

Trabajo Final de Grado



Universidad Siglo XXI

Abogacía

2017

**“Restitución internacional de menores en Convención de La
Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción
Internacional de Menores: Características y Procedimiento”**

Autora: María Candelaria Oliva Escobar

RESUMEN

Gracias a los medios de transporte y comunicación, las personas tienden a viajar a nivel internacional, y a radicarse en diferentes países con el fin de desarrollarse tanto laboral como socialmente. La formación de “familias internacionales” acarrea consecuencias que a nivel jurídico muchas veces no eran tenidas en cuenta al momento.

Cuando inician los distanciamientos y peleas en las parejas con hijos, se ha comenzado a plantear sustracciones internacionales de niños, que los progenitores llevan a cabo, trasladándolos ilegítimamente a un país distinto de donde tenían su residencia habitual, sin el consentimiento del otro progenitor, alejándolos así de su ambiente y medio social-afectivo.

En el Trabajo Final de Grado, se ha desarrollado y explicado el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores.

Se ha definido cual es el interés superior del niño, y como se aplica al Convenio. Se analizó el fundamental rol de la Autoridad Central y de los Jueces de Enlace, explicando sus funciones y ámbito de aplicación.

Por otra parte, se hizo hincapié en cual es proceso que se debe llevar a cabo para lograr la restitución de un niño, desde los plazos para interponer la solicitud, los legitimados activos, los requerimientos para poder hacer la demanda de retorno y las excepciones que existen para denegarla, hasta cual es el juez con competencia en los casos sobre sustracción internacional de niños y el contenido que deberá tener su sentencia.

ABSTRACT

Thanks to the means of transportation and communication, people tend to travel internationally, and settle in different countries in order to develop both work and social. The formation of "international families" carries consequences that at legal level were often not taken into account at the time.

When distances and fights begin in couples with children, international abductions of children have been started, which the parents carry out, illegitimately transferring them to a country other than where they were habitually resident, without the consent of the other parent, away from them So its environment and social-affective environment.

In the Final Work of Degree, the Convention on the Civil Aspects of the International Restitution of Minors has been developed and explained.

It has been defined what is the best interests of the child, and how it applies to the Convention. The fundamental role of the Central Authority and the Judges of Liaison was analyzed, explaining its functions and scope of application.

On the other hand, it was emphasized which is the process that must be carried out to achieve the restitution of a child, from the deadlines to file the application, the legitimate assets, the requirements to be able to make the return demand and the exceptions that Exist to deny it, to which is the judge with competence in the cases on international abduction of children and the content that should have its sentence.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1: NOCIONES BÁSICAS SOBRE RESTITUCIÓN DE MENORES.	6
1. INTRODUCCIÓN	9
2. LEGISLACIÓN. NORMAS VINCULADAS CON LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN SITUACIONES DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL.	10
2.1. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	10
2.2. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	11
2.3. CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.	11
2.3.1. OBJETIVOS.	13
2.4. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN DE MENORES	13
2.5. CONVENIO ARGENTINO-URUGUAYO SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE MONTEVIDEO	14
2.6. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ANTECEDENTES LEGALES EN NUESTRO PAÍS.	14
3. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA. DERECHO DE CUSTODIA, GUARDA Y VISITA	17
4. CARÁCTER ILÍCITO DE TRASLADO O RETENCIÓN.	17
5. RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.	18
CONCLUSIÓN	18
CAPÍTULO 2: AUTORIDAD CENTRAL Y JUEZ DE ENLACE	20
1. INTRODUCCIÓN	20
2. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	20
2.1. DEFINICIÓN.	21
2.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO O NIÑA EN LA LEGISLACIÓN	21
3. AUTORIDAD CENTRAL	22
3.1. CREACIÓN Y FUNCIÓN DE LA AUTORIDAD CENTRAL	22
3.2. EL ROL DE LA AUTORIDAD CENTRAL EN LAS SOLICITUDES DE RETORNO ENVIADAS Y RECIBIDAS	24
3.2.1. SOLICITUDES DE RETORNO RECIBIDAS	24
3.2.2. SOLICITUDES DE RETORNO ENVIADAS	25

3.3. COOPERACIÓN ENTRE AUTORIDADES CENTRALES	25
4. JUEZ DE ENLACE O JUEZ DE LA RED INTERNACIONAL DE LA HAYA. FUNCIONES.	26
4.1. DESIGNACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA RED	27
5. PAPEL DE LA INTERPOL EN RESTITUCIÓN DE MENORES	28
CONCLUSIÓN	28
CAPÍTULO 3: CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PROCEDIMIENTO Y SENTENCIA	30
1. INTRODUCCIÓN	30
2. CALIFICACIÓN DEL MENOR	30
3. LEGITIMACIÓN ACTIVA.	31
4. PLAZOS EN LA INTERPOSICIÓN DEL PEDIDO DE RESTITUCIÓN	31
5. REQUISITOS PARA SU SOLICITUD. (FORMULARIO MODELO)	31
6. EL DERECHO DEL NIÑO A PARTICIPAR EN EL PROCESO Y A SER ESCUCHADO.	32
7. RESTITUCIÓN VOLUNTARIA DEL MENOR	34
8. JUEZ COMPETENTE	34
9. PROCEDIMIENTO – DEBER DE RESOLVER CON URGENCIA	35
10. AUTONOMÍA DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE MENORES. LA LLAMADA “CUESTIÓN DE FONDO”	37
11. OBLIGACIÓN GENÉRICA DE RESTITUIR	38
11.2. EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR EL RETORNO INMEDIATO DE LOS MENORES.	39
12. COSTOS	40
13. CONTENIDO DE LA SENTENCIA Y EJECUCIÓN	41
13.2. REGRESO SEGURO, ÓRDENES ESPEJO.	42
14. ASPECTOS PENALES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	43
CONCLUSIÓN	43
CAPÍTULO 4: JURISPRUDENCIA	45
1. INTRODUCCIÓN	45
2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES	45
2.1. “E., M. O. c. P., P. F. s/ restitución del menor C. O. E. P.”	45

2.2. “B., S. M. c. P., V. A. s. restitución de hijo”	48
2.3. “Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela”	50
CONCLUSIÓN	50
CONCLUSIÓN GENERAL	52
LISTADO DE REFERENCIA	54
ANEXO 1	63

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la gran globalización existente y la masividad de medios de comunicación y transporte, importan un cambio de modo de vivir para las familias modernas, debido a las facilidades de movilidad y de aprendizajes de idiomas diferentes, facilita el movimiento de recursos humanos en todo el mundo. Es por ello que surgen problemáticas antes impensadas para la mayoría de personas, que anteriormente no eran cotidianas. Así el caso de la disolución de esas familias establecidas en diferentes países y la movilidad de sus miembros a partir de ésta, genera un problema sumamente importante con los menores del vínculo familiar, que muchas veces son utilizados como “trofeos de guerra” deshumanizándolos y retirándolos de su medio habitual de desarrollo para trasladarlos sin más a otro lugar, muchas veces sin conocimiento del otro cónyuge, y por ende generando traumas totalmente innecesarios e indebidos.

En vista a solucionar estos supuestos, los países han tenido que reunirse para proteger internacionalmente a los menores que son producto de estas sustracciones o retenciones ilícitas, estableciendo mecanismos para su restitución.

Así se abordarán los procedimientos con sus características utilizados en el Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, intentando detectar sus falencias y posibles soluciones teniendo en cuenta en interés superior hacia el bienestar del menor, víctima real de esta situación, para devolverlo a su centro de vida cotidiana.

La pregunta específica que nos haremos en este trabajo final es cuáles son las características del procedimiento de restitución internacional de menores de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y, teniendo en cuenta el interés superior del niño, si existen falencias

El motivo del desarrollo de la presente investigación es la gran difusión mediática de los casos de restitución de niños en nuestro país, ya que éstos generalmente, no informan verdaderamente los hechos y derechos de los progenitores, sino que intentan manipular las opiniones del público, sensibilizando la postura del progenitor que se encuentra en nuestro país, es decir, el sustractor. Por esto, intentando clarificar los conocimientos propios, y de quien lea este Trabajo Final de Grado, decidí investigar éste riquísimo Convenio.

A los efectos de alcanzar el objetivo general hemos dividido el TFG en cuatro Capítulos. En el Primero expondrán las nociones básicas sobre restitución internacional de menores, teniendo en cuenta el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de

Menores y demás legislación internacional y nacional vigente, precisando terminológicamente los derechos de custodia, guarda y visita, definiendo y calificando al menor. Siguiendo la misma línea, en el Segundo Capítulo se conceptualizará el interés superior del niño, siendo éste según Feldstein (2000) un factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado, también se desarrollará la fundamental función de las Autoridades Centrales y el rol del Juez de Enlace. En el tercer capítulo es menester analizar el procedimiento necesario a los fines de respetar los derechos y garantías del niño para restituirlo a su residencia habitual, como así también sus características; los requisitos para su solicitud, el juez competente en el caso, la autonomía del procedimiento respecto de la llamada “cuestión de fondo” y el contenido de la sentencia judicial.

En el capítulo cuarto, finalmente se realizará un estudio jurisprudencial, teniendo en cuenta fallos relevantes como lo son : “E., M. O. c. P., P. F. s/ restitución del menor C. O. E. P.”. “B., S. M. c. P., V. A. s. restitución de hijo “Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela”. Todo ello a los fines de que el lector logre comprender con facilidad y sin dificultades en su totalidad el presente trabajo, en el que se utilizará el tipo de investigación descriptivo y correlacional, ya que se busca dilucidar la repercusión o incidencia del ejercicio del derecho a la libertad sindical en los efectivos de las instituciones civiles armadas.

La estrategia metodológica a utilizar será la cualitativa, recabando datos e información sobre la temática de estudio.

Se utilizará principalmente la técnica de análisis de documentos, examinando las fuentes primarias, secundarias y terciarias.

Finalmente se llegará a una conclusión fundada, teniendo en cuenta la no vulneración del ejercicio de los derechos de niños de la sociedad.

Los objetivos de esta investigación serán generales y específicos. Por el primero, se intentará: determinar y desarrollar las características del procedimiento de restitución de menores, en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y en su caso, identificar falencias, teniendo en cuenta el interés supremo del niño. Por otra parte, los objetivos específicos serán: (i) brindar un concepto de menor, teniendo en cuenta la temática abordada; (ii) conceptualizar el interés superior del niño y su residencia habitual; (iii) determinar en qué casos procede o no la restitución internacional de menores; (iv) determinar los legitimados activos para la solicitud de restitución del menor y enumerar los requisitos para su solicitud; (vi) definir las funciones de la Autoridad Central e identificar al Juez competente; y, por último, (vii) determinar y desarrollar las etapas del procedimiento, tanto pre jurisdiccionales como jurisdiccionales.

Todo esto teniendo en cuenta que las preguntas de investigación a enfrentar serán las siguientes: ¿Qué es menor según El Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores? ¿En qué casos procede y en cuáles no, la restitución internacional de menores? ¿Qué es el interés superior del niño y a qué se llama la residencia habitual de él? ¿Quiénes son los legitimados activos para instaurar el procedimiento de restitución del menor y cuáles son los requisitos necesarios para su solicitud? ¿Qué es la Autoridad Central, qué funciones posee y cuál es el juez competente? ¿Cuáles son las etapas del procedimiento, tanto pre jurisdiccionales como jurisdiccionales?

CAPÍTULO 1: NOCIONES BÁSICAS SOBRE RESTITUCIÓN DE MENORES.

1. INTRODUCCIÓN

Todo niño, joven, adulto, anciano, hombre o mujer, sea donde sea, pertenezca al grupo que pertenezca, tiene necesidades e intereses con sus aspiraciones legítimas, y éstos para subsistir, deben ser protegidos por los Estados.

En la actualidad, vivimos en lo que se denomina como “aldea global” debido a la estrecha comunicación entre los países de todo el mundo y al intenso tráfico de personas de distintas nacionalidades que se establecen por todas partes del mundo buscando un nuevo hogar y generando relaciones humanas, que determinarán en muchos casos, el resto de sus vidas.

La sustracción internacional de niños es un problema a nivel mundial y afecta a miles de familias cada año, que debido a crisis internas, algunos progenitores, toman como rehenes a sus hijos, trasladándolos de manera ilegítima, teniendo en cuenta que detrás de la sustracción, se encuentra una disputa sobre la custodia, país de residencia o régimen de contacto para con el niño. Buscando algún tipo de validación o legitimidad de sus actos, se establecen en diferentes países intentando formar allí un nuevo centro de vida, violando no solo los derechos del otro progenitor, sino los del mismo menor, que es ampliamente perjudicado en su vida cotidiana, tanto social, escolar, familiar, como en su aspecto psicológico ya que es privado de la posibilidad de contacto con su otro progenitor y el desconcierto de no tener una estabilidad en su vida.

Atentos a la gran desprotección existente para velar por los derechos de los niños y niñas víctimas de desplazamientos o retenciones, diversos países se han preocupado por establecer normas de carácter colectivas para intentar minimizar las consecuencias de dichos hechos.

En el presente capítulo abordaremos los lineamientos generales de algunas de las legislaciones tanto internacionales como nacionales más determinantes en la protección del niño, haciendo especial hincapié, como en el resto de la tesis, en el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Creado el 25 de Octubre de 1980 con entrada en vigor el 1 de Diciembre de 1983.

2. LEGISLACIÓN. NORMAS VINCULADAS CON LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN SITUACIONES DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL.

Las normas que se desarrollarán a continuación, son de suma relevancia para la evolución de los derechos de los niños y niñas, ya que se los intenta proteger de manera integral, especificando los lineamientos generales de las futuras legislaciones al respecto, como el derecho a ser escuchado y la importancia fundamental del interés superior del niño; así como también las regulaciones internacionales y nacionales sobre la sustracción de niños actualmente vigentes.

2.1. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), es un tratado internacional de las Naciones Unidas, firmado en 1989, sancionada el 27 de septiembre de 1990. En el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Argentina, establece se que la presente Convención posee jerarquía superior a las demás leyes dictadas.

Esta Convención establece nuevos paradigmas y lineamientos que deberán tener en cuenta los Estados Contratantes en la futura reglamentación y dictado de leyes, pues enfatiza que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, siendo una nueva manera de considerar a la infancia y adolescencia.

En su Artículo 3, establece que todas las medidas que se tomen en torno a los niños, deben tener una consideración primordial en el interés superior de ellos y que los Estados Partes deben tomar las medidas para el cuidado y protección de los mismos, teniendo en cuenta los derechos y deberes de aquellos que fueran responsables de ellos.

Siguiendo con este lineamiento, los niños pueden expresar su opinión libremente y deben ser escuchados y tomados en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, en los asuntos que los afecten, y se deberá dar oportunidad de ser oídos por sí, o por medio de representantes, en procedimientos judiciales o administrativos en que estén insertos (Art. 12.CDN).

En su Artículo 11, se promueve dentro de la Convención, a los Estados a celebrar nuevos convenios tanto bilaterales como multilaterales, o a adherirse a los ya existentes con el fin de tomar medidas para afrontar la lucha contra la sustracción y retención de menores.

En consonancia con el mismo aspecto, y remarcando siempre el interés superior del menor, la CDN nos habla de impedir la separación de los niños con sus progenitores en contra de la voluntad de éstos, y si se diera en algún caso se deberá respetar el derecho a mantener el contacto con el no conviviente de modo regular. (Art. 9.CDN)

La Convención sobre los Derechos de los Niños, en cuanto a la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos, establece que ambos progenitores tienen por igual las obligaciones comunes para la crianza y desarrollo del niño. (Art. 18.CDN)

2.2. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue suscripta, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica, y tuvo su origen en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José en Costa Rica. Es uno de los pedestales en América, para la protección de los derechos humanos.

La misma, en su preámbulo establece las prioridades y bases en las que se funda, encontrándose entre ellas, la libertad personal, justicia social y derechos esenciales del hombre.

El pacto de San José de Costa Rica, instituye, en el Artículo 17, la protección a la familia, y sanciona que: "...Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos."

Denota el citado Artículo la importancia de la igualdad de derechos entre los progenitores, tanto dentro como fuera del matrimonio (se parte de un concepto tradicional de familia, basada en el matrimonio), así como también la adecuada protección de los niños, en el cual detalla y remarca que su interés y conveniencia será la base de las medidas a aplicar por los Estados.

Otro Artículo de sumo interés en la protección de los niños y niñas, es el número 19, que detalla: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."

Se puede entender, que está la clara voluntad del Pacto en dar suma prioridad a los intereses de los niños, e instando a los Estados Parte a cuidar de ellos e implementar las medidas que se requieran a tal efecto.

2.3. CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores firmado el 25 de octubre de 1980 con entrada en vigor el 1º de diciembre de 1983, en La Haya

(Convenio de La Haya ó CLH), está suscripto actualmente por 94 países. Está destinado específicamente, como su nombre lo indica, a resolver los temas que versan sobre las sustracciones o retenciones ilegales de niños y niñas. (Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 1980)

Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia esencial para todas las cuestiones relativas a su custodia y deseos de protegerlo, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría originarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita, los Estados signatarios han resuelto concluir el presente Convenio. (Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 1980. Preámbulo).

A lo largo de su articulación, demarca los requisitos para su procedencia, incluyendo quiénes son los legitimados activos, así como destaca la importancia de la creación de una Autoridad Central que se encargará del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio.

La Convención hace un esfuerzo más que claro en explicar la importancia de una restitución inmediata para la protección de la niña o niño, la cual ha sido puesta en juego por alguno de sus progenitores.

Se desarrollan las posibles excepciones, que adelantaremos que siempre deben ser tomadas en forma absolutamente restrictiva, ya que la obligación genérica de cada Estado, es restituir inmediatamente al menor afectado.

Goicoechea I.; Castro F. (2014), hacen algunas aclaraciones sobre el Convenio de la Haya de 1980, que son sumamente clarificadoras y que se deben mencionar: La primera nombra una complementariedad absoluta entre la Convención de los Derechos del Niño y los Convenios de restitución de niños (La Haya de 1980 y OEA de 1989). El Convenio de La Haya fue diseñado para privilegiar los intereses de los niños sustraídos ilegalmente, por sobre los de los adultos en disputa. La nacionalidad de los afectados en el procedimiento (niños o progenitores) no puede afectar el funcionamiento del Convenio. El rechazo a un pedido de restitución no es forzosamente una violación al Convenio. Otorgar la restitución de una niña o niño, no acarrea necesariamente separarlo del progenitor sustractor.

2.3.1. OBJETIVOS.

En el Artículo primero de la Convención, consta de manera concisa, la finalidad de su legislación, la cual indica que los menores retenidos o trasladados ilegalmente a otros Estados, deben ser restituidos inmediatamente.

Se complementa con otro objetivo de índole preventivo, el cual establece que los Estados contratantes deben respetar los derechos de visita y custodia vigentes en el país de residencia habitual del/a niño/a. Sobre dichos objetivos versa en su totalidad el convenio, y se destaca desde un comienzo la fundamental importancia a la celeridad de la restitución, para el restablecimiento del statu quo. El progenitor sustractor pretende que las autoridades competentes del Estado de refugio legalicen sus maniobras, para evitarlo, se establece que sus acciones serán privadas de toda consecuencia práctica y jurídica (Informe Pérez Vera, 1981).

2.4. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN DE MENORES

La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores tuvo lugar en Montevideo, Uruguay el día 15 de julio de 1989.

Fue creada por las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP IV). Teniendo la adhesión de dieciséis países del continente americano en la actualidad.

En este Convenio, los Estados decidieron focalizar en la solución del problema. Es por ello que al momento de redactar la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, reemplazaron el término sustracción, utilizado por el Convenio de La Haya por el de “restitución”, que evidencia claramente la finalidad perseguida por el Convenio (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

En la parte inicial, remarca que el objetivo es la pronta restitución del niño que tenga residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte, o que siendo trasladados legalmente, hubieren sido retenidos ilegalmente. También el ánimo de esta Convención es el respeto del ejercicio del derecho de visita y custodia o guarda por parte de sus titulares. (Art.1. CIDIP IV)

A lo largo de la restante codificación, enuncia quiénes son los legitimados activos para solicitarla, así como también quién deberá conocer en lo que se refiere a la solicitud de restitución (Arts. 4 y 6. CIDIP VI), enuncia la Autoridad Central con su función, y todo el procedimiento a seguir para lograr una restitución entre los Estados Parte, mostrando también las excepciones de interpretación restrictivas para negar una solicitud.

2.5. CONVENIO ARGENTINO-URUGUAYO SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE MONTEVIDEO

La República Argentina cuenta con una herramienta de carácter bilateral en la materia de restitución. El Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, firmado en Montevideo, el 31 de Julio de 1981.

Este Convenio, tiene por objeto, como en los anteriores enunciados, asegurar la pronta restitución de menores que, indebidamente, se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte. Resalta que se considerará ilícita la residencia del niño o niña en uno de los Estado Parte cuando se produzca en violación de la tenencia, guarda o derecho que, sobre él o a su respecto, ejerzan los padres, tutores o guardadores. (Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores).

En general, se trata de un Convenio bastante acotado en cuanto a su articulación, pero que sirvió para afianzar la importancia que se le debe dar a todos estos casos que tanto sufrimiento traen a las familias afectadas actualmente.

La Autoridad Central de aplicación de éste Convenio es el Ministerio de Justicia, si bien se encuentra vigente entre ambos estados, ha sido desplazado en su aplicación por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

2.6. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN – ANTECEDENTES LEGALES EN NUESTRO PAÍS.

La ya citada Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, (aprobada en Argentina por Ley Nacional N° 23849/90 y más tarde incluida en el Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el 1 de Agosto de 2016), contiene un riquísimo preámbulo el que entre otros puntos, alude a los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, como la libertad, la justicia y la paz en el mundo, los que se basan en el reconocimiento de la libertad intrínseca y de los derechos iguales y e inalienables de todos los miembros de la familia humana; recuerda que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales; reconoce que el niño para lograr el pleno desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Nuestro actual Código Civil y Comercial, posee incorporaciones de vital importancia para el reconocimiento de la niña o niño en nuestra sociedad, respecto a sus derechos y deberes. No son considerados ya objeto de protección, sino verdaderos sujetos de derechos.

El Artículo 638 CCCN define el concepto de Responsabilidad Parental, como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre el hijo y sus bienes mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

A su vez, el Artículo 639 CCCN alude y enumera los principios generales de la responsabilidad parental, tales como el interés superior del niño; la autonomía progresiva del mismo, en la que a mayor autonomía, va disminuyendo la representación de los progenitores y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su madurez.

Para el Artículo 640 del CCCN, las figuras legales que derivan de la responsabilidad parental son la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; el cuidado personal del hijo por los progenitores y la guarda otorgada por el juez a un tercero. Y el Artículo 641, reglamenta su ejercicio.

Entre los deberes de los progenitores dispuestos por el Artículo 646 del CCCN, se enuncian claramente, entre otros, el de respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo atinente a sus derechos personalísimos y el de respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos y otros parientes o personas con las cuales tenga vínculo afectivo.

El Código Civil y Comercial de la Nación incorpora el término de “Cuidado Personal” (Art. 648 y s.s.) y lo define como los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo; las clases: cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal puede ser asumido por un progenitor o ambos (Art. 649). Las modalidades de cuidado personal compartido: alternado o indistinto. Reglas generales: El juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado personal del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte prejudicial para el hijo (Art. 651).

En el caso de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo (Art. 652).

En el caso excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar: la prioridad del progenitor que facilita a mantener trato regular con el otro, la edad y opinión del hijo y el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. Se prescribe que el otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente (Art. 653).

El Art. 654, bajo el título de “Deber de Informar”, dispone que cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.

Asimismo, también es de vital importancia en el tema, lo dispuesto por los Artículos 555, 556 y 557 del CCCN, los que titulado “Derecho de Comunicación”, disponen que los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, están obligados a permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. En los casos que se interpusiera oposición por supuestos perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez deberá disponer mediante breve procedimiento y resolver el régimen de comunicación más conveniente (Art. 555)

A su vez, el Artículo 556 prescribe que las disposiciones del Artículo 555 también se aplican en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo. Como medidas para asegurar el cumplimiento, el Ar. 557 dispone que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado, medidas razonables para asegurar su eficacia.

El Artículo 655 establece que el plan de parentalidad relativa al cuidado del hijo debe contener: lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor, responsabilidades que cada uno asume, régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia, régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste residen con el otro progenitor. Por su parte, el Artículo 656 nos dice que en caso que no exista plan, o no se haya homologado, el juez fijará el régimen de cuidados de los hijos, priorizando la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado.

Adentrándonos al tema específico de sustracción de menores, se requiere el consentimiento de ambos progenitores para que el niño pueda salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero, regla vital para determinar la ilegalidad de una retención o sustracción (Art. 645). Y si se da el caso de no mediar acuerdo al respecto, la salida del niño del territorio argentino o su radicación en el extranjero deberán ser dirimidas ante las autoridades judiciales respectivas (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

Hay una incorporación en la reciente modificación del Código Civil y Comercial en el Artículo 2642 que está especialmente dedicada a la restitución internacional de niños. Se dictamina que cuando exista un pedido de localización y restitución internacional deben regirse

por las convenciones vigentes. En el supuesto que no estén en su ámbito de aplicación, nuestro país debe procurar adoptar los principios establecidos en ellas para aplicarlos en esos casos, asegurando el interés superior del niño. El juez competente que entienda en el proceso, supervisará el regreso del niño o niña, y deberá fomentar las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión así como también, cuando se toma conocimiento de un inminente ingreso al país de un niño, cuyos derechos puedan verse amenazados, se dispondrán medidas anticipadas para asegurar tanto la protección del niño, como la del adulto que lo acompaña, si correspondiese.

3. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA. DERECHO DE CUSTODIA, GUARDA Y VISITA

Convenio ha evadido definir los términos utilizados, como ya es un hábito de la Conferencia de la Haya, con excepción de los contenidos en el Artículo 5 (CLH) sobre los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita, indispensables para determinar el ámbito de aplicación material del Convenio. (Pérez Vera, 1981). Y determina que, el derecho de custodia, comprende todo lo relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre donde va a ser su lugar de residencia; en tanto el derecho de visita comprende el derecho de poder llevar al menor, por un período de tiempo establecido y limitado, a un lugar distinto a aquel en que el niño tiene su residencia habitual.

4. CARÁCTER ILÍCITO DE TRASLADO O RETENCIÓN.

El Artículo 3 del Convenio de La Haya establece que se considera que el traslado o la retención del menor es ilícita cuando se hayan producido, conculcando un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona, a una institución, o a cualquier organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado, o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención (Feldstein de Cárdenas; Sara L., 2000).

5. RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.

La residencia habitual del niño, se define por pautas negativas: No se determina por el domicilio ni el estatus migratorio, tampoco por la nacionalidad del niño o niña, es una cuestión

de hecho que se determina caso por caso. No se adquiere como consecuencia de un hecho ilícito (retención o traslado)¹.

La expresión residencia habitual que utiliza el Convenio se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al concepto de domicilio de los menores (Tagle de Ferreira, G., 2015) y como lo explica Fernández Arroyo (1998) está constituida por un punto de conexión sociológico, y ésta es, precisamente la diferencia con el domicilio de carácter normativo. Se puede entender como el lugar donde desarrolla sus actividades, donde ha establecido un cierto grado de permanencia y centro vivencias y afectos.

Según se menciona en la jurisprudencia, la residencia habitual se debe interpretar como un conjunto de sensaciones, sentimientos, vivencias sobre las personas, cosas o lugares que permiten una construcción subjetiva, es un proceso social (Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, “C. P., M. V. c. S., G. S/ AUTORIZACION”) .Sin dejar de tener en cuenta, como indica en B., G. S v. M. G., R. A, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 05/12/2007, la ley 26.061 dice en su artículo 3 "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: ...Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.

CONCLUSIÓN

Desde la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, se ha dado una mirada distinta a todo el mundo que rodea al niño, delimitando desde ese momento, que todas las decisiones que se tomen en torno a ellos, deberán ser con miras a resguardar su interés superior, otorgando además medidas necesarias para su protección. Gracias a éstas convenciones y convenios internacionales, y a normas locales, los niños y niñas han comenzado a tener una protección paulatina que debe seguir creciendo, tanto en legislaciones como en la aplicación de las mismas, por parte de los Estados a nivel general, como por las mismas familias a nivel más íntimo, las que tienen que tomar conciencia de los sujetos de derecho que son los menores y respetando y haciendo respetar a los mismos.

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “V.,D.L. s/ Restitución de menores – ejecución de sentencia” CSJN, 18/08/2011

Es importante resaltar que mayoría de los países del mundo se han unido para forjar lazos internacionales con el fin de poder solucionar las disputas sobre la sustracción o retención de niños y la necesidad de su restitución, dándoles un marco cada vez más creciente de amparo a los menores.

Todos los niños del mundo, tienen derecho a ser protegidos y amparados por sus Estados donde tienen su residencia, aunque efectivamente, es creciente el interés por parte de los mayores a voltear la mirada hacia estas problemáticas, es necesario seguir profundizando y fomentando convenios o convenciones internacionales con países que todavía no tienen este tipo de relación con Argentina, y de éste modo, no dejaremos a tantos niños librados al arbitrio y voluntad de sus progenitores que los puedan sustraer o retener en lugares desconocidos y lejanos siendo arrancados de los brazos de uno de sus progenitores.

La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, es la más extensa en relación a los países que han decidido unirse, se destaca en ella, su primordial objetivo que es la restitución del menor de manera inmediata.

CAPÍTULO 2: AUTORIDAD CENTRAL Y JUEZ DE ENLACE

1. INTRODUCCIÓN

El interés superior del niño es un tema hegemónico dentro del universo de la restitución internacional de menores. Durante la creación de las distintas Convenciones y Convenios, se puede observar el ánimo de los legisladores en la protección de los menores por sobre cualquier otro interés que pueda verse afectado.

La doctrina ha afirmado, que el interés superior del niño es un factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado (Feldstein de Cárdenas, 2000) ya que otros Estados se adhieren continuamente a convenios para la protección del niño, desarrollando nuevas formas para el amparo de sus derechos generando nuevos paradigmas de contención.

Siendo el eje temático del presente Trabajo Final de Graduación, la Restitución Internacional de Menores, es imprescindible exponer el interés superior del niño.

Las Autoridades Centrales son organismos designados por cada Estado contratante para dar cumplimiento a las obligaciones que han asumido en los Convenios sobre restitución de menores (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

La aplicación del Convenio va a depender de la labor de los instrumentos que él mismo funda al efecto, es decir, las Autoridades Centrales (Informe Pérez Vera, 1981).

Tienen como función cooperar entre ellas, con la finalidad primordial de garantizar la restitución inmediata de los niños víctimas de traslado o retención ilícita. Como autoridad requirente, su actuación tiene lugar cuando ésta remite la solicitud de restitución o visitas a la Autoridad Central del país al cual ha sido trasladado o retenido el menor; y actúa como autoridad requerida cuando recibe la solicitud de restitución o visitas de un menor que se encuentra en su territorio. Deberá localizar al niño, adoptar medidas provisionales, promover la restitución voluntaria o iniciar un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del menor, ya sea directamente o a través de un abogado designado por el solicitante (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

2. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

5.1. DEFINICIÓN.

Se ha dado por definir al interés superior del niño como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendido éste por el que más conviene en un momento dado en una cierta circunstancia y analizado en concreto su

caso particular. El interés del niño no es una noción abstracta, porque es, en principio, el interés de ese niño y no el de otros que pueden encontrarse en condiciones diversas” (Biocca, 2005).

5.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO O NIÑA EN LA LEGISLACIÓN

Hay que tener en cuenta que el interés a proteger es el del niño, y en sintonía con esto la aplicación de la Convención de La Haya tiene un rol complementario al de la Convención sobre los Derechos del Niño (Feldstein de Cárdenas, 2004.).

En el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece, en sus dos primeros incisos, una serie de pautas a tener en cuenta respecto del interés superior del niño, y marca que todas las medidas que se tomen, ya sea mediante instituciones públicas o privadas de bienestar social, que conciernan a los niños, se considerará primordialmente su interés superior. Estados participantes se comprometen a brindar la protección y el cuidado necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus representantes ante la ley, ya sean padres o tutores y se deberán tomar las medidas legislativas o administrativas que sean necesarias a tal fin.

El Informe explicativo Pérez Vera (1981) indica que aunque ya desde el preámbulo los Estados firmantes declararon que están “profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”, el Convenio no hace referencia explícita al interés superior del niño como criterio corrector del objetivo, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos que han sido sustraídos ilegítimamente.

El interés superior del niño aplicado al Convenio, es su pronta restitución, a menos que se compruebe alguna de las excepciones previstas (Villaverde, s/d.) y en consecuencia, como lo enuncia Scotti (2013) su protección debe guiar al juez cuando aplique la ley, teniendo en miras siempre sus notas características y objetivos.

Dentro de la aplicación de la Convención de La Haya, en nombre del “interés superior del menor”, en el pasado se ha visto en jurisdicciones internas que se le concede la custodia del niño que está en litigio, al progenitor sustractor. Aunque probablemente fuera la solución más justa, no se puede evitar notar que el recurso a semejante noción implica un gran riesgo de tomar ya que puede estar teñido de particularidades de su cultura y sociedad en una comunidad determinada y por lo tanto, que se fijen juicios de valor subjetivos sobre otra naciones de la que el niño pudo haber sido sustraído (Pérez Vera, 1981).

El Doctor Ignacio Goicoechea (2005) por su parte expone que “El juez del estado requerido no debe ocuparse de cuál es el lugar donde el niño estará mejor, sino que su tarea

debe limitarse a determinar si existió traslado o retención ilícita y, de ser así, restituir al niño para que los jueces competentes decidan las cuestiones de fondo.

La lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés, entre los cuales, está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. La Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, en su principio general marca que los niños deben considerarse individuos autónomos con necesidades y derechos propios, y no como propiedad de sus padres (Pérez Vera, 1981 citando a Asamblea del Consejo de Europa). Asimismo destaca, que se ha hecho hincapié en la protección del derecho de los niños al respeto de su equilibrio en su condición de vida, ya sea a nivel afectivo, social o cualquiera que rodea su entorno (Pérez Vera, 1981).

“El criterio inspirador del Convenio de La Haya es el resguardo del interés superior del niño. Cada etapa, cada decisión desplegada en la esfera del convenio internacional debe encontrarse impregnada, imbuida por la que inobjetablemente constituye su núcleo, su regla de oro” (Feldstein de Cárdenas, 2000.)

En tanto, el Código Civil y Comercial de la Nación recientemente reformado, abraza esta línea de protección y respeto a la voluntad del menor y en su ya mencionado artículo 639, habla de los principios generales de la responsabilidad parental, y en su primer inciso, destaca que se deberá regir por el interés superior del niño, resaltando de este modo, la importancia que detenta el tema.

6. AUTORIDAD CENTRAL

6.1. CREACIÓN Y FUNCIÓN DE LA AUTORIDAD CENTRAL

En el Artículo 6 del Convenio de La Haya, se establece la creación por cada uno de los Estados Contratantes de una Autoridad Central que se encargará del cumplimiento de los deberes que él impone.

La Autoridad Central tendrá que ser designada en el momento de la ratificación o de la adhesión y establecida en el momento de entrada en vigor del Convenio (estar dispuesta a enviar y recibir demandas). Los datos serán comunicados al depositario y a la Oficina

Permanente, la cual debería estar informada de todos los datos cuando se produzcan modificaciones subsiguientes².

La función de la Autoridad Central es administrativa e informativa, quedando reservada al poder judicial la decisión sobre la viabilidad o no del pedido de restitución (Scotti, 2013).

En la República Argentina, se ha designado como Autoridad Central para la aplicación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional, Dirección General de Asuntos Jurídicos, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

El Convenio de La Haya, integra las funciones primordiales de las Autoridades Centrales en su Artículo 7, en las que se deben resaltar las de localizar al menor; prevenir que el niño sufra mayores daños; encontrar de ser posible, una solución extrajudicial al asunto; intercambiar informaciones si se cree conveniente, sobre la situación social del menor; suministrar información sobre la legislación del país de origen y emitir certificación referente alguna resolución jurídica de custodia del menor; cuando para lograr el retorno del niño lo sea necesario, deberá iniciar ella misma, o favorecer la apertura de procedimientos judiciales o administrativos en el Estado donde se encuentra; si lo necesita el demandante, deberá conceder la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; se deberán tomar todas las medidas necesarias para un retorno sin peligro del niño (Pérez Vera, 1981).

Los principios clave para el correcto funcionamiento de las Autoridades Centrales en la aplicación del Convenio, se resumen en los siguientes: recursos y poderes (con un mandato suficientemente amplio, personal cualificado y permanente y recursos necesarios), coherencia (en la interpretación del Convenio), procedimientos expeditos (principio clave en la aplicación del convenio, ejercitando cierta discreción en la resolución del dilema entre actuar rápidamente y acordar un plazo para negociar una resolución amistosa o retorno voluntario de ser posible), transparencia (tanto en el procedimiento jurídico como administrativo, con acceso a la información de las partes), aplicación progresiva (y mejora paulatina en la aplicación del

² Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Segunda parte, Medidas de Aplicación, Autoridades Centrales, “Family Law” HCCH, 2003. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Convenio), cooperación y comunicación (se los explicarán detalladamente en el punto 4 del presente capítulo)³.

6.2. EL ROL DE LA AUTORIDAD CENTRAL EN LAS SOLICITUDES DE RETORNO ENVIADAS Y RECIBIDAS

6.2.1. SOLICITUDES DE RETORNO RECIBIDAS

En el caso que el menor haya sido trasladado o retenido en la Argentina, se recibirá una solicitud de retorno (casos entrantes).

Los casos entrantes serán enviados a la Autoridad Central Argentina por parte de la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del niño en cuestión. Se realizarán todos los esfuerzos que sean necesarios para que las partes lleguen a una solución amistosa, evitando de ese modo la judicialización del conflicto, intentando lograr ahorrar tiempo y recursos, con un acatamiento mayor de lo resuelto ya que la solución ha sido voluntaria y entre los mismos progenitores. Por ese motivo, antes de llevar el proceso de restitución o de visitas a la justicia, se ofrece la intermediación para tratar de resolver la cuestión de manera amistosa. Si el solicitante presta su conformidad, se envía una nota al padre sustractor con el fin de que proceda a restituir voluntariamente al niño, explicándosele las consecuencias que acarreará su negativa; también se le ofrece la posibilidad de intentar llegar a un acuerdo con el peticionante, se otorga un plazo de 10 días para responder. Cuando las partes no puedan llegar a un acuerdo, se envía la solicitud de restitución a la justicia (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

Si se considera que hay peligro que el progenitor sustractor se traslade nuevamente con el niño, la Autoridad Central iniciará los procedimientos judiciales inmediatamente (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

6.2.2. SOLICITUDES DE RETORNO ENVIADAS

En el caso que el menor haya sido trasladado o retenido en el extranjero, se enviará una solicitud de retorno (casos salientes).

La Autoridad Central de aplicación del convenio, asesorará al progenitor requirente sobre los pasos a seguir.

³ Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Primera parte, Práctica de las Autoridades Centrales, "Family Law" HCCH, 2003. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Producido el traslado o retención del niño, serán las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre, las que resolverán acerca de su restitución, se aplicará su legislación, política y procedimientos, y sus autoridades serán las que en última instancia decidirán sobre el destino del niño (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

El Estado Argentino, a través de la Autoridad Central, puede asistir jurídicamente a los progenitores cuyos niños han sido víctimas de una sustracción o retención ilícitas, y verificar todas las gestiones necesarias para lograr su restitución en el marco de sus funciones (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

Si su caso reúne los requisitos para tramitar a través de alguno de los convenios que la Argentina ha ratificado en la materia, deberá presentar la siguiente documentación: Formulario de Aplicación (se desarrollará en el Capítulo 4), certificado o partida de nacimiento de él o los niños, documentos que acrediten la residencia del/los niño/s en la República Argentina, partida de matrimonio, sentencia de divorcio o partida con anotación marginal (si corresponde), sentencia o acuerdo de partes que le otorgue la guarda o custodia o régimen de visitas del niño (si existiere), fotografías del niño y del progenitor sustractor, copia de denuncias o procedimientos judiciales que se hayan llevado a cabo (si correspondiere), copia de la autorización para salir del país, si existió, y en su caso, copia de la revocación. En caso de carecer algún tipo de constancia o certificado, se podrá adjuntar con posterioridad. (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

Una vez reunida la documentación, la Autoridad Central argentina remitirá la solicitud de reintegro a la Autoridad Central del Estado en que se encuentre el niño.

En caso de ser necesario, la Autoridad Central requerida dará intervención a la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), para que proceda a la búsqueda y localización del niño de manera inmediata.

6.3. COOPERACIÓN ENTRE AUTORIDADES CENTRALES

La Autoridad Central ejerce una clara y fundamental función de cooperación, no solo con otras Autoridades Centrales, sino también con funcionarios judiciales intervinientes, con las partes, con organismos como INTERPOL, con Consulados y Jueces de Enlace (Granillo Ocampo, V. 2015).

El Convenio de La Haya está basado en una idea de cooperación (Pérez Vera, 1981) Como lo menciona Basabe (2015) Las Autoridades Centrales deben estar al servicio entre ellas, e incluso de los abogados particulares, facilitando un mecanismo apto y eficaz de comunicación para lograr una pronta restitución del niño.

“Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio” (Art. 7, CLH)

El seguimiento del caso será realizado por la Autoridad Central Argentina, la que trabajará en conjunto con la Autoridad Central del Estado de refugio e informará al peticionante el curso de las actuaciones en el extranjero (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

El Convenio de La Haya es de cooperación, y basa su acción en la creación de Autoridades Centrales en cada Estado contratante, para que coordinen y canalicen la cooperación deseada (Pérez Vera, 1981)

La cooperación es esencial para el correcto funcionamiento del Convenio, la falta de ellas entre las Autoridades Centrales entraña falta de confianza, malentendidos y posible recelo entre el personal, con las consiguientes dificultades en la aplicación del Convenio en cada Estado parte⁴. Por lo mencionado, siguiendo la línea de Seoane de Chiodi (2015), se interpreta que la cooperación no es solamente a nivel documental, sino que es menester y esencial tener buenas relaciones a nivel humano, para intentar arribar a una pronta y racional resolución del conflicto.

7. JUEZ DE ENLACE O JUEZ DE LA RED INTERNACIONAL DE LA HAYA. FUNCIONES.

En Octubre del año 2008 se lanzó de manera exitosa en Argentina, la red nacional de jueces expertos en Restitución Internacional de Niños, siendo la primera red latinoamericana en sintonía con las principales europeas. Al ser nuestro país de extensas dimensiones, para cubrir los diferentes puntos geográficos y otorgar celeridad al proceso de Restitución Internacional de Menores, es necesario que los jueces competentes en esta materia tengan proximidad con el juez de la Red Nacional Argentina. (Tagle de Ferreyra, 2009)

Nuestra Red Nacional se integra por jueces argentinos competentes en la sustracción internacional de menores y regímenes de visita transfronterizos, seleccionados por su especialidad y compromiso, siendo la cantidad de integrantes la necesaria para asegurar la representación de todas las provincias (Tagle de Ferreyra, 2009).

⁴ Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Primera parte, Práctica de las Autoridades Centrales, “Family Law” HCCH, 2003.

El objetivo de La Red es asistir y colaborar a los jueces que se lo soliciten, cuando tengan que diligenciar estos casos, a fin de asesorarlos para una actuación eficiente, sobre el alcance y contenido del convenio (Blanc de Arabel, 2015; Tagle de Ferreyra, 2009). También actúa como vía de comunicación con los jueces dentro de su jurisdicción y con los de otros Estados contratantes, estando en colaboración con la Autoridad Central para asegurar la efectiva operatoria del Convenio (Tagle de Ferreyra, 2015). Por lo que está a disposición de los jueces en su jurisdicción que deban resolver un caso de ésta materia, para asistirlos y asesorarlos sobre legislación, la aplicación correcta de la Convención, facilitar jurisprudencia de la materia y auxiliarlos para lograr una correcta interpretación de los aspectos relevantes de la Convención y su práctica, lo que configuraría una función de cooperación y colaboración (Tagle de Ferreyra, 2016; Tagle de Ferreyra, 2009).

Los miembros titulares o adscriptos de La Red tienen competencia para la promoción y participación en actividades de capacitación sobre la materia, registro de todas las actividades en ejercicio de sus funciones, elaboración de estudios y propuestas que tengan como objetivo favorecer la pronta restitución internacional de menores (Tagle de Ferreyra, 2009).

Un Juez de la Red Internacional de Jueces de La Haya, un Secretario, Miembros Titulares y Miembros Adscriptos, conforman la organización de La Red (Tagle de Ferreyra, 2009).

7.1. DESIGNACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA RED

TITULARES: Son designados por un período de cinco años. Igualdad, publicidad, mérito, especial idoneidad y capacidad son los principios en los que se basa su selección. Ésta se encuentra a cargo del Tribunal Superior de Justicia de cada provincia, quién elevará las nóminas de postulantes a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De más está acotar que la designación debe respetar la independencia del Poder Judicial (Tagle de Ferreyra, 2009).

Ser magistrado activo con experiencia en la materia y antigüedad de al menos cinco años son requisitos esenciales para ser Miembro de la Red (Tagle de Ferreyra, 2009).

8. PAPEL DE LA INTERPOL EN RESTITUCIÓN DE MENORES.

Hoy en día INTERPOL cuenta con una potente red de 190 países miembros, cada uno de ellos representado por una Oficina Central Nacional y dedicado diariamente a la cooperación policial internacional (Dirección General de Coordinación Internacional, 2016).

En los casos de sustracción de los niños o niñas, cuando se desconozca el paradero de los mismos, se llamará a INTERPOL para su localización, la que desde sus Centros de Coordinación y Comando, monitoreará todo tipo de suceso de su interés y pondrá en funcionamiento sus contactos internacionales para intentar dar fin a esta ignorancia (Chiappero, 2015).

Uno de los medios más valiosos con los que cuenta la Organización Internacional de Policía Criminal, es el servicio de difusiones internacionales, su finalidad es comunicar ciertos datos a los servicios de policía de los Estados Miembros, por conducto de las Oficinas Centrales Nacionales. Se distribuyen periódicamente y se hallan clasificadas según su finalidad, con un índice de distintos colores. La Notificación Amarilla se utiliza con el fin de colaborar en la localización de personas desaparecidas, comúnmente menores de edad, o en la identificación de personas que son incapaces de identificarse por sí mismas (Dirección General de Coordinación Internacional, 2016).

CONCLUSIÓN

Podemos observar, por lo desarrollado a lo largo del anterior capítulo, las medidas prácticas que los Estados miembros del Convenio, han articulado para la protección del niño en situación de sustracción o retención internacional.

Son muy importante, desde mi punto de vista, las incorporaciones del Código Civil y Comercial de la Nación respecto de los derechos de los niños, orientado hacia su respeto y cuidado por parte de sus progenitores, intentando poner un manto de respeto mutuo en tal vínculo.

Dentro del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se puede observar que el interés superior del niño, es contemplado desde una óptica reparadora, al intentar devolverlo a su Estado de residencia habitual, para que éste, siga desarrollando su vida protegido y amparado por un entorno que él ya conoce y se siente contenido.

Las Autoridades Centrales, son organismos que están trabajando continuamente por los logros de los fines del Convenio, desde las partes prácticas de recibir la denuncia sobre una sustracción de un niño, informar a INTERPOL para ponerlo en búsqueda del niño y padre sustractor en caso que no se encuentren localizados; actuando como órgano de comunicación, información, cooperación, hasta ofrecer incluso, una instancia de conciliación, para un retorno amistoso y más seguro del niño. En tanto el Juez de Enlace, que también se dedica a la comunicación entre otros jueces mediante la instrucción del contenido y procedimiento del

Convenio, para que éstos actúen de manera expedita y con conocimiento de los verdaderos objetivos invocados por aquél.

Por todo lo expuesto anteriormente, en mi opinión, creo que es totalmente fundamental seguir fomentando el actuar de éstos organismos, proveyéndolos de todas las herramientas necesarias para que continúen su accionar, en el intento por la restitución de los niños.

CAPÍTULO 3: CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PROCEDIMIENTO Y SENTENCIA

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo siguiente, veremos de qué manera se lleva a cabo el proceso de restitución de menores en la Argentina. Desde quienes son los legitimados activos para solicitar la restitución; el juez competente y sus deberes; la obligación genérica de restituir y la llamada cuestión de fondo; la necesidad de un proceso expedito y urgente para una mayor protección del menor y poder cumplir con los objetivos del Convenio Sobre Restitución Internacional de Niños y la verificación de la existencia o falta de una ley de procedimientos específica para éste Convenio. Una vez concluido el procedimiento judicial se busca, por medio de la sentencia, y si corresponde, una pronta restitución del niño al Estado donde tenía su residencia habitual como es el fin y objetivo principal del Convenio sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Se desarrollará el contenido de la sentencia judicial, como debe llevarse a cabo su ejecución y las medidas que se deberán pedir para un regreso seguro si fueran necesarias y las órdenes espejo que se puedan solicitar. Se analizarán los aspectos penales que puede acarrear la sustracción de los niños y por último, como cierre de ésta etapa, se mostrarán las estadísticas sobre la resolución de casos planteados en Argentina.

Según las palabras de Pérez Vera (1981) se puede afirmar que, sería un error pretender construir un convenio contra las sustracciones internacionales de niños, dejando de lado el preponderante papel desempeñado por las autoridades judiciales y administrativas internas.

2. CALIFICACIÓN DEL MENOR

Según el Artículo 4 del Convenio de La Haya, serán aplicable estas disposiciones a todo niño hasta los 16 años, edad en la cual, el Convenio dejará de tener alcance (Kaller de Orchansky, 1997).

La noción de menor en este Convenio es bastante restrictiva, y se ha fijado de ese modo debido a que se entiende que una persona de dieciséis años, por lo general, ya posee una voluntad propia que es difícil de ignorar por sus progenitores, o por las autoridades administrativas o judiciales. Y del mismo modo indica que no se podrá llevar a cabo o aprobar ninguna acción o resolución sobre un menor una vez cumplido su cumpleaños número 16 (Pérez Vera, 1981)

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA.

El Artículo 8 del Convenio de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores reza que toda persona, institución u organismo que mantenga que un niño ha sido retenido o trasladado ilegítimamente, cometiendo una infracción al derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual que tenía el menor, o a la de cualquier otro Estado Contratante, para que le brinde su asistencia y quede garantizada la restitución del niño (Scotti, 2013).

Los titulares de los derechos de visita o custodia son ostensiblemente distintos, ya que en el derecho de visita, es evidente que por su naturaleza, los titulares serán siempre personas físicas, las cuales en principio, forman parte del círculo más cercano y familiar del niño, y generalmente serán sus progenitores. En el caso de los derechos de custodia, pueden tratarse de personas jurídicas de acuerdo con el Convenio, tal como lo indica el Artículo 3 cuando menciona a “una institución o cualquier otro organismo”, siendo usado vocablo amplio e impreciso (Pérez Vera, 1981)

4. PLAZOS EN LA INTERPOSICIÓN DEL PEDIDO DE RESTITUCIÓN

La interposición del requerimiento de restitución del menor, no deberá exceder el año desde la fecha en que el menor se encontrare indebidamente retenido o sustraído fuera de su residencia habitual, pero si se desconoce el paradero del niño, el plazo inicia desde que fuere localizado (Kaller de Orchansky, 1997)

En el Artículo 12 del Convenio sobre Sustracción Internacional de Menores, determina que si el niño ha sido trasladado o retenido ilícitamente y, se inicia el pedido del proceso de restitución del menor en un periodo menor a un año del hecho, la restitución deberá ser inmediata. En los casos que ya hubiere pasado el año desde la sustracción o retención del niño, al momento de solicitar la restitución, se ordenará la misma salvo que quede demostrado que el menor se encuentre totalmente integrado a su nuevo entorno.

5. REQUISITOS PARA SU SOLICITUD. (FORMULARIO MODELO)

Los requisitos para solicitar la restitución pueden enumerarse de la siguiente manera: debe existir un traslado o retención ilícito, el progenitor requirente deberá tener un efectivo derecho de custodia al momento de la retención o traslado, que la residencia habitual del menor del país requirente sea inmediatamente antes de la ilegítima sustracción, es indispensable que el menor no haya cumplido sus 16 años (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

Se aprobó junto con el Convenio, una Recomendación que incluye el Formulario Modelo para las solicitudes de retorno de niños retenidos o trasladados ilícitamente, los Estados no están obligados a utilizar dicho formulario, ya que en su articulación, el Convenio contiene un detalle de los datos necesarios e indispensables que deberá contener necesariamente cualquier demanda dirigida a una Autoridad Central (Pérez Vera, 1981).

La solicitud según el Artículo 8 del Convenio sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, deberá incluir: la identidad del demandante, del menor y de la persona que alega que ha retenido o sustraído ilegítimamente al menor, la fecha de nacimiento del niño, los motivos que originan la demanda de restitución, toda la información posible respecto de la ubicación del niño, y la identidad de las personas que posiblemente estén con el menor, y podrá adjuntarse a lo anteriormente enunciado, acuerdos o decisiones pertinentes en copia legalizada, una declaración jurada o certificación expedida por una Autoridad Central o autoridad competente del Estado donde el menor tenía su residencia habitual; o cualquier otro documento que se crea pertinente o apropiado para el reclamo.

6. EL DERECHO DEL NIÑO A PARTICIPAR EN EL PROCESO Y A SER ESCUCHADO.

Los Estados participantes de la Convención sobre los Derechos del niño, deberán garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez. Para lograr ese fin, se deberá dar al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional (Art. 12, Convención sobre los Derechos del niño).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el derecho del niño a ser escuchado, ampara al menor a expresarse para dar su parecer en los procesos que se refieran sus derechos, siempre y cuando tenga condiciones de formarse un juicio propio.

Teniendo en cuenta todo lo dicho anteriormente, el Convenio de La Haya contempla en el Artículo 13, cuarto párrafo, que la autoridad judicial podrá negar la restitución ante la oposición del niño, siempre y cuando haya alcanzado una edad y grado de madurez que sea apropiado. La Scotti (2013) al respecto indaga quien será el encargado de calificar si el niño posee madurez suficiente para tener en cuenta su oposición, y marca que, como las

Convenciones no lo establecen, será el juez o autoridad administrativa competente el encargado de determinarlo en cada caso.

En Latinoamérica se ha observado una gran preocupación por escuchar al niño y por su participación en los procesos que se vean afectados y se ha incorporado el oír de ellos en presencia del juez en audiencias judiciales, de acuerdo a la edad y el grado de madurez del menor (Tagle de Ferreyra, 2011).

A su turno, el Artículo 25 del Código Civil y Comercial de Argentina, enmarca el ejercicio de los derechos por las personas menores de edad, y sentencia que ellos, pueden ejercer sus derechos a través de sus representantes legales, aunque, cuando ya cuente con la edad y grado de madurez suficiente, pueden ejercer actos que le sean permitidos por ley, y que “la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona”.

Siguiendo con esta orientación, el ya mencionado Artículo 639 (CCCN), distingue a los principios de la responsabilidad parental, entre los cuales está “el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”

Para garantizar los derechos y garantías del niño es necesario atender a sus condiciones especiales a los fines de adoptar las medidas correctas, así la Corte Interamericana lo exteriorizó manifestando que, más allá de la igualdad de todas las personas al ejercicio de los derechos procesales y sus garantías, en el caso de los niños se deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta el desarrollo particular de cada uno, con la finalidad del efectivo goce de dichos derechos y garantías (Scotti, 2013. Citando a Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Para lograr la protección efectiva del interés superior se debe incitar a la participación del niño en los procedimientos, sea en el ámbito judicial o administrativo y se deben considerar las condiciones específicas del menor en la determinación de sus derechos (Scotti, 2013. Citando a Corte Interamericana de Derechos Humanos).

7. RESTITUCIÓN VOLUNTARIA DEL MENOR

El Convenio de La Haya, incita a los Estados signatarios a dotar de instancias para una restitución voluntaria del niño. Le da al progenitor solicitante la opción de intentar una etapa voluntaria por intermedio de las Autoridades Centrales, para lograr de esta manera, un regreso amistoso o por lo menos fuera del ámbito de una disputa judicial. Consta del envío de una nota al progenitor sustractor para que tome conciencia de lo actuado y retorne al niño voluntariamente; se le notifican de las consecuencias de su actuar, y le otorga un plazo de diez

días para responder. La Autoridad Central Argentina presta su apoyo para lograr la realización de conferencias internacionales o la asistencia jurídica para arribar a un acuerdo amistoso (Tagle de Ferreyra et al., 2011; Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016)

8. JUEZ COMPETENTE

La autoridad judicial o administrativa competente del Estado al cual el niño fue retenido o llevado ilícitamente, será la que tenga la decisión sobre el regreso o no del niño al país de su residencia habitual (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016; Scotti, 2013)

En nuestro país, el requerimiento se presenta y tramita ante los juzgados o tribunales con competencia en familia, pero en el caso de no existir juzgados con ese fuero en la jurisdicción, los juzgados con competencia en civil serán los intervinientes (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016). Particularmente, en la Provincia de Córdoba, ésta competencia se encuentra asignada o delegada por medio del Artículo 16 inc. 9 de la Ley 10305 al Tribunal de Familia.

Existen cinco conceptos claves que debe tener en cuenta el juez competente para la Restitución Internacional de Menores, siendo: aplicar el trámite que posea mayor celeridad previsto por la ley local; arribar a una resolución dentro de las seis semanas del inicio del proceso judicial; comprender la finalidad del Convenio; tener en cuenta la obligación genérica de restituir y que las excepciones deben tomarse de manera restrictiva y son taxativas. En cuanto a la interpretación, actúa en congruencia con el Artículo 2 del Código Civil y Comercial, que sostiene que debe ser llevada a cabo teniendo en cuenta sus finalidades, sus palabras, disposiciones que emerjan de los tratados sobre derechos humanos, las leyes análogas, los valores y principios jurídicos (Tagle de Ferreyra, 2014).

9. PROCEDIMIENTO – DEBER DE RESOLVER CON URGENCIA

La urgencia en el procedimiento, es uno de los puntos clave en la actuación de las autoridades encargadas de resolver el caso, ya que deben actuar con la mayor celeridad posible para evitar que se forme un arraigo del niño sustraído o retenido en el Estado de refugio (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

El Artículo 2 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores reza que: los Estados adherentes, deberán adoptar medidas para que se cumpla en

su territorio los objetivos del Convenio, y para lograr tal fin, se recurrirá a procedimientos de urgencia que se disponga (Tagle de Ferreyra, 2016)

En tanto, en el Artículo 11 (CLH) se establece que se deberá actuar con premura en estos procesos sobre restitución de niños, y si la autoridad administrativa o judicial competente en el proceso no hubiere llegado a una decisión en el plazo de seis semanas desde la fecha que se interpuso la solicitud de restitución, la Autoridad Central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Como lo indica Brunetti (2016, citando a Guía de Buenas Prácticas Parte dos) los Estados tienen el deber de tratar todas las solicitudes de retorno con diligencia, y se extenderá esta obligación a los procedimientos de apelación del proceso.

Un proceso expedito podrá minimizar las perturbaciones al menor que ha sido sustraído del entorno familiar, se minimizará los perjuicios al menor por el hecho de su separación del otro progenitor, y evitar que el progenitor sustractor obtenga una ventaja por el hecho del paso del tiempo⁵.

El momento de la sustracción e intento de restitución del niño, se da en una circunstancia determinada, tanto familiar como personal del niño, y si se demora el proceso durante meses e incluso años, se ve totalmente desnaturalizado el objetivo del convenio desde mi punto de vista, ya que social y afectivamente, el niño ya generalmente se encuentra adaptado al nuevo entorno.

A nivel Interamericano, se ha creado una ley de procedimiento el 10 de Noviembre de 2006, a partir de la Reunión Interamericana de Expertos INN y Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en La Haya, llamada Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios Sobre Sustracción Internacional de Niños o Ley Modelo. Fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. Fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), y participaron del mismo, representantes de los siguientes países: Argentina, Estados Unidos, México, Panamá, Perú y Uruguay. La misma, genera un standart mínimo de normas que servirán a los Estados para elaborar a partir de ella, su propia legislación (Tagle de Ferreyra, 2015).

La Ley Modelo, dictamina que el juez, deberá determinar si ha existido traslado o retención ilícitos de un niño o niña en violación a un derecho de custodia, guarda o visita.

⁵ Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Primera parte, Práctica de las Autoridades Centrales, "Family Law" HCCH, 2003. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Resolviendo en forma rápida, y si correspondiere la restitución, que sea de una manera segura para el niño, establece como criterio orientador, el interés superior del niño, que es el no ser trasladado o retenido de manera ilegítima. En cuanto a la competencia, se determinará con la aplicación de los principios de concentración y especialización, en la primera instancia, como en la apelación.

Establece un procedimiento sumamente expedito, con plazos cortos y perentorios tendiente a la rápida sentencia y si correspondiere, la restitución del niño al Estado de residencia habitual. Contempla solamente una instancia recursiva, que deberá llegar a su sentencia, antes de cumplido el plazo demarcado en el Convenio para su resolución.

Lamentablemente, en materia de restitución de menores, no existe Argentina un procedimiento especial dedicado a tal efecto, y los jueces competentes deberán aplicar el que consideren más apropiado para el caso en particular. La Autoridad Central, como órgano de control de aplicación del Convenio, hace hincapié en la relevancia de respetar las seis semanas como plazo máximo para resolver el litigio sobre la restitución del niño (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

Para lograr resolver la solicitud planteada, al juez le correspondería actuar con razonabilidad, y lo vemos en la nueva mirada del Código Civil y Comercial de la Nación, que en el artículo 3 indica que los asuntos sometidos a su jurisdicción, deberá resolverlos mediante una decisión razonablemente fundada (Tagle de Ferreyra, 2015).

Tagle de Ferreyra (2016) enuncia los principios procesales que se aplicarán como directivas para utilizar por los jueces a la hora de aplicar el derecho: tutela judicial efectiva; intermediación; buena fe y lealtad procesal; oficiosidad; oralidad y acceso limitado al expediente (artículo 706. CCCN).

Los procesos demoran excesivamente y la carencia de no poseer una ley dedicada a tal fin, provoca como consecuencia, dilaciones en el trámite como inseguridad jurídica (Tagle de Ferreyra, 2016), acarreando un estado de incertidumbre e intranquilidad, no solo de los progenitores, sino también de los niños que se ven afectados a un litigio sumamente traumático y sin un final cierto.

No obstante, se han presentado dos proyectos a nivel Nacional y uno a nivel Provincial, que siguen los lineamientos generales establecidos por la Ley Modelo, y esperan ser aprobados en las Cámaras correspondientes para su entrada en vigor.

10. AUTONOMÍA DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE MENORES. LA LLAMADA “CUESTIÓN DE FONDO”

Decimos que el procedimiento posee autonomía, ya que la autoridad que debe resolver la restitución de un niño retenido o trasladado de manera ilegal hasta tanto se haya resuelto que no se reúnen las condiciones para la restitución, no deberá indagar cuestiones de fondo referentes al derecho de custodia. Si decidiera rechazar la restitución, la posibilidad de decidir sobre el fondo de la custodia quedará expedita. Pero si concluyere en que la restitución es procedente, el Estado de la residencia habitual del niño será la autoridad competente para decidir sobre su custodia. El juez podrá resolver sobre la custodia del niño cuando haya transcurrido un plazo razonable sin que la solicitud de restitución se haya efectivizado (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

El procedimiento que se llevará a cabo para la restitución de un niño, es autónomo respecto del litigio de fondo y desde la creación de las Autoridades Centrales se realiza por su intermedio. (Dreyzin de Klor, Adriana, 1996)

Debe entenderse el alcance del objetivo del Convenio sobre Sustracción Internacional de menores, el cual indica que la restitución inmediata del niño, debe ser la regla y fin a seguir, y velar para que los derechos de custodia o visita, no sean objeto de debate y aún menos de resolución. Entender lo anteriormente dicho, llevará al juez a no incurrir en el error que consiste en resolver, precisamente, sobre el otorgamiento de la guarda, cuestión ajena a la solicitud de restitución, lo que deberá ser decidido por el juez competente en el lugar de residencia habitual del niño (Tagle de Ferreyra et al., 2011)

También es importante destacar que la existencia de una decisión relativa a la custodia dictada en el Estado requerido no podrá justificar la negativa de restituir, ya que la existencia de una resolución sobre la restitución no implica prejuzgamiento sobre el fondo de la custodia, pero las autoridades administrativas o judiciales del Estado requerido podrán tener en cuenta las causales de dicha decisión al aplicar el Convenio (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

En el Artículo 2 de la Ley Modelo Interamericana (2006) como un criterio orientador, establece el derecho del niño a no ser trasladado ilícitamente, pero en el caso de ocurrir esto, el juez del Estado de residencia habitual es el que deberá resolver sobre la decisión de su guarda o custodia, a mantener fluida comunicación con ambos progenitores y sus familiares y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución.

11. OBLIGACIÓN GENÉRICA DE RESTITUIR

Todos los jueces que se enfrenten a una causa sobre restitución de niños, deben tener presente que al resolver, existe la obligación genérica de restituir consagrada como la finalidad primordial en el Convenio de La Haya, a menos que se presente algún caso de excepciones ordinarias o extraordinarias (Tagle de Ferreyra et al., 2011. Citando a Bueres – Higton).

El Artículo 12 del Convenio de La Haya señala que se debe restituir inmediatamente, si a la fecha de inicio del procedimiento no hubiera pasado un año desde que se produjo la retención o traslado, salvo que exista alguna de las excepciones que determina el Artículo 13. Si hubiere transcurrido ese año y el niño no se hubiera integrado en el ámbito de aquél a quien se le reclama, podrá ordenarse su retorno. Es dable destacar, que en este caso el retorno no será inmediato del mismo modo que el primero; además quien alega la integración del niño debe probarlo, es decir, el sustractor, lo cual responde a la protección del interés superior del niño. A esta hipótesis la C.S.J.N. sostiene que no es idónea para sustentar una negativa a la restitución, la estabilidad lograda como consecuencia de una retención o traslado ilícito por parte de cualquiera de los progenitores. Para que sea una excepción al retorno es necesaria la inacción de quien ha visto violado su derecho de guarda y no realizó ningún acto hasta haberse cumplido el año (Tagle de Ferreyra et al., 2011).

11.2. EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR EL RETORNO INMEDIATO DE LOS MENORES.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el Estado de refugio tiene la obligación genérica de restituir al niño. No obstante, como lo establecen los Artículos 13 y 20 de la Conferencia de La Haya, existen excepciones que actúan de manera marcadamente restrictiva, que evitarían el retorno del menor a su Estado de residencia habitual (Echegaray de Maussion, 1996; Tagle de Ferreyra et al., 2011).

La invocación que en beneficio del niño, (que tendría que cambiar de idioma o ambiente), no alcanzará para configurar una situación excepcional para denegar la restitución del niño (Tagle de Ferreyra et al., 2011. Citando a Bueres – Higton). La carga de la prueba, en lo procesal, se encuentra invertida, con la particularidad que quien debe probar la existencia de una excepción, no es sólo el progenitor sustractor, sino cualquier persona o institución podrá presentarse en el proceso acompañado de pruebas para la comprobación de la inconveniencia del retorno del menor a su Estado de residencia habitual (Tagle de Ferreyra et al., 2011)

Las excepciones mencionadas en el Artículo 13 del Convenio refieren a excepciones ordinarias y se las detallará a continuación:

* Cuando no se ejerce en forma efectiva la custodia: no solamente se trata del cuidado del menor sino que habla del derecho a decidir el lugar de residencia del niño, comprende incluso la situación de no convivencia por razones justificables como por enfermedad, trabajo o estudios. Si el derecho está sujeto a convenio o autorización judicial, no se tiene la custodia en términos convencionales. (Tagle de Ferreyra et al., 2011. Citando a Pérez Vera; Goicoechea & Castro, 2014; Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

* Grave riesgo: es el que la restitución exponga al niño a una situación intolerable o a un peligro psicológico o físico. El retorno, en estos casos, sería en contra del interés superior del niño. La prueba a presentar en estos casos debe ser contundente, intolerable, actual y comprobable (Tagle de Ferreyra et al., 2011, citando a Lucero de Godoy; Boggiano, 2000).

* Violencia doméstica: está abarcada en el Artículo de grave riesgo. Para ser admitida, debe ser de la relevancia tal, como para que se pueda concluir que el niño de retornar a su País de residencia habitual, quedaría expuesto a una situación intolerable; dicha situación no sería posible ser remediada por las autoridades del país de origen, como garantías u otros servicios sociales. Es fundamental aclarar que, la restitución es al país de origen y no necesariamente al progenitor solicitante, por tanto el juez podrá aplicar las medidas tendientes a un regreso seguro para el niño (Tagle de Ferreyra, 2011; Goicoechea & Castro, 2014; Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016)

* Arraigo del niño: como lo marca el Artículo 12 del Convenio, la autoridad competente del Estado de refugio, tiene la facultad de denegar la restitución de un niño o niña, cuando se inicie la solicitud pasado el año de la retención o traslado del niño, y se demuestre que él está completamente adaptado a su nuevo ambiente (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

Tal como lo señala el Artículo 12 del Convenio, la autoridad competente del Estado de refugio podrá rechazar la restitución de un niño cuando los procedimientos de restitución se hubieren iniciado una vez transcurrido el año de producido el traslado o la retención y quedare demostrado que el niño se encuentra integrado en su nuevo ambiente.

Las excepciones extraordinarias: el Artículo 20 del Convenio de La Haya dispone una cláusula de orden público y señala que se denegará la restitución de un niño cuando no lo permitan las libertades fundamentales y los derechos humanos protegidos del Estado requerido. El juez podrá aplicarla sin solicitud de parte (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016; Tagle de Ferreyra, 2011)

12. COSTOS

Según el Artículo 22 del Convenio de La Haya, en la tramitación de un pedido de restitución, no se podrá pedir en ningún caso, fianza ni depósito alguno (Scotti, 2013)

El sistema de asistencia judicial dependerá del Estado en que se encuentre el niño en ese momento: pueden proveer algunos países al solicitante un defensor oficial; otros proveen la representación por un sistema de asesoramiento jurídico gratuito, que se obtendrá al cumplir algunas acreditaciones económicas que exigidas, o bien será necesario acudir a un abogado particular (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

Para los casos salientes, la Argentina previó un subsidio a través del Decreto 891/95 por medio del cual se otorga asistencia económica de manera gratuita a todos los nacionales que por motivo de haber realizado una solicitud de restitución en otro Estado, deberán viajar a una audiencia al extranjero, cuando en el Estado Requerido, no contare con un mecanismo de asistencia gratuita (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

13. CONTENIDO DE LA SENTENCIA Y EJECUCIÓN

Como ya hemos visto, la resolución debe ajustarse a la acción instaurada que delimita sobre que va a deber resolver, es decir, la restitución o no del menor, y no así respecto de la cuestión de fondo.

Tagle de Ferreyra et al., (2011) genera una la inquietud de que, si se podrá introducir en la sentencia la cuestión sobre el contacto que tendrá el progenitor demandado o sustractor con el menor, una vez que sea restituido. Cuando se encuentran involucrados intereses amparados en la Constitución Nacional como lo son los derechos del niño a mantener relaciones de contacto directo y personales con ambos progenitores, el principio de congruencia se debe flexibilizar (Tagle de Ferreyra et al., 2011. Citando a Conclusiones del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal).

La orden de restitución deberá ser completa y detallada, intentando hacerla efectiva con la mayor celeridad posible. El Convenio no especifica que se ordene el cambio de la persona que ejerce el cuidado del niño, que se ordene la entrega del menor a una persona. Es por ello que los tribunales han recurrido a diferentes opciones según sea el caso en particular: pueden ordenar al progenitor sustractor que restituya al niño al Estado donde tenía su residencia habitual; pueden ordenar que el menor sea entregado al progenitor solicitante o a la persona nombrada por éste a los efectos de restituir al niño o; en determinadas circunstancias, ordenar que el menor sea recogido por un agente de ejecución, que actúa en cooperación con las

Autoridades Centrales encargadas de su cuidado y protección, forjarán los arreglos prácticos para que se realice la restitución (Tagle de Ferreyra et al., 2011. citando a Carta Parte – Ejecución).

La sentencia debe incluir detalladamente, para la protección del niño, todas las medidas a adoptarse para lograr una restitución segura, reforzando de este modo, la confianza del Estado requerido al evitar usos excesivos de las excepciones, las que pueden superarse con medidas que se adopten al momento de la sentencia, las cuales se detallarán más adelante. Éstas en muchos casos, auxilian a los jueces en los casos con controversias difíciles, que de otro modo, hubieran sido denegadas la restitución (Tagle de Ferreyra et al., 2011).

La orden para la ejecución de la restitución del niño, debe ser a partir de una sentencia firme. En el momento que se dispone la ejecución de la sentencia, el juez debe elegir cual es la opción más segura y apropiada para ese niño, basándose en la voluntad del progenitor sustractor (Tagle de Ferreyra et al., 2011).

Una recomendación que añade Kuyumdjian de Williams (2013) es que sería importante que las sentencias judiciales en la Argentina, previeran mecanismos para garantizar su ejecución, incluyendo el plazo en el que deberá ser ejecutada, personas que acompañarán al menor y quién estará a cargo del costo del pasaje entre otros aspectos.

13.2. REGRESO SEGURO, ÓRDENES ESPEJO.

En ocasiones, algunos jueces se muestran reticentes a ordenar la restitución de un niño, por entender que no se dan las condiciones para que el menor (o en su caso el sustractor), pueda retornar al lugar donde tenía su residencia habitual sin suscitarse situaciones de riesgo o peligro (Granillo Ocampo, 2015). El objetivo del Convenio es lograr un regreso del niño seguro a su país de residencia habitual. Para lograrlo, los jueces tienen la capacidad de tomar todas las medidas de protección necesarias para los niños e incluso sus padres. Pueden ser adoptadas de común acuerdo entre los progenitores para una restitución amistosa, y se deberán homologar en ambos países. Las medidas de regreso seguro, no pueden ser gravosas en el grado tal que lleguen a obstaculizar la ejecución de la sentencia de restitución. (Tagle de Ferreyra, 2011).

La ya mencionada “Ley Modelo” indica que, aunque se verifiquen causales de excepción, el tribunal podría ordenar la restitución cuando se demuestre que se han tomado las medidas adecuadas para garantizar la protección del niño tras la restitución. Por su parte, el derecho interno de Argentina, impone al juez la obligación a realizar ésta labor en el ya mencionado Artículo 2642 del CCCN que dispone "El juez competente que decida la

restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente" (Mizrahi, 2016).

Para que las órdenes de restitución segura sean ejecutables, se puede exigir al solicitante que registre éstas medidas de protección en iguales términos o similares en el Estado de residencia habitual del niño. Son las llamadas "órdenes espejo" (Scotti, 2016). Son decisiones similares o iguales homologadas en el Estado requirente como en el Estado requerido, son plenamente efectivas y ejecutables en los dos países⁶.

14. ASPECTOS PENALES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Los Convenios y Convenciones internacionales sobre sustracción de niños, se han abocado de manera exclusiva a la controversia en el aspecto civil, dejando totalmente de lado, cualquier litigio que pueda acarrear el accionar de los progenitores sustractores.

La sustracción internacional de menores es considerada delito en muchos Estados adherentes a los Convenios aunque el tratamiento, definición de menor y las penas que se les imponen, pueden variar de manera ostensible. Generalmente, la tipificación como delito de la sustracción de menores a nivel internacional, tiene el objetivo del desistimiento de tal acción por parte de los progenitores que si ocurre, una eventual denuncia penal, podría obstaculizar un retorno voluntario del niño, ya que el progenitor sustractor se va a ver imposibilitado de acompañar a su hijo, al Estado solicitante y solicitar consecuentemente, un régimen de visitas o la responsabilidad parental que tenga derecho a ejercer (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, 2016).

En nuestro país, existe la ley 23.270, que se encuentra en plena vigencia y en su articulado, impone prisión al que, impidiere ilegalmente u obstruyere el contacto de los niños con sus progenitores no convivientes, y en el caso que el sustractor se mudare al extranjero para intentar lograrlo, las penas se agravarán.

Por su parte, el Código Penal de Argentina, en el Artículo 146 prevé el delito de sustracción, retención u ocultamiento de un niño menor de 10 años, del poder de sus progenitores.

⁶ Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Segunda parte, Medidas de Aplicación, Autoridades Centrales, "Family Law" HCCH, 2003. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

CONCLUSIÓN

A mi entender, este capítulo, puede ser considerado el “alma” para el verdadero y efectivo cumplimiento del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ya que establece las principales pautas y condiciones que se deben seguir para lograr el retorno del menor al Estado de residencia habitual.

Todos los seres humanos tenemos el derecho de poder opinar sobre nuestro destino, por lo tanto, los niños que sean víctimas de una sustracción o retención por parte de sus progenitores, deben ser escuchados en un juicio sobre su modo de sentir respecto a la restitución, aunque teniendo siempre en cuenta, la vulnerabilidad e inmadurez para los efectos de la resolución del caso.

Como hemos podido observar, el procedimiento es fundamental para un retorno del menor más rápido y seguro. Ya que instrumenta todas las etapas y plazos que se deben seguir para el logro de la restitución. A modo de crítica, personalmente puedo inferir una falta de interés a nivel de la Legislatura Nacional, para impulsar y dictaminar las reglas del procedimiento para la restitución de niños, ya que existen, tanto proyectos aguardando su sanción -como la llamada Ley Modelo Interamericana-, que son pautas a nivel procedimental que han sido creadas por un grupo de expertos en el tema, para servir de guía a los países que necesiten de ella.

No sirve de nada, desde mi punto de vista, una ley que aclama urgencia, sin un debido proceso que la pueda poner en práctica en forma efectiva y rápida.

Debe quedar en claro que, el proceso y sentencia sobre los que el juez deberá tener participación y decisión, solamente deben basarse en la controversia planteada, que es la restitución o no del menor al Estado que alega el progenitor requirente, tenía su residencia habitual, y bajo ningún punto de vista puede fallar sobre un tema como la custodia del niño. Debe tenerse presente también que, la regla que impone el Convenio, es la obligación de restituir, a menos que se den las excepciones enunciadas, para ser tomadas siempre de manera restrictiva intentando siempre, aunque por medio de la implementación de medidas de protección para un regreso seguro, lograr la restitución del niño.

CAPÍTULO 4: JURISPRUDENCIA

1. INTRODUCCIÓN

El presente apartado reflejará los motivos y fundamentos de las resoluciones judiciales desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Quien siempre mantuvo su postura en sentenciar la restitución internacional del niño, haciendo hincapié en el deber superior del niño.

De esta forma se desarrollará y analizará la siguiente jurisprudencia: “E., M. O. c. P., P. F. s/ restitución del menor C. O. E. P.”. “B., S. M. c. P., V. A. s. restitución de hijo “Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela”.

Esta exposición de fallos ayudará a involucrarse en la problemática planteada y se logrará una comprensión acabada de legislación relevante para la resolución de estos conflictos.

2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

2.1. “E., M. O. c. P., P. F. s/ restitución del menor C. O. E. P.”

Ya desarrolladas la legislación vigente y analizadas las ideas sostenidas por los doctrinarios, en menester adentrar y examinar la jurisprudencia traída a examen en el presente Trabajo Final de Grado.

En los autos “E., M. O. c. P., P. F. s/ restitución del menor C. O. E. P.”, el que fue resuelto, el día 10/05/2016, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien confirmó la sentencia impugnada emitida por el Superior Tribunal de la provincia de Santiago del Estero, referente a la restitución internacional del hijo del peticionante a España. Así por unanimidad de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Juan C. Maqueda. En el presente fallo, la C.S.J.N. resolvió ordenar restitución del niño a su residencia habitual.

Es menester aclarar que la Sra. P.F.P., oriunda de Santiago del Estero, convivió en Cataluña, España, con el señor M.D.E., quien también es de nacionalidad argentina. El 08/12/2010, fruto de esa unión nació en España C.D.E.P., quien se tuvo crianza de ambos progenitores hasta marzo de 2011, cuando aquéllos se separaron.

El reclamante afirmó que habría arribado con la madre del niño a un acuerdo informal sobre el régimen de visitas en el mes de febrero de 2012. Luego de ellos, el 18/06/2012, la madre lo trajo sin previa consulta a la localidad de Los Telares del Departamento de Salavina, provincia de Santiago del Estero, donde residía la familia de ésta.

Ante tal situación, en marzo del año 2013 el padre promovió el pedido de restitución ante la justicia de la provincia.

Ante este pedido de reintegro internacional de un niño al Reino de España, es menester la aplicación de lo ordenado por el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 1980)

Una vez rechazada la solicitud de reintegro, el padre recurrió el fallo denegatorio. En esta instancia, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Santiago del Estero concluyó en la incompetencia del magistrado actuante. Tomando ello como basamento, el día 18/12/2013, decretó la nulidad del fallo adverso y entregó el expediente al Juzgado de Familia de Primera Nominación de la provincia de Santiago del Estero

Dicha resolución fue revocada por V.E. que, en lo sustantivo, tuvo en cuenta el interés superior del niño., y dio la orden de remitir los autos al Superior Tribunal de Justicia provincial para que se expida sobre el fondo del asunto.

De manera insistente, el Superior Tribunal, confirió vista a la defensoría oficial.

Con posterioridad, el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero revocó la sentencia del inferior e hizo lugar a la restitución internacional requerida en autos.

Teniendo en cuenta el fondo de la cuestión, el tribunal superior mantuvo que el supuesto no es posible encuadrarlo en la excepción prevista por el artículo 13, inciso b), del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, para impugnar la restitución del niño. Por ello es que manifestó que no se observaba el grave riesgo requerido, ya que la acción no tiene por objeto dilucidar las cuestiones vinculadas con la tenencia o guarda del niño.

Remarcó que el convenio nombrado parte de la presunción de que el bienestar del niño se logra obteniendo el statu quo anterior al acto de retención o desplazamiento ilícitos, y la resolución de la causa no impide que los progenitores discutan sobre la custodia del niño ante el órgano que posee competencia en el lugar de residencia habitual, con anterioridad al traslado.

Además, los jueces sostuvieron que el padre había iniciado los trámites de la restitución el 05/10/2012, y el niño había sido trasladado ilícitamente durante el mes de junio del mismo año, con lo cual se daba cumplimiento al artículo 12 del Tratado que precisa que en la presente situación, la autoridad administrativa o judicial del Estado parte donde se halle el menor de edad debe ordenar su inmediata restitución.

Luego de lo resuelto por el Superior Tribunal, la progenitora dedujo recurso extraordinario federal, que fue contestado por la parte accionante y otorgado.

Los miembros de la C.S.J.N. sostuvieron que postergar más la resolución del litigio, importaría una vulneración de los derechos del niño. Por ende, dispusieron no devolver las actuaciones a la instancia para que se restablezca esta cuestión procesal, ya que importaría una mayor dilación.

En ese sentido, corresponde aclarar que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible.

Luego de lo resuelto por el Superior Tribunal, la progenitora dedujo recurso extraordinario federal, que fue contestado por la parte accionante y otorgado.

Los miembros de la C.S.J.N. sostuvieron que postergar más la resolución del litigio, importaría una vulneración de los derechos del niño. Por ende, dispusieron no devolver las actuaciones a la instancia para que se restablezca esta cuestión procesal, ya que importaría una mayor dilación.

En ese sentido, corresponde aclarar que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible.

Luego de lo resuelto por el Superior Tribunal, la progenitora dedujo recurso extraordinario federal, que fue contestado por la parte accionante y otorgado.

Los miembros de la C.S.J.N. sostuvieron que postergar más la resolución del litigio, importaría una vulneración de los derechos del niño. Por ende, dispusieron no devolver las actuaciones a la instancia para que se restablezca esta cuestión procesal, ya que importaría una mayor dilación.

En ese sentido, corresponde aclarar que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible.

Así la C.S.J.N. sostuvo que el artículo 13, inciso b), del Convenio ut supra dispone que el Estado requerido no está obligado a restituir al niño si hay un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro psíquico o físico o que de cualquier otra forma ponga al menor en una situación intolerable. Dicha excepción sólo procede cuando el traslado le causaría al niño un grado de perturbación superior al impacto sentimental que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de los padres o un cambio de lugar de residencia. Por lo expuesto, el derecho del progenitor requirente a que cesen las vías de hecho se subordina al derecho del menor de edad a ser protegido ante la presencia de esas circunstancias.

La decisión de restituir al niño al lugar de residencia anterior al traslado, para dar fin a una situación irregular, no supone arribar a la conclusión de que el infante deberá regresar para convivir con su progenitor, ni implica quitarle la guarda a la madre. Las circunstancias

particulares de cada caso, valoradas por el juez de la ejecución, determinarán el modo, la forma y las condiciones en que deberá llevarse a cabo el retorno, decidiendo por aquéllas que resulten menos dañosas y lesivas para el niño.

Por otro lado, los hechos invocados por la recurrente relacionados con la falta de vivienda en el país extranjero, el vencimiento de su pasaporte y la imposibilidad de conseguir un trabajo en el exterior, no llegan a constituir factores que impidan ordenar la restitución del niño.

En cuanto al progenitor no se aprecia un desinterés en mantener el vínculo con su hijo que permita negar su retorno. Las constancias de la causa demuestran el contacto con el niño y su madre con posterioridad a que ingresaran a la República Argentina, a los fines de interiorizarse de la situación del niño, e insistió en su retorno, propósito que conservó aún frente a las audiencias. Tampoco son válidas para negar la restitución del menor los posibles problemas económicos que pudiese estar atravesando el progenitor y en cuanto a cuestiones atinentes al incumplimiento de visitas y alimentos, tampoco revisten incidencia en el caso para desestimar el pedido de restitución.

Por lo demás, la C.S.J.N. declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, ordenando la restitución del menor a su residencia habitual.

CSJN. • “E., M. O. c. P., P. F. s/ restitución del menor C. O. E. P.” de doi : AR/JUR/22855/2016

2.2. “B., S. M. c. P., V. A. s. restitución de hijo”

En los autos “B., S. M. c. P., V. A. s. restitución de hijo“, contra la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, que desestimó el pedido de restitución al Reino de España de los menores hijos de las partes, el actor dedujo el recurso extraordinario. A lo que la C.S.J.N. el día 19/05/2010 hizo lugar y ordenó la restitución de los menores T.A.B. y N.A.B. a la ciudad de Rubí, Provincia de Barcelona, España.

La inteligencia de convenios internacionales y la decisión impugnada se han puesto en tela de juicio, motivo por lo cual es admisible la apelación.

Una vez que se ha constatado la ilegalidad de la retención o traslado (lo que habilita, en primera medida, el regreso inmediato siempre que se haya reclamado dentro del año), implementar el retorno no es una obligación de los países signatarios si se da alguna de las

siguientes hipótesis, como la presencia de un grave riesgo de exposición a un serio peligro psíquico y físico, o de que se ubique al menor, de cualquier otra forma, en un escenario intolerable; demostración de que el menor, teniendo en cuenta su grado de madurez y edad, se opone al regreso; y la invocación de principios primordiales del Estado requerido, en materia de resguardo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

La custodia concedida a la madre, en virtud del pacto homologado por el tribunal español, en materia de derecho de custodia y en el marco de una razonable interpretación integradora, excluye la ilicitud de la retención o traslado cuando la custodia alcanza no sólo el cuidado del menor sino también, decidir sobre su lugar de residencia.

Dejar España para alojarse en otro país, es una de las "decisiones importantes", lo cual estaba estipulado en una de las cláusulas del convenio, como una decisión conjunta. Por lo que el título invocado por la Sra. P. carece de validez inicial, por falta de habilitación. Esto debido a que la salida de España estaba autorizada por la figura paterna, la misma poseía vicios, ya que dicha autorización del progenitor se otorgó bajo la apariencia de un viaje vacacional, es decir, transitorio. Por ello, la operatividad de la restitución se encuentra verificada por la carencia de contenido jurídico de la custodia de la madre. Aquí se trata de reintegrar a J. A., T. A. y N. A. al medio en el que ellos se habían desarrollado, hasta la interrupción llevada a cabo por la madre.

Por los motivos ut supra expuestos, la C.S.J.N. resuelve declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto, revoca la sentencia apelada, y, haciendo uso de las atribuciones concedidas por la ley 48 mediante su art. 16, segundo párrafo, decreta la restitución de los menores T.A.B. y N.A.B. a la ciudad de Rubí, Provincia de Barcelona, España.

CSJN. “B., S. M. c. P., V. A. s. restitución de hijo”, “de <http://fallos.diprargentina.com/2011/03/b-s-m-c-p-v-s-restitucion-de-hijo-csjn.html>

2.3. “Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela”

En los autos “Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela” los hechos se desenvuelven e inician con el casamiento de los padres de la niña , el cual se dio en Buenos Aires el 3/12/85 y arribaron a Canadá en el mes de marzo de 1986. Al tiempo del acto que dio origen al litigio, la menor tenía cuatro años de edad, nació el 06/02/90 en Guelph, Provincia de Ontario, Canadá. Una residencia universitaria era la morada de la familia. De lo que la menor tiene recuerdos positivos de esa etapa de su vida. A fines del año 1993 decidió viajar a Buenos Aires a pasar las "fiestas" con su familia, lo cual estaba asentido por su esposo. El progenitor

declaró que tomó conocimiento el 6/1/94 de lo decidido por la madre de no regresar al Canadá y de persistir con la niña en Argentina. En febrero de 1994 el Sr. Wilner requirió la intervención de la Autoridad Central correspondiente a la Provincia de Ontario, a los fines de exigir la restitución de la menor en tenor con lo establecido por la Convención de La Haya. El 7 de marzo de ese año se dictó una decisión judicial en la Corte de Ontario, que atribuyó la custodia de la niña a su progenitor. Finalmente, el 21/3/94 la Autoridad Central de la República Argentina presentó el pedido de restitución ante el juez local. Dable es destacar que con anterioridad al acto de retención, no se había dictado ninguna decisión relativa a la guarda o tenencia provisoria o definitiva de la niña.

Posteriormente, la sala G de la C. Nac. Apels. en lo Civil confirmó lo resuelto en la instancia anterior e hizo lugar a la solicitud de restitución de la niña D. W. exigida por su padre, Eduardo Wilner, mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores. Contra dicha disposición, la madre de la menor interpuso el recurso extraordinario, arguyendo que en todas las medidas referentes a los niños se debe atender siempre al interés superior del niño.

L resolución a la cual se ha arribado encuentra sus fundamentos en diferentes motivos.

El bienestar del niño se logra volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos es lo que sostiene la Convención.

Argentina acoge la directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ordena la adopción de medidas para evitar los traslados y retenciones ilícitas de los niños al extranjero. Para ello, los Estados signatarios promoverán la concertación de convenios bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes. Esta Convención también exhorta a los padres de tener como preocupación primordial el interés superior del niño.

Que atento a que el procedimiento se puso en marcha frente a un acto que la Convención de La Haya considera ilícito, es fundamental la rapidez y ligereza que se debe dar al trámite, a fin de evitar que el paso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, afianzando la integración del menor a un nuevo medio.

Cuando existe un riesgo grave de que la restitución del menor lo exponga a un peligro psíquico o físico o que de cualquier otra manera coloque al menor en una situación intolerable, se libera de la obligación de ordenar la restitución cuando.

Por otro lado, no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño atribuye a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea "directamente o por medio de un representante.

Por lo expuesto, por mayoría, por medio de los votos de los Dres. Moliné O'Connor y Fayt se declara procedente la queja, se hace lugar al recurso extraordinario, se revoca la sentencia recurrida y se rechaza el pedido de restitución de D. W.

CSJN. “ “Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela”, Publicado en: JA 1995-III-434, doi: 953147

CONCLUSIÓN

Luego de haber analizado la jurisprudencia relevante, se puede observar de manera clara, los esfuerzos que realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cumplimentar los objetivos del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores.

Se han analizado de manera restrictiva las excepciones y determinaron que el interés superior del niño, en todos los casos, es lograr una restitución del menor a su Estado de residencia habitual. Independientemente de la verificación que el niño ya se haya adaptado o no a la Argentina y el bienestar en que se encuentre en el momento de la sentencia.

CONCLUSIÓN FINAL

Desgraciadamente, la sustracción de niños a nivel global es un hecho cada vez más recurrente, dado la internacionalización de las relaciones familiares. Por éste motivo, es indudable que tiene que haber una preocupación por parte de todos los Estados para intentar solucionar, con la mayor rapidez posible, tales situaciones.

Argentina, actualmente, se encuentra adherida a tres convenios para intentar abordar el conflicto de la manera más amplia y abarcativa posible; estos son: Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Convención Interamericana Sobre Restitución de Menores y el Convenio Argentino-Uruguayo Sobre Protección Internacional de Menores. Dichos Convenios, que abordan de manera bastante similar la problemática, estableciendo pautas, deberes y obligaciones de los Estados parte, para la resolución de estos conflictos.

Personalmente puedo observar una preocupación a nivel nacional para promocionar la adhesión en todo tipo de convenios para la protección y cuidado del menor, aunque desde mi punto de vista, esta difícil tarea no ha concluido, ya que existen muchos países que no se han unido a la lucha contra este flagelo, y quedan por tal motivo, muchos niños desamparados, en mano de sus progenitores sustractores, lejos del Estado donde tenían su residencia habitual.

Se ha formado la Autoridad Central, por mandato del Convenio Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la cual cumple la función informativa y administrativa. Informativa respecto del contenido del Convenio, con sus alcances y funciones. Administrativa, articulando los primeros pasos en la restitución de un niño, ya que recibe la solicitud, verifica si tiene la localización del niño, y en caso de no tenerla, da aviso a la INTERPOL para que se ponga en su búsqueda; se pone en contacto con el progenitor sustractor e intenta un retorno voluntario, que de no lograrse, se deberá pasar a instancias judiciales. Como vemos, la Autoridad Central, tiene un papel totalmente fundamental en la aplicación del Convenio.

Otra entidad formada a partir del Convenio de La Haya, es el Juez de Enlace, que tiene como función la comunicación entre jueces tanto nacional como internacionalmente que están resolviendo casos de sustracción de niños, también debe asistir y colaborar a los jueces que se les presenta un caso sobre restitución, para de esta manera, poder informarlos sobre el contenido y sus objetivos primordiales. Ya que actualmente en la República Argentina, tiene jurisdicción en esta materia, los Tribunales de Familia, y pueden desconocer el Convenio.

Abordando el tema del interés superior del niño, se lo ha definido como el cúmulo de todos los bienes indispensables para la protección y su desarrollo integral, siempre teniendo en

cuenta lo que más conviene en un momento dado y en una cierta situación, analizando su caso concreto en particular (Biocca, 2005), y aplicándolo al Convenio de La Haya, como hemos visto, el interés superior es la restitución inmediata del niño a su Estado de residencia habitual.

En cuanto al procedimiento, cuestión fundamental para la restitución de niños, podemos mencionar que debe ser un proceso sumamente expedito y urgente; el juez competente solamente debe basar su sentencia en lo que se ha expuesto a él, la restitución o no del niño en cuestión; teniendo en cuenta las excepciones tomadas de manera taxativa y tendientes a la protección del menor de manera en el Convenio , y bajo ningún punto de vista deberá expresar en su sentencia, quién tiene la custodia del niño, ya que la cuestión de fondo de la controversia, deberá ser resuelta por el juez del Estado de residencia habitual que solicita la restitución.

Lamentablemente en Argentina, no contamos con una ley de procedimiento que asegure la celeridad en el proceso, aunque existen proyectos presentados a las Legislaturas tanto nacionales como provinciales que descansan para su promulgación y a nivel Interamericano, se ha dictado una Ley Modelo de procedimiento que establece las pautas generales a seguir en estos casos. Y por lo tanto, las causas deben ser ventiladas tanto en Primera Instancia, Cámaras de Apelaciones, los Tribunales Superiores de Justicia, y Corte Suprema de Justicia de la Nación la cual finalmente, dictará la sentencia definitiva.

Es por lo anteriormente expuesto, concluyo que: debe promoverse activamente el conocimiento de las leyes para poder contar con todos los instrumentos que brinda el Convenio para su aplicación; nuestro país debería contar ya, con juzgados especializados para el tratamiento debido de la restitución internacional de niños; tendríamos que tener una adecuada ley de procedimientos para asegurar los fines del Convenio; se debería manifestar la voluntad de la Argentina en resolver los casos que ponen en riesgo el futuro y la felicidad de los niños y de esta manera hacer efectivo el cuidado de su interés superior.

LISTADO DE REFERENCIA

LEGISLACIÓN

- Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires, Argentina. 1 de Octubre de 2014
- Código Penal de la República Argentina. Congreso de la Nación Argentina
- Constitución Nacional de la República Argentina. 22 de Agosto de 1994
- Convención Americana de Derechos Humanos. San José Costa Rica, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969
- Convención Sobre los Derechos del Niño. 27 de septiembre de 1990
- Convención Interamericana Sobre Restitución de Menores. Montevideo, Uruguay el día 15 de julio de 1989
- Convenio Argentino-Urugayo sobre protección Internacional de Menores. Montevideo, Uruguay, 31 de Julio de 1981.
- Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. La Haya, Holanda, 25 de Octubre de 1980.
- Ley 10305. Córdoba, Argentina, 23 de Septiembre de 2015.
- Ley modelo Interamericana (2006) Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
- Ley 23.270. Congreso de la Nación Argentina

DOCTRINA

- Basabe, H. (Mayo 2015). *Autoridades Centrales, Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores, adoptada en Montevideo*. Jornada Nacional de Capacitación sobre Restitución Internacional de Menores. Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Córdoba, Argentina. Recuperada de <https://vimeo.com/130100509>
- Biocca, Stella Maris, “Interés superior del niño”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 30. Derecho de Familia*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Marzo – abril de 2005, pp. 23 y 24

- Blanc de Arabel, M. (2015) *Juez de Enlace*. Jornada Nacional de Capacitación sobre Restitución Internacional de Menores no publicada. Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Córdoba, Argentina
- Boggiano, Antonio. (2000) “Curso de Derecho Internacional Privado” Derecho de las relaciones privadas internacionales. Segunda Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot
- Brunetti, Andrea., (2016) “El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo Código Civil y Comercial”, publicado en DFyP 07/03/2016, 23, doi: AR/DOC/322/2016
- CIDH, Intervenciones escritas y orales respecto de la Opinión Consultiva 17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva 17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, p. 25. Corte IDH
- Chiappero, M. (2015). *Herramientas de INTERPOL para la localización de personas*. Jornada Nacional de Capacitación sobre Restitución Internacional de Menores. Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Córdoba, Argentina. Recuperada de <https://vimeo.com/130116552>
- Dreyzin de Klor, Adriana, et al. 1996. La restitución internacional de menores. La protección internacional de menores, Córdoba: Alveroni
- Dirección General de Coordinación Internacional. (2016). Interpol.gov.ar. Recuperado 20 Octubre 2016, de <http://www.interpol.gov.ar/>
- Echegaray de Maussioin, Carlos. Et al. 1996. Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. La protección internacional de menores. Córdoba. Advocatus
- Feldstein de Cárdenas, Sara L., “Divorcio y restitución internacional de menores: o sobre quién podrá defender a los niños”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000
- Feldstein de Cárdenas, Sara L., Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración, 1ª edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004. p. 156
- Fernández Arroyo, Diego. (1998) “Derecho Internacional Privado” Córdoba: Advocatus
- Goicoechea, Ignacio; Castro F. (2014) *Sustracción Internacional de niños*. Seminario de Restitución Internacional de Menores, s/d. Recuperado de http://www.menores.gob.ar/userfiles/Goicoechea_Sustraccion_Internacional_de_Ninos.pdf

- Goicoechea, Ignacio, “Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 30. Derecho de Familia*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Marzo – abril de 2005, p. 77
- Granillo Ocampo, V. (Mayo 2015). *Casos entrantes y casos salientes. Rol de la Autoridad Central*. Jornada Nacional de Capacitación sobre Restitución Internacional de Menores. Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Córdoba, Argentina. Recuperado de <https://vimeo.com/130116553>
- Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Segunda parte, Medidas de Aplicación, Autoridades Centrales, “Family Law” HCCH, 2003. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
- Kaller de Orchansky, B. (1997) “Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado” 5ª edición. Buenos Aires, Argentina.
- Kuyumdjian de Williams, Patricia, (2013) “Aplicación del Convenio de Restitución Internacional de Menores a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, doi: AP/DOC/2783/2013
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina (2016) Convención de La Haya – Casos Salientes/ Protección Internacional de los Niños. Recuperado de <http://www.menores.gob.ar/convenci-n-de-la-haya-casos-salientes>
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina (2016) Convención de La Haya – Autoridades Centrales/ Protección Internacional de los Niños. Recuperado de <http://www.menores.gob.ar/autoridades-centrales>
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina (2016) Convención de La Haya/ Protección Internacional de los Niños. Recuperado de <http://www.menores.gob.ar/convenio-de-la-haya>
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina (2016) Convención de La Haya – Casos Entrantes/ Protección Internacional de los Niños. Recuperado de <http://www.menores.gob.ar/convenci-n-de-la-haya-casos-entrantes>
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina (2016) Convención de La Haya – Derecho de Custodia/ Protección Internacional de los Niños. Recuperado de <http://www.menores.gob.ar/derecho-de-custodia>
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina (2016) Convención de La Haya – El Traslado o Retención Ilícitos, son considerados Delito? /

Protección Internacional de los Niños. Recuperado de <http://www.menores.gob.ar/el-traslado-o-retencion-ilicitos-son-considerados-delito>

- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina (2016) Convención de La Haya – Restitución Internacional de Menores/ Protección Internacional de los Niños. Recuperado de <http://www.menores.gob.ar/restitucion-internacional-de-menores>

- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina (2016) Convención de La Haya – Estadísticas / Protección Internacional de los Niños. Recuperado de <http://www.menores.gob.ar/estadisticas>

- Mizrahi, Mauricio L. (2016), Traslados ilegales de niños. Publicado en LA LEY 02/07/2016, 02/07/2016, 1, doi: AR/DOC/1404/2016

- Villaverde, M. (s.f.). “El interés superior del niño en la sustracción internacional de niñas, niños, y adolescentes”. <http://www.villaverde.com.ar/es/publicaciones/el-interes-superior-en-la-sustraccion-internacional-de-ni-as-ni-os-y-adolescentes/> [Acceso 9 May 2016].

- Scotti, Luciana B. (2013) “Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños”, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp 125 – 156.

- Scotti, Luciana B., (2016) “La excepción de "grave riesgo" en los casos de restitución internacional de niños”, publicado en LA LEY 30/06/2016, 30/06/2016, 7, doi: AR/DOC/1920/2016

- Tagle de Ferreyra, G. (2009) El Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño. *Red de Jueces Expertos en Restitución Internacional de Niños de la República Argentina*, (15). Recuperado de <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=4823>

- Tagle de Ferreyra, Graciela, et al.(2011) “Actividad Decisoria Sentencia, Doctrina y Jurisprudencia”, Colección de Análisis Jurisprudencial Nº 6, Ed. Advocatus, Córdoba ,

- Tagle de Ferreyra, G. (2015) *Funciones del Juez de la Red Internacional de La Haya. El trabajo de la Red Nacional de Jueces en materia de restitución internacional de menores. Rol de Juez de la Red Nacional.* Jornada Nacional de Capacitación sobre Restitución Internacional de Menores. Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Córdoba, Argentina. Recuperada de <https://vimeo.com/130116551>

- Tagle de Ferreyra, G. (2016) Restitución Internacional de Menores. *Jornada de Restitución Internacional de Menores*, s/d. Recuperado de

http://www.menores.gob.ar/userfiles/Tagle_Procedimiento_de_restitucion_Juez_de_Enlace_Co_municaciones_Judiciales_Directas.pdf

JURISPRUDENCIA

- CSJN, “V.,D.L. s/ Restitución de menores – ejecución de sentencia” CSJN, 18/08/2011 de: www.cpacf.org.ar/jurisylegis/novedadesjuris/VDL.rtf

- CSJN. • “E., M. O. c. P., P. F. s/ restitución del menor C. O. E. P.” de doi : AR/JUR/22855/2016

- CSJN. “B., S. M. c. P., V. A. s. restitución de hijo”, “de <http://fallos.diprargentina.com/2011/03/b-s-m-c-p-v-s-restitucion-de-hijo-csjn.html>

- CSJN. “• “Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela”, Publicado en: JA 1995-III-434, doi: 953147

- Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, “C. P., M. V. c. S., G. S/ AUTORIZACION

- Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires. “B., G. S v. M. G., R. A”, 05/12/2007

ANEXO 1

“LEY MODELO SOBRE NORMAS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS”¹

Con la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita y de velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en un Estado se respeten en el Estado nacional, se ajustarán las normas procesales internas según el siguiente Proyecto.

Los plazos breves de decisión, en aplicación del interés superior del niño, contribuyen al cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y a la mejor preservación de los derechos a no ser trasladado o retenido ilícitamente de un Estado a otro y a la visita cuando los referentes adultos de los niños viven en países diferentes.

Art. 1.- Objeto. Será objeto del proceso regulado en la presente ley, determinar si ha existido traslado y/o retención ilícitos de un niño, toda vez que se haya verificado en violación a un derecho de guarda o de custodia y a preservar el derecho de visita. Asimismo asegurar el tratamiento conforme a los principios de los convenios citados, la resolución de los casos en forma rápida y en caso de accederse a la restitución, que la misma se realice en forma segura para el niño. Sin perjuicio del *nomen juris* previsto por la legislación nacional, a los efectos de esta ley se entiende por derecho de guarda o de custodia, aquel comprensivo del derecho de cuidado y a decidir sobre el lugar de residencia del niño – incluyendo su traslado al extranjero - de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual. Tal derecho puede resultar de una aplicación de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

Este derecho, debe haber sido ejercido en forma efectiva, ya sea individual o conjuntamente, por padres, tutores, guardadores o instituciones, inmediatamente antes del hecho. Se considera incluso que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del niño.

El niño, en consecuencia, debe haber sido desplazado ilícitamente de su centro habitual de vida, encontrándose en otro Estado.

Queda expresamente excluida, la decisión sobre el fondo del asunto de la guarda, la que es materia privativa, de la Jurisdicción del Estado de residencia habitual del niño. Mientras tramita la solicitud de restitución, quedan en suspenso los procesos tendientes a resolver sobre el fondo de la guarda o custodia, que puedan encontrarse en trámite.

Se considera niño a efectos de este proceso, toda persona que no haya cumplido los dieciséis años de edad. Tal expresión comprende ambos géneros.

¹ La ley modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. El grupo de expertos fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), y participaron del mismo: la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel Gonzalez (Estados Unidos), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Nuñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá), y la Dra. Luz María Capuñay Chavez (Perú).

Art. 2.- Normas procesales y criterio interpretativo. El procedimiento estará regido por la Constitución, los tratados internacionales en materia de Sustracción Internacional de Menores ratificadas por el Estado, la presente Ley, las leyes nacionales de protección de niños niñas y adolescentes y las leyes procesales. Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente

ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.

Art. 3. Competencia. Se determinará conforme a las normas generales, con especial aplicación de los principios de concentración y especialización, tanto en primera instancia como en apelación.

Art. 4. Legitimación Activa. Será titular de la acción de restitución, aquel padre, tutor, guardador u otra persona, institución u organismo que fuere titular del derecho de guarda o el derecho de custodia, conforme el régimen jurídico del país de residencia habitual del niño, inmediatamente antes de su traslado o retención.

Art. 5. Legitimación pasiva. Estará legitimado pasivamente, aquel que es denunciado por quien detenta la titularidad activa, como la persona que ha sustraído o retiene en forma ilegítima al niño cuyo desplazamiento-retención, constituye la causa de la solicitud.

Art. 6. Asistencia o representación del niño. De conformidad con las leyes de protección vigentes, se podrá designar un abogado Defensor al niño, que lo asista y represente según la evolución de sus facultades, apreciado a criterio del tribunal que entiende en la causa.

Art. 7. De la intervención del representante de la Causa Pública. Se dará cuenta en al representante de la Causa Pública que comparecerá ante el tribunal a los efectos de ser noticiado de las resultancias del proceso y a ejercer los actos que le competen. Su ausencia no implicará dilación del trámite.

Art. 8.- Autoridad Policial. La autoridad Policial prestará sin demoras la colaboración en cuanto le sea requerida.

Artículo 9.- Autoridad Central. A los efectos del cumplimiento de sus cometidos naturales atribuidos por el artículo 7 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores de 1980 y art. 7 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, se consagra que deberá ser informado por el Tribunal de las actuaciones y tendrá libre acceso a las mismas.

Art. 10. Fase preliminar. La demanda o solicitud de restitución, que deberá ajustarse a los requisitos establecidos en los arts. 8 de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y 9 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores se podrá

2
presentar en forma directa ante el Tribunal competente, vía exhorto o carta rogatoria, o solicitud directa ante la Autoridad Central (art. 8 Convención Interamericana).

El tribunal competente tomará conocimiento inmediato, pasando a disponer las más urgentes medidas para la localización y protección del niño, en su caso.

Verificada la localización, lo comunicará de inmediato al estado requirente vía Autoridad Central o a través del organismo que haga sus veces.

La Autoridad Central del Estado solicitará o adoptará las medidas adecuadas tendientes a la conseguir la restitución voluntaria del niño.

A partir de dicha noticia, en caso que se hubiere solicitado la previa localización del niño, comenzará a correr un plazo de 30 días a efectos de la correspondiente presentación de demanda o solicitud de restitución, para el caso de que ésta no se hubiese deducido. Vencido el mismo, las medidas adoptadas liminarmente, caducarán de pleno derecho.

La documentación que se acompañe a la demanda o solicitud de restitución, con el fin de acreditar la legitimación activa del requirente (normas sustantivas, copia de sentencia o convenio homologado) y demás recaudos, deberá presentarse traducida en caso de así corresponder, no requiriéndose su legalización (art. 23 de la Convención de la Haya).

Art. 11. Procedimiento. Una vez presentada la demanda o solicitud de restitución, el tribunal procederá a la calificación de las condiciones de admisibilidad

y titularidad activa, según las definiciones de los artículos primero y cuarto de esta Ley.

A los efectos de esta última, el peticionante deberá acreditar la verosimilitud de su derecho, demostrando sumariamente en el escrito inicial que se encuentra en el ejercicio de la guarda o custodia, de conformidad con lo dispuesto con el artículo primero.

La presentación de la demanda o solicitud de restitución ante el tribunal competente del país donde se halle el niño marcará la fecha de iniciación de los procedimientos a los efectos establecidos en el art. 12 incisos 1º y 2º de la Convención de La Haya y 14 de la Convención Interamericana.

Art. 12.1.- Si el Tribunal rechaza liminarmente la demanda o solicitud de restitución, la resolución admite el recurso de Apelación, interpuesto dentro de tercero día de noticiado.

12.2.- Admitida la demanda, en veinticuatro horas el tribunal despachará mandamiento de Restitución; citará de excepciones por el término de diez días al requerido; dispondrá las medidas cautelares necesarias a los efectos de la protección -sujeción del niño al país -, o bien, modificará o mantendrá las adoptadas inicialmente; designará un Curador o Defensor al niño; designará un Defensor o representante para el requirente en caso de que por motivos económicos debidamente acreditados en la solicitud, no pueda trasladarse al país y notificará la decisión al Ministerio Público. Comunicará tal decisión a la Autoridad Central a sus efectos.

No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconveniones que obsten a la prosecución del trámite.

3

Art. 13. Oposición de excepciones. La defensa del demandado deberá realizarse en escrito fundado en el que deberá acompañarse toda la prueba de que haya de valerse. Es válida la oposición cuando se exprese y demuestre que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable;

c) se compruebe que el propio menor con edad y grado de madurez suficiente para tener en cuenta su opinión se exprese de forma contraria a la restitución.

Asimismo podrá denegarse la restitución cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

El tribunal rechazará sin sustanciar toda excepción fuera de las enumeradas en el presente artículo.

Art. 14.- Si no fueren opuestas excepciones, quedará firme el mandamiento de restitución y se dispondrá hacer efectiva la misma comunicándolo a la Autoridad Central.

Opuestas que fueren, se sustanciarán con un traslado al requirente por el término de seis días.

Art. 15.- Contestada la demanda o vencido el término, se convocará a audiencia dentro del término de tres días de haber sido puestos los autos al Despacho al efecto. En dicha providencia, el tribunal se expedirá sobre los medios probatorios ofrecidos por las partes, rechazando in limine toda aquella prueba inadmisibles, inconducente o manifiestamente impertinente.

La resolución que admita o deniegue el despacho de diligencias probatorias no será recurrible.

El número de testigos, se limitará a tres por cada parte.

Art. 16.- La audiencia, será presidida por el tribunal, no dejará de celebrarse por la ausencia de los citados.

En ella se tentará la conciliación, la que verificada se hará constar en acta y será homologada por el Juez. En caso contrario, será oído el representante de la Causa Pública y se resolverán en su caso, las cuestiones procesales que obstan a la decisión final. Se procederá a la fijación de los puntos en debate, se diligenciarán los medios probatorios dispuestos, a cuyo fin la audiencia podrá ser prorrogada hasta por setenta y dos horas.

Se oirá al niño cuando a juicio del tribunal esté en condiciones de formarse un juicio propio, brevemente a las partes y al representante de la causa pública si se hallare presente.

A los fines de su dictado, podrá el tribunal prorrogar la audiencia hasta por veinticuatro horas.

4

Art. 17.- Segunda Instancia. La Sentencia Definitiva será pasible del Recurso de Apelación interpuesto dentro de tercero día y sustanciado con un traslado por idéntico plazo a las partes, al representante de la causa pública y al Defensor del niño en su caso.

El mismo será concedido con efecto suspensivo².

Los autos serán elevados dentro del término de veinticuatro horas de evacuados los traslados.

El Tribunal de Alzada se expedirá, dentro de sexto día. Podrá hacerlo en audiencia o dictarse decisión anticipada.

La segunda instancia debe tramitarse dentro de los plazos máximos establecidos en los artículos del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989.

Art. 18.1. Del contenido de la sentencia. Se ordenará la restitución en todo caso cuando se tratare de niño menor de 16 años, que haya sido trasladado o retenido ilícitamente en violación de un derecho de custodia, efectivamente ejercido al momento del hecho en el país de su residencia habitual.

18.2. Restitución segura. El tribunal no podrá denegar la restitución de un niño basándose en lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 y literal b) del artículo 11 de la Convención Interamericana de 1989, si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del mismo tras la restitución.

18.3. Si ha transcurrido un lapso mayor a un año entre la fecha de la solicitud o demanda de restitución y la de sustracción o retención ilícitos, podrá asimismo ser ordenada la restitución, según las circunstancias del caso, salvo demostración durante el proceso de que el niño ha quedado integrado a su nuevo ambiente, y en este caso, si a juicio del Juez la permanencia en éste resulta favorable a su prioritario interés. En caso contrario, podrá siempre ordenar la restitución (art. 18 de la Convención de La Haya y artículo 17 de la Convención Interamericana).

Art. 19.- Impugnaciones. Serán pasibles del Recurso de Apelación, únicamente la Sentencia que disponga el rechazo liminar - en cuyo caso la apelación no se sustancia- y la Sentencia Definitiva.

En segunda instancia podrá convocarse a audiencia o dictarse decisión anticipada, en este último el plazo para deducir el recurso de aclaración y ampliación será de 48 horas, debiéndose decidir dentro de las 48 horas.

Contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá recurso alguno.

Artículo 20.- Visita. La solicitud que tiene por objeto hacer efectivo el derecho de visitas por parte de sus titulares en los casos previstos en los Convenios Internacionales de Restitución, seguirán el procedimiento establecido en la presente ley.

² La suspensión de la ejecución de la sentencia se justifica por el corto plazo previsto para que el Tribunal de Apelaciones dicte el fallo definitivo. Sin embargo, cada Estado al momento de legislar internamente sobre la materia podrá establecer el efecto devolutivo de la apelación en caso de considerar que de acuerdo a la realidad de su sistema procesal no sería posible que el Tribunal de Apelaciones dicte sentencia en el brevísimo plazo previsto en la Ley Modelo.

5

El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al niño por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. No son requisitos necesarios para la procedencia de la solicitud de visitas en el marco de los Convenios Internacionales de Restitución, la existencia de un traslado o retención ilícitos previos, ni la existencia de un régimen de visitas establecido previamente.

Art. 21. Comunicaciones judiciales directas.

Se designará un Juez de Enlace con el cometido de facilitar las comunicaciones judiciales directas sobre los asuntos en trámite comprendidos por la presente ley entre los Tribunales Extranjeros y los Tribunales Nacionales.

Las consultas podrán ser recíprocas, se realizarán por intermedio del Juez de Enlace y se dejará constancia de las mismas en los respectivos expedientes, con comunicación a las partes.

6

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	María Candelaria Oliva Escobar
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	30.658.228
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“Restitución internacional de menores en Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Características y Procedimiento”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	candeeo@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y</i>	

<i>autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	
---	--

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	Si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Córdoba, 13 de febrero de 2017

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.