunal inglés cuando consideró no restituir al niño a Croacia fundado en que *cuando exista una cuestión genuina en cuanto a las objeciones de un menor, se debe realizar todo el esfuerzo posible para presentar tales objeciones ante el juez de primera instancia. El progenitor sustractor no debería sentirse inhibido para presentar tal defensa por temor a la acusación acerca de que el menor hubiera sido preparado o presionado para objetar. Los jueces y los funcionarios judiciales encargados de bienestar social son capaces de rechazar casos en los que las objeciones sean artificiales.* En el caso se trataba del regreso, luego de 2 años de residencia en Inglaterra, junto a un padre agresivo y violento que con anterioridad había incumplido compromisos asumidos, como por ejemplo, que no le sacaría los niños a la madre después de su regreso a Croacia, cosa que no cumplió, al promover acciones para obtener la custodia<sup>83</sup>.

Algo imprescindible es que el niño sepa que, independientemente de su opinión, será un adulto el que resuelva de manera que la responsabilidad de permanecer con el sustractor o ser restituido no recaiga ni sea percibida como que recae sobre él. La oposición debe fundarse en situaciones de gravedad y no en una mera preferencia, ya que en este caso la misma debe ser resuelta por los tribunales competentes para resolver sobre la tenencia. Así se resolvió en el caso de una niña que expresó preferir vivir en Francia pero no se

<sup>83</sup> HC/E/UKe 579 Re J [2004] EWCA CIV 428, [2004] All ER (D) 72 (Apr).

opuso a la restitución<sup>84</sup>, o en otro caso en que el niño simplemente declaró que vivir en Perú era más divertido y tenía amigos allí, sin oponerse a la restitución a Argentina<sup>85</sup>.

La jurisprudencia ha entendido que la objeción debe estar vinculada directamente al hecho de ser restituido al Estado de residencia habitual. Si el niño no se opone a volver a dicho Estado sino que lo que no quiere es ser separado de la madre<sup>86</sup> o vivir con el padre<sup>87</sup> se avanza en el terreno de la custodia y la autoridad judicial que resuelve sobre la restitución está impedida por los propios tratados para resolver sobre esos derechos (art. 16 de CLH80 y art. 15 de CIDIP IV).

El tiempo en que han de evaluarse las objeciones no está determinado. Algunos tribunales han sostenido que la objeción debe haber existido al tiempo de la sustracción pues sólo ello justificaría la restitución indebida<sup>88</sup>.

En los casos de grupos de hermanos la jurisprudencia en general ha optado por no separarlos de modo que la objeción del mayor de ellos a la restitución puede incidir para denegar la restitución de todos y, a la inversa, en los casos en que se entienda que el mejor interés del niño consiste en su restitución ordenarla aun contra la voluntad del hermano mayor<sup>89</sup>. No parece adoptarse el mismo criterio si se trata de medios hermanos<sup>90</sup>.

<sup>84</sup> HC/E/FR 274 CA Grenoble, 29-3-2000, M. v. F.

<sup>85</sup> HC/E/PE 873 [19-7-2005]; 1<sup>er</sup> Juzg. Mixto de Carabayllo (Perú); File N° 2004-0276-0-2702-JM-FA-01.

<sup>86</sup> HC/E/AU 227 Falconer, Commissioner, Western Australian Police v. O. S., 12-6-98, HC/E/IS 363 M. v. K., 20-6-2000, Iceland Supreme Court; HC/E/UKe 19 N. v. N. [1995] 1 FLR 107, [1995] Fam Law 116.

<sup>87</sup> HC/E/AU 345 Barry Eldon Mathews (Commissioner, Western Australia Police Service) v. Ziba Sabaghian PT 1767 of 2001.

<sup>88</sup> HC/E/AU 280 Emmett and Perry and Director-General Department of Family Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority and Attorney-General of the Commonwealth of Australia (Intervener) (1996) 92-645; en igual sentido HC/E/HK 234 S. v. S. [1998] 2 HKC 316.

<sup>89</sup> HC/E/UKe 18 Re H. B. [1997] 1 FLR 392.

<sup>90</sup> HC/E/USs 273 [22-5-2000]; Family Court of New York In the Matter of L.L. (Children), 22-5-2000, Family Court of New York.

4.7.4. *La violación a los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales, como consecuencia de la restitución (art. 20 de CLH80 y art. 25 de CIDIP IV que restringe el sentido de la norma y agrega que la restitución debe ser manifestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrado en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño)*

Se trata de una excepción que, en general, se ha ejercitado juntamente con alguna de las anteriores.

Su interpretación debe ser restrictiva y únicamente podrá ser invocada en el supuesto poco común de que la restitución del niño conmocione completamente la conciencia del tribunal u ofenda toda noción del debido proceso.

En el caso de la restitución de un niño con herencia aborigen al Estado del que era nacional y donde había tenido su residencia habitual desde el nacimiento, el tribunal australiano consideró que no se violaban los principios fundamentales de Australia relacionados con la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales<sup>91</sup>.

Lo mismo cabe de una decisión judicial que veta el traslado de un niño al extranjero sin el consentimiento de ambos progenitores y que se sostenía contrariaba el orden público del Estado de reubicación porque cercenaba el derecho materno a la libre circulación. La Corte Suprema de Suiza consideró que tal decisión no vulneraba el orden público pues en realidad la madre no tenía la custodia exclusiva de los niños, ya que de haberla tenido hubiera podido trasladarlos<sup>92</sup>. En igual sentido se resolvió cuando la orden judicial impedía la salida del país de la madre hasta que se resolviera la custodia por cuanto existían recursos judiciales disponibles en el Estado, que no fueron ejercitados por la interesada y la posibilidad de viajar previa caución<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> HC/E/AU 275 *The Director-General, Department of Families, Youth and Community Care v. Rhonda May Bennett* [2000] Fam CA 253.

<sup>92</sup> HC/E/CH 427 [Federal Court (Swiss Supreme Court)], decision of 29-3-9, SP.1/1999.

<sup>93</sup> HC/E/USf 133 *Freier v. Freier*, 969 F. Supp. 436 (E. D. Mich. 1996).

En cambio la negativa de una visa para poder ingresar al Estado de restitución acompañando al niño se ha considerado violatoria de los principios fundamentales de los derechos humanos pues en la práctica impediría a la madre apersonarse en el proceso sobre la custodia del niño, con lo cual se violaría su derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso a la jurisdicción<sup>94</sup>.

La atribución de la custodia exclusiva al padre con carácter previo a la restitución y declaración efectuada por un tribunal rabínico que declaró a la madre "esposa rebelde" (*moderet*), también fueron consideradas medidas atentatorias de los derechos fundamentales porque no sólo privaban a la madre de la custodia que hasta el momento de la sustracción había sido compartida sino que la colocaba ante la privación absoluta de sus derechos en Israel, según la ley judía<sup>95</sup>.

#### 4.8. *Medios de prueba*

La celeridad del proceso también se ha vinculado con los medios de prueba que resultan admisibles. Pese a que no hay uniformidad en el Derecho Comparado, algunos tribunales han dicho que la prueba oral sólo debería admitirse con moderación, puesto que puede prolongar el proceso<sup>96</sup>. En el Derecho argentino, no existiendo una regulación específica corresponderá a los jueces establecer la admisibilidad y valoración de los medios probatorios<sup>97</sup>, sin perder de vista que se trata

<sup>94</sup> HC/E/AU 283 *State Central Authority of Victoria v. Ardito*, 29-10-97, Family Court of Australia (Melbourne).

<sup>95</sup> HC/E/ES 244 *Re S.*, auto de 21-4-97, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª.

<sup>96</sup> HC/E/HK 234 *S. v. S.* [1998] 2 HKC 316

<sup>97</sup> La Cámara Civil de Mendoza, sala II, en autos "G., P. V. por los menores E. C. L. N. y otro s/ Medida cautelar" del 11-6-2008 mandó producir toda las pruebas ofrecidas por las partes y que habían sido rechazadas por la jueza de primera instancia que consideraba que tratándose de un trámite urgente no correspondía admitirlas. Se trataba de prueba informativa, pericial, testimonial y documental ofrecida tanto por actor como por demandado. Para la Cámara el acuerdo de las partes en que toda la prueba se admita y produzca y la renuncia de la actora a solicitar el informe previsto en el art. 11 de la ley 23.857 excluye toda urgencia de la resolución final, sin perjuicio de que la causa se sustancie y decida en un tiempo razonable y señala que *la demora en la tramitación de la causa muestra la ya señalada falta de urgencia por parte de ambos progenitores -cada presentación de cualquiera de ellos fue despachada en*

de un proceso urgente que no tiene por finalidad establecer los derechos de custodia y visitas, cuestiones sujetas a la jurisdicción de los tribunales del Estado de residencia habitual del niño<sup>98</sup>.

#### 4.9. Costos

Conviene tener presente que como todo trámite transfronterizo suele ser un trámite oneroso, no sólo por la necesidad de nombrar un representante en el extranjero que siga el proceso sino por los traslados para audiencias, e inclusive si se acuerda la restitución, para reintegrar al niño al Estado de residencia habitual (pasajes, hospedaje, etc.).

En algunos casos, los tribunales han impuesto estos gastos al padre sustractor en la sentencia que ordena la restitución, pero no existe una regla en este sentido.

Por otro lado, los gastos preliminares deben ser cubiertos antes de obtener una sentencia y no todos los Estados tienen reglamentado un sistema de financiamiento. El acceso a patrocinio legal tampoco es gratuito en todos los Estados, razón que obliga a veces a acudir a abogados que actúan *pro bono*, lo que no siempre es factible.

La República Argentina ha creado un fondo de ayuda económica para asistencia legal en el exterior a través del decreto 891/95<sup>99</sup>. Se trata de un fondo administrado por la Secretaría de Desarrollo Social que se concede al padre o madre de nacionalidad argentina, que reclame la restitución de los hijos sustraídos indebidamente o gestione el reconocimiento del derecho de custodia o visitas en el extranjero a través de la Autoridad Central en el marco del CLH80.

Cubre gastos de asistencia legal en el extranjero, traslado, gastos alimentarios y habitacionales indispensables para el niño y el solicitante si es imprescindible. Sólo se otorga si se acredita carencia de medios económicos a través del beneficio de litigar sin gastos concedido por juez competente y se acuerda con cargo de devolución si en el futuro mejora la situación económica del solicitante.

*forma inmediata— [lo que] justifica con mayor razón admitir todo el material probatorio.* El fallo puede verse en <http://fallos.diprargentina.com>.

<sup>98</sup> Cfr. fallo citado en nota 49.

<sup>99</sup> Dictado el 28-6-95 y publicado en el B. O. el 3 de julio de ese año.

Cuando el trámite se efectúa a través de Autoridad Central no hay gastos de legalización y lo mismo ocurre en el marco de CIDIP IV si los exhortos se transmiten por vía diplomática o consular.

#### 4.10. Ejecución de la sentencia restitutoria

La sentencia judicial puede ordenar la restitución o hacer lugar a las excepciones y en consecuencia denegarla. Los convenios no contienen disposiciones relativas a los recursos que pueden articularse contra estos pronunciamientos, los que se difieren a las disposiciones de la ley procesal del juez que los ha dictado. Esto ocasiona disparidades en los plazos de ejecución de sentencias al interior del Estado y respecto de otros Estados. En algunos casos pueden tornar inviable la restitución por la integración del niño al Estado de relocalización.

Las sentencias firmes deben ser ejecutadas con celeridad. Ello exige la cooperación entre autoridades para emitir documentos de viaje, otorgar visados de ingreso si se requieren, designar al acompañante del niño cuando el sustractor no quiere o no puede regresar con éste y el padre no conviviente se encuentra imposibilitado para viajar. En algunos casos se requiere además la homologación judicial de acuerdos sobre retorno seguro que deben ser reconocidos en el Estado requirente, como por ejemplo, respecto de la obligación del padre requirente de abonar una cuota alimentaria provisoria y proveerlos de una vivienda independiente al sustractor y al niño mientras dure el proceso de custodia en el Estado requirente. En otros casos, cuando existen procesos penales pendientes en el Estado requirente contra el padre sustractor, puede ser necesario el sobreseimiento.

La CIDIP IV dispone que todas estas medidas para el retorno seguro deben adoptarse dentro de los 45 días corridos a partir de la notificación a la autoridad requirente de la sentencia que ordena la restitución, puesto que, de lo contrario, quedarán sin efecto la decisión y las medidas adoptadas (art. 13).

### 5. Proyecto de Ley Modelo sobre Procedimiento Restitutorio

Como se ha descripto y a diferencia de la CLH80, la CIDIP IV contiene algunas disposiciones que reglamentan el procedimiento res-

titutorio. Sin embargo, muchos aspectos se delegan a las disposiciones procesales de los Estados Parte.

Algunos de ellos han dictado normas procesales que establecen un proceso monitorio especial para alcanzar una decisión en los plazos preestablecidos convencionalmente, aunque esto no constituye una práctica generalizada.

En los Estados que responden a un régimen federal la cuestión se complejiza porque las autoridades locales siguen los procedimientos instaurados en sus leyes procesales locales, que no están especialmente diseñadas para atender a las particularidades del proceso restitutorio, generando asimetrías en cuanto a la estructura y duración del proceso y medios de prueba admitidos, con la consiguiente incerteza para el requirente extranjero y el riesgo de incumplimiento de las obligaciones internacionales.

Ya en el I Encuentro Regional de Derecho de Familia del Mercosur, que tuvo lugar en 2005, la Comisión 5 que trabajó sobre la materia propuso en sus conclusiones la aprobación *de un procedimiento ágil y de rápida tramitación* para evitar el desarraigo del niño, que tuviera en cuenta el derecho de defensa de todas las partes involucradas y resguardara el derecho del niño a intervenir en el proceso y su interés superior *ponderando racionalmente tanto las circunstancias fácticas como jurídicas de la especie a fin de alcanzar decisiones acordes con el respeto de los derechos fundamentales que, a la vez, contribuyan a la lucha común contra el flagelo de los desplazamientos y de las retenciones ilícitas.*

Debido a que la mayoría de los Estados Partes de los convenios carecen de una normativa procesal específica, el Instituto Interamericano del Niño y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado<sup>100</sup> convocaron a un grupo de trabajo para el estudio y redacción de un "Proyecto de Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños" cuyo propósito es fijar un estándar mínimo que, al ser adoptado por los Estados en sus reformas legislativas, permitiría cumplir los objetivos de los convenios.

<sup>100</sup> Esta decisión de convocar a un grupo de expertos se tomó en la Reunión de Expertos del Instituto Interamericano del Niño y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que tuvo lugar en La Haya el 10-11-2006.

Este proyecto tuvo por fuentes el Reglamento del Consejo CE N° 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; el Título IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España (Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional); el Decreto ejecutivo 222/2001 de Panamá; el Auto Acordado de la Corte Suprema de la República de Chile, del 3 de noviembre de 1998, y el Anteproyecto de Ley de Uruguay.

Su texto fue sometido a la opinión de expertos de Argentina<sup>101</sup>, Panamá y Perú así como a la opinión del profesor William Duncan, y el mismo fue objeto de revisión y debate en la Segunda Reunión de Expertos sobre Sustracción Internacional de Menores<sup>102</sup>.

El texto aprobado en la mencionada reunión constituye un instrumento que no tiene carácter vinculante, pues se trata de una Ley Modelo y no de un Tratado Internacional. Como tal no requiere ratificación y su propósito es servir como modelo o guía para la redacción de proyectos legislativos nacionales y estatales. En la medida en que sus disposiciones sean aceptadas e incorporadas en las diferentes leyes procesales, será posible alcanzar cierto grado de uniformidad normativa.

Los principios que inspiran el proceso en la Ley Modelo son celeridad, intermediación, concentración procesal y de la competencia, doble instancia, existencia de contradictorio de partes, participación preceptiva del Ministerio Público como representante de la causa pública, preservación del derecho del niño a ser oído, conciliación y cooperación jurídica internacional.

Se intenta equilibrar los intereses comprometidos, esto es, le celeridad sin sacrificar las garantías del debido proceso aseguradas en los tratados de derechos fundamentales, teniendo especialmente en cuenta los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño como la intermediación y el derecho del niño a ser oído.

La estructura del procedimiento y sus plazos se simplifican y acor-

<sup>101</sup> Por Argentina, actuó la jueza de enlace Dra. Graciela Tagle de Ferreyra.

<sup>102</sup> El texto del proyecto tal cual ha sido aprobado en la II Reunión de Expertos puede consultarse en [http://www.iin.oea.org/SIM/pdf/eventos/reunion\\_exp/Mesa%20de%20Trabajo%203-%20Norma%20Modelo.pdf](http://www.iin.oea.org/SIM/pdf/eventos/reunion_exp/Mesa%20de%20Trabajo%203-%20Norma%20Modelo.pdf).

tan. Se prevén dos actuaciones diferentes según se requiera la adopción de acciones previas al pedido de restitución, tendientes a dar con el paradero del niño, niña o adolescente, o esto resulte innecesario por tener conocimiento el requirente del lugar en que se encuentra el mismo.

Cuando se requiera la localización del paradero del niño, las autoridades del Estado requerido se encuentran obligadas a adoptar todas las medidas conducentes a identificarlo, garantizando la seguridad del niño una vez localizado para evitar ulteriores sustracciones. Una vez localizado se debe notificar inmediatamente a la Autoridad Central del Estado que solicita la localización a efectos de que se promueva el correspondiente proceso restitutorio. Transcurrido un plazo de 30 días sin que se presente pedido de restitución las medidas provisionales adoptadas caducarán de pleno derecho.

La Ley Modelo prevé que la presentación del pedido restitutorio puede realizarse directamente ante el juez del Estado requerido donde se localiza el niño, o bien ante la Autoridad Central del Estado requirente, usualmente el del domicilio o residencia del actor. La presentación estará acompañada con toda la documentación que pruebe que el requirente reúne los requisitos fijados convencionalmente para ser titular de la acción. Dicha documentación deberá estar debidamente traducida, de corresponder, eximiéndose del requisito de legalización.

El juez deberá examinar que la solicitud reúna los requisitos formales y sustanciales necesarios para prosperar ya que en caso contrario deberá rechazarla *in limine*. Aceptado el pedido, en un plazo máximo de 24 horas, el juez deberá librar el mandamiento de restitución, notificar a los Ministerios Públicos y al defensor del niño; designará un defensor de oficio al requirente en caso de que en la solicitud se haya indicado la carencia de recursos para trasladarse al país, adoptará las medidas cautelares necesarias para proteger al niño y citará al demandado para que oponga excepciones en el plazo de 10 días.

Si no se opusieran excepciones dentro del plazo señalado quedará firme el mandamiento restitutorio y se ordenará llevar adelante la misma comunicándolo a la Autoridad Central.

Si se oponen excepciones éstas sólo pueden ser aquellas taxativamente enumeradas en los tratados restitutorios. Fuera de estas excepciones cualquier otra resulta inadmisibile, no pudiendo articularse cues-

tiones previas, incidentes ni reconvenções que obstan a la continuidad del trámite (art. 12 de la Ley Modelo).

Opuestas las excepciones legales se correrá traslado de las mismas al actor por un término de 6 días. Una vez vencidos los plazos, se deben colocar los autos a despacho, fijándose audiencia en un plazo no mayor a 3 días. La audiencia tendrá por objeto en primer lugar la conciliación entre las partes ya que alcanzándose un acuerdo éste será homologado judicialmente. De no haber acuerdo deberá procederse a diligenciar la prueba que hubiera sido ofrecida en la demanda y en la oposición de excepciones así como en la contestación del traslado de las mismas. Los jueces deberán pronunciarse sobre su admisibilidad, rechazando las inadmisibles, inconducentes o impertinentes sin que se admita recurso contra esta decisión. Para el diligenciamiento de las pruebas y cuando sea necesario podrá posponerse la audiencia hasta por 72 horas. Se establece un máximo de testigos por cada parte, el que no puede exceder de tres.

Se oirá al Ministerio Público, a las partes y al niño, si a juicio del tribunal puede formarse un juicio propio, y se dictará resolución restitutoria o denegatoria de la restitución en un plazo máximo de 24 horas de finalizada la audiencia, cuando no sea posible resolver inmediatamente.

Notificada la decisión a las partes éstas pueden apelar el decisorio en un plazo máximo de 3 días, luego del cual la decisión quedará firme.

Si se admite el recurso, el que siempre tendrá efecto suspensivo, las partes deberán evacuar un traslado que se correrá por el plazo de 3 días. Igualmente se correrá traslado al Ministerio Público y al defensor del niño.

Vencidos los plazos para contestar los traslados en 24 horas, deberán elevarse los autos a la Alzada, la que deberá dictar su decisión dentro de los 6 días siguientes. Cuando la sentencia no sea dictada en audiencia, sino mediante decisión anticipada, el plazo para deducir recurso de aclaratoria y ampliatoria es de 48 horas debiendo resolverse en idéntico plazo.

La decisión de segunda instancia resulta irrecurrible, no admitiéndose ulteriores recursos ante otros tribunales.

Con posterioridad a la adopción de la Ley Modelo, el 21 de diciembre de 2007 Suiza aprobó la Ley Federal sobre Sustracción Internacional de Niños, la que entró en vigencia el 1º de julio de 2009. Tiene interés desde que Suiza es un Estado federal.

Conforme esta ley se atribuye competencia territorial única para conocer de los pedidos de restitución a la Suprema Corte del cantón donde se localiza el niño al tiempo del pedido (art. 7º), privilegiando la mediación y conciliación por sobre el procedimiento contencioso, el que en su caso será de tipo sumario, con audiencia de todas las partes, garantía del derecho del niño a ser oído y la designación de un representante del mismo, especialista en derecho de la niñez (art. 9º).

Contra sus resoluciones sólo se admite el recurso interpuesto ante la Corte federal. Las decisiones restitutorias firmes deben contener las instrucciones para su ejecución y cada cantón debe designar una única autoridad al efecto, la que tendrá en cuenta el interés superior del niño (art. 12). Las órdenes restitutorias pueden ser modificadas si se comprueba un cambio de circunstancias que lo justifique (art. 13).

Resulta destacable el artículo 5º que define el supuesto excepcional del artículo 13.1.b de la CLH80 y establece que el retorno del niño lo coloca en una situación intolerable cuando no sea en su mejor interés la colocación con el padre que presentó el pedido, el padre no sustractor no esté en situación de poder ocuparse del niño en el Estado de su residencia habitual o no sea razonable pretender que lo haga y la colocación en un hogar manifiestamente contrarie el interés superior del niño.

Esta norma tiene por propósito atender las especiales circunstancias que se presentan en los casos en que la raíz de la sustracción se encuentra en el comportamiento violento del no sustractor y una correlativa situación de indefensión del sustractor en el Estado de residencia habitual del niño, que justifica la emigración del mismo acompañado del niño<sup>103</sup>. En estos supuestos, el retorno del niño con el padre violento no constituye su interés superior y no parece posible o razonable exigir

<sup>103</sup> Sobre la relación entre la restitución y la violencia doméstica ver HERZ, M., *Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores*, en E. D. del 14-11-2006, N° 11.635, p. 1.

al padre víctima que regrese con el niño de manera tal que la opción que se presenta, cuando no hay otros parientes que puedan cuidar adecuadamente del niño, es la de institucionalizarlo, lo que decididamente va en contra de su interés superior pero también de la Convención sobre los Derechos del Niño. La misma situación puede presentarse cuando el no sustractor pretende el regreso para ejercer su derecho de visitas sin que en realidad pueda asumir el cuidado y crianza, sobre todo en niños de corta edad, por razones de índole laboral. La ley suiza tiene el mérito de enfocar a los jueces en estas especiales circunstancias para evitar que la aplicación cuasi automática y rígida de los convenios atente contra el bienestar del niño<sup>104</sup>.

En la actualidad, las autoridades argentinas se encuentran trabajando en la elaboración de un texto normativo basado en la Ley Modelo que ayude a uniformar el proceso restitutorio.

## 6. Conclusiones

La sustracción internacional de niños por uno de sus progenitores no es un tema novedoso pero sí importante por el incremento de casos producto de la internacionalización creciente de la familia y los efectos negativos y prolongados que produce sobre todas las personas involucradas, en especial los niños.

Los Estados optan por la cooperación internacional pactada en tratados internacionales como medida eficaz de prevención y gestión ordenada de los desplazamientos transfronterizos de los padres y sus hijos en casos de ruptura familiar, ante la insuficiencia que revelan las medidas unilaterales que se encuentran con el obstáculo del carácter marcadamente territorial de su poder coactivo.

Los Convenios de La Haya de 1980 y la CIDIP IV persiguen efectivizar la obligación asumida por los Estados en la Convención sobre los Derechos del Niño y priorizan la resolución de los conflictos parentales a través de la mediación y la conciliación, sea en la instancia prejudicial, ante la Autoridad Central o en instancia judicial.

<sup>104</sup> Para un comentario de la ley ver BUCHER, A., *The new Swiss Federal Act on International Child Abduction*, en *Journal of Private Intl. Law*, vol. 4, N° 2, p. 139.

La vía contenciosa se articula como proceso autónomo, diferenciado de aquel que resuelve la titularidad y ejercicio de los derechos de custodia y visitas, los que corresponden en exclusiva a las autoridades del Estado de residencia habitual del niño. A diferencia del CLH80, la CIDIP IV reglamenta un proceso sumario en el que se establecen plazos para la presentación del pedido de restitución cuando hubo una localización de paradero como medida preliminar; para el planteo de excepciones; el dictado de sentencia y la ejecución de la orden restitutoria. No contiene en cambio disposiciones referidas a los medios admisibles de prueba ni a su producción.

La mayoría de los Estados ratificantes de los convenios no han dictado normas de reglamentación del proceso restitutorio y ello obliga a aplicar los códigos de procedimiento locales, lo que genera divergencias que pueden obstaculizar el funcionamiento de los tratados, sobre todo desde que no se han previsto sanciones explícitas ante las dilaciones procesales.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido ocasión de condenar a los Estados Parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando por defectos u omisiones en la aplicación del CLH80 han violado el artículo 8° del primero. Si bien se trata de precedentes valiosos, las condenas pecuniarias impuestas no son satisfactorias como medio de protección de la infancia y es necesario adoptar medidas que aseguren el interés superior del niño.

Por ello, la Ley Modelo sobre Procedimiento Restitutorio se constituye en una importante herramienta de uniformidad progresiva en la medida en que los Estados vayan incorporándola en sus legislaciones.

El proceso se ha abreviado sin descuidar el derecho de defensa de las partes y el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. De este modo se combate el peligro de que el transcurso del tiempo importe una adaptación del niño al medio en la que el retorno constituya una relocalización perniciosa por el desarraigo.

Tratándose de una Ley Modelo con carácter no vinculante, las partes pueden apartarse de sus normas, agregando soluciones no contempladas o modificando aquellas que estiman inconvenientes, generando de ese modo heterogeneidad.

Una alternativa sería la elaboración de un tratado internacional que reglamentara uniformemente el proceso. La dificultad estribaría en la ratificación, sobre todo en los casos de Estados federales como Argentina, en los que las potestades procesales constituyen materia no delegada al Gobierno federal (arts. 5° y 121 de la CN). Esta circunstancia resalta los beneficios de seguir la ley modelo como alternativa de uniformidad.

En el sistema jurídico argentino, una posibilidad estaría dada por la elaboración de normas procesales provinciales que recojan las soluciones propiciadas, aunque esto último no garantiza uniformidad.

Otra opción sería la adopción de una ley nacional a la que las provincias adhieran. En este caso, sería interesante no circunscribirse al proceso restitutorio para la correcta aplicación de los tratados sino avanzar en la reglamentación del proceso para los supuestos que no encuadran en el ámbito de aplicación de los tratados.

