

ADRIANA DREYZIN DE KLOR

DIRECTORA

LA PROTECCIÓN  
INTERNACIONAL  
DE MENORES

DERECHO  
DE VISITA



Editorial Jurídica Continental



***A Frani y Beni***

*porque al pedirme que les dedique estas páginas  
me alientan a continuar en este desafío de  
publicar las ideas que nacen fruto de  
la apasionante tarea que es la investigación*

***Adriana Dreyzin de Klor***



# INDICE

<b>Presentación</b> .....	5
<b>Plan del libro</b> .....	6

## **Capítulo I** **Restitución Internacional de menores**

Precisiones metodológicas.....	9
I. La Sentencia de la Corte en: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela” .....	11
1. Los Hechos .....	11
2. Las razones que alega la apelante para agravarse ...	12
3. Los fundamentos de la resolución .....	13
4. Las disidencias del Dr. Moline O’Connor y del Dr. Carlos Fayt .....	17
5. Disidencia del Ministro de la Corte Dr. Guillermo Lopez .....	20
II. Precisiones conceptuales .....	25
1. Derecho Nacional .....	26
A. Derecho Internacional Privado Interno .....	27
B. Proyecto de Código Civil y Comercial unificado 2012.....	29
1) La cooperación como principio y deber .....	31
2) Relevancia de la interpretación del sistema .....	31
3) Cuestiones de fondo en el proceso de restitución.....	33
C. Derecho Internacional Privado Convencional .....	33
1) Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940.....	33
2) Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina.....	35
a. Consideraciones generales .....	35
b. El Convenio.....	36
c. Calificaciones autárquicas .....	37
d. Jurisdicción .....	38

e. Pedido de restitución del menor .....	39
f. Localización del menor .....	39
g. La oposición ante el juez requerido. El orden público internacional.....	39
h. Importancia del Convenio .....	42
3) Conferencia Interamericana especializada de Derecho Internacional Privado sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV) ..	43
a. Consideraciones generales .....	43
b. Denominación .....	46
c. Ambito de aplicación .....	46
d. Definiciones autárquicas recogidas por el Convenio.....	47
e. Titulares de la acción .....	48
f. Jurisdicción .....	48
g. Autoridades Centrales.....	49
h. Procedimiento.....	50
i. De la oposición y del orden público internacional .....	52
4) Conferencia de La Haya .....	53
a. Una evaluación sobre el funcionamiento de la Convención .....	55
b. La actualidad en la aplicación del Convenio.....	56
5) Instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y derechos del niño .....	56
a. Inclusión indirecta de tratamiento del problema en Convenios con jerarquía constitucional .....	58
b. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.....	59
6) El tema en el MERCOSUR.....	60
III. Conclusiones .....	61

## **Capítulo II**

### **Eficacia de las reglas aplicables a la protección de menores en el marco de la integración**

I. Introducción .....	65
II. Principales problemas identificados en la aplicación de las convenciones .....	70

1. El factor temporal. Algunos datos estadísticos .....	70
2. Desconocimiento de las normas existentes en la materia por parte de las autoridades que intervienen en un proceso de restitución .....	73
3. El problema económico .....	74
III. Algunas iniciativas en curso de evaluación .....	77
1. Red de jueces de enlace .....	77
2. Comunicaciones judiciales directas .....	79
3. Ley Modelo de normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños.....	80
IV. Un caso práctico .....	85
M. W. c. H. L. G s. Restitución internacional de menor. Juzgado de Familia de 4° Nom. Córdoba. Argentina. 2010.....	85
V. Conclusiones .....	87

### **Capítulo III**

#### **El derecho de custodia y visita de los hijos**

I. Planteamiento general.....	90
1. Marco jurídico universal .....	90
2. Su proyección en casos internacionales.....	92
II. Derecho de custodia.....	94
1. Concepto de guarda. Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores.....	94
2. Derechos de custodia conjunta y residencia habitual .....	101
III. Derecho de visita.....	105
1. Los problemas que afronta el derecho internacional de visita .....	105
2. Contenido del derecho de visita internacional. Caracteres .....	107
3. Organización de los Estados Americanos. La Convención Interamericana sobre restitución de menores de 1989.....	112

4. El Convenio de Estrasburgo del Consejo de Europa sobre relaciones personales concernientes a los niños .....	114
5. El Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de niños.....	115
IV. Soluciones del derecho internacional privado.....	116
1. La competencia judicial internacional: aspectos generales.....	116
2. El criterio del favor minoris.....	116
3. La ley aplicable .....	119
4. El reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras .....	120
V. Reflexiones finales.....	120
<b>Anexo normativo</b> .....	145
Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores.....	147
CIDIP IV. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores .....	161
<b>Anexo jurisprudencial</b> .....	175

## Presentación

El constante incremento de los medios de comunicación internacional, así como una paralela flexibilización de las fronteras nacionales y la incidencia de variables políticas, sociales, culturales y económicas, son algunos de los factores que han contribuido a acrecentar en las últimas décadas, los desplazamientos transnacionales. Como consecuencia de este fenómeno, aparecieron nuevas figuras jurídicas, producto de la internacionalización de la familia, a la vez que de un cada vez mayor deterioro de la unidad familiar.

Los estados y las organizaciones internacionales, frente a la nueva realidad, en la cual el mayor perjuicio se centra en la desprotección en que quedan sumidos los niños, niñas y adolescentes, se plantearon la necesidad de dar respuesta a estos cambios en forma urgente, creando los instrumentos legales que contemplen los problemas generados por dichos acontecimientos.

En esta línea de pensamiento, la comunidad internacional se abocó al tratamiento de los tópicos que integran la protección internacional de la minoridad, basada en ciertas premisas: por una parte, elaborar instrumentos normativos reguladores de las situaciones que cada vez con mayor intensidad se presentan en las relaciones privadas y, por otra, dotar de eficacia operativa a estos instrumentos que no podían quedar en meras expresiones declarativas. Es así, que la adopción internacional, la restitución internacional de menores, las visitas internacionales, la obligación alimentaria, el tráfico de menores, temas que integran el instituto de la protección internacional de la minoridad, comienzan a ocupar lugares privilegiados en las agendas de las reuniones celebradas en foros subregionales, regionales y universales.

En este libro, intentamos brindar una visión de los avances producidos en una de estas áreas que lamentablemente, se acrecienta día a día en razón de las causas expuestas. Los foros de codificación por una parte y las reformas que se planifican en

legislaciones nacionales trabajan en la temática. En muchos de los casos, se alcanza el propósito de diseñar una regulación que contemple la solución a las situaciones fácticas que se producen en la problemática, sin renunciar al respeto que se debe a las relaciones jurídicas que preexisten a tales situaciones de hecho. El anhelo es que la finalidad se realice no sólo en la dimensión normológica, sino que los objetivos se logren, por la ponderada labor de los jueces en la interpretación y aplicación del derecho. En este orden de ideas, es necesario que se supere una posición chauvinista que conduce a la aplicación del propio ordenamiento, descartando la voluntad de los pueblos, expresada en fuentes convencionales. No estimo aventurado afirmar que, aunque en forma lenta y pausada, comenzamos a transitar en la dirección conveniente. Una rápida mirada a la evolución jurisprudencial - nacional y extranjera - denota una primera etapa con una acentuada utilización de la excepción de orden público internacional, descartando la aplicación de los acuerdos internacionales, con el consiguiente apartamiento de los principios inspiradores de estos y de la cooperación internacional. Sin embargo, el acercamiento político, la integración regional y el afianzamiento de la cooperación entre los Estados, producen un viraje que se refleja en las decisiones judiciales. De esta suerte se patentiza que la ardua e intensa labor legislativa desplegada en aras de proteger al niño no ha sido, no es y, fervientemente deseamos, que no sea, un esfuerzo en vano.

## Plan del libro

Esta publicación, como se adelantara, comprende la protección internacional de menores en materia de restitución internacional de niñas y niños, que viene desarrollándose y actualizando en los últimos años, sea a partir de desarrollos de *soft law* como complemento de convenios internacionales, sea nuevos convenios internacionales, y principalmente a través de decisiones judiciales que han cobrado relevancia por introducir nuevos enfoques.

Desde la óptica jurisprudencial, iniciamos el análisis de la Restitución Internacional de Menores. Un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, es el punto de partida para internarnos en este aspecto de la protección, que ofrece tantas dudas en orden a su naturaleza y las fuentes de aplicación. En esta oportunidad nos retrotraemos en el tiempo pues el caso no es actual sino que data de 1995. La razón no es azarosa sino que se justifica en la necesidad de posicionarnos en un conflicto que marca un verdadero punto de inflexión y es fuente de jurisprudencia hasta la fecha. Con claros argumentos que son valiosos en la actualidad, en un extenso fallo que abarca todo el abanico de razones a favor de una y otra posición, da lugar a que se comprenda todo el desarrollo posterior de este instituto.

El segundo capítulo es marco del tratamiento de la temática aplicada a la integración regional exponiendo conflictos actuales que plantean varias aristas muy ilustrativas para comprender el despliegue del instituto.

En el tercer capítulo se aborda un problema que de algún modo es consecuencia de estas situaciones. Nos referimos al derecho de visita internacional que tanto debate genera en nuestros días como puede observarse en la jurisprudencia.

Se adjunta un anexo documental que comprende instrumentos convencionales atinentes al instituto, al que sigue un repertorio de jurisprudencia de algunas decisiones judiciales que ayudan a esclarecer la problemática desde el punto de vista de la práctica jurisprudencial específica, la que resulta útil a efectos de profundizar la temática expuesta.

Quiero finalizar esta presentación agradeciendo muy profundamente a la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en la persona de la Magistrada Eva Camacho Vargas que alienta permanentemente la actualización de la judicatura en temas tan sensibles como el que tratamos en este estudio; al Juez Diego Benavides Santos por ser motor de análisis de la problemática de la familia en Costa Rica y a nuestro editor, Gerardo Bonilla Castro, quien hace posible con su optimismo y su confianza que esta obra sea una realidad.

A.D.K.

# Capítulo I

## Restitución Internacional de menores<sup>1</sup>

*Adriana Dreyzin de Klor<sup>2</sup>*

### **Precisiones metodológicas**

El tema que abordamos atañe, por una parte, a la protección del menor y, desde otro aspecto, aunque también en forma directa, a la sociedad en su conjunto. Si proyectamos el efecto que las conductas que ponen en marcha el mecanismo de la restitución, generan sobre el niño, no queda espacio para la discusión, respecto a la afirmación vertida.

Es más, a fin de disipar toda duda al respecto, los hechos que dan lugar a un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de Argentina hace más de una década obran como punto de inflexión en la literatura jurídica, como ellos por sí mismos se encargan de demostrarlo. Efectuamos, asimismo, para mayor abundamiento, una reseña de los aspectos de los considerandos que llevaron al Alto Tribunal a dictar la resolución, pronunciándose en favor de la restitución del menor. Se ofrecen ciertas precisiones conceptuales sobre el instituto en análisis, para proseguir con el tratamiento que la restitución de menores, recibe en el sistema mencionado. Esta planificación obliga a un breve recorrido por los diferentes instrumentos internacionales que abordan el instituto de la restitución, pues nos aproxima al criterio rector fijado por el país en la materia.

---

1 Este trabajo es la actualización de una primera publicación del libro Protección internacional de menores realizada bajo la dirección de quien suscribe. Córdoba, Advocatus, 1996.

2 Catedrática de Derecho internacional privado. Coautora de las normas de Derecho internacional privado elevadas a la C.R. del Proyecto de Código Civil y Comercial unificado 2012, Argentina, en carácter de colaboradora.

Una vez conocidos los principios generales que inspiran la protección internacional en el ámbito de la restitución y los convenios vinculantes con otros Estados, es el lector quien debe efectuar una ponderación del fallo y elaborar sus propias conclusiones que, descartamos, resultarán no sólo de gran interés, sino importante material de debate.

### I. La Sentencia de la Corte en: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela”

La decisión en análisis, ha cobrado especial relevancia por la trascendencia pública que tuvieron los hechos que la originan. Cabe recordar que supuestos similares se presentan, lamentablemente, cada vez con mayor frecuencia, ante los tribunales de todos los Estados. No obstante revestir cada caso connotaciones propias, resulta importante el encuadramiento que se realiza de los mismos, ya que es necesario efectuar una distinción entre los que quedan bajo la órbita de un tratado internacional, de aquellos que se producen sin que los países interesados, estén vinculados convencionalmente. En este orden cabe señalar que el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de niños es uno de los que más ratificaciones ha obtenido a la fecha<sup>3</sup>.

#### 1. Los Hechos

Se trata del pedido de restitución de la niña D.W. instado por su padre, el señor Eduardo Wilner, mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños.

Las circunstancias que dan lugar a la solicitud de restitución, consideradas relevantes por la Corte, son los siguientes:

Se trata de una pareja que contrae matrimonio en la República, en diciembre de 1985. Pocos meses después, se traslada a Canadá, instalándose en la provincia de Ontario. Transcurridos cuatro años, el matrimonio tiene una niña. La familia continúa viviendo en Canadá, en una residencia universitaria para estudiantes casados. El señor E.W. gozaba de la residencia propia de su condición de estudiante, lo que le permitió renovar periódicamente

---

3 18 de enero de 2013.

camente su visa y trabajar en la Universidad. La menor asistía a un jardín de infantes, constatándose en las pericias psicológicas efectuadas posteriormente, - una vez instalado el conflicto -, que guarda de ese período recuerdos positivos, traducidos en “lazos afectivos con personas, objetos y ámbitos a los que permanece ligada”.

A fines de 1993, cuando la niña tenía casi tres años, la madre decide viajar con ella a la Argentina a pasar las fiestas con su familia, para lo cual el padre presta su consentimiento, quedando previsto el retorno de ambas el 22 de enero de 1994. Una vez en Argentina, la señora Osswald, resuelve permanecer en el país.

Enterado de la decisión, el señor Wilner acude a la autoridad central de la Provincia de Ontario a fin de solicitar se realicen los trámites necesarios para restituir a la niña a Canadá, encuadrando los hechos en la Convención de La Haya sobre Los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, ratificada por ambos países<sup>4</sup>.

El 7 de marzo de 1994, se dicta una resolución en la Corte de Ontario, atribuyendo la custodia de la niña a su padre y, el 21 del mismo mes, la autoridad central de la República Argentina, presenta el pedido de restitución ante los tribunales locales.

En primera instancia, la juez interviniente hace lugar al pedido de restitución de la niña instado por E.W. Apelada la decisión, la Cámara Nacional en lo Civil, confirma la sentencia. Contra la decisión, la madre de la menor interpone el recurso extraordinario, cuya denegación da origen a la queja.

## **2. Las razones que alega la apelante para agravarse**

1. Art. 18 de la Constitución Nacional (CN), relativo a que la negativa de la Cámara a valorar la sentencia dictada por la Corte de Ontario la ha colocado en estado de indefensión con grave lesión a la garantía del debido proceso, puesto que ha soslayado la verificación de los requisitos necesarios en jurisdicción argentina para el reconocimiento de una decisión extranjera y, en los

---

<sup>4</sup> Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, adoptada en la Conferencia de La Haya del 25 de octubre de 1980, aprobada por ley 23.857, vigente en la República Argentina a partir del 1 de junio de 1991,

hechos esa prescindencia ha implicado dar efecto de pronunciamiento dictado por un juez incompetente en un trámite donde no tuvo posibilidad de defenderse.

2. Alega la contradicción entre el principio consagrado en el art. 3 párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>5</sup> y el modo en que los jueces de la causa han aplicado la Convención de La Haya, que, a juicio de la recurrente, importó un total desconocimiento de los principios que en materia de menores integran el orden público internacional argentino.

El decisorio se dicta con la disidencia de los Ministros Eduardo Moline O'Connor y Carlos S. Fayt por una parte, y del Dr. Guillermo López, por otra.

### **3. Los fundamentos de la resolución**

Los argumentos en que se apoya el decisorio que hace lugar a la queja, declarando formalmente “admisible el recurso extraordinario” y confirmando la sentencia apelada, son los siguientes:

1. Cuando el debate gira en torno al alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del *aquo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto conflictivo.
2. La materia que se debate en el presente litigio es un pedido de retorno de la menor mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que tiene por finalidad “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante”.(art. 1.a).
3. En el caso no se trata de la ejecución de una medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un

---

<sup>5</sup> Aprobada por ley 23.849, reviste jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, según el art. 75 inc. 22, párr. segundo, de la CN.

procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las llamadas “autoridades centrales” de los estados contratantes.

4. El art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, orienta la interpretación que debe darse a un convenio internacional que, como la Convención de La Haya, fue suscrito, ratificado y aplicado por el Estado Nacional en el profundo convencimiento de que “los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”.<sup>6</sup>
5. La República Argentina, al obligarse internacionalmente con otros países por el Convenio de La Haya, acoge la directiva del artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los estados promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.
6. En el Derecho internacional la Convención de La Haya armoniza y complementa la Convención sobre los Derechos del Niño.
7. La Convención de La Haya preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen. La regla cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestre que, ante una situación extrema, se impone en aras del interés superior del niño, el sacrificio del interés personal del guardador desasido.
8. La expresión “residencia habitual” que utiliza la Convención, 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

---

<sup>6</sup> Lo transcripto corresponde a la declaración incluida solemnemente en el preámbulo de la Convención de La Haya.

referencia al domicilio dependiente de los menores.

9. La residencia habitual de un niño, en el sentido del artículo 3° “a” de la Convención, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia, en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho.
10. La tensión entre los principios del orden público interno de un Estado contratante y el sacrificio que es lícito exigir al padre desposeído por las vías de hecho, en aras del interés del niño, se resuelve en el precepto contenido en el art. 20 de la Convención de La Haya, que dice: “La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”<sup>7</sup>.
11. La resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño y, a la vez, que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos.

---

7 Se aclara en la resolución que el texto de esta norma se inspira en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales - que se hallaba en vigor en varios Estados miembros de la Conferencia de La Haya cuando se discutía la Convención, y que se incorporara en la reunión final de octubre de 1980, como solución de compromiso para evitar que la introducción de una cláusula - o de una reserva - por la que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la restitución, frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado.

12. Es fundamental la rapidez que se imprima al trámite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integración del menor a un nuevo medio.<sup>8</sup>
13. En la jerarquía de valores que sustentan la Convención, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho.
14. La redacción de la norma que contempla la causal que libera de la obligación de ordenar la restitución (art. 13 inc. b), revela el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad de la Convención. La causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres.
15. La información sobre la situación social del menor que pudiera lograrse en el país requirente, no constituye una limitación sino una ampliación de las posibilidades probatorias de que dispone quien se opone a la restitución.
16. Corresponde aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento.

---

8 Es importante recordar el art. 11 de la Convención, que informa acerca del espíritu que inspiró a sus autores, evitando que el transcurso del tiempo lo desvirtúe. Dice la norma: “Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes **actuarán con urgencia** en los procedimientos para la restitución de menores”.

17. Resulta infundado oponer el reproche de fraude a la jurisdicción argentina, lo cual no tiene sentido alguno pues la iniciación del procedimiento convencional ante la autoridad central requirente no necesita una acción judicial que la preceda y su admisión depende de la configuración de las circunstancias que permiten el encuadramiento del caso en el ámbito de aplicación material y personal del tratado, cuestión que sí debe resolverse con el debido contradictorio ante la autoridad judicial o administrativa requerida (conf, art. 13 de la Convención de La Haya).
18. No cabe emitir pronunciamiento sobre la jurisdicción internacional para discutir la atribución de la tenencia de la niña, ya que excede la materia debatida. Tampoco se trata de juzgar incidentalmente si el acto judicial extranjero reúne las exigencias de los arts. 517 y 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Art. 517: Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan.

Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos:

1°. Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero.

2°. Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa.

3°. Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.

4°. Que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino.

5° Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino.

Art. 519: Cuando en juicio se invocare la autoridad de una sentencia extranjera, ésta sólo tendrá eficacia si reúne los requisitos del artículo 517.

#### 4. Las disidencias del Dr. Moline O'Connor y del Dr. Carlos Fayt

Los fundamentos esgrimidos por ambos Ministros que expresan en forma conjunta son:

1. La procedencia del trámite de restitución se encuentra supeditada a que se haya producido un traslado o retención ilícita de un menor según los términos del art. 3<sup>10</sup>. También es requisito para su aplicación que el menor haya tenido su residencia habitual en un Estado Parte, inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita y que no se haya alcanzado la edad de 16 años (art. 4). El cumplimiento de las obligaciones que se imponen está a cargo de las autoridades centrales que se constituyan en cada uno de aquellos.
2. Que el procedimiento tiene por finalidad garantizar la inmediata restitución del menor a su residencia habitual con el propósito de restablecer la situación anterior que fue turbada. Sobre la persistencia de estos tres elementos se sustenta el trámite autónomo previsto por la Convención de La Haya, de modo que si alguno de ellos no subsiste o es modificado, toda la estructura procedimental desaparece, carente de virtualidad.
3. La Convención de La Haya define en el art. 3° inc. "a" el concepto de traslado o retención ilícitos, y declara

---

10 Art. 3: "El desplazamiento o la retención de un menor es considerado como ilícito:

a) Cuando tenga lugar en violación de un derecho de guarda, atribuido a una persona, institución o cualquier otro organismo, solo o conjuntamente, por el derecho del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención; y

b) que este derecho fuera ejercido de forma efectiva, solo o conjuntamente, en el momento del desplazamiento o de la retención, o lo hubiera sido si tales acontecimientos no se hubieran producido.

El derecho de guarda contemplado en la letra a) puede resultar, entre otros, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo en vigor según el derecho de ese Estado".

que se considerarán tales: “Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”.<sup>11</sup>

4. El procedimiento regulado por la Convención sólo resulta aplicable cuando el menor haya sido retenido en infracción a la legislación vigente en el lugar en que residía antes del hecho investigado.
5. Dentro del marco de la Convención de La Haya, constituye un requisito previo a dar curso a un pedido de restitución de menor, la comprobación de que su retención es ilícita según las normas del Estado de la última residencia del niño. Para facilitar este cometido a las autoridades del Estado requerido, la Convención establece con flexibilidad, los procedimientos que posibilitan conocer el derecho aplicable.
6. El fiel cumplimiento de los tratados internacionales conforme al principio de la buena fe (art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), impone a las autoridades encargadas de su aplicación la cuidadosa revisión de los requisitos previstos en sus disposiciones. Si las autoridades argentinas admitieran una petición infundada, por la mera circunstancia de haberse invocado en ella un tratado internacional estarían en realidad, bajo la apariencia de cumplir un compromiso internacional, lesionando las normas que son producto de la voluntad concurrente de los Estados signatarios.
7. La Convención no se limita a establecer parámetros meramente formales para resolver acerca de la suerte de un menor en las lamentables circunstancias que su contenido regula. Como no puede ser de otra

---

11 A los efectos de consolidar el argumento, citan los arts. 8, inc. f; 14; 15; que según afirman en los considerandos, “complementan” el concepto de traslado o retención ilícitos.

manera, considera, evalúa, y pondera los efectos que las medidas provisionales puedan arrojar sobre el menor, sometido a tan durísimas experiencias. La admisión de un pedido de restitución reconoce excepción para el Estado requerido cuando se demuestre por una de las partes que “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” (art. 13 inc. b).

8. Debe considerarse que el art. 12 prevé que superado el plazo de un año entre el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y la demanda, la autoridad ordenará la restitución “salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio”.
9. La letra y el espíritu que anima a la Convención de La Haya, queda plasmada en que ha consagrado como valor talismático, el principio según el cual el niño es sujeto y no objeto de derecho y que sus intereses son de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia.
10. El procedimiento articulado para el retorno de un niño, es sólo un medio instrumental que debe ceder ante cualquier duda razonable de dañar la formación de una nueva y auténtica constelación parental, todo lo cual destruye y hace añicos la presunción de que “el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos”, sin el examen y valoración de sus efectos de acuerdo con su edad, evolución, desarrollo e integración a sus nuevos ámbitos de vida.
11. Es falaz que la oposición a la restitución signifique premiar al autor de una conducta indebida o reconocer el imperio de los hechos consumados. El diseño de la Convención no autoriza -ni en forma directa ni oblicua- a incriminar el comportamiento de los adultos ni a establecer sistema alguno de recompensas, de los cuales puedan ser prenda los menores, ino-

centes y siempre acreedores del quebranto en las relaciones de los mayores.

12. En atención a que la Convención de La Haya se inscribe dentro del marco de los tratados internacionales que persiguen la más amplia protección de los intereses de los niños menores de edad, y a que idéntico fin persigue la Convención sobre los Derechos del Niño, que reviste jerarquía constitucional en orden a los dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, corresponde puntualizar que la decisión que se adopta no ampara una conducta ilegítima para la legislación argentina.
13. Es deber del tribunal velar por el puntual cumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado argentino al suscribir la Convención, a la vez que asegurar el cumplimiento de los tratados que, como la Convención de los Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional e imponen garantizar el bienestar de los menores de edad.
14. En ese orden de ideas, no puede concebirse que el propio instrumento destinado a proteger al menor se vuelva contra él, ni tolerarse la indiferencia de los jueces frente a tal comprobación.

Cabe agregar que el voto en disidencia de los Dres. Moline O'Connor y Carlos Fayt, comienza formulando una serie de consideraciones respecto a la improcedencia de la solicitud de restitución en cuanto a la falta de observancia de una serie de recaudos formales<sup>12</sup>. Sin embargo, a pesar de los defectos que

---

12 El considerando 3° puntualiza que en autos “no obra un requerimiento de restitución de la menor emanado de un tribunal canadiense, y tampoco se pretende la ejecución de una sentencia extranjera. Agrega que se trata de una “presentación de carácter administrativo, formulada por el padre de la menor ante la Autoridad Central canadiense para la aplicación de la Convención”, la cual es transmitida a la Autoridad Central de nuestro país, sin que ninguna autoridad canadiense judicial o administrativa se pronuncie sobre la procedencia, ni requiera el envío de la menor. Expresamente se hace referencia en el voto al hecho que la “requisitoria formal presentada por la Autoridad Central de Canadá no consta en la causa debidamente traducida”. Recordemos que el art. 123

presenta el pedido transmitido a las autoridades argentinas, lo que resultaría suficiente para desestimarlos, en razón del tiempo transcurrido desde su presentación y la necesidad de tomar la decisión, deciden examinar la procedencia sustancial de la solicitud.

Entienden los jueces, que el pedido de restitución en el supuesto planteado, sólo traduce un conflicto entre la voluntad del padre de la menor, que pretende reunirse con su hija, y la de su madre, quien sostiene idéntica pretensión en su favor. Asimismo consideran que está ausente todo elemento que permita juzgar como ilícito el comportamiento de la madre a la luz de la legislación canadiense, ordenamiento que debe ser consultado por las autoridades del estado encargado de la aplicación de la Convención, en este caso el Estado requerido. “Los recaudos exigidos -incumplidos por el peticionante - preservan la armonía del orden jurídico internacional, en cuanto constriñen al Estado requerido a considerar la legislación de otro Estado para sustentar la decisión que debe adoptar.

## **5. Disidencia del Ministro de la Corte Dr. Guillermo Lopez**

El voto parte del relato de las actuaciones iniciadas desde la presentación de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, organismo que es la Autoridad Central de la Convención de La Haya. La presentación mencionada es a los efectos de poner en conocimiento al juzgado interviniente del pedido de restitución de la niña D.W., adjuntando en la oportunidad copia de una sentencia de la Corte de Ontario del 7/3/94 que otorga la custodia de la menor a su padre. Una vez celebrada la audiencia a los fines del art. 36, inc. 2° del CPCCN.<sup>13</sup>, cumplidos el peritaje psicológico

---

del CPCCN, establece que “Cuando se presentaren documentos en idioma extranjero deberá acompañarse su traducción realizada por traductor público matriculado” Tal defecto, afirman los Jueces de la Corte, “afectaría la regularidad de la pretensión incoada por el denunciante”.

13 Art. 36: “Facultades ordenatorias e instructorias. Aún sin requerimiento de parte los jueces y tribunales podrán: ... inc.2°: Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A este efecto podrá: a) Disponer en cualquier momento la comparecencia personal de

y oído el Ministerio Público la juez interviniente dictó sentencia disponiendo el cumplimiento de la rogatoria diplomática. La resolución es apelada por la madre de la menor, quien reedita su planteo atinente a que “la sentencia extranjera que se intenta ejecutar ha violado el derecho de defensa en juicio” y que en consecuencia no es “viable siquiera la medida cautelar ordenada”. La apelante considera que no puede afirmarse que el último domicilio conyugal fue Canadá pues según ese país revisten la calidad de “visitantes” con autorización de permanencia por tiempo limitado. Entre sus argumentaciones, destaca el Ministro, la inobservancia de las normas de las Convenciones de aplicación al caso, esto es la Convención de La Haya y La Convención sobre los Derechos del Niño, sobre todo en los que respecta a la primera que autoriza, en determinadas circunstancias, a oponerse a la restitución requerida. Entiende por tanto, que debe obrar como prueba, el hecho que la menor esté actualmente integrada a la comunidad argentina.

1. Coincide con los demás integrantes de la Corte en que “existe cuestión federal bastante para habilitar la competencia” del Alto Tribunal en tanto la materia del pronunciamiento apelado se halla vinculada con el alcance de determinadas cláusulas contenidas en un tratado internacional. Destaca en este sentido que “lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos de esta vía extraordinaria”, agregando que el Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le “incumbe realizar una declaratoria sobre el punto controvertido”. (art. 16, segunda parte, de la ley 48)

---

las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito. La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento; b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el art. 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario; c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de los terceros en los términos de los arts. 387 a 389; d) Ejercer las demás atribuciones que la ley le confiere.

2. Refiere luego la finalidad de la Convención de La Haya, las características del procedimiento previsto para el logro de su propósito y la conducta que al efecto están obligados a adoptar, los países ratificantes. Agrega las condiciones requeridas para la aplicabilidad del Convenio, coincidiendo con las ya enunciadas y también el rol de las autoridades centrales de los Estados contratantes para el cumplimiento de las obligaciones impuestas.
3. En otro de los considerandos, el Ministro Lopez, hace alusión a quienes pueden ser titulares de la solicitud de restitución (toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia). Relaciona las exigencias de la Convención a través de su articulado en cuanto a los pasos a seguir para los fines de la restitución y trae a colación el art. 16 en cuanto “prohíbe al Estado requerido juzgar sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un lapso razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud del Convenio”.
4. El examen de las disposiciones mencionadas, consideradas desde el punto de vista eminentemente técnico, le permite concluir que, según los lineamientos de la Convención, la protección perseguida se asimila a una acción de carácter posesorio, cuyo objeto no es reorganizar el ejercicio de la autoridad parental sino encauzar la reacción ante una vía de hecho configurada por el desapoderamiento impuesto a quien ostentaba en forma personal o compartida la guarda de un menor, obviamente contra su voluntad.
5. Las únicas causas que autorizan a denegar el pedido de restitución son las taxativamente determinadas por el art. 13 de la Convención. En lo que al caso interesa, la cuestión se centra en los alcances que cabe atribuir a la disposición del inc. b) en cuanto es-

tablece que la autoridad del Estado requerido podrá oponerse a la procedencia del reclamo si "...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."

6. Para una correcta inteligencia de la cláusula aludida es preciso destacar la preeminencia que corresponde asignar al interés del menor en la toma de decisión sobre su restitución. En tal sentido es incuestionable que la disposición examinada imparte una directiva precisa: el derecho del niño a no ser desarraigado de su residencia habitual cede ante el interés que posee, como toda persona, a no ser expuesta a un daño físico o psíquico o ubicada en una situación intolerable.
7. El preámbulo de la Convención brinda como pauta orientadora para la interpretación que "...los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia". También el mencionado interés superior ha sido objeto de especial atención en la Convención sobre los Derechos del Niño - hoy con jerarquía constitucional, art. 75 inc. 22 de la CN-. A la luz de la directiva mencionada fuerza concluir que aún cuando el interés personal del guardador desposeído debe prevalecer sobre el del autor de la vía de hecho, se desdibuja y cede ante el interés superior del niño.
8. En la economía de la Convención aplicable se procura un regreso inmediato del niño y se tiende con ello a dar un cierto carácter de automaticidad a la medida, tal mecanismo no debe conducir a que se confiera al menor un tratamiento asimilable al de una cosa disputada entre copropietarios. De tal modo, al tomar una decisión, no es posible obviar que la naturaleza humana del objeto de la discordia imprime al modelo posesorio de restitución un cierto número de alteraciones significativas que deben ser necesariamente sopesadas. En tal sentido, el órgano judi-

cial no puede ser sujeto inanimado que, al decir de Montesquieu, resulte “ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley”.<sup>14</sup> Por el contrario, su función, lejos de ser meramente reproductiva, debe orientarse a formular una interpretación creativa de la norma tendiente a asegurar el valor justicia.

El voto del Dr. Guillermo Lopez atiende muy especialmente al análisis de la pericia psicológica a la que fue sometida la menor, destacando que no puede ser desconocida por el Tribunal. En base al informe y al hecho de haber permanecido la niña en Argentina por más de un año, país en el que tiene familiares directos, en la que se ha integrado concurriendo, asimismo, a un jardín de infantes, teniendo presente el tiempo transcurrido desde su llegada al país hasta la fecha, no obstante haberse entablado la solicitud en forma tempestiva, revelan “claramente que un nuevo desarraigo se traducirá necesariamente en un daño cierto para su salud fáctica”.

En consecuencia, ante el deber que imponen las disposiciones internacionales aplicables de resguardar el interés superior de la niña, se pronuncia en favor de revocar la resolución y denegar la restitución solicitada encuadrando tal negativa en el art. 13 de la Convención de La Haya.

---

14 “Del espíritu de las Leyes, Ed. Claridad, 1922, pág.124. Cita del Considerando N° 12.

## PARTE II

---

### I. Precisiones conceptuales

La restitución internacional de menores es caracterizada por Alfonsín<sup>15</sup>, como una facultad de quien actúa como protector del incapaz, cuya guarda tiene obligación de ejercer y conservar. Como puede observarse, se trata más de una actividad que de un concepto jurídico; se presenta como una cuestión práctica, inmediata, que debe estar despojada de todo artificio, con respecto a la cual se dan ciertos condicionantes<sup>16</sup>. La restitución se funda en el estatuto jurídico del protector - guarda, o custodia o tenencia u otra equivalente - pero no se trata con ella de hacer valer su efecto connatural - la protección en sentido global -, porque en la restitución no está en juego la institución de protección toda sino uno de sus atributos: el de ejercer y conservar la guarda o similar.<sup>17</sup> Se trata, como se verá, de una figura autónoma por su objeto y específica por sus características procesales.

El instituto integra el área de la cooperación jurídica internacional. La asistencia entre los Estados que a modo general, se ha desarrollado con la manifiesta intención de mejorar las relaciones jurídicas de los países en el plano internacional, en esta materia, adquiere una importancia esencial. De la vinculación convencional de los Estados, depende la no aplicación de principios territorialistas que conducen a que el autor de la sustracción logre sus propósitos, en desmedro de los intereses

---

15 Conf. ALFONSIN, Quintín; Sistema de Derecho Civil Internacional; Montevideo, Uruguay, vol.1, p. 262.

16 Ver HERBERT, Ronald; "Perspectivas de la IV Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado. Su temática de menores". Instituto Interamericano del Niño. Unidad de Asuntos Jurídicos, Montevideo, Uruguay, 1988; p. 10.

17 OPERTTI BADAN, Didier; "Restitución Internacional de Menores - Aspectos Civiles"; Documento preparado para la Reunión del Grupo de Expertos sobre Secuestro y Restitución de Menores y Obligaciones de Alimentos", San José, Costa Rica, Mayo, 22-26, de 1989: O.E.A.

del menor que queda desarraigado de su medio ambiental, con los consiguientes perjuicios de diversa índole -psíquica, moral o física - hacia el niño y, desde luego de los no menos legítimos de sus progenitores o cuidadores<sup>18</sup>.

En un tema tan caro a la sociedad, desde un principio aparece dibujado el aspecto teleológico: el menor y su desarrollo, a través de su estabilidad locativa. Difícilmente se podrá apelar a los derechos de los progenitores o representantes legales, o a la localización de éstos para determinar la regulación. Piénsese que el progenitor que sustrae o retiene ilícitamente al menor, con frecuencia lo hace con la esperanza de obtener el acogimiento a sus pretensiones por los tribunales del país en el cual se radica. Es por ello que a la hora de establecer cuál es la ley aplicable y la jurisdicción que reúne los requisitos de ser la más idónea y la que brinda mayor certeza de protección al menor, debe tenerse en cuenta que el objetivo en miras, es devolver el niño a quien ejerce y conserva su tenencia o guarda legal.

Se trata de un procedimiento autónomo respecto del litigio de fondo que, a partir de la instauración de las llamadas "Autoridades Centrales", se lleva a cabo directamente por intermedio de éstas<sup>19</sup>.

---

18 SOSA, Gualberto L. "La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989)", Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1990. N° 5656, p. 1.

19 La implementación de Autoridades Centrales, es un mecanismo de probada eficiencia ya que agiliza y facilita la cooperación internacional. Prueba de ello es la marcada preferencia que se refleja en su incorporación en diversos Tratados y Convenios bilaterales y multilaterales. Así, vgca. en el marco de las CIDIP, la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y Convención sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (CIDIP I, 1975) Protocolo Adicional a esta Convención (CIDIP III, 1984), Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y Convención sobre Prueba e Información de Derecho Extranjero (CIDIP II, 1979) También se incorpora la Autoridad Central, en los Protocolos de la Integración Regional (Protocolo de Las Leñas, sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa; Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Contractual Internacional; Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares). En nuestro país, dependen del Ministerio de Justicia. Boggiano afirma al respecto que "En un tratado internacional que podría ser la futura Convención de La Haya u otra convención americana, debería instaurarse

## 1. Derecho Nacional

### A. Derecho Internacional Privado Interno

Frente al caso concreto, el primer interrogante a plantearse es si existe una convención sobre la materia, que nos vincule con el país al cual ha sido trasladado el menor, o desde el cual ha sido traído a la República. De no haber convenciones, se acude en la búsqueda de una solución, al Derecho Internacional Privado de fuente interna.

La multinacionalidad creciente de las relaciones familiares y de los asuntos que interesan al menor, han puesto de manifiesto la insuficiencia de muchos aspectos del derecho internacional privado interno tradicional, por lo que se hace necesario su revisión y actualización. Los planteos cotidianos entre los Estados, requieren arbitrar medios ágiles para lograr una efectiva protección del sujeto más vulnerable en estas circunstancias.

Ahora bien, el Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna, conformado por las normas que el legislador nacional dicta para reglamentar situaciones jurídicas de tráfico externo, de acuerdo a su particular concepción de justicia<sup>20</sup>, no

---

un sistema de cooperación mediante la designación por cada país de una autoridad central competente para hacer cumplir los objetivos del tratado, facilitando las reuniones interjurisdiccionales de distintos magistrados nacionales, los acuerdos interjurisdiccionales y los acuerdos materiales sobre la solución de fondo de los casos". En lo que se refiere a la designación de las autoridades centrales, entiende que podría ser en sede administrativa, "por ejemplo en los ministerios de justicia o de relaciones Exteriores, o en sede judicial en una secretaría u oficina de las cortes supremas". En cuanto a las funciones que deben cumplir, agrega el citado autor, que además de las mencionadas, "deberían cumplir funciones informativas oficiales sobre el derecho vigente, coordinar las reuniones e intervenir en los acuerdos interjurisdiccionales bajo la superintendencia de las cortes supremas de justicia de los Estados Miembros". Conf. BOGGIANO, Antonio; Introducción al Derecho Internacional - Relaciones Exteriores de los Ordenamientos Jurídicos, La Ley, Buenos Aires, 1995, págs. 57-58

20 J.D. GONZALEZ CAMPOS, en ocasión de dictar el Curso de la Academia de La Haya de 1987, al abordar el tema de las fuentes del D.I.Pr. afirmó la existencia de una pluralidad de normas que, en función de la fuente de donde provengan, permiten distinguir tres contextos

contempla la restitución internacional de menores. Ello se compeadece con la realidad histórico-sociológica de la época en que se elaboró la legislación nacional, pero no con la realidad de hoy frente al auge y desarrollo que se patentiza en el incremento de las relaciones internacionales. Sin embargo, la causal enunciada, nos da margen para admitir alguna justificación a la existencia de una “laguna histórica por imprevisión”.<sup>21</sup>

¿Qué hacer frente a este vacío normativo que por imperio de ley debe ser cubierto?

La jurisprudencia acudió a la siguiente solución: “Ante la carencia de previsión expresa en nuestra ley positiva interna, acerca de las medidas a adoptar para lograr la restitución del menor clandestinamente trasladado fuera del país, debe integrarse el orden normativo mediante aplicación analógica de principios semejantes a los del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo 1940”<sup>22</sup> Sin embargo, entendemos que hubiera

---

diferentes de producción normativa. En primer lugar, las normas que se generan en el ámbito de un Estado determinado en función de su peculiar concepción de la justicia para reglamentar las situaciones internacionales, - Derecho Internacional Privado interno-, luego, las normas generadas en virtud de acuerdos entre Estados, - Derecho Internacional Privado convencional - o creadas en virtud de actos de Organizaciones internacionales en el marco de un proceso de integración económica, - Derecho Internacional Privado Institucional -. Por último, las normas que aparecen en el marco del comercio jurídico internacional por obra de particulares - Derecho Internacional Privado Transnacional - que no interfiere con el tema en examen, pues se realiza en el ámbito del *ius mercatorum*. Conf. FERNANDEZ ROSAS, José C. y SANCHEZ LORENZO, Sixto; Curso de Derecho Internacional Privado; Ed. Civitas S.A., Madrid, 1991, p.134.

21 GOLDSCHMIDT, Werner, Comentario al fallo M.O.,R. El Derecho, Buenos Aires, 1983, tº 104 p. 272 y sigs.

22 Así fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de La Nación en el caso M.O.,R., Fallo N° 36.783 del 19/4/1983, pub. E.D. tº 104, p.272 y sgts. Se trataba de una demanda incoada por un diplomático extranjero acreditado ante la Cancillería argentina, quien solicita al juez extranjero, averigüe la residencia de un menor ocultado por su madre, restituyéndolo a su padre legítimo. Tanto en lo que se refiere a la jurisdicción competente como a la ley aplicable, plantea Goldschmidt en su comentario la existencia de “una laguna histórica por imprevisión”, que conduce a acudir analógicamente los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de 1940. Los Tribunales españoles han entendido que “ Lo razonable, a

sido mas acertado, respetando el mismo criterio de aplicación analógica, acudir al Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina, vigente desde el 10 de diciembre de 1982, en razón de su especificidad sobre la materia objeto de conflicto.<sup>23</sup>

Así se resolvió en otro caso planteado ante los Tribunales nacionales que, en razón de la carencia de normas que prevean expresamente las medidas a adoptar para la restitución de menores en el ámbito internacional, utilizaron las prescripciones del citado convenio como pauta orientadora, por entender que plasma “normativamente los fundamentos que nutren este delicado tema de minoridad”.<sup>24</sup>

El tema tiene hoy suficiente entidad para plantearnos la necesidad de cubrir este vacío legislativo, en los supuestos que se planteen casos que nos involucren con estados con los cuales no nos vincula ningún convenio específico. Sin embargo, coincidimos con González Campos, cuando afirma que este problema sólo puede ser resuelto a través de un impulso de la cooperación internacional en distintos frentes. En primer lugar, el pronto restablecimiento de la situación primitiva, en segundo término, la eliminación de los tradicionales criterios exorbitantes de competencia judicial internacional, y por último, la flexibilización del régimen de reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras concernientes a la patria potestad<sup>25</sup>.

Es muy difícil, una solución que siquiera se aproxime a ser considerada justa si no existen convenios entre los países, por las particularidades que reviste el tópico en examen, donde no resulta muchas veces clara para los jueces, la línea divisoria entre el problema de fondo y el rol de la cooperación internacional.

En definitiva se requiere de una actualización de la legislación interna, incorporando una normativa acorde con el actual

---

falta de Derecho convencional, es aquéllo que coincide con las revisiones del legislador español”. Ver: R.E.D.I., vol. XLII (1990), 1, incluido en Anexo jurisprudencial.

23 Suscrito en Montevideo el 31/7/981. Ratificado por Uruguay por ley N° 15.218 del 20/11/81 y por Argentina por ley N° 22.546 del 4/3/982.

24 El Derecho, Buenos Aires, 2/3/90.

25 GONZALEZ CAMPOS, J.D., y otros; Derecho Internacional Privado, Parte especial; 5° Ed, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1993, p.132.

desarrollo del tráfico internacional, que contemple la restitución como medida autónoma para los casos en que se planea con países no vinculados convencionalmente.

## **B. Proyecto de Código Civil y Comercial unificado 2012**

La reforma del Cód. Civ. y Com. no surge de forma azarosa sino que se trata de una necesidad impostergable que consiste en reformular la legislación a fin de elaborar un sistema que responda a los factores señalados en orden al incremento de las situaciones internacionales con proyección temporal.

El DIPr, como ciencia jurídica dedicada y comprometida con la situación privada internacional, capta la problemática vinculada a las relaciones jurídicas de la familia conectada a diversos ordenamientos legales.

Situados en la actual instancia, se articulan los DDHH y la protección que brindan las declaraciones y tratados incorporados a la legislación interna con los planteos generados en las relaciones internacionales de familia, y a partir de esta metodología se elaboran las normas de DIPr de familia incorporadas en el Título IV del Libro 6º en las que se incorpora el instituto de la restitución internacional de niñas y niños.

De este modo el DIPr en el Cód. Civ. y Com., enmarcado en la concepción axiológica, indaga en los valores de esta sociedad multicultural y pluralista respetuosa de las diversidades<sup>26</sup>, a la vez que echa mano del diálogo de las fuentes a nivel vertical y horizontal<sup>27</sup>.

En este orden de ideas, es útil conciliar el diálogo de las fuentes respetando la primacía de los tratados universales y al hilo de la interpretación teleológica<sup>28</sup>. A su vez este cuerpo

---

26 El respeto a la diversidad sólo es posible si cada sistema toma en consideración los valores que animan al otro. Ver SANCHEZ LORENZO, Sixto, *Postmodernismo e integración en el Derecho internacional*, en Revista Española de Derecho Internacional, Vol. XLVI, 2- 1994, p. 158.

27 Nos pronunciamos sobre el punto en nuestro artículo, *Los instrumentos de cooperación jurisdiccional del MERCOSUR ¿útiles a la asistencia?*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 3, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, p. 583-624.

28 Ihering, fue inspirador de este método que pone el acento en el

normativo, propicia la concepción de justicia en el caso concreto, la que es posible siempre que accedamos a emplear normas materialmente orientadas.

Consideramos que la velocidad con que se producen los cambios imponía que Argentina adecuara sus reglas jurídicas, la reforma consagrada en el Cód. Civ. y Com. responde a los nuevos paradigmas de familia del siglo XXI. Se trata de reconocer que en la etapa contemporánea no pueden cerrarse los ojos a la realidad y a ella debemos adecuar las leyes. Parafraseando a Kay, “el nuestro es un campo no de leyes sino de hombres”, aunque prefiero expresar respetando en un todo su pensamiento, de personas humanas<sup>29</sup>.

¿Que regulación se incorpora sobre la materia que nos ocupa?<sup>30</sup>

ARTÍCULO 2642.- Principios generales y cooperación. En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.

---

elemento finalista y su utilización es predicada más allá de los casos en que la redacción es ambigua. Se lo conoció como “método de la última palabra” (P. Pescatore) y en un análisis de la legislación española que refiere en el art. 3.1.C.C. a “realidad social”, de “espíritu” y de “finalidad” es propiciada la comprensión del método teleológico de diversas maneras, que abarcan desde la identificación con la voluntad del autor del texto, hasta considerarlo una herramienta de interpretación evolutiva. Conf. EZQUIAGA GANUZAS, F.J, *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, p. 394.

<sup>29</sup> Citado por JUENGER, F., *Derecho internacional privado y justicia material*, trad. Fernández Arroyo, D, y Fresnedo de Aguirre, C, Porrúa/ Universidad Iberoamericana, México, 2006, p. 261.

<sup>30</sup> La Comisión de reforma designada por decreto Presidencial 191/2011 se integró por los Dres. Ricardo Lorenzetti (Presidente), Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer. Esta Comisión convocó para elaborar las normas de DIPr a: Najurieta, María Susana; Uzal, María Elsa, Iniguez, Marcelo y quien suscribe este capítulo, Dreyzin de Klor, Adriana. Este equipo colaboró elevando las normas solicitadas a la CR que realizó las modificaciones y adaptaciones que consideró convenientes para integrar el Proyecto.

El juez competente para decidir la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente.

### **1) La cooperación como principio y deber**

Respecto de la problemática de la restitución internacional de niños<sup>31</sup>, se ha previsto extender los principios contenidos en las convenciones internacionales vigentes para la República Argentina a todos los supuestos que no entran en el ámbito de aplicación de tales tratados<sup>32</sup>. Una de las premisas consiste en regular explícitamente algunas conductas de cooperación que se han revelado eficaces para garantizar la seguridad de los niños en la etapa posterior a una orden judicial de restitución.

### **2) Relevancia de la interpretación del sistema**

En este tema, no es la carencia de normas la que obra de impedimento para que el niño sea protegido en sus intereses sino en numerosos casos, es la interpretación que se efectúa de las disposiciones vigentes, la que opera con efectos refractarios.

---

31 Sugerimos muy especialmente, en orden a ilustrar la problemática de la protección internacional de niños: GOICOCHEA, Ignacio, *Builing an International Child Protection System, IAWJ Conference, 25-28 March 2008 Panama City*, <http://www.iawj.org/what/panama08/3.pdf>

32 Argentina ha ratificado numerosos documentos sobre sustracción internacional de niños en tres niveles. Primero, a nivel universal ratificó la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. A nivel continental ratificó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. En tercer lugar, se cuenta con un instrumento de carácter bilateral en la materia: el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores.

El estigma se encuentra en la comprensión del ámbito material de las convenciones vigentes, el alcance que se da a la cláusula de reserva y en la interpretación que se realiza del “interés superior del menor”<sup>33</sup>.

De esta suerte, en una figura tan perversa como es la sustracción internacional de niños<sup>34</sup>, bajar línea a la realidad, se vuelve un imperativo insoslayable con miras a cubrir los intereses por los que se admiten hermenéuticas que nada tienen que ver con el espíritu del legislador internacional<sup>35</sup>. De por sí, la sustracción de niños, que integra el derecho de la protección, se configura como una de las pandemias que nos afecta con mayor rigor a fines de la primera década del siglo. Obviamente, que no es un tema nuevo, pero su incremento es alarmante<sup>36</sup>.

Los precedentes jurisprudenciales muestran diversos criterios a la hora de resolver e interpretar las convenciones sobre la restitución o no de los niños hacia el país donde tienen su centro de vida. Cabe traer a colación un caso reciente planteado ante tribunales argentinos en el cual se aprecia claramente la importancia de conjugar de forma conjunta los convenios específicos de restitución internacional con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, que llevó a la Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Buenos Aires a declarar

---

33 Se puede consultar la obra de TAGLE DE FERREYRA, Graciela, (Dir.), *Interés Superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009.

34 Nos hemos extendido en el tema en DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Restitución internacional de menores*, en: A. Dreyzin de Klor (Coord.), *La protección internacional de menores*, Advocatus, Córdoba, 1996, p. 11-63.

35 México carece de legislación en materia de derecho de familia desde la óptica del DIPr en algunas áreas, hecho que influye en dificultar la aplicación de tratados internacionales. A modo de ejemplo se cita el desplazamiento ilegal de menores por uno de los progenitores. La consecuencia de esta laguna lleva a que los jueces muestren cierta renuencia para aplicar los convenios internacionales ante la falta de normas que expresamente remitan a los mismos. Ver L. PEREZNIETO CASTRO, *El futuro del DIPr en México*, en *Revista Mexicana de DIPr y Comparado*, AMEDIP N° 17, 2005, p. 60-61.

36 Estadísticas oficiales elaboradas por el gobierno argentino pueden consultarse en: [www.menores.gov.ar](http://www.menores.gov.ar)

la nulidad de oficio de todo lo actuado<sup>37</sup>. El caso se planteó con EEUU., y avocada la Corte declaró la nulidad de oficio de todo lo actuado argumentando que “sea cual fuere la vía adecuada, por más sumariedad y urgencia que corresponda otorgarle al proceso salta a la vista la necesidad de que exista un proceso”. El Alto Cuerpo consideró que “la denegación lisa y llana de la prueba ofrecida conforma estrepitosa y flagrante violación a las garantías de la defensa y el debido proceso legal, a más de haber privado al oponente del acceso a la tutela judicial efectiva denegando arbitrariamente la posibilidad de producir pruebas”. O sea que, cumplir con los plazos establecidos en los Convenios restitutorios no puede significar -sin embargo- resignación de principios procesales tales como el principio de la bilateralidad, contradicción, defensa en juicio o el de respeto por la garantía de la igualdad de las personas frente a la ley y al proceso.

En este sentido, cabe subrayar que no debe confundirse aquello que la justicia no puede hacer cuando es la autoridad requerida en el ámbito de la Convención de La Haya; esto es, indagar acerca de la ilicitud del traslado más allá de los casos previstos en dicho instrumento, con lo que debe hacer cuando es el juez natural de la causa para resolver las controversias de familia que llegan a sus estrados.

### **3) Cuestiones de fondo en el proceso de restitución**

Desde otra arista, aunque no menos importante, debe comprenderse que el texto internacional no resulta la vía adecuada para ventilar cuestiones de fondo en el ámbito del proceso de restitución, las que deberán ser analizadas por las vías pertinentes y ante la jurisdicción correspondiente. En consecuencia, el argumento referido a que configuraría grave peligro restituir los niños al otro progenitor, es propio de un juicio de tenencia que evalúe la aptitud de cada uno de los padres para el cuidado de los menores.

El hilo conductor de las decisiones que se dicten pasa por diferenciar y determinar la competencia que asume el juez cuando se trata de un pedido de restitución internacional de niños. La aclaración es oportuna ya que numerosas resoluciones

---

37 SCBA, “V., M. J s/ Exhorto”, 15/07/09, en [www.fallos.diprargentina.com](http://www.fallos.diprargentina.com)

judiciales reflejan que los jueces asumen como propia la decisión de determinar cual de los progenitores es el más idóneo para ejercer la tenencia, con lo que no limitan su competencia a ordenar o denegar la restitución, sino que deciden en función de la valoración que realizan sobre un tópico que compete al juez natural - el de la residencia habitual del menor<sup>38</sup>.

## **C. Derecho Internacional Privado Convencional**

El Derecho Internacional Privado convencional argentino, esta constituido por Tratados y Convenciones globales y sectoriales, de carácter bilateral y multilateral.

### **1) Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940**

El Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889, de carácter global, compromete a Argentina con Bolivia, Perú y Colombia, mientras que el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, vincula a nuestro país con Uruguay y Paraguay.

Estos Tratados no receptan la restitución internacional de menores en forma específica, de allí que frente a un pedido de esta naturaleza, se debe encuadrar en las normas sobre protección del incapaz, en los Títulos “De la Patria Potestad” y “De la Tutela y Curatela”. En consecuencia puede afirmarse sin hesitación alguna, que la regulación es, no sólo insuficiente, sino también inadecuada. Las mismas razones con que intentamos explicar la omisión de una correcta recepción normativa, al referirnos al derecho internacional de fuente interna, son válidas en este caso. Frente a una concepción conservadora de la familia, con un marcado tinte autoritario, la complejidad y particularidad de los problemas que potencialmente subyacen en la institución, no se abordan, quedando quizás, de manera consciente, sometidos a posterior determinación.<sup>39</sup>

---

38 Sobre este aspecto puede verse el análisis que efectuado por quien es juez de enlace de la Convención en Argentina. G. TAGLE DE FERREYRA, *Resolución ajustada a derecho, Actualidad jurídica. Familia y minoridad N° 73*, Ed. Nuevo enfoque, Córdoba, 2010, p. 7908-7914.

39 Para un comprensión más acabado sobre la evolución de la con-

Las normas que resultan de aplicación por el Tratado de 1889, consagran, por una parte, la competencia de los tribunales del país en que se domicilian los padres, tutores o curadores del menor, jurisdicción que puede no coincidir con el lugar del centro de vida del incapaz. Por otra parte, en el supuesto que los cónyuges se encuentren separados de hecho, viviendo en países diferentes, el menor o los menores, pueden ser sustraídos ilícitamente por el marido del lugar donde residen con la madre, obligándola a entablar las acciones ante el domicilio del esposo, en virtud de lo establecido por el art. 8 del Tratado.<sup>40</sup>

De resultar aplicable el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, (entre Argentina y Uruguay ha quedado derogado de hecho, por la aplicación del Convenio Bilateral), hay que traer a colación el art.56 que recepta la teoría del paralelismo, sometiendo las acciones personales a la jurisdicción del Estado a cuyas leyes está sujeta la relación jurídica materia de juicio o, a opción del actor, a los jueces del domicilio del demandado. La falta de normas sobre el tema, nos obliga a acudir a la categoría general de protección de menores, recogida en el art. 18<sup>41</sup>. Nuevamente, la posible elección del fuero que recepta el ordenamiento, puede conducir a resultados injustos. Si bien puede aceptarse, con amplitud de criterio, el vacío legislativo del Tratado de 1889, produce gran resistencia justificar

---

cepción de la familia en el tiempo, ver CIURO CALDANI, Miguel A.: "Bases para una comprensión jusfilosófica del derecho de familia" en *Investigación y Docencia*, No. 17, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1990, ps.17 a 21. Del mismo autor: "Comprensión trialista del derecho de familia", *Investigación y Docencia* No. 23, 1994, ps.11 a 16.

40 Estimamos conveniente transcribir ambas normas que se correlacionan en el supuesto: el art. 59 por el cual "Las acciones que proceden del ejercicio de la patria potestad y de la tutela y curatela sobre la persona de los menores o incapaces y de éstos contra aquéllos, se ventilarán, en todo lo que les afecte personalmente, ante los Tribunales del país en que estén domiciliados los padres, tutores o curadores". Y el art.8, que dice: "El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y en defecto de éste se reputa por tal el del marido. La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro".

41 Art. 18: "La patria potestad, en lo referente a los derechos y a los deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la ejercita".

que el Tratado de 1940 no haya recogido el instituto, más si se repara en que el divorcio había sido incorporado en Uruguay y los traslados de los habitantes, entre los Estados de la región, comenzaban a cobrar carta de ciudadanía.

## **2) Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina**

### **a. Consideraciones generales**

El Convenio Argentino - Uruguayo, nació dentro del programa de profundización de lazos que entreteje la cooperación jurídica bilateral<sup>42</sup>. La notoria insuficiencia legislativa en los textos de carácter general y la necesidad de contemplar la protección del menor desde el ámbito de la sustracción internacional, a raíz del intenso y cada vez más frecuente tráfico entre ambos países, desencadenan el proceso por el que se inician las reuniones de expertos que culminan con la firma del documento. La urgencia de contar con un marco legal conduce a que el 31 de julio de 1981<sup>43</sup> se suscriba en Montevideo, el Convenio sobre Protección Internacional de Menores, que vincula bilateralmente a Argentina y Uruguay.

---

42 Argentina y Uruguay, además del Convenio señalado, se encuentran vinculados por los siguientes Convenios bilaterales: el Convenio Ampliatorio del Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889, aprobado por **ley 4329 aprobado por ley 3163**, del 31/5/907. Las ratificaciones fueron canjeadas en Buenos Aires, el 4/10/907.; Convenio Argentino - Uruguayo sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, aprobado en Argentina por ley 22.411 del 27/2/81 y en Uruguay por Decreto - ley N° 15.109 del 17/3/81. En vigencia desde el 12/5/81, fecha en que en la ciudad de Montevideo se intercambiaron los instrumentos de su ratificación.; Convenio Argentino - Uruguayo sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos. Ratificado en Argentina, por ley 22.410, sanc. y prom. el 27/2/81 y en Uruguay por Decreto - Ley N° 15.110 del 17-3-81. En vigencia desde el 12-5-81, fecha de intercambio de los instrumentos de su ratificación en la ciudad de Montevideo; y el Convenio de Cooperación Jurídica, aprobado en Argentina, por ley 22.547.

43 Ratificado por Argentina por ley N° 22.546 del 4/3/82, y por Uruguay por ley 15.218 del 20/11/81. Entró en vigencia el 10/12/82.

Bien se afirma que el recurso a los convenios bilaterales es un medio idóneo de obtener una reglamentación sobre sectores o materias específicas que presentan un volumen de relaciones cuantitativamente significativo y que carecen de normas especialmente concebidas para este ámbito espacial concreto<sup>44</sup>.

Este Convenio consagra por primera vez, a nivel continental, una regulación específica del instituto, y al decir de Tellechea Bergman <sup>45</sup>su adecuación a las necesidades y realidades de nuestros países, refrendada por una aplicación judicial, ha permitido atender con celeridad, las situaciones planteadas.<sup>46</sup>

## **b. El Convenio**

Si bien el Convenio lleva como título “Protección Internacional de Menores”, hemos visto que bajo esa denominación se regulan diferentes situaciones que atañen al menor; mientras que en el caso, se reglamenta la pronta restitución de menores, indebidamente sustraídos de su residencia habitual. La finalidad del acuerdo bilateral se manifiesta claramente, desde el primer artículo. De su lectura queda claro que sólo de forma indirecta regula la protección de los menores; mientras que directamente establece que su objeto es “asegurar la pronta restitución de menores que, indebidamente, se encuentren fuera del Estado de

---

44 FERNANDEZ ARROYO distingue dos vías “propias” de positivización, al referirse a la regulación de las relaciones de Derecho Internacional Privado entre España y los países iberoamericanos. De un lado encuentra el recurso a los convenios bilaterales, afirmando lo que se expresa supra, agregando que:.. “Dicha opción debiera permitir, además, la consecución de instrumentos razonablemente ajustados tanto a los intereses de política legislativa y al plexo sistemático de los Estados en cuestión, cuanto a la habitual configuración de los supuestos regulados”. Ver del autor citado: “La Reglamentación de las Relaciones de Trafico Privado Externo entre España e Iberoamérica; Elementos para la definición de una Actitud Española”, en España y la Codificación Internacional del Derecho Internacional Privado, Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado; Ediciones Centro de Estudios Superiores y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1993, pags. 306/307.

45 Aut. Cit.; Derecho Internacional Privado de Familia y Minoridad, Colección JUS, 37, Ed. FCU, Montevideo, 1988, ps. 73-74.

46 En cuanto a su aplicación jurisprudencial, consultar el repertorio que se incluye al final del Cuaderno.

su residencia habitual y en el territorio de otro Estado Parte<sup>47</sup>. En consecuencia comprende tanto a los menores trasladados en forma ilícita de un país a otro, como aquéllos que saliendo lícitamente, no regresan al país de su residencia en los plazos estipulados (Concretamente, se trata del supuesto en que no se respeta el régimen de visitas).

La conducta abusiva de un progenitor, que en ejercicio de la patria potestad, priva al otro de la posibilidad de contralor, o que transforma en exclusiva, potestades que son conjuntas, el que sustrae al menor, en cualquier forma que lo realice, comete una conducta antijurídica, ilícita ya que afecta el ejercicio de la patria potestad, tutela o guarda judicial<sup>48</sup>.

La violación consiste en la perturbación del contacto personal entre el padre, tutor o guardador y el menor, y en la contravención a normas legales y actos judiciales que han resuelto provisoria o definitivamente el problema de la guarda del menor.<sup>49</sup>

### **c. Calificaciones autárquicas**

Un gran mérito que se observa en el convenio, es el de superar uno de los más engorrosos problemas que aquejan al Derecho Internacional Privado: el problema de las calificaciones<sup>50</sup>.

---

47 Art. 1o.

48 En relación a la guarda del menor, se distingue la guarda legal, de la judicial y de la guarda de hecho. La primera deriva de la patria potestad, la segunda de la tutela y la conferida por acto judicial con miras a la adopción o a un organismo de protección. Cuando se trata de la guarda de hecho, el guardador carece de facultades y derechos pero tiene obligaciones. Conf. KALLER DE ORCHANSKY, Berta, "Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay", Documento expuesto por la autora en las "2as. Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales. Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 27-29 de julio de 1983. En contra de considerar la conducta como antijurídica, ver dictamen emitido por Jiménez de Azúa, 11/10/928.

49 KALLER DE ORCHANSKY, Berta; Relato cit. p. 3.

50 El problema de las calificaciones es, según gran parte de la doctrina, un problema de interpretación. Ver: "Planteo tridimensionalista del problema de las calificaciones en Derecho Internacional Privado", publicado en Dos Estudios Tridimensionalistas; CIURO CALDANI, Miguel

En efecto, la teoría de las calificaciones autárquicas, prevalece en el convenio, definiéndose los principales conceptos que se utilizan. Del mismo articulado, resulta cuando se considera indebida la presencia de un menor en territorio de un Estado Parte y qué se entiende por residencia habitual.

En el primer caso, el art. 2 se encarga de indicar que la situación se presenta cuando se produce una violación de la tenencia, guarda o derechos que ejerzan sobre el menor, los padres, tutores o guardadores, siendo en consecuencia, los mencionados, titulares de la acción de restitución.

En lo que respecta a qué debe entenderse por residencia habitual, la calificada respuesta la brinda el artículo 3, al afirmar que a “los efectos de este Convenio” la residencia habitual es donde el menor “tiene su centro de vida”. La conexión se entiende como el lugar de radicación efectiva; difiere del concepto de domicilio evitando planteos de identificación con domicilio legal.<sup>51</sup>

No obstante los signos evidentes en favor de normas directas que alientan a pensar en una nueva tendencia encami-

---

A., Rosario, 1967. Por su parte, AGUILAR NAVARRO, como hipótesis de trabajo, entiende que la calificación supone la traducción en conceptos jurídicos de una realidad social. Y agrega que calificar es catalogar, encasillar, clasificar por medio de conceptos la realidad de la vida dentro de las normas e instituciones jurídicas. Expresa el profesor español, que “El Derecho Internacional Privado complica esta tarea - auténticamente general en el Derecho - al tener que actuar de cara a la coexistencia de los ordenamientos jurídicos. Es el conflicto de calificaciones lo que se convierte en problema”. Aut. cit. Derecho Internacional Privado; Volumen I, Tomo II, Parte Segunda, Ed. Universidad de Madrid, 1982, p. 40. Para GOLDSCHMIDT, el problema de las calificaciones consiste en la pregunta por el ordenamiento normativo llamado a definir en último lugar los términos empleados en la norma indirecta. Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia, 5ta. Ed. Depalma, 1985, p.85.

51 En apoyo de la conexión utilizada, TELLECHEA BERGMAN sostiene que la elección de una conexión objetiva, “...permite superar los inconvenientes derivados de la participación de elementos subjetivos, “animus manendi”, presentes en la concepción clásica de domicilio y que al ser irrelevantes en el incapaz, determinan que se les adjudique el domicilio de sus representantes legales”. Aut. cit., Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional; Ed. Jurídicas A. Fernández, Montevideo, 1982, p.199.

nada en este sentido, se aparta el Convenio, de dicha metodología, empleando una norma indirecta para calificar la categoría de menor. Esta queda sujeta al estado de la residencia habitual - centro de vida - del incapaz. A nuestro entender, hubiera sido conveniente continuar con el sistema de las calificaciones autárquicas, incluso para determinar en forma directa la calidad de menor, y evitar así, que la edad límite pueda cambiar en función de eventuales diferencias de las legislaciones nacionales.

#### **d. Jurisdicción**

La residencia habitual es, asimismo, la conexión determinante de jurisdicción para conocer de la demanda de restitución. Coherente con la tradición regional del momento, privilegia la vía judicial por encima de la administrativa, no obstante reconocer a los ministerios de justicia, alguna participación en el proceso.

La atribución de competencia a los jueces de la residencia habitual, se compadece con el criterio predominante en el derecho comparado. Evidentemente, son los tribunales que presentan mayor vinculación con el niño. Además se satisface el criterio de la razonabilidad del contacto entre la jurisdicción y el caso, perfilándose la proximidad de la conexión y la idea de contacto suficiente o mínimo.

Por otra parte, retomando las siempre vigentes y sabias enseñanzas de Savigny, se respeta el principio de localización que defendiera el jurista prusiano, en el tomo VIII de su Sistema de Derecho Romano Actual.

Lamentablemente, se omite una atribución de funciones en calidad de órgano alternativo a las Autoridades Centrales, que como hiciéramos referencia, agilizan en forma notoria las posibilidades de una restitución rápida, que coadyuve a cumplir la finalidad de un Convenio de estas características.<sup>52</sup>

---

52 No obstante lo apuntado, TELLECHEA BERGMAN, quien reviste en la Autoridad Central de la República Oriental de Uruguay, efectúa una breve pero jugosa exposición, sobre el protagonismo que cabe a las Autoridades Centrales que actúan en el marco del Convenio - brazos del Ministerio de Justicia, según la letra del mismo, aunque en Uruguay la Autoridad Central de Cooperación Jurídica depende del Ministerio de Educación y Cultura, habiendo sido organizada por Decreto

### **e. Pedido de restitución del menor**

El Convenio contiene un serie de normas reguladoras de los recaudos que deben observarse en el pedido de restitución; consagra un procedimiento sumario determinando los requisitos a los que se ajustará el trámite, se establece el principio de la gratuidad en la tramitación de los exhortos y medidas originadas en su aplicación, con la excepción de los gastos y honorarios devengados por el nombramiento y actividad del menor, adoptando como vía de transmisión de las solicitudes de restitución y localización, a los Ministerios de Justicia de los respectivos Estados -requerente y requerido, que de hecho se valen de las Autoridades Centrales, pero siempre con el alcance referido.

### **f. Localización del menor**

Asimismo, se contempla la posibilidad de localización del menor. En efecto, se determina como obligación suministrar datos sobre la ubicación del menor en el Estado requerido ( conf. art. 6 in fine), y se puede solicitar la localización de menores que residan habitualmente en jurisdicción de un Estado Parte pero “presuntivamente se encuentre en forma indebida en el territorio de otro”( art. 12). Intervienen en esta tarea los Ministerios de Justicia.

### **g. La oposición ante el juez requerido. El orden público internacional**

Ahora bien, la presunta violación alegada por los titulares de la acción, nace prima facie, del hecho del traslado del menor al territorio de otro Estado, pero el supuesto autor de la sustracción o violación de los derechos del menor puede deducir oposición fundada. Esta oposición, acompañada de prueba documental, será objeto de análisis por las dos autoridades judiciales involucradas. En primer término, el juez exhortado, si juzga atendibles los motivos, derecho y prueba de la oposición, las

---

407/985 del 31/7/985. Cita varios casos, en los cuales se logró el rápido reintegro de los niños reclamados. Así, entre otros, se refiere a: “Bónica -Couture, José y Valeria”, “Merdalett - Avenatti, Juan Manuel”, “Calvo Yatkah, Alcida”. Aut. cit. en “Restitución....”art. cit, p.34. La reseña de los casos se acompaña en el anexo jurisprudencial.

remitirá, en plazos muy breves, al juez exhortante. Naturalmente también puede desestimar la oposición y ordenar la restitución. Pero si comunica la oposición, por considerarla “atendible”, y el juez exhortante reitera su pedido, en tal caso el juez exhortado debe ordenar, sin demora la entrega del menor. El art. 8 in fine, prevé la hipótesis por la que quedan sin efecto las medidas dispuestas, esto es cuando transcurren sesenta días corridos desde que fuere transmitida la comunicación de oposición por el Ministerio de justicia del Estado requerido, sin que el juez exhortante haya reiterado la solicitud de restitución. El transcurso de ese tiempo hace presumir que el tribunal juzgó fundada la oposición, o que la parte actora ha desistido. Se advierte que es el juez exhortante quien está facultado para juzgar la oposición, su fundamento y para valorar las pruebas documentales acompañadas.

El juez requerido no puede negarse a la restitución del menor. Sólo está facultado para retardar su entrega, “cuando ello signifique grave riesgo para su salud”. La norma es terminante, ya que inclusive, se reafirma el espíritu que inspira la convención en el sentido que el juez exhortado está al servicio del exhortante, al concordar este artículo con el art. 8, según el cual, frente a una reiteración del exhorto de restitución, sin demora el juez exhortado “deberá ordenar” la entrega del menor.<sup>53</sup> Piénsese que al no receptarse la excepción de orden público internacional, - actitud que nos llama poderosamente la atención ya que todas las Convenciones incluyen con mayor o menor alcance la cláusula de reserva- frente a la constatación de un riesgo manifiesto<sup>54</sup> que requiera evitar el cumplimiento de la medida soli-

---

53 Ver en anexo normativo el texto completo del Convenio Bilateral. Para profundizar, ver: KALLER DE ORCHANSKY, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1991, BOGGIANO, Antonio; *Derecho Internacional Privado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

54 De acuerdo a la interpretación de TELLECHEA BERGMAN, el supuesto de grave riesgo se refiere no sólo a casos de enfermedad sino también a todos aquéllos que pudieren afectar al menor moral o físicamente. Como ejemplo acude a la situación en que exista certeza que la devolución lo arrojará a la prostitución, la mendicidad, casos en los cuales el juez exhortado no puede dejar de cumplir sus deberes como magistrado del lugar de situación del incapaz, está obligado por tanto a velar por la seguridad de éste. En consecuencia podrá negar la entrega

citada, y no sólo retardarla, el magistrado requerido debe echar mano de su propia legislación, en cuanto recepta la excepción, o de otros convenios concordantes<sup>55</sup>.

Dejamos planteada la inquietud atento la materia en debate que, como tantas veces se ha repetido es “el interés del menor”. ¿No hubiera resultado conveniente, receptor normativamente en el mismo Convenio la posibilidad que el juez requerido pueda negarse a la entrega del menor si considera que con ello se afecta manifiestamente el orden público internacional del foro? y en todo caso siempre con la condición que pueda comprobarse fehacientemente, que de llevarse a cabo la

---

hasta tanto no se resuelva por la justicia competente, la cuestión de fondo de la guarda.. Así lo expone en “Análisis en especial del Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina”, Instituto Interamericano del Niño -Ed. Unidad de estudios Jurídicos, Montevideo, 1985, p. 14.

55 En este sentido. se podrá aplicar lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares en su art. 9: “Cuando la medida cautelar se refiera a custodia de menores, el Juez o Tribunal del Estado requerido podrá limitar con alcance estrictamente territorial, los efectos de la medida a la espera de lo que resuelva en definitiva el juez del proceso principal.” También puede apelarse al Convenio Bilateral argentino - uruguayo sobre igualdad de trato procesal y exhortos que en su art. 5 dice que a “solicitud del órgano jurisdiccional requirente, se observarán formalidades adicionales o trámites especiales previstos por su ordenamiento procesal, **si ello no afecta manifiestamente el orden público** del juez exhortado”; reiterado por el art 7, 1er. párr. : “El órgano jurisdiccional requerido ordenará el cumplimiento del exhorto si ello no afecta manifiestamente su orden público internacional”. En lo que hace al controvertido problema sobre la posibilidad del juez exhortado de negarse a cumplir la rogatoria por considerar incompetente al juez exhortante, el Convenio niega dicha posibilidad, aún en el supuesto de estimarse a sí mismo dotado de jurisdicción exclusiva. Ello no implica que deba reconocer la competencia internacional del órgano jurisdiccional requirente, sino simplemente que no es causal de no cumplimiento del exhorto. Acerca del debate doctrinario sobre la posibilidad de oponer la excepción de orden público procesal internacional puede consultarse: DREYZIN de KLOR, Adriana y SARACHO CORNET, Teresita, “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras y Laudos Arbitrales en el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa”, comunicación presentada al Congreso de la Asociación Argentina de Derecho internacional, La Rioja, 27-29 de junio de 1995.

restitución, se expondría al menor a un peligro físico o psíquico; por ejemplo, confiar la guarda a personas que en modo alguno garanticen la debida formación o cuidado del incapaz. Implica, acaso, este planteo confundir el tema de fondo con la cuestión procesal que apunta a que sea el juez requirente quien valore la calidad de “confiable” del solicitante, en el supuesto ejemplificado? O tiene que quedar alguna posibilidad de valoración de este aspecto, por la autoridad que restituye el menor?

Tanto la Convención de La Haya como la CIDIP IV contemplan, frente a la obligación genérica de restituir al menor, diversas excepciones que facultan a la autoridad requerida, a no efectuar la restitución. Volveremos sobre el tema al analizar los respectivos convenios.

Continuando con esta rauda exposición de los aspectos sobresalientes del Convenio, vale la pena detenernos en el artículo 11 que, en concordancia con el concepto de la acción de restitución como procedimiento sumario, tendiente únicamente a devolver al menor a su residencia habitual, aclara: “El pedido o la entrega del menor no importará prejulgamiento sobre la determinación definitiva de su guarda”. Al tratarse de una materia independiente, inclusive pueden ser deducidas ambas cuestiones, la acción de restitución y la cuestión de la guarda, en forma concomitante. El cumplimiento del auxilio judicial internacional, basado en el deber de cooperación internacional, posterga para ulterior oportunidad, el reconocimiento o desconocimiento de sentencia definitiva acerca de la guarda. Aunque hay que tener presente que en esta materia no hay decisiones definitivas en sentido absoluto, ya que una alteración de las circunstancias puede provocar un cambio de una decisión anterior.<sup>56</sup>

#### **h. Importancia del Convenio**

El instrumento referido es hoy de importancia significativa pues, es la fuente aplicable en supuestos planteados entre Argentina y Uruguay. No olvidemos que Uruguay no ratificó la Convención de La Haya de 1980 y tampoco tiene vigencia entre dichos estos Estados, la CIDIP sobre restitución.

---

56 KALLER de ORCHANSKY, Berta, Relato.....cit. p. 11.

### **3) Conferencia Interamericana especializada de Derecho Internacional Privado sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV)<sup>57</sup>**

#### **a. Consideraciones generales**

A nivel regional, la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado celebrada

---

<sup>57</sup> Cabe recordar que las Conferencias Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado comienzan a reunirse en 1975, a partir de la invitación efectuada por la OEA, que a instancias del Comité Jurídico Interamericano, convoca a los países miembros de la Organización, a la reunión a celebrarse en Panamá, en enero de dicho año. Luego de esa primera reunión, se suceden la CIDIP II - Montevideo, 1979-, CIDIP III - La Paz, Bolivia, 1984- ,CIDIP IV - nuevamente Montevideo, 1989- y CIDIP V - México, 1994. En cada una de estas Conferencias se firmaron importantes Convenciones de Derecho Internacional Privado, que significan un verdadero avance en la codificación del D.I.Pr. Sin embargo, la calidad de muchos de estos importantes logros normativos, no se refleja en la cantidad de ratificaciones obtenidas. Pese a ello la doctrina - tanto latinoamericana como europea - reconoce que la obra de la CIDIP es una demostración inequívoca del vigor y dinamismo del sistema jurídico regional frente a las nuevas necesidades jurídicas. Acerca de las CIDIP, puede consultarse: PARRA ARANGUREN, Gonzalo, "La Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado", en Codificación del Derecho Internacional Privado en América, Caracas, 1982, ps. 297-318, MAEKELT, Tatiana, Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado. (CIDIP I), Caracas, 1979; CHALITA, Graciela y NOODT TAQUELA, María B., Unificación del Derecho Internacional Privado, CIDIP I, II, III, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1988; DREYZIN DE KLOR, Adriana y URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, Parte General del Derecho Internacional Privado en las Convenciones Americanas, Ed. Advocatus, Córdoba, 1990; BOGGIANO, Antonio; Derecho Internacional Privado, tº 1, 3º Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 198 y ss.; FERNANDEZ ARROYO, Diego, La Codificación del Derecho internacional Privado en América Latina, Ed. Eurolex, Madrid, 1994; VILLELA, A.M., "L'unification du Droit International Privé en Amérique Latine" Revue Critique de Droit International Privé, 1984-2, ps. 233-265; OPERTTI BADAN, Didier, "La Codificación del Derecho Internacional privado en América: la CIDIP" en España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado, Terceras Jornadas de Derecho internacional Privado, Ed. Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, ed. Bera-mar, Madrid, 1993, págs. 257-302.

en Montevideo, entre el 9 y 15 de julio de 1989, aprobó tres convenciones, a saber: Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores,<sup>58</sup> Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias y Convención Interamericana sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera.

La circunstancia que dos de las tres Convenciones aprobadas por la CIDIP IV refieran a categorías pertenecientes al Derecho Internacional Privado de minoridad y familia, no es producto del azar.<sup>59</sup> Es indudable que la progresiva internacionalización en el continente y la dispersión internacional del núcleo familiar producto de la incidencia de diversas variables intervinientes, que provocan desplazamientos humanos constantes, crean el campo propicio para alentar reclamaciones ante los tribunales de la región, referidas a las cuestiones en análisis. Consecuentemente, ello incide en la determinación de los tópicos que figuran en la agenda de las Conferencias.

Siguiendo la metodología adoptada para la elaboración de los convenios en el seno de las Conferencias Especializadas<sup>60</sup>, se trabajó sobre los instrumentos aprobados en las re-

---

58 La CIDIP IV fue presidida por el Profesor uruguayo Didier Operti Babán. La Comisión I, en la que se debatieron los Proyectos de los temas de D.I.Pr. de familia, fue presidida por el Profesor mexicano José Luis Siqueiros. La relatora fue la Profesora argentina Alicia Perugini. Para una profundización sobre la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado CIDIP IV, 1989. Sobre el tema, además de los trabajos citados son útiles los siguientes: NOODT TAQUELA, María B. "CIDIP IV: "Hacia la unificación del Derecho Internacional Privado en América"; FERNANDEZ ARROYO, Diego; "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del 15 de julio de 1989", Revista de Informação Legislativa; Senado Federal, Subsecretaría de Edições Técnicas; julho a setembro -1991, año 28, N° 111, ps.139-174.; SOSA, Gualberto L.; "La Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores", J.A., N° 5656, Buenos Aires, 24/1/90, ps.1-27.

59 Ver TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, El Nuevo Derecho....p.8.

60 Es fundamental la tarea desplegada por el Comité Jurídico Interamericano con el apoyo de la Secretaría General y la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos en la elaboración de las Convenciones, que se aprueban luego, en las Conferencias. Estos órganos intervienen activamente a través de la elaboración de proyectos, aportando documentos y celebrando reuniones de expertos sobre los temas en exámen, que

uniones preparatorias, debiendo destacarse asimismo la invaluable colaboración prestada por el Instituto Interamericano del Niño, organismo especializado de la OEA, con sede en Montevideo.

Este instrumento viene de manera oportuna, a cubrir un vacío legislativo entre los países del continente, si bien no deja de llamarnos la atención que no haya obtenido aún, las ratificaciones que lo habiliten para ser utilizado entre los Estados americanos.

Puede influir en ello, las dificultades que se manifestaron desde las primeras reuniones convocadas para su tratamiento. En la reunión celebrada en San José de Costa Rica, (mayo, 1991) el Profesor Friedrich Juenger, representante de la delegación norteamericana, se pronunció por la conveniencia de instar a los Estados miembros de la O.E.A. a ratificar el Convenio de La Haya sobre secuestro internacional de menores. Expresaba como razón que “difícilmente sería mejorable el tratamiento que el problema del “secuestro” ha recibido en el Convenio de La Haya.”<sup>61</sup> Empero, sus argumentos no resultaron suficientemen-

---

sirven de base para la discusión con los representantes de los países miembros, los que a su vez, aportan sus propios proyectos o revisan y reformulan los elaborados por el CJI. En el Período de Sesiones de enero de 1986, se aprobó el Proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores redactado por los Profesores Manuel Vieira y Roberto Mc Lean Ugarteche, a solicitud del CJI. En marzo de 1989, el Prof. Opperti Badán presentó un nuevo documento a requerimiento del CJI, basado en el anterior, cuyo objetivo era contribuir a su actualización. Las fuentes de la Convención pueden encontrarse fundamentalmente en el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980, y en los convenios bilaterales celebrados por Uruguay con Argentina, con Chile: Convenio sobre Restitución Internacional de Menores, (suscrito en Montevideo el 15/10/81) y con Perú: Convenio sobre Restitución Internacional de Menores ( 7/2/85). Se advierte también influencia del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como sobre el restablecimiento de dicha custodia - Consejo de Europa -, 20 de mayo de 1980

61 A los fines de un conocimiento cabal de los antecedentes de la Convención, ver: “Informe sobre el Proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” Ed. Unidad de Asuntos Jurídicos, Montevideo, 1989; HERBERT, Ronald, “Perspectivas de la IV Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado. Su

te convincentes, y triunfó la posición de quienes entendieron que las peculiaridades de los países americanos los hacía acreedores de una convención propia que robusteciera la codificación regional que venía pergeñándose desde 1975.

Las diferentes posiciones nos llevan interrogarnos sobre la conveniencia de profundizar en un mecanismo mayoritariamente aceptado como es el de La Haya, o continuar en la tesitura de crear nuevos instrumentos en el ámbito regional.

Quizás no sea aventurado pensar la respuesta a partir de la materia objeto de análisis. En la misma Conferencia que se aprobó la Convención en comentario, se dictaron varias resoluciones por las que se recomendó a los países miembros de la O.E.A. suscribir, ratificar o adherir a diferentes tratados internacionales, a saber:

1. Convenciones sobre Factoraje Internacional y sobre Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa, Canadá, 28 de mayo de 1988)
2. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980).
3. Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y el Protocolo de 1980 por el que se enmienda esa Convención.
4. Convención sobre la ley aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (La Haya, 22 de diciembre de 1980).

## **b. Denominación**

La denominación del Convenio fue una de las causas de debate generadas. El término "Protección" que lleva por título el Convenio Bilateral argentino - uruguayo, resultaba inadecuado

---

temática de Menores"; Ed. Unidad de Asuntos Jurídicos, Montevideo, 1988: "Reunión de Expertos sobre Secuestro y Restitución de menores y Obligación de Alimentos -Preparatoria de la CIDIP IV- 22 al 26 de mayo de 1989, San José, Costa Rica, Anteproyectos de Convención, Versión Preliminar", I.I.N., Montevideo, 1989;"Informe Final sobre la Reunión de Expertos sobre Secuestro y Restitución de Menores y Obligación de Alimentos", Unidad de Asuntos Jurídicos, Montevideo, 1989.

pues el ámbito material de la convención se reduce a la restitución del menor, pero no se agota el instituto por completo. Se desistió, por otra parte, de utilizar el término secuestro por las connotaciones de carácter penal que sugiere. No obstante ello, se incluye una norma según la cual “La Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito”<sup>62</sup>

La incorporación de una norma de Derecho Penal es un hecho novedoso en este tipo de Convenciones; inicia una senda que profundiza la CIDIP V, en forma absolutamente incontrastable, a pesar de las resistencias ofrecidas por algunos países, especialmente Estados Unidos.<sup>63</sup>

La inclusión de la norma transcripta (art. 26), motivó una reserva efectuada por la delegación panameña que visualizó en esta incorporación un límite a la competencia de las autoridades del Estado requerido considerando contradicho el espíritu de la Convención de limitarse a los aspectos civiles de la restitución internacional de menores.

En principio, la solución de la CIDIP en este punto, se inscribe dentro de la tendencia general de lograr la pronta restitución del niño sean cuales fueren las circunstancias del caso, para evitar así demoras producidas por un eventual planteamiento de prejudicialidad en el ámbito penal respecto del civil.<sup>64</sup>

### **c. Ambito de aplicación**

El artículo primero de la Convención determina sus objetivos, que pueden enunciarse como los siguientes: a) asegu-

---

62 Art. 26.

63 Conf. OPERTTI BADAN, Didier; En “La CIDIP V: Una visión en perspectiva”, refiere los debates “no exentos de cierta aspereza” que causara la elección del tema tráfico internacional de menores, para ser incorporado en la agenda, especialmente por la inclusión de los aspectos penales del secuestro además de los civiles. Estados Unidos presentó un escrito expresando su preocupación por el aludido tema penal que implicaba alejarse de lo que había sido hasta el momento el ámbito de trabajo de las anteriores cuatro CIDIP. Aut. cit. art. cit., en Revista Uruguay de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1994, p. 14.

64 FERNANDEZ ARROYO, Diego; Convención Interamericana sobre...p. 148

rar la pronta restitución de menores que teniendo su residencia habitual en un Estado Parte hubieran sido ilegalmente trasladados a otro, o que habiendo sido regularmente trasladados, hubieran sido ilegalmente retenidos, b) hacer respetar el ejercicio de derecho de visita y c) hacer respetar el ejercicio del derecho de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Los límites están dados por el marco civil de la retención irregular de menores, quedando excluidos de su tratamiento problemas de derecho penal -con la salvedad expuesta- como tráfico internacional y secuestro de menores.

Las hipótesis positivizadas por la Convención pretenden dotar a los tribunales de una regulación apta para atender este tipo de situaciones de difícil tipificación como delito por su carencia de antijuridicidad, por no poner en principio en peligro al niño un traslado realizado por parientes y por la falta de espíritu de lucro y porque aún tipificadas, en tanto las conductas punibles son realizadas por familiares, las sanciones tienden a ser mínimas y no resulta en consecuencia operable la extradición<sup>65</sup>.

#### **d. Definiciones autárquicas recogidas por el Convenio**

Probada la eficacia de brindar calificaciones autárquicas, que contribuyen a la certeza, eficacia y celeridad requeri-

---

<sup>65</sup> Así lo expresa TELLECHEA BERGMAN, quien recuerda el pensamiento del maestro Jimenez de Asúa vertido en un dictamen del 11 de octubre de 1928, a raíz de un caso por el cual el padre sustrae de la guarda en Cuba de su madre, a dos niñas, trasladándolas con él a España. Alega como causal, que la progenitora no cumplía con sus deberes. Conf. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, "Análisis de las categorías atinentes a la protección internacional de la niñez", en *Infancia*, Boletín del Instituto Interamericano del Niño - O.E.A., No. 232, to. 65, agosto, 93, p. 31. En el mismo sentido se pronuncian los Ministros de Justicia de los países del "Commonwealth" para quienes el tratamiento represivo de estas situaciones se ha constatado que no constituye una respuesta adecuada para asegurar con eficacia el retorno del menor. El Ministro de Justicia francés, dirigiéndose al Senado expresa que "la eficacia de las persecuciones penales es ilusoria en caos de retención de niños fuera de Francia, pues dichas actuaciones no dan lugar en la práctica a la extradición, siendo los únicos medios verdaderamente eficaces, los judiciales civiles". Ver *Revue Critique de Droit International Privé*, 1974, p. 170.

das en este instituto, se recoge - aunque con algunas diferencias terminológicas - las receptadas en el Convenio de La Haya de 1980 y el acuerdo argentino - uruguayo. Así, define que debe comprenderse por derecho de custodia o guarda (art. 3, a); que comprende el derecho de visita (art. 3, b); cuales son las condiciones para considerar al traslado o a la retención, como ilegal (art. 4).

Para determinar la calidad de menor, coincide con la Convención de La Haya, en valerse de una norma directa, por la que se considera menor "a toda persona que no haya cumplido dieciseis años de edad". (art. 2) En esta solución se aparte, como puede observarse del criterio utilizado por el Convenio Bilateral argentino - uruguayo, que, como hemos visto, opta por una norma indirecta, remitiendo al país de la residencia habitual la determinación de dicha calidad. Ya hemos emitido nuestra opinión favorable a la regulación de este aspecto a través de una norma material, criterio que prevalece en los modernos convenios sobre la materia. Cabe aclarar que no se modifica el límite de la mayoría de edad previsto por las legislaciones internas de los Estados Partes, pues a lo que se limita la norma, es a fijar el máximo de edad de quienes quedan comprendidos en los supuestos de la Convención.

#### **e. Titulares de la acción**

¿Quiénes tienen legitimación activa para iniciar la acción de restitución del menor?

El artículo 5, remite al artículo anterior, a efectos de determinar las personas e instituciones legitimadas para instaurar el procedimiento.

Son titulares de la acción, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, enunciados por la Convención al definir el traslado o retención como ilegal. O sea, quienes ejercían su derecho "individual o conjuntamente", inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual.

Es necesario que los titulares de la acción se hallen en ejercicio efectivo de su derecho, al producirse el desplazamiento o la retención. La ratio de la norma (art. 11, a), persigue de este modo, evitar que quienes están legitimados para interponer la restitución, se valgan de esta vía rápida y sencilla, para obtener

la guarda, en el estado de la residencia habitual del menor. En cierta forma, se pretende impedir que a través de una medida procesal, se beneficien con la obtención de la que es una cuestión de fondo.

## **f. Jurisdicción**

La competencia para conocer de la solicitud de restitución de menores, se atribuye a “las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual” antes de su desplazamiento o de su retención. La determinación acerca de la autoridad encargada - judicial o administrativa -, queda librada a la organización interna del Estado de la residencia habitual.

La conexión residencia habitual, es recibida de manera cada vez más importante por el Derecho Internacional Privado en relación a la minoridad, en cuanto supone una solución notoriamente más adecuada y tuitiva de la protección de los niños que el domicilio legal, muchas veces no coincidente con el país de verdadera y estable residencia del menor, lo que puede determinar que un niño incorporado efectivamente a una sociedad en la que se está formando jurídicamente, resulte ajeno a la misma.<sup>66</sup>

Lamentablemente, la Convención no define qué se entiende por residencia habitual, aunque entendemos no equivocarnos si afirmamos que el sentido que inspira la conexión es la presencia efectiva del menor en un Estado, o la definición que de residencia habitual proporciona el Convenio bilateral argentino - uruguayo, es decir, que se utiliza en el sentido de centro de vida del menor<sup>67</sup>.

---

66 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo; p. 9 IIN. Asimismo, cabe traer a colación, que en oportunidad de concretarse la segunda Convención de La Haya sobre Competencia y Ley aplicable en materia de Protección de Menores, en 1961 (la primera fue en 1902) se abandonó el punto de conexión “nacionalidad” para indicar la ley aplicable, reemplazándolo por el de la “residencia habitual”.

67 Art. 3: “A los efectos de este Convenio, se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida”. Recuérdese que con anterioridad a esta Convención, en el ámbito de las CIDIP, se firmó la Convención Interamericana sobre Domicilio de las personas físicas (CIDIP II, Montevideo de 1979) en la que tampoco se define a

## **g. Autoridades Centrales**

La Convención señala en el art. 7 la obligatoriedad de cada Estado Parte de designar una Autoridad Central, nombramiento que se comunicará a la Secretaría de la O.E.A.<sup>68</sup> El rol que le cabe desempeñar a la Autoridad Central en el proceso de restitución del menor, es comparable al que asumen las autoridades judiciales; partiendo de la atribución de competencia establecida en el art. 6. Hay una notoria diferencia con lo establecido en este punto por el Convenio Bilateral argentino - uruguayo, y una gran influencia de la Convención de La Haya. En realidad la Convención se ubica en un punto equidistante entre ambos.

Las funciones de la Autoridad Central se equiparan, en gran medida, a las que corresponden a los jueces del proceso, destacándose la colaboración que debe prestar para que la restitución se efectivice, obteniendo, de ser necesario, datos que permitan localizar al menor, facilitando a los actores hacerse de la documentación necesaria. Le corresponde cooperar con las Autoridades Centrales nombradas por los otros Estados Parte, intercambiando información sobre el funcionamiento de la Convención. Está facultada para prescindir de los requisitos exigidos por el procedimiento para la restitución, si considera que puede obviarse la presentación de los mismos. Agiliza el resultado, el hecho que los exhortos y la documentación adjunta, no requieran de legalización, cuando se remitan por intermedio de las Au-

---

través de una norma material, directa, que se entiende por residencia habitual, no obstante apelar a este contacto. Así el art. 2 prevé: "El domicilio de una persona física será determinado en el siguiente orden: 1o) el lugar de la residencia habitual:...." A su vez el art. 3 reza: "El domicilio de las personas incapaces será el de sus representantes legales, excepto en el caso de abandono de aquéllos por dichos representantes, caso en el cual seguirá rigiendo el domicilio anterior".

68 Si bien podría aparecer como irrefutable el valor que revisten las Autoridades Centrales, de acuerdo a todo lo que venimos expresando en cuanto a sus funciones, (ver nota 20) no fue sin embargo tan unánime su consagración. El informe del relator ya cit., da prueba del debate que se generó en relación a la calidad de la designación de las Autoridades Centrales - facultativa u obligatoria para los Estados Parte. Para Fernandez Arroyo, esta situación implica poner en tela de juicio la naturaleza indispensable de la A. C. Conf. aut. cit." Convención Interamericana...."p. 161.

toridades Centrales, exigencia que también se omitirá si la vía empleada es la diplomática o consular.<sup>69</sup>

El artículo 10 establece que el juez exhortado, la Autoridad Central, u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho “todas las medidas que sean adecuadas para la devolución del menor”.

#### **h. Procedimiento**

El procedimiento para la restitución está previsto en los artículos 8 a 17, y - como no podía ser de otra manera, dada la acentuada influencia que recibe de la Convención de La Haya -, se caracteriza por la celeridad, al establecer plazos acertadamente breves para las actuaciones, y por la flexibilidad de sus disposiciones, en cuanto conceden amplias posibilidades a las autoridades competentes, para obrar con un ponderado y prudente criterio axiológico. en aras de la efectivización del proceso. Se trata de un procedimiento sumario que no prejuzga sobre la cuestión de fondo de la guarda y que cumplidos los requisitos básicos, establecidos en el propio interés del menor, asegura su reintegro al medio en el cual está desarrollando su formación espiritual, intelectual y física, sin demoras lesivas a ésta.<sup>70</sup>

En este orden de ideas, es ilustrativa la opinión de Fernandez Arroyo, para quien “la piedra angular sobre la que descansa el procedimiento de restitución está contenida en el art. 16, en el cual, en un todo de acuerdo con el objetivo primordial de la Convención, se prohíbe a las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor se encuentra en virtud de un traslado o retención ilegal, decidir sobre el fondo del derecho de guarda, una vez que han sido informadas de la producción del hecho”.<sup>71</sup>

La norma no impide iniciar la acción de guarda paralelamente o con posterioridad a la recepción de la solicitud; lo que se pretende es evitar que se adopte una decisión sobre el fondo - derecho de guarda - hasta tanto se cumplan las condiciones exigidas.

---

69 Así lo establece el art. 9 in fine.

70 Conf. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo; *El Nuevo Derecho Internacional...*, ob. cit. p. 36.

71 FERNANDEZARROYO, Diego; “Convención Interamericana...”art. cit. p. 162.

La obligación aludida cesa por dos causas: 1) si se demuestra que no se reúnen las condiciones de la Convención para el retorno del menor, y 2) hasta que un período razonable haya transcurrido sin que se inste el procedimiento de la misma. ¿Qué debe entenderse por período razonable?

¿Queda a criterio del juez o la autoridad administrativa calificar la razonabilidad del plazo?

La imprecisión de la terminología conduce a interpretar la norma en forma concordante, con las otras normas de la Convención, que desde otro ángulo, permiten internarse en el espíritu que la inspira. Siendo así, puede considerarse, por una parte, el plazo que se establece para instaurar los procedimientos previstos en el instrumento - un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiera sido trasladado o retenido ilegalmente - y, por otra parte, cabe acudir al art.13, que estipula un plazo de cuarenta y cinco días calendario, a contar desde que la autoridad requirente recibe la resolución disponiendo la entrega, para que se cumplan los recaudos que harán efectivo el traslado del menor. De no respetar este término, la restitución ordenada queda sin efecto. En el primer caso, se contempla la hipótesis anterior al procedimiento, se toma como punto de partida la fecha de traslado o retención. Mientras que en el segundo supuesto, la acción se ha iniciado pero no fue instada.

La razonabilidad del período a que se refiere el art. 16, se compadece con el supuesto del art. 14, pues tanto en lo previsto por dicha norma como en la que se analiza, los tiempos comienzan a correr con anterioridad al inicio del procedimiento, de allí que podría servir de parámetro para la apreciación de las autoridades competentes.

### **i. De la oposición y del orden público internacional**

En el supuesto que frente a una solicitud de restitución, una persona - física o jurídica - pueda demostrar que 1) quien la solicita no ejercía efectivamente su derecho de cuidado o guarda al momento del desplazamiento o retención, 2) ha prestado su consentimiento después de producido el desplazamiento o retención; 3) que existiere un grave riesgo de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico; 4) que el menor se opusiera a regresar, quedando a criterio de la

autoridad exhortada juzgar que por su “edad y madurez”, la opinión del menor puede tenerse como decisiva.

El primero de los supuestos señalados, que encuentra su fuente en el art. 13, a) de la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, pretende no dar cabida a confusión entre el procedimiento de la restitución y el de guarda.

La causal señalada en el segundo apartado, al igual que en las otras hipótesis relacionadas, debe presentarse dentro de los ocho días hábiles, contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor, notificando a quien lo retiene. Se exige una fundamentación cuya valoración en cuanto a las circunstancias y pruebas aportadas está a cargo de las autoridades requeridas que, por cierto, no quedan obligadas por la oposición planteada.

La importancia que se otorga a la opinión del menor, quien adquiere verdadero protagonismo en el proceso, requiere de las autoridades competentes un meticuloso análisis de las circunstancias particulares, a la vez que una muy prudente valoración de la madurez del menor frente a la posibilidad de que se descarte la aplicación de la misma.

La otra posibilidad que admite la Convención para que la autoridades requeridas, no den curso a la restitución del menor es la dispuesta por el art. 25, que recepta la excepción de orden público internacional.

Nos referimos a este tema al analizar el Convenio Bilateral argentino - uruguayo, criticando entonces la no incorporación de una cláusula general de reserva en dicho convenio. La CIDIP IV, sobre restitución internacional positiviza el recaudo de manera acotada, estableciendo límites precisos, ante la posibilidad de apartarse de su aplicación. A la normalmente receptada calidad manifiesta<sup>72</sup> de la violación de los principios fundamenta-

---

72 En ambos Tratados de Montevideo (1889 -1940) se recepta la excepción de orden público internacional en los respectivos Protocolos Adicionales, a través de una fórmula sumamente amplia al decir que “Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.”( art. 4), Las CIDIP, por su parte, recalcan el carácter completamente excepcional del orden público internacional, al exigir como requisitos de su existencia que la ley extranjera sea ma-

les del Estado requerido, se agrega la que pudiera producirse a principios consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

Párrafo especial merece esta disposición, a la luz de la reforma constitucional efectuada en la República Argentina, en 1994<sup>73</sup>.

#### 4) Conferencia de La Haya

En el ámbito de la integración jurídica universal, Argentina ratificó la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, del 25 de octubre de 1980.<sup>74</sup>

Hemos destacado ya los graves problemas que se generan por la internacionalización de las relaciones privadas en las últimas décadas, como consecuencia de la creciente interrelación en un mundo en el que se facilitan cada vez más los desplazamientos. Las fronteras dejaron de ser barreras infranqueables, producto de una revolución tecnológica que ha estrechado las distancias y multiplicado las comunicaciones, e inclusive se han suprimido requisitos administrativos en la fronteras de países asociados regionalmente, cuyo paradigma lo constituye, indudablemente, la Unión Europea.

La comunidad internacional, consciente de la gravedad que en el tema en estudio, esta situación genera, la ha sometido a tratamiento y regulación en los foros internacionales. El Convenio de La Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980, es muestra cabal de ello. Sin embargo, no ha solucionado el problema debi-

---

**nifiestamente** contraria a los principios de orden público del juez. En el análisis que realiza de la Convención sobre normas generales de DIPr., expresa Goldschmidt, que “la violación ha de recaer, en primer término sobre los **principios** del Derecho propio. No es suficiente que ella concierna a las normas que elaboran los principios. En segundo lugar, la violación ha de ser manifiesta. No basta que sea dudosa”. Conf. GOLDSCMIDT, Werner; en “Un logro americano en el campo convencional del Derecho Internacional Privado”, en El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos; Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1979, p. 108

73 Sancionada el 22 de agosto de 1994.

74 Ratificada por Argentina por ley N° 23.857 del 31/10/90.

do a las diferentes interpretaciones y aplicaciones del mismo por parte de los estados firmantes<sup>75</sup>

Los aspectos generales de esta Convención, pueden ser sintetizados en los siguientes puntos:

- a) El desplazamiento del menor es considerado ilícito cuando es en violación de un derecho de guarda (exclusivo o conjunto), otorgado según el derecho del Estado de la residencia habitual del menor. (art. 3)
- b) Proporciona definiciones autárquicas de lo que debe considerarse por menor (aunque indirectamente, al determinar la oportunidad en que cesa la aplicación del convenio), que comprende el derecho de guarda y el derecho de visita. (arts. 4 y 5).
- c) Prevé la designación de una Autoridad Central para la tramitación de las solicitudes, estableciendo entre dichas autoridades un procedimiento de cooperación a los fines de asegurar el retorno del menor. Asimismo, contempla el supuesto de tratarse de un Estado federal, en cuyo caso podrán designarse varias Autoridades Centrales pero una principal para que a su vez transmita los documentos necesarios a las demás. (arts. 2 y 7).
- d) Los titulares de los derechos de guarda y de visita incluyendo a las instituciones tienen legitimación activa para entablar la acción de restitución. (art. 8).
- e) Cuando a través de un exhorto se solicita la restitución del menor, no se está pidiendo el reconocimiento o ejecución de una sentencia. El Convenio establece un sistema de colaboración fuera de lo normal, no pretende la ejecución de una decisión extranjera (que puede existir o no), sino que se trata de conseguir la más rápida devolución del menor al lugar de su residencia habitual inmediatamente anterior al desplazamiento ilegal. De ahí que se establezca el plazo de seis semanas para ordenar el retorno del menor (art. 11 del Convenio).

En función de los aspectos principales reseñados de la Convención es necesario efectuar una consideración que, a esta altura, deviene insoslayable. Nos referimos a la imprescin-

---

75 ENCINAS, Ver Encinas, Jesús L., "Jornadas sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Toledo, 26 y 27 de Enero) R.E.D.I. vol. XLII (1990),1, págs. 329-330.

dible necesidad que los jueces se concienticen que la vía no es el exequatur ni tampoco una mera comisión rogatoria, sino que para el supuesto de denegación de la restitución, es preciso una decisión del Juez (o autoridad) que, esencialmente deberá manifestarse sobre las causas de no devolución recogidas en el art. 13 del Convenio<sup>76</sup>.

### **a. Una evaluación sobre el funcionamiento de la Convención**

La Comisión Especial que se reunió en La Haya entre los días 23 y 26 de octubre de 1989 a fin de debatir sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, observó que “sería de desear un mayor conocimiento del mismo por parte de jueces, abogados y Autoridades internas, así como los padres y otras personas con responsabilidades respecto a los menores”.

En este sentido, además de subrayarse el efecto educativo e informativo que debe derivar de la celebración de Comisiones Especiales, las delegaciones de Canadá y Estados Unidos entregaron unos folletos divulgativos, editados en sus respectivos países con la finalidad de facilitar la utilización y conocimiento del Convenio.<sup>77</sup>

Quedó comprobado que los problemas más graves y concretos en relación a la cooperación internacional y la devolución de los menores sustraídos son: a) el transcurso de plazos excesivamente largos en las diferentes etapas del procedimiento conducente al retorno; b) la insuficiencia de cuidado en la forma de cumplimentar los trámites; c) la no resolución de los casos; y d) la utilización, incluso, del exequatur en aplicación del Convenio de La Haya.

Como respuesta a estas cuestiones se resaltaron esencialmente dos puntos:

---

<sup>76</sup> Ver: BORRÁS, Alegría, quien realiza un muy interesante comentario relativo a las causas incoadas ante los tribunales españoles, en las cuales es de aplicación el Convenio de La Haya. R.E.D.I., vol. XLII (1990), 1., págs.247-249.

<sup>77</sup> BORRÁS; Alegría; Revista Española de Derecho Internacional; vol. XLII (1990),1, págs. 289-290 .

- 1° Que el Convenio establece una colaboración fuera de lo normal y, por tanto, con dificultades especiales para su conocimiento, pese a su aparente simplicidad, y
- 2°. Que existe la voluntad de aplicar bien el Convenio, actitud que se manifiesta a través de la evolución positiva que se ha producido en su empleo. La incorrección observada en algunas actuaciones no es suficiente para alegar la existencia de mala voluntad ni de un acendrado chauvinismo por parte de los Estados ratificantes.<sup>78</sup>

### **b. La actualidad en la aplicación del Convenio**

Ahora bien, mucho tiempo ha transcurrido desde la época de los hechos que dan lugar a este comentario, hasta la fecha. De tal suerte, en orden al desarrollo producido para avanzar en la correcta interpretación y aplicación de la Convención, da cuenta la página de la Conferencia de La Haya que el operador puede consultar frente al caso concreto.

En el próximo capítulo Mastrángelo analiza los desenvolvimientos que en buena medida intervienen hoy para facilitar la restitución internacional de niñas y niños. La información incorporada en la web sobre los jueces de enlace, las autoridades centrales, los escritos modelo y formularios son instrumentos que sin duda alguna, vienen a coadyuvar meridianamente para hacer justicia en los numerosos casos que suceden a la hora actual.

### **5) Instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y derechos del niño**

Producida la reforma constitucional de agosto de 1994, nuestro país elevó a rango constitucional los tratados incorporados por el art. 75 inc. 22 .Los párrafos. 2 y 3 incluyen los tratados relativos a derechos humanos, a saber: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Con-

---

78 Id. nota anterior.

vención sobre Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño. Agrega que: “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

“Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Paralelo al proceso de internacionalidad e integración que se observa a partir del advenimiento de la democracia, “se ha venido desarrollando otro de reconocimiento, por lo menos formal, de la dignidad del hombre, que culmina al hacerse el tema de los derechos humanos uno de los rasgos más importantes de la eticidad de nuestro tiempo”.<sup>79</sup> En este orden de ideas, el pensamiento unánime en la doctrina, es que el hombre tiene derechos fundamentales inherentes a su calidad de persona humana, derechos que no son atribuidos al individuo por el Estado, sino que derivan de la ley natural.<sup>80</sup> Son derecho esenciales del hombre que no nacen de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos del ser humano.<sup>81</sup>

Entre los tratados citados, corresponde reparar en aquellos que contemplan expresamente la protección del menor, y de manera particular en la Convención sobre los Derechos del Niño

---

79 CIURO CALDANI, Miguel A.; “Los Acuerdos Internacionales en la Reforma de la Constitución Nacional”; Jurisprudencia Argentina, N° 5919, Buenos Aires, 8/2/1995; pág. 11.

80 Conf. RAMELLA, Pablo; Los Derechos Humanos, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 11

81 Ver “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de Bogotá.

que constituye fuente directa de todo el sistema que se edifica sobre sus normas.

El proceso en esta dirección se inicia a partir de los principios consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. La importancia de la incorporación efectuada se traduce en una importante innovación en cuanto a las fuentes del Derecho argentino, al introducir como fuente del Derecho Constitucional a las declaraciones y los acuerdos efectivos referidos en el inc. 22, a la vez que se ratifican y amplían las reglas respecto de la jerarquía normativa. Así lo afirma Ciuro Caldani a la vez que agrega que, de ahora en más, en cuanto hace a derechos humanos, habrá una vía relativamente paralela para la ampliación de la Constitución por el camino de tratados.<sup>82</sup>

### **a. Inclusión indirecta de tratamiento del problema en Convenios con jerarquía constitucional**

La Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre en el Cap. I, Derechos, art. 2° expresa: Todas las personas son iguales ante la ley tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

La Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>83</sup> consagra la igualdad de derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (art. 16) y el derecho de las personas a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades que la Declaración proclama, se hagan plenamente efectivos (art. 28).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>84</sup>, en su art. 10 \_ 21, establece:

“Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que: ...Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin dis-

---

82 Aut. cit. “Los acuerdos ....” p. 8.

83 Aprobada por la res.217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

84 Firmado en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sancionada el 17/4/86; promulgada el 6/5/86; publicada, BO, 13/5/86).

criminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...” El art. 11 entendemos que complementa la norma cuando afirma que “los estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>85</sup>, aborda la cuestión en los artículos 23 y 24. El inc. 4 de la primer norma citada afirma que “Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos 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”. Mientras que el siguiente consagra el derecho a las medidas de protección que la condición de menor implica, tanto por parte de la familia del niño como de la sociedad y del Estado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)<sup>86</sup> se pronuncia en igual sentido en los artículos 17 y 19.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>87</sup>, Parte IV, art. 16, 1 “Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos : en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”. En el inc. f)

---

85 Firmado en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sancionada el 17/4/86; promulgada el 6/5/86; publicada, BO, 13/5/86).

86 Firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Aprobada por la República Argentina según ley 23.054 (sancionada el 1/3/84; promulgada el 19/3/84; publicada, BO, 27/3/84).

87 Aprobada por res. 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Ratificada según ley 23.179 (sancionada el 8/5/85; promulgada el 27/5/85; publicada, BO, 3/6/85).

la norma establece: “Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

### **b. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño**

La comunidad internacional formuló en la década de los años setenta la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio habitual de vida familiar y social. Esta Convención incluida entre las que adquirieron rango constitucional amerita un tratamiento especial en orden al rol que asume en el tema que nos ocupa.

La Convención de los Derechos del Niño es fuente de las convenciones sobre protección internacional de menores pues reconoce los derechos iguales e inalienables del menor, encomendando a las autoridades nacionales la consecución de esta idea a través de la adecuación de las leyes estatales y de la promoción de la cooperación internacional. En algunos supuestos como ocurre en los artículos 11 y 12 relativos al secuestro internacional de menores y la protección del niño refugiado, la convención se limita a invitar a los estados a entablar una cooperación internacional creando o participando en los instrumentos convencionales pertinentes. Sin embargo en la mayoría de los preceptos, el derecho del menor genera una obligación estatal concreta en aras de su protección disponiéndose también, concretas regulaciones materiales.

De esta manera cabe una reflexión en torno a la suerte que deban correr las normativas autónomas y convencionales que pueden presentar algún matiz contradictorio con la convención. Cuando se acuerda a esta Convención rango constitucional se devela toda duda en cuanto a su jerarquía y en consecuencia sus disposiciones prevalecen por sobre la fuente convencional e interna del estado de que se trate.

En cualquier caso la convención asume el carácter de norma positiva mínima, en el sentido de no agotar el elenco de los derechos de la infancia, por lo que no afectará a las disposiciones mas apropiadas para la realización de los derechos del

niño que puedan recoger en el derecho interno los estados parte o en su derecho internacional vigente, esto es las obligaciones asumidas convencionalmente en materias colaterales, El objetivo de la convención es procurar unas garantías mínimas de protección al menor, razón por la que se establece una cláusula de salvaguarda hacia el régimen más favorable que pueda derivarse de los ordenamientos tanto internos como convencionales (Parte I, art. 41)<sup>88</sup>.

## **6) El tema en el MERCOSUR**

En orden a los procesos de asociación económica que se desarrollan en América, la Asamblea General de la OEA se ha pronunciado señalando que la integración regional pasa también por la remoción de obstáculos jurídicos que la promuevan, función que cumplen, entre otras, las Convenciones objeto de la protección internacional de menores.

Es en esta línea de acción que entre los temas que fueron objeto de tratamiento en MERCOSUR no está ausente la restitución internacional de menores. Es obvio que merecía una Decisión pues el esquema asociativo implica libre circulación de bienes, personas y factores productivos. El incremento traslado de personas a que dan lugar estos procesos provoca situaciones que exigen la creación de regulaciones jurídicas que las contemplan. Los problemas de la minoridad y la familia son particularmente sensibles al crecimiento y auge del tránsito entre los Estados y concientes de este fenómeno la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia se abocó al estudio de la temática.

El Consejo Mercado Común acogió favorablemente la Resolución que surgió del análisis efectuado y se aprobó una Decisión por la que se recomienda la ratificación de la convención interamericana sobre restitución internacional de menores. (CMC/DECISION N° 6/92).

---

88 Rodríguez Mateos, Pilar, "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989", REDI, vol. XLIV, ps. 470 y 471.

## II. Conclusiones

1. Las influencias recíprocas entre los cambios jurídicos y los cambios sociales denotan la controversia existente entre quienes entienden al derecho como respuesta a sentimientos sociales claramente formulados y aquellos que sostienen, en cambio, que el derecho es un agente decisivo en la creación de normas<sup>89</sup>.

2. Entendemos que el derecho obra como supremo ordenador de la vida social y constituye una respuesta a lo que sucede, a la vez que aspira a configurar y mejorar la realidad social. El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna impone la necesidad de remover la legislación, y el derecho civil, el derecho de familia y otras manifestaciones jurídicas no quedan ajenas a esos cambios.<sup>90</sup>

3. Se requiere establecer criterios de interpretación precisos para evitar distorsiones. El factor axiológico es nervio motor en el tema en comentario. Para ello debe superarse (de hecho las Convenciones lo hacen) la fría neutralidad del método conflictualista clásico. Cabría pensar en la posibilidad de elaborar una convención sobre cooperación internacional y protección del menor en materia de restitución incorporando mayores soluciones materiales directas. También las definiciones autárquicas resultan convenientes por lo clarificadoras, en los convenios internacionales.

4. En el ámbito específico de la restitución internacional de menores, no es una tarea fácil la identificación de elementos regionales característicos<sup>91</sup>. El Convenio de La Haya inspiró en gran

---

<sup>89</sup> Para mayor información sobre esta controversia, ver FRIEDMANN, W. *El Derecho en una Sociedad en Transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966. El autor ilustra acabadamente, sobre las posiciones detentadas por Savigny y Benthan sobre este problema. Mientras que el científico prusiano entiende que “el derecho se encuentra” y “no se hace” siendo a través de la costumbre cuando se desarrolla y es aceptado pacíficamente que el cuerpo legislativo entra en acción; Benthan confía en la eficacia reformadora de las leyes racionalmente estructuradas y su función estimulante en las transformaciones sociales.

<sup>90</sup> CALVENTO SOLARI, Ubaldino; “Modernas tendencias del Derecho de Familia” Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, 1986.

<sup>91</sup> FERNANDEZ ARROYO, Diego; “Convención Interamericana sobre restitución.....”ps.139-174..

medida la CIDIP. Sin embargo, las circunstancias geográficas y temporales conducen a elaborar fuentes distintas sobre la materia.

5. La adhesión de un mismo Estado a diferentes textos legales sobre el mismo tema, puede aparecer como una secuencia innecesaria. El hecho que contemos con una convención a nivel universal, como la de La Haya de 1980, obliga a plantear el problema de la duplicación de fuentes, pues es importante una mínima coherencia sistemática. Sin embargo, al asumir como cierto que el universalismo es hoy uno de los rasgos definitorios de La Conferencia de La Haya, cabe afirmar que de él todos somos tributarios y que, por cierto, el regionalismo no tiene finalidad competir con aquél, ni siquiera, obrar de modo desvinculado y reiterativo.<sup>92</sup> En todo caso, es en la interrelación de las fuentes a través de los órganos de creación, donde se pone de manifiesto el valor de la coordinación, como el gran lenguaje necesario de la comunidad internacional y no sólo del D.I.Pr.

6. Existe hoy una creciente interdependencia y ésta es la que reasegura la coordinación, ambas resultantes de la evolución de la comunidad internacional, y es dentro de este marco, que se atiende al papel del regionalismo respecto al universalismo, más como un criterio de funcionalidad en la distribución de la tarea codificadora global, que de una suerte de provincianismo científico aislacionista. Ese ha sido y es nuestro enfoque de las relaciones entre La Haya y CIDIP y acaso sirva como ejemplo concreto la fórmula de compatibilidad del art. 34 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores con el Convenio de La Haya de 1980: entre los Estados de la OEA rige la Convención Interamericana, aunque sean parte del Convenio de La Haya, salvo que los propios Estados Parte lo convengán diferente.

7. Los desarrollos jurídicos interamericanos guardan un paralelismo con soluciones consagradas por la Conferencia de La

---

92 OPERTTI BADÁN, Didier; "La Codificación del Derecho Internacional Privado: Análisis comparativo de la labor realizada por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya y por la CIDIP", en: España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado, Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado; Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande; 1993, p. 279.

Haya de Derecho Internacional Privado, adaptando las soluciones de dichos textos a las realidades de nuestro Continente. Estas son cuestiones de frecuente planteo ante los tribunales del continente cuya correcta resolución ha de contribuir ciertamente a la mejor protección de los derechos de la niñez<sup>93</sup>.

8. La conexión residencia habitual, hoy es acogida en forma unánime con relación a la minoridad en el Derecho Internacional Privado, cuanto supone una solución notoriamente mas adecuada y tuitiva de la protección de los niños que el domicilio legal, muchas veces no coincidente con el país de verdadera y estable residencia del menor, lo que puede determinar que un niño incorporado efectivamente a una sociedad en la que se está formando jurídicamente resulte ajeno a la misma.<sup>94</sup>

9. Acaso sea ésta la materia en que pueden apreciarse con mayor nitidez las consecuencias del denominado “conflicto de civilizaciones” El fenómeno migratorio contribuye a profundizar el problema hasta límites insospechados por los alcances que tiene el interés jurídicamente protegido.

10. Se impone efectuar una valoración de los textos convencionales a fin de evitar oscilaciones importantes en relación al cauce procesal a utilizar distinguiendo a su vez los objetivos, particularidades y procedimientos previstos en cada uno de los convenios relacionados.

11. La ratificación de la Conferencia de La Haya y de la CIDIP por los países de la región, no obstante los defectos o críticas

---

93 ABARCA, Fernando T.; Boletín del Instituto Interamericano del Niño, OEA, Infancia; N° 232, t°. 65; agosto 1993. El Dr. Abarca, como Presidente del Consejo Directivo del IIN, en la Editorial del Boletín de cita, destaca la importancia de la Convención de los Derechos del Niño aprobada por las Naciones Unidas en 1989, a la vez que exhorta a la comunidad científica a continuar con el estudio y análisis de los problemas de niñez de los cuales se ocupa el Instituto Interamericano del Niño.

94 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo; p. 9 IIN. Asimismo, cabe traer a colación, que en oportunidad de concretarse la segunda Convención de La Haya sobre Competencia y Ley aplicable en materia de Protección de Menores, en 1961 (la primera fue en 1902) se abandonó el punto de conexión “nacionalidad” para indicar la ley aplicable, reemplazándolo por el de la “residencia habitual”.

que puedan generar, sería un gran avance que contribuiría de manera significativa a fortalecer sustancialmente la protección del menor. Complementado ello con el fortalecimiento que provoca en los Estados los instrumentos legales de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional.

## Capítulo II

### Eficacia de las reglas aplicables a la protección de menores en el marco de la integración

¿Son efectivamente protectoras las normas vigentes en materia de restitución internacional de menores en el bloque regional?

*Fabio MASTRÁNGELO<sup>95</sup>*  
*“La única verdad es la realidad”,*  
*Aristóteles*

#### I. Introducción

La concretización de los denominados fenómenos condicionantes del derecho internacional privado (DIPr)<sup>96</sup> demuestra a las claras que esta materia se encuentra en pleno apogeo; las situaciones jusprivatistas internacionales han dejado de ser un laberinto de inextricables fronteras para pasar a ocupar un sitio de privilegio en la arena cotidiana<sup>97</sup>.

Entre los sectores que han crecido en su realidad exponencial cabe señalar el significativo incremento (inimagina-

---

95 Profesor de Derecho internacional privado, Universidad Nacional de Córdoba, Máster en Derecho comunitario europeo Universidad Complutense de Madrid, abogado especialista de derecho internacional privado.

El agradecimiento especial a la Dra. Graciela Tagle, Jueza de enlace en Argentina de la Red Internacional de Jueces de La Haya, por el valioso y fructífero aporte en la discusión para la elaboración del presente trabajo.

96 Sobre el punto véase D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2002.

97 A. Dreyzin de Klor, “Familia, postmodernidad y derecho internacional privado”, *Rev. Mex. DIPr*, n° 26, 2010, pp. 73 y ss.

ble hace sólo una década) de casos en materia de restitución internacional de menores<sup>98</sup>. La globalización<sup>99</sup> trajo entre sus despliegues el desarrollo de la “familia internacional” cuyas particularidades culturales, religiosas y sociales, influyen en la modificación de la concepción tradicional del DIPr de familia<sup>100</sup>. En este orden de ideas, cabe consignar que este modelo de familia se manifiesta en mayor medida en la “nueva era” que transitamos, signada por importantes transformaciones científicas, técnicas y morales, las que prudentemente llamamos post-modernidad<sup>101</sup>.

---

98 Se debe destacar que el Instituto Interamericano del Niño (IIN) mediante Resolución CD/RES. 03 (82-R/07), ha dispuesto: Reconocer que el uso del término “menor” tanto en el texto del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, como en los documentos en estudio en esta materia, y que promueve el IIN en sus actividades, debe entenderse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, como sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Se alienta a la oficina del IIN a dejar explícito éste uso de términos en los diferentes documentos de trabajo que elabore citando esta resolución.

99 A.L. Calvo Caravaca /J. Carrascosa González, “Globalización, Secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980), en [http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/international\\_law/revista\\_2/4.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/international_law/revista_2/4.pdf); J. Basedow citado por lo autores entiende que: la globalización se trata *del hecho de que un creciente número de problemas sociales muestran una dimensión global que no puede ser abordado con soluciones nacionales*.

100 Véase entre otros E. Jayme, “O Direito Internacional Privado e a Família no Umbral do Século XXI”, *Cuadernos do Programa de Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS*, Brasil, vol. I N° 1, 2003, pp. 99-107; P. Mestre Casas, “La sustracción y restitución internacional de menores en el derecho internacional privado español”, en: E. Llamas (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 499-542.

101 Al respecto véase M .A. Ciuro Caldani, “Los nuevos paradigmas de la familia internacional”, en: *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, A. Dreyzin de Klor / C. Echegaray de Maussion (coords.), Córdoba, Advocatus, 2011, pp. 13 y ss.. También S. Sánchez Lorenzo, “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1994, pp. 557 y ss. ; E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, T. 251, 1995, pp. 57 y ss.

Dentro del contexto mundial nos interesa destacar la situación que atraviesa el Mercosur en el sector, atendiendo al tema que nos ha sido asignado. Bien conocemos que se trata de un proceso generado en la última década del siglo XX con particulares características, metodología y objetivos<sup>102</sup>. Sin embargo, los problemas perfeñados en la región la vinculan directamente con Europa pues la crisis sufrida en estas tierras desde mediados de los noventa extendiéndose principalmente hasta los primeros años del siglo XXI, revirtió en graves problemas sociales que aumentaron la emigración<sup>103</sup> de las familias mercosureñas hacia los países del viejo continente en la búsqueda de mejores condiciones de vida.

Ahora bien, esa situación hoy ha cambiado y justamente, los mismos problemas que produjeron las significativas migraciones desde nuestros países se han modificado y actualmente, los entonces migrantes, regresan a sus ciudades de origen, impulsados por la crisis económica actual en varios países de la Unión Europea.

Frente a estas circunstancias, y atento a que entre las consecuencias que derivan de las relaciones jurídico privadas que han nacido durante ese lapso de tiempo se destaca el incremento de casos en el tópico que tratamos<sup>104</sup>, se torna fundamental para el proceso subregional contar con herramientas normativas que den respuesta al actual panorama.

Ahora bien, ante la pregunta ¿qué ha hecho el Mercosur<sup>105</sup> en este campo? Cabe consignar que solamente encontra-

---

102 A través del MCS los Estados Parte se proponen efectivizar la libre circulación de las cuatro libertades fundamentales, a saber: de mercancías, personas, servicios y capitales. A tal efecto señala el Tratado fundacional que es esencial armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes (art. 1 inc. 4). En consecuencia, a fin de facilitar la circulación de personas y evitar los problemas que provocan éstas libertades es sumamente útil unificar el DIPr. interno.

103 Sobre el tópico véase O. Mantero de San Vicente, *El Derecho a migrar*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, pp. 29 y ss.

104 Entendemos que para cualquier abordaje en materia de Restitución internacional de menores, es lectura obligada el trabajo de la profesora E. Pérez Vera, Informe explicativo, disponible en <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>.

105 El Mercado Común del Sur actualmente tiene como miembros plenos a los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, Vene-

mos dos decisiones que abordan la cuestión: la Decisión Nro. 6/92 del Consejo Mercado Común (CMC)<sup>106</sup> por la que se recomienda a los gobiernos la ratificación de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Restitución internacional de menores de 1989 (en adelante CIDIP IV-RIM)<sup>107</sup>; y la Recomendación Nro. 03/03<sup>108</sup> por la que se sugiere a los Estados parte (EP), el estudio y análisis de la Convención relativa a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños de La Haya del 19 de octubre de 1996<sup>109</sup>. La idea que prima en esta recomendación es que los EP adhieran a este instrumento jurídico.

Esta última convención tiene un campo de aplicación más amplio hacia la protección de menores que el instrumento de CIDIP por lo que no resulta azarosa la sugerencia, pese a que los países han hecho caso omiso a tal Decisión. Esta conducta bien amerita una reflexión en tanto el espíritu integrador que debe inspirar y orientar a los países involucrados en un proceso regional indicaría asumir una actitud diferente, favorable a la armonización y unificación legislativa y atendiendo a la cooperación judicial que se incentiva a través de convenios del tenor del citado.

En definitiva y atendiendo a la realidad normativa de la región deviene que el instrumento de mayor aplicación para estos casos sea la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 (en adelante Convenio de La Haya), vigente en los EP del Mercosur y en la mayoría de los Estados asociados<sup>110</sup>.

---

zuela aún no posee esa calidad ya que falta la aprobación por parte del Congreso paraguayo al tratado de adhesión. Bolivia, Chile, Perú, Colombia y Ecuador son miembros asociados, véase A. Dreyzin de Klor / M. Morales, *Ampliación del Mercosur. El caso Venezuela*, Buenos Aires, Zavalía, 2009.

106 Disponible en <http://www.mercosur.int/show?contentid=2602>

107 Los siguientes Estados ratificaron la CIDIP IV: Argentina 02/15/01 RA, Bolivia 10/08/98 RA, Brasil 05/03/94 RA, Paraguay 10/08/96 RA, Uruguay 08/31/01 RA, Venezuela 06/26/96 RA.

108 Disponible en: <http://www.mercosur.int/show?contentid=1470>.

109 Al respecto ver J. Dolinger, *A crianca no direito internacional*, Rio de Janeiro-Sao Paulo, Renovar, 2003, pp. 122 y ss.

110 El Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción inter-

Frente al supuesto en que ambos convenios estén vigentes entre los estados involucrados en la potencial hipótesis de restitución internacional de un niño, la CIDIP IV-RIM sobre el tema especialmente determina su prioridad de aplicación con la única excepción de que se haya acordado en sentido diferente entre los mismos estados<sup>111</sup>.

Desde la perspectiva continental –americana-, más de la mitad de los 35 Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) son en la actualidad parte del Convenio de La Haya y, más de la tercera parte de los miembros de la OEA son actualmente parte de la CIDIP IV-RIM.

Vemos así que en la región contamos con la CIDIP IV-RIM, el Convenio de La Haya de 1980 y algunos convenios bilaterales vigentes entre los EP, como el Argentino- Uruguayo sobre restitución internacional de menores<sup>112</sup>.

Como hemos adelantado, debemos referirnos a la problemática en el proceso de integración, empero por los motivos apuntados no podemos acotar el tratamiento a este ámbito geográfico, y en consecuencia es necesario referirnos al Convenio de La Haya dado su carácter global.

En nuestros días la cooperación judicial es una herramienta imprescindible en el campo de las relaciones internacionales para evitar la discontinuidad de las relaciones jurídicas<sup>113</sup>. A tal efecto es preciso que los jueces conozcan los instrumentos normativos y que se concienticen de la importancia de la cooperación. De este modo, a la hora de su aplicación judicial se respetarán los principios subyacentes a las normas convencionales elaboradas, entre los que cabe destacar la celeridad, la

---

nacional de menores fue adoptado en sesión plenaria el 24 de octubre de 1980, por el decimocuarto periodo de sesiones de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado. El instrumento se encuentra en vigor en los siguientes Estados mercosureños: Argentina 01/12/1990, Brasil 01/01/2000, Paraguay 01/08/1998, Uruguay 01/02/2000, Chile 01/05/1994, y Venezuela 01/01/1997 (éste último aun no es miembro pleno).

111 Ver CIDIP IV - RIM; art. 34.

112 Disponible en [http://www.menores.gov.ar/index.php?sop=restitucion&ssop=legislacion\\_restitucion](http://www.menores.gov.ar/index.php?sop=restitucion&ssop=legislacion_restitucion)

113 Al respecto véase A. Dreyzin de Klor / A. Perotti, *El Rol de los tribunales nacionales de los Estados del Mercosur*, Córdoba, Advocatus, 2009, p. 29 y ss..

inmediatez, el conocimiento por parte de sus jueces del acervo jurídico de la cooperación y de los profundos cambios que la asistencia va adquiriendo en la actualidad.

Bien se ha manifestado que resulta de fundamental importancia la cooperación jurisdiccional de los Estados miembros en el Convenio de La Haya, pero también es primordial la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico de que se trate a fin de proteger al niño, arbitrando las medidas y decisiones pertinentes con relación al fondo de la custodia en protección del interés superior de aquél<sup>114</sup>.

En la materia que nos ocupa, el principio protectorio e inspirador de toda decisión así como el espíritu a tener presente a lo largo de todo el procedimiento, es “el interés superior del niño”<sup>115</sup>. Tanto el Estado desde sus órganos jurisdiccionales,

---

114 Ver N. Rubaja, “Los criterios se unifican. Los Tratados se cumplen”, Jurisprudencia anotada, *Lexis*, N°0003/015191, pp.18.

115 Conforme al art.11 de la Convención de los Derechos del Niño: “1.Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”. 2. Para este fin, los Estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos pre-existentes”. La República Argentina ha adoptado los siguientes tratados vigentes: la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, de 1980, aprobada por la ley 23.857 (B.O. 31/10/1990); dos tratados regionales interamericanos elaborados en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado: la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Ley 25.358 – B.O. 12/12/2000); la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (Ley 25.179 – B.O. 26/10/1999); el Convenio Bilateral sobre Protección Internacional de Menores, vigente desde diciembre de 1982, entre la República Argentina (aprobado por ley 22.546) y la República Oriental del Uruguay (por decreto ley 15.218 del 20/11/1981). Además del compromiso estatal mencionado en los casos de traslado o retención ilícitos de niños en el extranjero (art.11), en diversas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño se garantizan a todo niño sus relaciones familiares (art.8) que comprenden: el derecho a no ser separado de sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo en forma regular con ambos padres (art.9), la reunificación familiar (art.10), las relaciones personales y contacto directo cuando uno de los padres resida en un Estado distinto al del domicilio del niño (art.10), la corresponsabilidad parental en su crianza y desarrollo (art.18), la protección y asistencia del Estado ante la carencia de relaciones familiares (art.20) o en su caso la adopción (art.21).

como el aplicador del derecho y en definitiva la comunidad toda, deben respetar una férrea observancia de ese principio, impidiendo que, por su errónea interpretación o aplicación, se cause un daño irreparable a personas que en razón de su edad, deben recibir especial protección<sup>116</sup>.

Conforme a lo expuesto, el proceso integrador no agrega ni quita, y en todo caso en la dimensión subregional se evidencia el uso casi exclusivo del Convenio de La Haya, con un trabajo más intenso de los órganos en este ámbito espacial<sup>117</sup>. Esto es así aunque desde la OEA se ha creado una Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en Materia de Derecho de Familia y Niñez, que si bien no se circunscribe exclusivamente a la restitución de menores, prevé soluciones en la materia<sup>118</sup>.

---

116 En ese sentido ver: P.P. MIRALLES SANGRO, "Balance de la actuación que desarrolla la CIDIP en materia de protección de menores: Regionalismo versus Globalización", en: *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 389.

117 Sobre esa tarea ver A. Borrás / J.D. González Campos, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, Madrid, Marcial Pons, 2º Ed., 2008.

118 La Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en Materia de Derecho de Familia y Niñez ("la Red") se originó en la "Séptima Reunión de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas" (REMJA VII). La Secretaría de Asuntos Jurídicos creó la misma con base en las cuatro convenciones interamericanas sobre derecho internacional de familia acordadas por la OEA (Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, y Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores) y con especial énfasis en los derechos de los niños. La Red procurará facilitar el acceso al sistema interamericano de protección de la familia y la niñez y fomentar la cooperación internacional en la materia. La Red está conformada por tres componentes: un sitio público en Internet, un sitio privado en Internet y un sistema de comunicaciones electrónicas seguras. El Componente Público de la Red consiste de un sitio de Internet que contiene información de libre acceso relativa a cómo proteger y hacer valer los derechos de los niños y las familias. El sitio contiene información de legislación y autoridades competentes del sistema interamericano, incluyendo la forma en la que los usuarios del sistema se pueden poner en contacto directo con ellas. El componente privado de la Red pone a disposición de los usuarios nombrados por

Dado que se utiliza preferentemente el Convenio de La Haya el análisis versará sobre el instrumento universal y los problemas que derivan en la aplicación de la faz normativa, y algunos de los intentos realizados para encontrar una solución conforme los expertos que trabajan en el foro de codificación, centrándonos con especial interés en la perspectiva jurisprudencial.

Finalmente, propondremos a modo de contribución las pautas que a nuestro criterio, coadyuvarían al mejoramiento del instituto y a brindar mayor eficacia en su aplicación normativa en el Mercado Común del Sur.

## **II. Principales problemas identificados en la aplicación de las convenciones**

### **1. El factor temporal. Algunos datos estadísticos**

No es novedoso señalar el estado de colapso que adolecen los tribunales en función de los procesos incoados ante sus estrados, esencialmente en materia de juzgados de familia - al menos en Argentina. Esta situación nos lleva a afirmar que, en el orden interno los tiempos son lentos, y ello se acentúa en un asunto internacional, donde el error en un acto procesal o la omisión de algún requerimiento pueden significar la pérdida de varios meses.

Cobra así un papel fundamental la tarea de los jueces<sup>119</sup>,

---

los países un espacio en Internet con información privada y de acceso restringido, en el cual se puede intercambiar información relativa a la cooperación en general y/o a casos específicos. El sistema de comunicación electrónica seguro posibilita el intercambio de información auténtica y confidencial entre las autoridades designadas para la Red, a través de un servicio que proporciona un sistema de correo electrónico instantáneo seguro, así como un espacio para reuniones virtuales e intercambio de los documentos pertinentes, disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/derecho\\_de\\_familia.htm](http://www.oas.org/dil/esp/derecho_de_familia.htm).

119 Esta tarea es una cuestión primordial que requiere del conocimiento y entrenamiento de los mismos, en orden a la aplicación de los convenios en materia de restitución, Ver en ese sentido, I. GOICOECHEA, "Derecho procesal de familia y funcionamiento de convenios internacionales", en: *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, A. Dreyzin de Klor / C. Echegaray de Maussion (coords.), Córdoba, Advocatus, 2011, pp. 194-195.

las autoridades centrales y todos aquellos funcionarios que se desempeñan en un proceso de restitución de niños, a fin de respetar y cuidar la integridad de éstos, en el mejor talante posible.

Sabido es hoy que esa protección se encuentra universalizada en los Tratados de Derechos Humanos (TDDHH) y además se les reconoce jerarquía constitucional en la mayoría de los sistemas de derecho<sup>120</sup>. A este trabajo autorizada doctrina lo considera un verdadero proceso de humanización encarado por los países.<sup>121</sup>

De nada valen los derechos declarados si no se cumplen y la mayor garantía de efectividad de los derechos es el control judicial aunque también, el de los ciudadanos, como el control democrático del soberano - primer guardián del orden constitucional supremo - que ya no se agota en las constituciones nacionales sino que se extiende a lo establecido en los tratados internacionales incorporados con igual jerarquía<sup>122</sup>.

Los datos estadísticos con que contamos en la actualidad permiten conocer la duración de los procesos, tanto en CIDIP IV-RIM, como los desarrollados bajo lo dispuesto en el Convenio de La Haya.

En la esfera interamericana los números se muestran, aunque no deseables, tolerables. El tiempo transcurrido entre la solicitud de restitución y el efectivo regreso del menor al lugar de su residencia habitual oscila en un plazo que va desde los 47 a los 207 días, esto es, un promedio de tres meses<sup>123</sup>.

Nuevamente aquí debemos insistir, aunque suene tedioso y reiterativo, que se trata de proteger a personas que se encuentran en una etapa de crecimiento en la que los daños, perturbaciones y conflictos que sufran durante el proceso, quedarán

---

120 Al respecto véase N. Lloveras / M. Salomón, *EL derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2009, pp. 41.

121 Ver J.C. Fernández Rosas / S. Sánchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado*, 3° Ed., Madrid, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 122 y ss.

122 Ver A. Dreyzin de Klor, "Una vez más, los niños como prenda de conflicto", *Revista de Derecho de familia* 2011-I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 17-27.

123 Los datos son del año 2007/2008 iniciados ante la Autoridad Central de la República Argentina, pueden verse en [www.menores.gov.ar](http://www.menores.gov.ar)

marcados a fuego para el resto de sus vidas, de ello deriva la extrema medida con que todo debe atenderse<sup>124</sup>.

En el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya contamos con datos más actuales, según observamos del meticoloso informe del Profesor Nigel Lowe, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cardiff<sup>125</sup>. Ese informe ha sido tomado como documento preliminar N° 8 de mayo de 2011, para la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico de la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la Convención de La Haya 1996 sobre Responsabilidad parental y protección de menores.

En la Parte II del informe referida a la faz regional, se consigna que durante el año 2008 se recibieron 314 solicitudes en Latinoamérica, lo que representa el 16% de todas las solicitudes recibidas a nivel mundial ese año. De los 314 pedidos recibidos, 61 de ellos procedían de distintos Estados latinoamericanos (19%). Asimismo, 173 (55% del total) de las 314 solicitudes recibidas por los Estados latinoamericanos provino de los EE.UU.

Tomando en cuenta los EP del Mercosur que respondieron a la encuesta realizada para obtener ese informe, la proporción de solicitudes procedentes de otros Estados de América Latina varían considerablemente. Paraguay recibió 3 solicitudes que provenían de Estados latinoamericanos, como también Chile, con 10 de 14 solicitudes, y Uruguay con 5 de 7 solicitudes que vinieron también de Estados latinoamericanos, es decir que la mayoría de las restituciones se dan en ese ámbito geográfico.

Por el contrario todas las solicitudes recibidas por Brasil (27 solicitudes) fueron de Estados fuera de América latina, ya sean europeos o asiáticos, demostrando así la importante relación existente entre el coloso brasileño y aquella parte del

---

124 Sobre el punto ver A. Husni /M.F. Rivas, "Separaciones dañinas: Daño psicológico en los hijos", *Familias en litigio – Perspectiva psicossocial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, pp. 55 y ss.

125 Un análisis estadístico de las solicitudes hechas en 2008 bajo la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la restitución internacional de menores, disponible en <http://www.hcch.net>

mundo, marcada seguramente por un tinte comercial y económico que influye en el direccionamiento del tráfico de personas.

Argentina recibió un total de 21 solicitudes<sup>126</sup>, 5 de ellas procedían de Estados latinoamericanos y 16 provenientes de países no latinoamericanos.

Hubo entonces 72 solicitudes en los Estados mercosureños, sobre un total de 283, lo que representa un 25 % del total en Latinoamérica, demostrando así el movimiento transfronterizo que ha adquirido la zona.

Ahora bien, cuando analizamos el tiempo de duración de los casos advertimos que las solicitudes recibidas por los Estados latinoamericanos en general, sin poder discriminar los EP del Mercosur, se resolvieron en un promedio de 275 días (si la solicitud provenía de otro Estado latinoamericano) y de 249 días si era de un Estado no latinoamericano.

Así, para la resolución de un caso de restitución en el territorio integrado, se emplean aproximadamente 250 días de promedio, cifra cercana a los ocho meses y medio, y sobre ese tiempo tenemos que trabajar a fin de lograr su reducción.

## **2. Desconocimiento de las normas existentes en la materia por parte de las autoridades que intervienen en un proceso de restitución**

Mediante la labor de los órganos de codificación se intenta prever todas las situaciones que se pueden presentar en una restitución internacional, pero es lógico que queden fuera de esa previsión algunas cuestiones que son puramente procesales y que varían dependiendo del país donde se lleve a cabo la restitución, como también del sistema jurídico que impera en ese estado.

Nos referimos a la actuación de instituciones como la autoridad encargada del sistema de migraciones, la policía de la jurisdicción requerida y los órganos auxiliares de la justicia que

---

126 Nótese que esa cantidad es casi similar a la de Brasil, pero que existen diferencias abismales en cuanto a la población de cada uno de estos países, teniendo Argentina poco más de 40 millones de habitantes contra los casi 197 millones de su par brasileño.

cada Estado adopte, tales como funcionarios judiciales y equipos técnicos interdisciplinarios.

La primera medida a adoptar por un juez que recibe por parte de la Autoridad Central una solicitud de restitución es el cierre de fronteras y la inmediata localización del menor, ya sea a través de Interpol u otro organismo. Esa tarea tendrá éxito si las autoridades en la materia conocen, o al menos han sido instruidos acerca de la existencia de normativa universal, y el compromiso que implica el cumplimiento de la misma en el orden internacional.

Creemos que sería de suma utilidad que el Mercosur a través de algunos de los nuevos espacios que ha creado en aras de llegar a la ciudadanía<sup>127</sup> realizara una sistemática difusión de las convenciones existentes en el ámbito de la restitución internacional, es más, la tarea sería mucho más eficaz si se complementara con advertencias relativas a la correcta explicitación de los motivos que conlleva el cumplimiento de los pedidos de restitución y del respeto a su normativa procesal sustentada por el carácter autónomo de la medida.

Ese material que además de ser enviado vía internet a todos los Estados Parte, puede ser distribuido a través de folletos u otro tipo de publicación escrita, herramienta que utilizara la Unión Europea (UE) y que demostró excelentes resultados en diversos ámbitos de su legislación.

Quizás parezca una medida insignificante, pero de la experiencia práctica que hemos podido recabar otro aspecto debe tornarse fundamental en esta materia. Nos referimos a la preparación de la policía de los países en orden a como funciona este instituto destacando que no existe la prejudicialidad penal en materia de restitución internacional, y que aún cuando se haya entablado una denuncia por violencia o alguna figura penal del Estado requerido, existiendo una orden de restitución, ésta debe cumplirse indefectiblemente.

---

127 MERCOSUR/CMC/DEC. N° 64/10. Estatuto de la ciudadanía del Mercosur. Plan de acción. Ver también MERCOSUR /CMC/DEC. N°65/10 Unidad de Apoyo a la participación social, la cual tiene en cuenta a las Decisiones N° 61/00, 03/07, 07/07, 39/08, 05/09 e 63/10 del Consejo Mercado Común, y a las Resoluciones N° 54/03, 06/04, 04/07 y 68/08 del Grupo Mercado Común.

Ahondamos en ello porque resulta ser una estrategia empleada por abogados que desconocen el Derecho internacional privado y acuden a esa maniobra con asiduidad. Además de señalar la existencia de la normativa y su jerarquía, se puede agregar información de los nuevos institutos en la materia, como son la Red de jueces, el Juez de enlace, las Comunicaciones Directas y todas las iniciativas que foros como la Conferencia de La Haya, han ido adoptando a través de sus trabajos.

### **3. El problema económico**

Entre los problemas que más influyen en la práctica de la aplicación de los convenios, el tema económico no es para nada menor. Para dar cabal cumplimiento a una restitución de menores y regresar el niño a su residencia habitual, es necesario afrontar gastos que pueden implicar una suma elevada y no siempre los protagonistas del conflicto cuentan con tales fondos.

El art. 26 del Convenio de La Haya, en su parte final reza “Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, todos los costos o pagos efectuados para localizar al menor, las costas de la representación judicial del demandante y los gastos de la restitución del menor”.

Igual inteligencia asume el art. 23 in fine de CIDIP IV-RIM, “Sin embargo, al ordenar la restitución conforme a los dispuesto en la presente Convención, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en el localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución”.

Pero más claro aún, resulta el art. 13 de CIDIP IV-RIM cuando establece: “Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren

tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedaran sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas. Los gastos de traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal”

Las citadas normas parecen haberse transformado en letra muerta. Frente a una orden de restitución librada por el tribunal de la residencia habitual del menor al juez del país al cual el niño ha sido trasladado, los gastos que se generan a quien detentaba la guarda son en no pocas oportunidades, muy difíciles de afrontar. Téngase presente que nos referimos a pasajes aéreos, estadías en hoteles y permanencia en el estado al cual el niño fue trasladado o en el que ha sido indebidamente retenido.

No olvidemos que los sistemas jurídicos en su mayoría, exigen la presencia del progenitor que solicita la restitución en la audiencia; y conforme se establece normativamente, su ausencia es interpretada como una falta de interés, con la grave consecuencia que lleva a la Autoridad Central a sugerir al juez que proceda a devolver el expediente.

Destacamos este tema pues las erogaciones, tratándose de una restitución originada en esta parte del continente, requiere afrontar gastos cuyo pago debe hacerse en Dólares o Euros, y los montos a que ascienden, en la mayoría de los Estados latinoamericanos, supera con creces hasta dos y tres sueldos promedio de nuestra región.

La posibilidad de obligar al pago al progenitor que trasladó o retuvo ilegalmente, resulta casi imposible a la luz de la realidad, ya que si es la celeridad lo que debe primar en estos procedimientos, imaginemos tener que ejecutar una decisión que condena al padre incumplidor; va de suyo que una acción en su contra echaría por la borda el espíritu sobre el que se sustenta el proceso restitutorio.

Observamos con preocupación que en el ámbito latinoamericano a través de la OEA, y en el europeo, mediante la última reunión celebrada en el mes de julio relativa a los aspectos prácticos del funcionamiento del Convenio de La Haya, el tema que señalamos no ha sido abordado. En todo caso, si hubo referencias a la cuestión, éstas no surgen de las conclusiones que han salido a la luz.

Desde otra perspectiva, en orden a la cantidad de casos planteados, resulta difícil contar con datos estadísticos veraces, ya que son numerosas las restituciones voluntarias que pasan por este tamiz, como se verá en los casos reseñados infra.

Más difícil es proponer de manera simple la creación de un fondo especial al efecto, a sabiendas que los temas económicos resultan ser el talón de Aquiles para los órganos codificadores, sin embargo, si nuestra aspiración es bajar línea de los problemas que surgen frente a estos conflictos con la convicción que guía nuestro interés, o sea que efectivamente se resuelvan, el tema económico debe abordarse, analizarse, y resolverse sin dejar que sea la situación de los partícipes en el proceso la que decida si la restitución procederá o quedará sin respuesta por falta de recursos.

Tenemos conocimiento que la Autoridades centrales facilitan los fondos cuando se trata de restituciones que involucran a sus nacionales, a fin de que regresen a sus territorios de origen. Estimamos que debería brindarse siempre el auxilio económico, independientemente de la nacionalidad del niño, ya que es otra manera de ver a la cooperación como un instituto sin fronteras geográficas.

### **III. Algunas iniciativas en curso de evaluación**

#### **1. Red de jueces de enlace**

Ha quedado claramente reflejado, que para un efectivo funcionamiento protectorio de las normas aplicables en materia de restitución internacional de menores, se torna inevitable que exista una fluida cooperación entre jueces y autoridades centrales, ya que la responsabilidad de estos en la protección del niño es compartida.

Para avanzar en sus logros, desde el precedente que fue el Primer Seminario de Jueces Latinoamericanos sobre el Convenio de La Haya de 1980, realizado en Monterrey, México, (2004) la Red de Jueces de La Haya ha transitado un interesante proceso de trabajo cuya última reunión tuvo lugar este año (2011), en el mes de febrero, en México D.F.<sup>128</sup>. Como resulta-

---

128 Reunión Interamericana de la Red de Jueces de La Haya y Au-

do de esta labor se pueden extraer valiosas conclusiones sobre las que nos detendremos particularmente en las que interesan a nuestro objetivo.

En este orden de ideas destaquemos que en las reuniones se señaló la modificación que ha tenido lugar en las leyes procesales de varios Estados con el propósito de acelerar los procedimientos, limitando en algunos casos las instancias de apelación así como también reduciendo el número de audiencias, llegando inclusive a establecer una única en las hipótesis que lo permiten.

Esta medida es muy importante; ya hemos manifestado que el progenitor que realiza un viaje muchas veces intercontinental para asistir a una audiencia, dejando su trabajo y obligaciones pendientes en el lugar de su residencia habitual, puede verse seriamente perjudicado si el procedimiento en el Estado requerido se dilata con audiencias muchas veces innecesarias, que incluso tornan imposible prever una fecha cierta para reservar el pasaje aéreo de regreso.

Se ha alentado también en la Reunión de México, a aquellos Estados que aún no han designado juez para la Red de La Haya a proceder en consecuencia, Aclaremos sin embargo, que en su mayoría, los Estados de la región interamericana ya cuentan con jueces de enlace designados.

Se han establecido, además, redes nacionales de jueces en varios Estados que a su vez, apoyan y se relacionan con la Red de Jueces de La Haya e IberRed<sup>129</sup>.

En el caso de Argentina<sup>130</sup>, esta red fue lanzada con éxito en octubre de 2008, hecho que se tradujo en que Argentina fuera el primer país de América Latina en contar con este meca-

---

toridades Centrales sobre Sustracción internacional de menores, co-organizada por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, Instituto Interamericano del Niño (OEA) y la Secretaría de Relaciones Exteriores de México. Disponible en: [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=events.details&year=2011&varevent=217](http://www.hcch.net/index_en.php?act=events.details&year=2011&varevent=217).

129 La Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional se orienta hacia la optimización de los instrumentos de asistencia judicial civil, penal y a reforzar los lazos de cooperación entre los países. Para mayor información véase: [www.iberred.org](http://www.iberred.org).

130 Ver G. Tagle, "National Network for Argentina", *The Judges' newsletter on International Child Protection*, vol. XV/autumn 2009, Special focus, theme 5, G. Tagle.

nismo y conciliar acciones con las grandes redes europeas. Las redes de que hablamos se componen por jueces expertos en la materia, que tratan de garantizar una representación federal, por lo que es importante que a su vez, cada provincia tenga su juez. El objetivo de la red es proporcionar asistencia a los organismos judiciales que así lo requieran, para que puedan proceder de manera eficiente y dar una respuesta adecuada a las solicitudes de restitución. En función de la modalidad utilizada, la colaboración se facilita a petición del magistrado que entiende en la causa con la participación del miembro de la Red geográficamente más próximo, ya que es quien a su vez reportará al Juez de enlace los pormenores del caso.

Advertimos que muchas veces los jueces ordinarios intervinientes en un proceso de esta naturaleza, pueden desconocer los avances que han ido surgiendo, lo cual es materia corriente para el juez de enlace, hecho que coadyuva a agilizar el proceso mediante su intervención. De allí que pueda comprenderse el trabajo que se efectúa para ampliar la Red.

Pensamos que sería de utilidad, por ejemplo, mediante la Autoridad Central junto con la documentación correspondiente al caso, la identificación del juez de enlace a fin de que el magistrado que intervenga pueda conocer que cuenta con esa asistencia. Claro está que con el correr del tiempo, y como las funciones del juez de enlace no se agotan sólo en el auxilio del caso concreto, la realización de seminarios, talleres, ciclos de conferencias y demás actividades similares, irán coadyuvando al crecimiento de esta interesante y útil figura.

No vacilamos en decir que el juez de enlace se está transformando en una figura forzosa en un proceso de restitución, ya que su conocimiento en la materia sirve para poder cumplir con los principios que deben primar en un caso de esta naturaleza.

## **2. Comunicaciones judiciales directas**

Teniendo en cuenta que el efectivo funcionamiento de las normas convencionales depende del esfuerzo común de todas las partes que intervienen en una cuestión de sustracción, en el ámbito de La Haya (la OEA -CIDIP- debería imitarlo) a través de las recomendaciones realizadas por la Comisión Especial del

año 2001, se animó a los Estados a considerar la designación de uno o más jueces u otras personas capaces de facilitar, a nivel internacional, la comunicación entre jueces o entre un juez y otra autoridad. (Recomendación 5.5).

Se exhortó asimismo a los Estados contratantes a fomentar de manera activa esa forma de cooperación judicial internacional, que se realizaría mediante la presencia de los jueces en conferencias judiciales intercambiando ideas y comunicándose con jueces extranjeros o explicando las posibilidades de la comunicación directa en casos concretos (Recomendación 5.6). De este modo se agiliza el procedimiento, limitándose dichas comunicaciones a cuestiones logísticas, intercambio de información, debiendo grabarse las comunicaciones y luego obtener una confirmación por escrito del acuerdo arribado, permitiéndose la presencia de las partes o de sus representantes en casos de una conferencia telefónica por ejemplo.

Ante el interrogante que podría plantearse sobre la necesidad de esta figura, nos animamos a expresar que no existen aspectos negativos en la utilización responsable de las comunicaciones directas, ya que esta vía ayuda a desentrañar dudas respecto de las particularidades procesales que tenga un juez acerca del sistema del otro juez parte del proceso.

Ahora bien, de la experiencia surge que con la finalidad de no viciar un procedimiento, es preferible que se establezca el contacto mediante el Juez de enlace. Las partes siempre deben ser anoticiadas del contenido de las comunicaciones, el empleo del correo electrónico como medio de comunicación frente al teléfono, tiene la ventaja del permitir al lector analizar la situación más detallada, superando incluso el problema del idioma si éste existiera<sup>131</sup>.

Así, se está trabajando en las Salvaguardas de las comunicaciones directas, con el objeto de que no existan preocu-

---

131 Véase “La comunicación judicial en el contexto de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la Competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”, *El Boletín de los Jueces*, Tomo XII, Jueza Robine de Lange-Tegelaar, Juez de Enlace, Países Bajos, 2007, pp.24.

paciones acerca del fundamento jurídico de las mismas, por lo que se invita a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que ese fundamento exista<sup>132</sup>.

Resaltamos que el uso de esta figura imprime de celeridad al proceso, obteniendo mediante una comunicación telefónica, la solución a problemas de diversa índole que de otro modo llevaría meses conseguir, pero insistimos, debe darse siempre prioridad a las debidas garantías procesales existentes en el sistema jurídico que se trate<sup>133</sup>.

### **3. Ley Modelo de normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niñosL**

La Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños<sup>134</sup>, (en adelante Ley modelo) es sin dudas, el instrumento más novedoso en la materia. Se utiliza la técnica legislativa del *soft law*<sup>135</sup> que con el tiempo va tomando mayor auge y reem-

---

132 Véase Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (1-10 de junio de 2011), Conclusiones y recomendaciones, ptos. 69 y 70, disponible en: [www.hcch.net/upload/wop/concl28sc6\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/concl28sc6_s.pdf).

133 Al respecto véase G. Tagle de Ferreyra, “Una resolución ajustada a derecho”, *Actualidad Jurídica -Familia y minoridad*, N° 73, pp. 7909.

134 Esta ley fue elaborada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y el Instituto Interamericano del Niño. Ese grupo fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay) y formaron parte del mismo la Dra. Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel González (EEUU), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Núñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá), y la Dra. Luz Capuñay Chávez (Perú).

135 El *soft law* es entendido como un conjunto de normas que no pueden ser impuestas coactivamente recurriendo a la fuerza pública. Éstas pueden emanar de actores estatales, ya sea legisladores, gobiernos u organismos internacionales. También pueden provenir de actores no estatales, como instituciones privadas o asociaciones profesionales o comerciales. Véase G. KAUFMANN-KOHLER, “La codificación y la normatividad del soft law”, en J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J. Moreno Rodríguez (coords.), *¿Cómo se codifica hoy en el Derecho internacional?*, Asunción, La Ley Paraguaya, CEDEP-Thomson Reuters, 2010, pp. 108-109.

plazando en parte a la metodología tradicional utilizada en foros como la Conferencia de La Haya, acercándose más a la utilizada por ejemplo en UNCITRAL.

La forma de ley modelo -ya las CIDIP han adoptado esta modalidad en materia de Garantías mobiliarias<sup>136</sup>-, tiene en común con la convención que ambas son productos que se ofrecen a los Estados, lo que varía es el margen de maniobra de que éstos gozan para trasladar a los sistemas autónomos esas soluciones adoptadas en el ámbito internacional, y en consecuencia, el grado de compromiso exigido para llegar a cada solución cuando se elabora el texto internacional<sup>137</sup>.

En esta ocasión, y por la modalidad empleada, no estamos en presencia de un nuevo convenio, sino que se trata de normas que han sido creadas específicamente para que los Estados elaboren normas internas que estén direccionadas a interpretar con mayor facilidad y precisión, las convenciones en el marco de la restitución internacional de menores<sup>138</sup>. Se evitarían así, muchas de las incongruencias que observamos en el tratamiento de las acciones de restitución por parte de los jueces, con errores que a veces llegan a los máximos estrados judiciales y muchas veces solo por falta de un encuadre jurídico correcto<sup>139</sup>.

---

136 Véase al respecto, D.P. Fernández Arroyo, *Derecho internacional privado interamericano Evolución y perspectivas*, México, Ed. Porrúa, 2003, pp. 108 y ss.

137 D.P. Fernández Arroyo, "Razones y condiciones para la continuidad de la CIDIP. Reflexiones de cara a la CIDIP VII", en: D.P. Fernández Arroyo/F. Mastrángelo, (coords.), *El futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América. De la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alveroni Ed., 2005, pp.72.

138 La Ley modelo tiene como fuentes entre otros, al Reglamento del Consejo de la Unión Europea N° 2201 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; la Ley de Enjuiciamiento de España, Título IV, destinado a las medidas provisionales con relación a las personas (medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional); Decreto Ejecutivo N° 222/2001 Reglamentario de la ley que aprueba la Convención de La Haya de 1980 en Uruguay; el Auto Acordado de la Corte Suprema de la República de Chile del 3/11/1998 y el Anteproyecto de la Ley de Uruguay.

139 A. Dreyzin de Klor /C. Harrington, "La subrogación materna en su despliegue internacional ¿más preguntas que respuestas?", *Revista in-*

Mediante el instrumento modelo se establece un estándar mínimo de normas de carácter amplio para ser adaptadas a cada realidad, y siguiendo el principio rector del interés superior del niño<sup>140</sup>, se acuerdan en esta Ley modelo los principios básicos que deben orientar las reglas aplicables que se adopten por parte de los Estados en su legislación interna.

La inmediatez, celeridad (art. 12.2 in fine), concentración procesal y de competencia (art. 3), contradicción (art. 12.2, art. 14 in fine), cooperación y derecho del niño a ser oído (art.12.1, art 17), son entre otros, los principios receptados.

La Ley modelo, de ser receptada por los estados, brinda la posibilidad de armonizar las legislaciones e inclusive de avanzar hacia la unificación de procedimientos en el ámbito interno. Se podría así lograr que los ordenamientos jurídicos internos identifiquen de modo equivalente la ilicitud del traslado del menor, definiendo el concepto de guarda o custodia; ratificando la exclusión de la decisión del fondo del asunto de la guarda durante el proceso, reservándola al Estado de la residencia habitual del niño; y prever de modo igualitario la suspensión de los procesos en trámite que resuelven el fondo de la guarda mientras se tramita la solicitud de restitución.

La asistencia o representación del niño (art. 6) se establece de acuerdo a las leyes de protección vigentes, determinando que se “podrá” designar un abogado defensor a fin que asista al niño y lo represente según la evolución de sus facultades, apreciado a criterio del tribunal que entiende en la causa. Estimamos que este tercer abogado (ya que no es el de ninguna de las partes) debe ser en todos los casos un especialista en niñez.

Para la intervención del Representante de la causa pública (art 7) se establece que el mismo comparecerá ante el tribunal para ser anoticiado del proceso y sus resultados, aunque

---

*terdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Derecho de familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011-V.

140 “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. 2 último párrafo Ley Modelo).

su ausencia no implicará dilaciones en el trámite. Siempre deberá, por lo tanto, estar notificado fehacientemente para que se pueda dar curso al proceso si fuera necesario, sin su presencia.

La referencia a que la autoridad policial prestara “sin demoras” la colaboración cuando le sea requerida (art. 8) debió referir, a nuestro entender, un plazo fatal y en caso de imposibilidad de cumplimiento de ese plazo, la justificación del motivo que lo causó. Es de trascendente ayuda la localización del menor, quien junto al progenitor que está en falta, pueden intentar huir de la justicia ante el conocimiento de la solicitud de restitución.

Respecto de temas netamente procesales, la Ley modelo está organizada en dos etapas, una fase preliminar (art. 10) que merita los requisitos que debe contener la solicitud de restitución, según lo que establecen los instrumentos que existen, CIDIP IV (art. 8) o Convenio de La Haya (art. 9), y las formas en que ésta puede presentarse, es decir, de manera directa ante el Tribunal competente mediante exhorto o carta rogatoria, o directamente ante la Autoridad Central.

Así, tomado conocimiento del pedido, el tribunal dispondrá las medidas urgentes para localizar y proteger al niño, instando a la restitución voluntaria del mismo y luego de ello comienza a correr un plazo perentorio de 30 días a efectos de que se efectivice la presentación de la demanda si la misma no se hubiera deducido, ya que si ello no ocurre caducan de pleno derecho las medidas adoptadas.

La segunda fase, establece el procedimiento propiamente dicho, debiendo verificar el tribunal el cumplimiento de las condiciones de admisibilidad de la demanda y la legitimación activa del titular a través de la presentación de su escrito inicial, el cual además marcará la fecha de iniciación del procedimiento a los efectos de los arts. 12 del Convenio de La Haya y 14 de CIDIP IV respectivamente.

Si se rechaza la demanda, se admite el recurso de apelación interpuesto dentro del tercer día de notificado el rechazo, pero si se la acepta, dentro de las 24 horas el tribunal ordenará la restitución citando de excepciones por 10 días al requerido. No se admiten cuestiones previas, incidentes ni reconvencciones que puedan retrasar el trámite.

Si se plantean oposiciones (art. 13) deberá hacerse en escrito fundado, acompañando la prueba, y sólo será válida esa oposición si se demuestra: a) la falta de legitimidad del titular

del pedido, o su consentimiento en el traslado o la retención, b) la existencia de un grave riesgo físico o psíquico para el niño, c) que escuchada la opinión del menor acorde su edad y grado de madurez éste se oponga a la restitución y, d) si existiera violación a los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales. De haber oposiciones, éstas se sustancian en seis días (art. 14). No existen otras excepciones válidas, más que las enumeradas supra, debiendo el tribunal rechazarlas sin sustanciación de ser presentadas.

Si se contestó la demanda o venció el término previsto, se convoca a una audiencia (art. 15) dentro de los 3 días expidiéndose el tribunal sobre las pruebas ofrecidas por las partes. La resolución que admita o deniegue el despacho de diligencias probatorias no será recurrible y se limita el número de testigos a tres por cada parte. Estas últimas disposiciones pueden ser motivo de discusión, atento que las mismas podrían contrariar el espíritu de las legislaciones de los Estados en materia de derecho de defensa.

Se prevé que el tribunal podrá oír al niño cuando las circunstancias de edad y madurez así los permitan.

La Ley Modelo establece en su art. 17, que la sentencia definitiva será pasible de recurso de apelación siempre que se interponga dentro del tercer día; se debe correr traslado en el mismo plazo a las partes, al Ministerio público y al Defensor del niño si lo tuviera. El tribunal de alzada deberá emitir su decisión dentro del sexto día, pudiendo claro está, hacerlo antes.

La segunda instancia debe tramitarse dentro de los plazos máximos establecidos en los artículos respectivos de la CIDIP y el Convenio de La Haya, lo cual resulta lógico, pero el Recurso de apelación contra la sentencia definitiva tendrá efecto suspensivo.

Esta suspensión está justificada según la propia Ley modelo por el corto plazo previsto para que el Tribunal de Apelaciones dicte fallo definitivo, agregando que 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 impuesto por la Ley modelo.

Esto nos genera vacilaciones ya que no habrá entonces un criterio común, aun cuando se adopte la Ley modelo, respecto de una cuestión tan importante como detener la restitución ordenada, u otorgar un efecto devolutivo en un caso donde el menor ya estará en otro país, con todo lo que ello implica para ordenar su regreso<sup>141</sup>.

Solo se permite el remedio impugnativo para la sentencia que disponga el rechazo liminar -caso en el que no se sustancia la apelación - y para la sentencia definitiva. Contra la sentencia de segunda instancia no se permite recurso alguno (art. 19).

Se recepta el derecho de visita (art. 20) definido por la Ley modelo como el derecho de llevar al niño por un periodo de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. Se deberá seguir el procedimiento allí establecido, no siendo necesaria la existencia de un acuerdo previo en ese sentido.

Por último, se incorpora la figura de las comunicaciones judiciales directas a las que nos hemos referido en el punto III. 2, con todo lo positivo que ello resulta.

Si observamos el trabajo que se está llevando a cabo por los organismos correspondientes, dando vasta difusión y encausando importantes debates sobre este instrumento, que contempla la incorporación de los jueces de enlace, es de esperar que tenga una buena acogida en los Estados, ya que al ser adoptada permitirá cumplir con su finalidad.

#### **IV. Un caso práctico**

El caso que pasamos a reseñar se tramitó ante la justicia de la ciudad de Córdoba, habiendo detentado el autor de este trabajo, el patrocinio letrado del mismo. En el conflicto narrado, se asumió la representación de la madre española. Nos parece oportuno ponerlo de ejemplo a fin de mostrar algunos de los inconvenientes que venimos señalando.

---

141 Autorizada doctrina se ha referido a este punto, ver: R.C. Pérez Manrique; “La Ley modelo sobre normas procesales”, en: L. Tenorio Godínez/ G. Tagle de Ferreyra (coords.), *La Restitución internacional de la Niñez – Enfoque Iberoamericano doctrinario y jurisprudencial*, , México, Ed. Porrúa, 2011, pp. 212-213.

## **M. W. c. H. L. G s. Restitución internacional de menor. Juzgado de Familia de 4° Nom. Córdoba. Argentina. 2010**

El Sr. MW inicia solicitud de restitución internacional amparándose en el Convenio de La Haya, en contra de su ex mujer, la Sra. H.L.G., quien había venido a Argentina con su pequeño hijo de 3 años de edad. En este país viven sus padres, aunque ambos españoles detentan la nacionalidad. Entre las razones que motivan su traslado desde Madrid, destacó el haber perdido su trabajo y consecuentemente sus medios para subsistir.

En la audiencia prevista el día 3 de mayo, con la presencia del padre del menor, la defensa de la madre además de solicitar la realización de una pericia psicológica a fin de establecer el daño que podría ocasionar la separación de un niño de tan corta edad de su madre, expone la grave situación económica por la que atraviesa la accionada. Pide que de procederse a la restitución, se garantice que el traslado del menor se haga en compañía de su madre<sup>142</sup>, solicitando un plazo de 15 días para obtener los medios necesarios a fin de sufragar el billete de avión.

Solicita asimismo que el boleto del menor sea abonado por el padre, ofreciendo garantías de no abandonar la jurisdicción dejando los pasaportes reservados en el juzgado.

El 6 de mayo el juzgado, luego de escuchar la declaración del padre quien sostuvo que contaría con los fondos para abonar su pasaje, ordena la restitución del menor, previo dictamen del órgano técnico multidisciplinario, el que aconseja que si bien es cierto que por la edad el menor necesita de su madre, tres días con su padre no lo afectarían, ya que el niño tiene un vínculo instalado con el progenitor.

El regreso sería con su padre ese mismo día ya que había una reserva para ambos, viajando la madre tres días después. Acto seguido el padre manifiesta que no cuenta con el dinero para el billete del menor, en clara contradicción con lo manifestado en la primera audiencia en la que aseguró que asumiría la erogación. Intentó sin embargo gestiones al efecto ante el Consulado de España, las que fracasaron y no reunió los fondos necesarios para adquirir el pasaje.

---

142 Sobre el tema puede verse el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, C., L.C. c. L., M.E. s/Exequatur, 12/07/2011, en La Ley, 22/07/2011. Cita online AR/JUR/31048/2011.

En ese estado de situación, se acuerda que el menor viaje con su madre en un plazo no mayor de quince días. Una vez se concrete la compra del boleto los progenitores deberán comunicarse a fin de que ambos sepan con certeza el vuelo y día en que se producirá el arribo del niño a España.

Con fecha 10 de mayo, el Sr. M.W. sin ningún tipo de comunicación previa, envía al juzgado y al letrado de la Sra. H.L.G copia del billete de avión para el niño con salida prevista para el día 13 de mayo. Este hecho a todas luces sorpresivo, no solo se alza como un obstáculo para coordinar el viaje del niño con su madre sino que la actitud unilateral asumida por el progenitor, es una manifiesta violación del acuerdo al que se arribara oportunamente, tal como lo hace saber la accionada al tribunal (12 de mayo).

Sin embargo, dos días más tarde el Tribunal decreta que la madre del menor es quien deberá arbitrar los medios para resolver su traslado con el niño dentro del plazo acordado en función del envío de pasaje efectuado por el Sr. M.W. La decisión estable es que la madre debe quitar toda valla para cumplir la orden del tribunal, aunque ello implique soportar la erogación del pasaje del niño.

Ante semejante postura el letrado de la Sra. HLG interpone un incidente de reposición planteando con la mayor claridad que el único obstáculo, objetivo y extrínseco, es la cuestión económica dado que acata totalmente restitución solicitada. Asimismo, adjunta la reserva de dos pasajes emitidas para el día 17 de mayo.

Previo a decidir, el tribunal en aras de evitar un desgaste tanto a las partes como jurisdiccional, ordena que se efectúe una nueva reserva entre los días 31 de mayo y 10 de junio la que, una vez acreditada, será notificada al progenitor a fin de que afronte el costo pertinente.

No obstante el cumplimiento de la progenitora que efectúa la reserva para el día 3 de junio y así lo pone en conocimiento del magistrado interviniente, el padre del niño solicita el cumplimiento del plazo preestablecido solicitando que de no cumplirse, proceda a disponerse el ingreso del niño en un centro de menores o donde las autoridades así lo dispongan, notificándolo de modo tal que él acuda a recogerlo.

Transcurrido el plazo y caída la reserva ante la falta de pago del padre de la misma, el 12 de agosto el padre viaja a

Argentina regresando al día siguiente a España en compañía de su hijo, claro está que abonando el pasaje del mismo.

De lo expuesto deviene que de una restitución “voluntaria” dispuesta el día 6 de mayo, el retorno del menor se produjo recién el día 12 de agosto, esto es 100 días después de lo previsto debido a un único obstáculo: el económico.

Dado el carácter del trabajo no corresponde introducirnos en los innumerables pormenores que se fueron sucediendo desde que se inicia el trámite hasta que se concreta la restitución, empero, de los expuestos supra se deduce que no fue el interés del niño el que guió este proceso si pudo llegarse a pretender una internación en un Instituto de menores.

Nos preguntamos entonces, si no es tarea pendiente de los Estados tratar de prever una solución a este problema, que la mayoría de las veces se torna en la piedra fundamental a remover para quienes tienen el derecho, pero no cuentan con los medios económicos para lograr efectivizar el mismo.

## **V. Conclusiones**

A efectos de presentar nuestras conclusiones consideramos adecuado reformular el cuestionamiento inicial, esto es: ¿son protectoras las normas vigentes en materia de restitución internacional de menores en el Mercosur?

La respuesta no es sencilla, la naturaleza del niño, esencialmente frágil, la necesidad imperiosa de brindarle una protección sin fisuras, a lo que ayuda el cumplimiento acabado y estricto de las normas vigentes, requieren un trabajo coordinado de todos quienes confluyen de alguna manera en estas situaciones, sean los abogados, los jueces, los funcionarios judiciales, y claro está, los progenitores, guardadores o quienes detentan la tenencia de los niños.

Si no hay una conjunción de objetivos en orden a preservar el interés del niño involucrado, el instituto flaquea, es atacado por la burocracia judicial, las distancias geográficas se hacen sentir, y el colapso propio de los sistemas judiciales se acentúa.

Frente a estas circunstancias se hace necesario situarnos con nuestra mirada en la mitad llena del vaso; se está trabajando intensamente en mejorar el procedimiento, y de forma

permanente se implementan nuevas figuras como es la del Juez de enlace y las comunicaciones directas.

La creación de una Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de menores significa un paso trascendente en aras de beneficiar el instituto, si bien se encuentra en periodo de evaluación.

Es una exigencia insoslayable para el Mercosur fomentar la difusión de cuestiones sensibles a la ciudadanía. Dada la dinámica que demuestra la estructura del proceso integrador, a la cual se incorporan nuevos espacios como los citados<sup>143</sup>, además del Plan Estratégico de Acción Social (PEAS)<sup>144</sup>, nos parece éste un buen terreno para dar acogida a la temática que tratamos. Efectuar un seguimiento de estos temas debe ser un imperativo categórico. En este sentido los Estados parte debieran adoptar normas internas que favorezcan la cooperación bajando particular línea a la cooperación institucionalizada para que proceda de inmediato la restitución internacional de niños.

Entre los problemas de mayor relevancia, deberá contemplarse la necesidad de crear un fondo común para los casos en que la ayuda económica sea el obstáculo a sortear, es claro que si el problema se plantea en el ámbito de Mercosur, el órgano regional podría establecer una partida especial al efecto, pero con el afán de ser realistas, la sugerencia es que en principio, sea cada Estado el que comience a mostrar su posición favorable a que proceda la restitución creando internamente, un fondo específico.

Se debe incentivar a los Estados parte para que ratifiquen e incorporen la normativa global vigente en materia de protección de menores a fin de avanzar en su vigencia en el espacio integrado.

Finalmente, si la única verdad es la realidad, esa realidad nos muestra que no se puede descansar en esta materia, los niños son y serán siempre los primeros.

---

143 Nota 33.

144 Mediante Decisión CMC 67/2010 se creó este Plan, pudiendo los Estados Parte en la Reunión de Ministros especializados ir incorporando contribuciones adicionales que estimen pertinentes (Art. 3°).

## Capítulo 3

### El derecho de custodia y visita de los hijos

Situaciones de casos internacionales - (Arts. 5 y 21 de la Convención de La Haya de 1980 sobre restitución de menores y otras fuentes convencionales)

*Myriam Diana Lucero y  
Carlos Eduardo Echegaray de Maussion*<sup>145</sup>

#### I. Planteamiento general

Entre los derechos emergentes de la patria potestad, el ejercicio de la custodia y el derecho de visita integran la protección natural del menor. Ambos derechos constituyen aspectos personales de la autoridad parental vinculados a la satisfacción de los deberes de cuidado, vigilancia y educación de los hijos menores por un lado y por otro lado, significa el derecho del hijo a crecer en un ambiente de contención afectiva necesario para su crecimiento armónico y para el desarrollo de la personalidad.

El núcleo central de estas obligaciones-derechos reposa generalmente en el ámbito de la familia y solo permite la intervención del sistema protectorio de las autoridades públicas cuando existe una falla en el grupo primigenio.

---

<sup>145</sup> Profesores de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Blas Pascal de la República Argentina

## 1. Marco jurídico universal

Desde la Convención de los derechos del niño de 1989,<sup>146</sup> se han afirmado conceptualmente los derechos de custodia y de visita a nivel universal.

Diversos preceptos hacen referencia al reconocimiento de la patria potestad regulando conductas tendientes a lograr el bienestar de los hijos. Así el art. 3 inc.2, establece el principio general de reconocimiento de la patria potestad, el cual consagra también la doble obligación de la función subsidiaria de los Estados de colaborar en la esfera de funcionamiento del ejercicio parental. Esta norma se complementa, con lo dispuesto en el art.5 que dice: “los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres”, y con el art.9 inc. 3 que contempla el derecho de los hijos a mantener adecuada comunicación con sus dos progenitores.

---

146 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989 y ratificada en la República Argentina por la ley N° 23.849, sancionada el 27 de setiembre de 1990, promulgada el 16 de octubre de 1990, y publicada en el Boletín Oficial el 22 de octubre de 1990. Ha sido ratificada por ciento noventa y dos países. Solamente dos países aún no la han ratificado: los Estados Unidos de Norteamérica y Somalia, que han señalado su intención de ratificarla. La situación de los Estados Unidos de Norteamérica, es al menos paradójica, ya que si bien no ha ratificado la Convención el presidente de dicho país firmó los dos Protocolos que la complementan el 5 de julio de 2000 y veinte días después los envió al Senado para su aprobación. La principal razón que impide a los Estados Unidos su ratificación es la norma que obliga a los Estados parte a garantizar que no se impondrá la pena de muerte ni prisión perpetua por los crímenes cometidos por niños o sea personas menores de dieciocho años de edad. Reconoce como antecedente entre otros instrumentos que hicieron referencia a algunos derechos de los niños a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (artículos 25 y 26); el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículos 10, inc. 3, 12, inc. 2, y 13, inc. 1); el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 23 y 24) y también varios tratados regionales como las Convenciones Europea, Americana y Africana de Derechos Humanos.

Cabe señalar que la Convención de 1989 ha recogido entre sus antecedentes a la Declaración de 1959<sup>147</sup>, cuerpo que enunció una serie de principios a partir del cual se instaló en la comunidad de Estados, el cambio del estatuto del niño al considerarlo sujeto de derechos.

El instrumento, que la antecede, contiene un conjunto de principios básicos, vinculados al tratamiento necesario para el desarrollo físico y mental del niño. Se destacaron entre ellos, el derecho al nombre, a la seguridad social, a la protección contra toda forma de crueldad. En especial sobre el tema que nos ocupa, la recomendación establecida en el Principio 6 de la Declaración asienta en la responsabilidad de los padres, de la familia y de las autoridades, la obligación de resguardar el crecimiento armonioso y el desarrollo de su personalidad.

Sin embargo, en esta primera época los Estados no avanzaron demasiado en el fortalecimiento de los derechos del niño y treinta años después, Polonia propuso un Proyecto más general y amplio que contó desde su inicio con el apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF) y así surgió la Convención de 1989.

## **2. Su proyección en casos internacionales**

Esos principios fueron luego ampliados en la Convención de 1989 en la que se destacaron dos medidas esenciales relativas a la protección de los derechos del niño. Una, la importancia de la cooperación internacional y otra, la responsabilidad que les incumbe a la familia y a las autoridades públicas en el respeto de esos derechos.

En el ámbito del derecho internacional y como consecuencia de estos cuerpos normativos se han logrado importantes avances en el contexto de los ordenamientos jurídicos sobre las obligaciones derivadas de la patria potestad, hoy denominada responsabilidad parental.

Puede decirse que se abrió una nueva etapa, ya que en las decisiones judiciales se integró en forma definitiva el sujeto

---

147 La Declaración de los derechos del niño de 1959 fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el XIV Período de Sesiones.

de derechos niño; estableciéndose una línea interpretativa que marcó la preeminencia del interés superior como criterio de todo tipo de soluciones que afecte sus derechos.

Es en esta línea donde se ha visto la preocupación de los ordenamientos internos de cada Estado, que han consagrado normativa y jurisprudencialmente soluciones, cuando el desajuste de las obligaciones paternas afecta a este tipo de casos.

En el derecho autónomo argentino, producida la separación, si no hay acuerdos entre los padres y mediando la separación de hecho, divorcio o nulidad del matrimonio, el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre o madre que ejerza la guarda legalmente, o por atribución de hecho o judicial, sin perjuicio del derecho del otro padre a mantener adecuada comunicación con el hijo y supervisar su educación (art. 264 inc. 2 del Código Civil Argentino).

Sin embargo, es sabido que el tratamiento jurídico de la custodia y del derecho de comunicación parental en casos transfronterizos adquiere dimensiones más complejas ante el desplazamiento de los hijos a otros Estados.

Para la eficacia de las medidas de ejecución deben existir mecanismos que permitan ejecutar las decisiones. Las soluciones de la custodia y del derecho comunicacional se manifiestan entonces en el plano de la cooperación de autoridades. Esencialmente, en saber, si la situación judicial que atribuyó la custodia o el derecho de visita con un criterio local-basado en el derecho de la residencia habitual- puede mantener su vigor en otro Estado en que las medidas u órdenes judiciales deban ejecutarse.

Para ello se estima como único mecanismo de solución, la existencia de relaciones de cooperación judicial y administrativa entre los Estados. Este es el pilar fundamental de los convenios que permite articular de este modo, la eficacia extraterritorial de los derechos de guarda y visita en el plano internacional.

Las situaciones fácticas escenario de las contiendas transfronterizas se producen tanto, por la interrupción abrupta de un derecho de custodia regido por la ley de la residencia habitual del menor, como por el ejercicio abusivo de un derecho de custodia concedido por acuerdo entre los padres, o bien cuando el progenitor que desplaza al hijo a otro Estado pretende obtener un pronunciamiento favorable cuando se encuentra ejerciendo su derecho de visita.

Descritos en apretada síntesis los aspectos sobresalientes de los derechos emergentes de la responsabilidad parental, abordaremos su tratamiento en relación a los efectos internacionales. Vale decir, en aquellos supuestos que se presentan con algún elemento de extranjería como pueden ser el domicilio de padres e hijos en diferentes países, el ejercicio del derecho de visitas en un Estado diferente de la residencia habitual del menor, o la necesidad de restituir a un menor desplazado ilícitamente. Estamos ante una realidad jurídica y sociológica compleja, en función de que los ordenamientos locales no pueden por sí solos resolver los variados conflictos familiares que se conectan por su internacionalidad, a otras leyes y jurisdicciones.

También cabe apuntar otra problemática de relevancia en la solución de casos, producida por la influencia de las ideologías políticas, jurídicas y religiosas que afectan al estatuto del menor en algunos países de origen islámico. En estos supuestos la custodia y el derecho de visita transfronterizo reflejan un escenario muy diferente a los derechos occidentales. Particularidades en que la diversidad cultural y jurídica afronta muchos desafíos a la comunidad de Estados.

En el marco de nuestro trabajo, nuestros objetivos se basan en brindar un panorama básico de los problemas que afrontan el derecho de custodia y de visita en los casos internacionales.

De acuerdo a la realidad manifestada precedentemente esta nos indica como único camino de soluciones la imposición de principios y reglas de derecho uniforme, las cuales no solo vienen de la mano de los convenios multilaterales, sino de la necesidad de dar cabida a la participación de Estados de diferentes culturas promoviendo los convenios bilaterales. En este orden de ideas, haremos especial referencia a los Convenios de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores y el Convenio de La Haya sobre responsabilidad parental de 1996, en cuanto esta nueva regulación echa una mayor claridad a lo dispuesto por el art. 5 del primer convenio.

## **II. Derecho de custodia**

(Art. 5 CH 1980)

### **1. Concepto de guarda. Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores**

Antes de entrar de lleno en el tema del derecho de custodia contemplado por las distintas legislaciones, creemos que es necesario realizar algunas aclaraciones con relación al significado y alcance del mismo.

Es bastante común que se utilicen las expresiones guarda, guarda y custodia y cuidado de los hijos como sinónimos, sin saber qué es lo que significan realmente, qué derechos y qué deberes conllevan para su titular, cuál es, en definitiva, la posición jurídica de este.

Hay que tener en cuenta que el origen de la guarda es la ausencia de la convivencia entre los padres y la consiguiente imposibilidad de que ambos convivan con el niño.

Ante esta situación, el niño tiene necesariamente que vivir con uno o con otro, llamándose guarda a la posición que ocupa respecto del hijo que con él convive.

Los ordenamientos jurídicos utilizan en definitiva, la referencia al derecho de guarda o custodia con el fin de identificar los derechos y obligaciones respecto a la persona del hijo en la familia y la distribución de funciones de sus progenitores.

Ahora, situándonos en el derecho convencional, la Convención de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores ha puesto de manifiesto la autonomía de la calificación jurídica del derecho de custodia respecto al derecho interno de los Estados. En su art. 3 dispone que la ilicitud consiste en la infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente a una persona por el derecho del Estado de residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado.

Ello implica reconocer que la noción de custodia, de su atribución, y de los derechos y obligaciones que genera según el Convenio, se establecen de acuerdo a los criterios de la ley de la residencia habitual del hijo.

La jurisprudencia argentina es pacífica en este sentido, como surge de uno de los últimos fallos de nuestro máximo Tri-

bunal en que se dijo: “El Convenio CH 1980 descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas. La puesta en práctica de este método exige que los Estados firmantes del Convenio estén convencidos de que pertenecen, a pesar de sus diferencias, a una única comunidad jurídica en el seno de la cual las autoridades de cada Estado reconocen que las autoridades de uno de ellos -las de la residencia habitual del niño- son en principio las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y de visita. Por tanto, una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado.”<sup>148</sup>

En este orden, la Convención no ahonda en la portada y extensión del derecho de custodia en referencia al derecho de fondo, sino que pone solo énfasis en que este comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del niño, y por tanto del traslado del mismo.<sup>149</sup>

A la vista de la Convención, en su artículo 5 establece y da sentido a los dos elementos claves que definen la custodia, así: “El derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al

---

148 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en B. 389. XLV - “B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo” – CSJN – 19/05/2010. El caso se refería a un convenio celebrado entre las partes y homologado judicialmente en España en el cual se estableció que si bien los hijos del matrimonio, todos menores de edad, permanecerán bajo la guarda y custodia de la madre, es voluntad, asimismo, de ambos cónyuges seguir ejerciendo conjuntamente la patria potestad sobre los hijos, y a este fin se comprometían a tomar de común acuerdo cuantas decisiones importantes puedan afectarles. La madre decidió fijar residencia en Argentina lo que motivó la activación del mecanismo a instancia del padre que quedó viviendo en España sin haber autorizado el cambio.

149 Debido a las grandes diferencias de regulación en el área del derecho de familia, se han planteado con relativa frecuencia problemas de calificación en relación a este elemento jurídico, solventados la mayoría de las veces de forma satisfactoria gracias al artículo 5 de la Convención, que relaciona los derechos de custodia con la facultad de determinar el lugar de residencia del menor.

cuidado de la persona del menor y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”<sup>150</sup>.

Muchas han sido como se ven, las aproximaciones que se han dado sobre la definición de la guarda o el derecho de guarda, pero no hay suficiente unidad de criterio en cada una de ellas, ni en los diferentes textos legales se efectúa una definición precisa.<sup>151</sup> Legislación, doctrina y jurisprudencia han debatido y procurado lograr una definición satisfactoria.<sup>152</sup>

---

150 Siguiendo una tradición bien establecida de la Conferencia de La Haya, la Convención no define los conceptos jurídicos de que se vale. Sin embargo, precisa el sentido dentro del cual tienen que ser utilizadas las nociones de derecho de guarda y de derecho de visita, ya que una interpretación incorrecta de los mismos pondría en compromiso a los objetivos mismos de la convención.

151 Conf. Deschenaux, B., “L’enlevement international d’enfants par un parent”, Staempfli & Cía. S.A., Berna, 1995, pág. 32, que aclara: Es importante tener en cuenta la distinción hecha entre autoridad parental y derecho de guarda, ya que el derecho de guarda, en tanto que elemento constitutivo de la autoridad parental, no es siempre conferido a la persona investida de la autoridad parental. Se puede dar el caso de que los padres de un menor gocen de la autoridad parental pero que por razón de circunstancias especiales la guarda de dicho menor haya sido acordada a una familia de crianza o a un hogar especializado.

152 Así por ejemplo se ha sostenido que: “En el seno de la Conferencia de La Haya se ha cuestionado la naturaleza jurídica de la institución británica del ‘ward of the Court’, llegándose a la conclusión de que equivalía a derechos de custodia otorgados a los tribunales en el sentido convencional. Han creado también algunas dificultades los derechos de ‘custody’ y de ‘guardianship’ australianos. Así, en un caso planteado ante los tribunales ingleses la madre secuestradora detentaba la ‘custody’ del menor, lo que equivale a derechos de cuidado y control cotidiano del niño, mientras que ambos progenitores eran ‘joint guardians’ del mismo, concepto éste que se relaciona con su bienestar a largo plazo. Los jueces consideraron que el derecho a determinar el lugar de residencia era propio del ‘guardian’, con lo que la madre que detentaba la ‘custody’ habría vulnerado derechos de custodia, en el sentido convencional, del padre al trasladar al niño a Inglaterra sin su consentimiento.” Cfr. González Beilfuss, Cristina, “La aplicación del Convenio de La Haya sobre secuestro de menores: Estudio de Derecho Comparado. La sustracción internacional de los menores (Aspectos civiles)”, II Jornadas de Derecho Internacional Privado, Patronato Universitario de Toledo, Toledo, 1991, pág. 71. Puede agregarse también la situación que se presenta en algunos países que no reconocen los derechos de

Podemos esbozar la idea de que la guarda integra las relaciones paterno-filiales emergentes de la patria potestad, y comprende, respecto de padre y madre, la obligación de proteger a sus hijos, educarlos, vigilar su conducta y en su caso corregirlos, y respecto de los hijos, la obligación de convivir en el hogar con sus padres, o donde ellos determinen.

Es el eje alrededor del cual gravitan y se ordenan todas las demás prerrogativas de la patria potestad. En primer lugar, porque el contenido mismo de la guarda, el cuidado directo de los hijos, constituye el núcleo fundamental de las relaciones paterno-filiales, y en segundo lugar, porque a la guarda están ligadas en gran medida otras parcelas de la patria potestad, principalmente el ejercicio. Todo ello hace que en la mayoría de los casos el guardador sea el único que mantenga una verdadera relación paterno-filial con el hijo, y que por lo tanto, cuando ambos progenitores se disputan la guarda, la pelea sea encarnecida.<sup>153</sup>

Podemos decir, por lo tanto, que la guarda significa encomendar el cuidado directo del niño a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos. Pero esta es la única razón de ser de la guarda, el que solo el que convive con el niño puede desarrollar lo que llamamos 'cuidado directo'.<sup>154</sup>

En lo que se refiere al cambio de domicilio del niño, dijimos que la Convención hacía referencia a que el derecho de guarda traía aparejado, o implicaba, la facultad del guardador de cambiar el lugar de residencia del niño

Este extremo no está discutido en la doctrina ni en la jurisprudencia, y se aduce —para darle su fundamento— entre otras cosas, el reconocimiento de la libertad de elección del domicilio por parte del guardador y los motivos por los que se otorga la guarda a uno de los progenitores.

---

los padres “de hecho”, o donde los padres no casados no han acordado sus derechos y obligaciones respecto de los hijos menores; el sistema jurídico de Australia Occidental reconoce el derecho de custodia a la madre soltera mientras un tribunal no ordene otra cosa.

153 García Pastor, M., “La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales”, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 67.

154 García Pastor, M., op. cit., pág. 74.

Sin embargo esta prerrogativa no es ilimitada, sino que debe actuar en un marco de discrecionalidad y buena fe. Así, ha quedado plasmado en un caso reciente de la jurisprudencia argentina que denegó un pedido de radicación en el exterior de una niña con residencia en Argentina solicitado por su madre a fin de atender razones laborales.<sup>155</sup>

El niño no puede generalmente fijar por sí mismo el lugar de su residencia habitual, es su representante legal el que puede fijarla por él. Podemos afirmar, por lo tanto, que el guardador tiene el derecho de cambiar de residencia y de llevar consigo a los hijos confiados a su guarda, en la medida que tal decisión no implique claudicar los derechos del otro padre y del niño.

Como es sabido, el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la restitución internacional de menores, vino a regular uno de los mayores problemas que se fueron presentando en la comunidad de Estados en relación a los abusos de los derechos de custodia y de visita. Se trata de supuestos ocurridos en el ámbito internacional originados en la sustracción ilícita o retención indebida de menores por parte de uno de sus padres, o la retención indebida del niño durante un régimen de visita acordado.

Para contrarrestar estos hechos, el texto convencional impuso un mecanismo de carácter autónomo para el tratamiento del derecho de fondo de la cuestión que atañe a la guarda del menor, a partir de la instauración de las autoridades centrales, por lo que el instituto de la restitución integra el área de la cooperación jurídica internacional.<sup>156</sup>

---

155 En el caso B., N. C/ F., C. E. S/ Tenencia de hijos” – Cámara de Apelaciones de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul- Sala I (Buenos Aires) 04/12/2012 dicho decisorio se asentó que: “... el hecho de que sea la actora quien ejerce la tenencia de la menor no la autoriza a fijar unilateralmente el domicilio de ésta. Ello es así, pues la elección del domicilio de los sujetos menores de edad debe ser tomada por ambos progenitores, o lo que es lo mismo, el padre que ejerce la tenencia no puede arrogarse potestades que no le son exclusivas y por ello ambos padres deben consentir expresamente tal acto, más lo será su radicación definitiva en el extranjero a miles de kilómetros de uno de los progenitores, inhibiéndolo implícitamente de participar en la formación integral de su hija”.

156 Conf. Dreyzin de Klor, A., “La protección internacional de menores”, *Advocatus*, Córdoba, 1996, p. 25 y ss.

La ilicitud del traslado o retención indebida en violación de un derecho de custodia fue el problema central que la Convención pretendió corregir en sus objetivos.

La ilicitud del desplazamiento y su carácter hay que apreciarla bajo las pautas que menciona el art. 3 del Convenio, es decir cuando: a) tiene lugar en violación de un derecho de custodia atribuido a una persona o institución; b) que ese derecho fuera ejercido en forma efectiva, solo o conjuntamente al momento del desplazamiento o la retención o lo hubiera sido si tal acontecimiento no se hubiera producido.

Con el mismo propósito el derecho de custodia efectiva que exige el texto convencional, es el requisito *sine qua non* para que se configure el mecanismo previsto de restitución. Ahora ¿Quién puede ostentar ese derecho de custodia según el Convenio? La persona física o jurídica designada en el marco del “derecho del Estado de residencia habitual”. Con esta fórmula que no es casual, ni caprichosa, se establece por su conveniente proximidad la existencia de un solo ordenamiento jurídico, según el cual, corresponde dilucidar todas aquellas cuestiones que se refieren al ejercicio de la patria potestad, o la guarda, y que para el Convenio responde a un derecho elegido esto es, la residencia habitual del menor donde se establece su centro de vida.

Todo ello tiene su razón de ser por cuanto de la correcta interpretación de este artículo 3 depende el funcionamiento del Convenio, pues se decide su aplicación si quien pide la restitución se encuentra legitimado para iniciar el trámite. ¿Qué ordenamiento jurídico decide esta legitimación?

El Convenio califica al derecho de guarda conforme lo dispone la ley de la residencia habitual del menor antes del traslado “.....con arreglo al derecho vigente en el Estado que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención...” (art. 3, a).

De este modo, la protección de este derecho es el eje sobre el cual gira la Convención, en base al interés del menor previsto por la ley apropiada de la residencia habitual, que tiene el fin de propender a la protección del bienestar de los niños, traducido en el respeto y salvaguarda de la custodia y visita de sus respectivos titulares (art. 2, b).

A su vez debe entenderse que, la Convención en su artículo 5 establece una calificación amplia del derecho de custodia, abarcativo de todas las posibilidades de guarda, sin que ello implique una definición de sus términos en forma exclusiva, así el “El derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”<sup>157</sup>.

No obstante, en algunos casos vistos en la jurisprudencia comparada ha habido dificultad para definir y precisar su contenido según el Convenio. La cuestión se suscita porque en algunos casos no está clara la división entre el padre con custodia y el que no la tiene. Por ejemplo, en la actual tendencia judicial que al fijar ciertos criterios de coparentalidad en las relaciones de padres e hijos producen confusiones, cosa que también puede suceder cuando no hay acuerdo de tenencia preexistente. En estos casos es difusa la línea entre el padre que es custodio y aquel que visita o participa activamente en la vida del hijo cuando tampoco puede definirse claramente la residencia habitual del hijo.

En este sentido, también la interpretación sobre la extensión de la categoría “guarda” existente en los sistemas jurídicos, ha dado lugar a la disyuntiva de si el Convenio también comprende la guarda de hecho, o la guarda compartida. La discusión reviste importancia por cuanto puede comportar en muchas ocasiones, una base para justificar el rechazo a este mecanismo al valorarse la ineficacia o insuficiencia del título jurídico, que aduce quien pide la restitución.

En referencia a esta cuestión, puede considerarse de alto valor interpretativo, lo dispuesto por el Documento N° 4 de octubre de 2006, del Convenio sobre sustracción de menores que delimita a los conceptos de guarda y visita en relación con el carácter autónomo del Convenio y a la luz de sus objetivos.<sup>158</sup>

---

157 Siguiendo una tradición bien establecida de la Conferencia de La Haya, la Convención no define los conceptos jurídicos de que se vale. Sin embargo, precisa el sentido dentro del cual tienen que ser utilizadas las nociones de derecho de guarda y de derecho de visita, ya que una interpretación incorrecta de los mismos pondría en compromiso a los objetivos mismos de la convención.

158 Doc. Prel. N° 4 de 2006 del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores se dijo que: El Informe Final consideró la legislación

En consecuencia de esta línea, en un reciente fallo del máximo tribunal de Argentina, respecto a la calificación del derecho de custodia en el marco del Convenio de 1980 se decidió que: “La lectura que aquí propongo se atiene a la que patrocina la propia HCCH mediante su Oficina Permanente, en el brief reseñado donde se pone de resalto que: i) a través de diferentes medios los Estados partes han dejado en claro los conceptos centrales del Convenio, teniendo en cuenta su naturaleza autónoma y de ninguna manera sometida a la comprensión de una determinada frase en asuntos domésticos. Así los giros relevantes deben interpretarse en el contexto de los tratados, ii) La expresión convencional “derecho de custodia” no coincide con ninguna concepción tradicional de custodia, sino que adquiere su significación, desde las definiciones, estructuras y propósitos del CH de 1980 pues la doctrina y la ley deben tenerse por decisivas en la determinación del alcance de los que se vale el tratado. iii) conforme a estos términos, la comunidad jurídica de naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de que la previsión dirigida al cuidador de sacar al menor de la jurisdicción, sin conformidad del otro padre o del tribunal, cae dentro de la noción convencional del “derecho de custodia”.<sup>159</sup>

---

y las prácticas que se habían desarrollado en virtud del Convenio de 1980 en diversos Estados signatarios y sacó las siguientes conclusiones generales: “Las principales deficiencias, que mencionaron en las respuestas del Cuestionario y del Documento de Consulta, se pueden resumir en las siguientes grandes áreas: (1) La incapacidad de tener normas unificadas que determinen la jurisdicción de las autoridades en casos internacionales para emitir o modificar una orden de visita y disposiciones adecuadas para el reconocimiento y la aplicación de órdenes extranjeras de derecho de visita. (2) La falta de acuerdo entre los Estados sobre la naturaleza y el grado de apoyo que se ofrecería a las personas que intentan establecer o garantizar el derecho de visita transfronterizo en un país extranjero. Esto hace referencia, entre otras cosas, a la información y al asesoramiento, incluido el jurídico, a la asistencia para acceder al sistema jurídico, a las facilidades para promover soluciones acordadas, y al apoyo físico o financiero, que a veces es necesario para hacer efectivo el derecho de visita que ha sido acordado u ordenado. (3) La vigencia, en algunos países, de procedimientos y de autoridades que no son suficientemente sensibles para emitir o reconocer la aplicación de órdenes extranjeras de derecho de visita.

159 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo: 333:604 19/05/2010, La Ley 2010-D-567.

## 2. Derechos de custodia conjunta y residencia habitual

El ejercicio conjunto de custodia es otro cuestionamiento que se ha presentado ante las autoridades judiciales de los Estados y ha significado en muchas circunstancias un impedimento para la determinación de la residencia habitual del menor. Si los padres ejercen la custodia, ambos tienen el derecho de fijar la residencia del menor, pero no siempre esta situación es clara; motivos de cambios provisorios de lugar de trabajo, de estudios de unos de ellos, de visitas a otros familiares por largos períodos, pueden hacer imposible abordar en concreto cuando hay un cambio de residencia.

Muchos casos han sido resueltos teniendo en cuenta un elemento subjetivo para definirla, basado en *la intención o voluntariedad*<sup>160</sup> de quienes ejercen la custodia. Sin perjuicio de reconocer que los casos mencionados tratan de una materia opinable, entendemos que dada la naturaleza de la cooperación internacional la intención no puede servir por sí sola para fundar la residencia de un menor, sino que su enfoque debe ser restrictivo y apoyado siempre por pautas objetivas,<sup>161</sup> ya que se corre

---

160 Robertson vs Robertson, 1997 de la Inner House of The Court Session de Escocia (INCADAT, Caso 194/1998), resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Escocia, sobre un pedido de restitución de Alemania, a pedido de la madre de tres menores que habían vivido en Alemania, Escocia e Irlanda. Los padres separados gozaban de los derechos de custodia en forma conjunta. La madre llevó a los hijos a Alemania y allí se hizo un acuerdo con el padre para el derecho de visita a Escocia, donde el padre en cumplimiento del mismo ejerció la retención indebida. Escocia denegó la restitución por entender que el Convenio no era aplicable. Se consideró que los menores no eran residentes habituales en ninguna jurisdicción, ya que para el cambio de residencia debe haber el consentimiento conjunto de todas las personas con derecho de custodia, correspondiendo la carga probatoria a aquella persona que pretende ampararse en este derecho. Sin perjuicio de ello el Tribunal entendió que el juez debe hacer una evaluación objetiva de la naturaleza del consentimiento de todas las personas con derecho a custodia.

161 Dorman J.P., de Family Court of Australia (INCADAT FLC 92/766 del 24/04/97) Resuelto por Australia ante un pedido de restitución de Inglaterra que culminó en restitución ordenada, sobre un menor hijo de padres separados y custodia compartida. El menor vivía en Inglaterra desde cuatro meses antes de la sustracción ilícita. Fue llevado a Inglaterra por el padre quien tenía intención de residir allí para efectuar estu-

el riesgo de claudicar los objetivos del Convenio.<sup>162</sup>

Queda claro, en lo reseñado que la legitimidad de un lugar de residencia implica la aceptación de ambos padres y no la vulneración de un derecho del otro padre, sino la prerrogativa otorgada a aquel o aquellos que tienen la guarda jurídica. Vale como ilustración la afirmación del Informe Perez Vera<sup>163</sup> en cuanto señala que “los objetivos del convenio se podrían resumir de la siguiente forma: un factor característico de las situaciones consideradas reside en el hecho que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del país de refugio, por lo que el convenio evita los efectos prácticos y jurídicos de ello, consagrando el restablecimiento del statu quo mediante la restitución inmediata del menor”.

Para evitar estas acciones, el Informe explica en relación a la legitimación del pedido de restitución que: “*el artículo 13a reconoce que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido no están obligadas a ordenar el retorno del menor cuando el demandante, con anterioridad al traslado supuestamente ilícito, no ejercía de forma efectiva la custodia que ahora invoca o cuando dio su conformidad posteriormente a que*

---

dios universitarios e inscribió a su hijo en un colegio privado, todo con anuencia de la madre. Sin embargo esta lo arrebató en plena calle y lo llevó a Australia, aduciendo en este país que el menor se encontraba expuesto a riesgo psicológico si permanecía con el padre. Se consideró que el menor había adquirido residencia habitual en Inglaterra.

162 Cooper vs. Cassey, de Full Court of the Family of Australia (Melbourne) (INCADAT FLC 92/575/1995) Australia ordenó la restitución de dos menores de cinco años al país requirente Estados Unidos. Eran hijos de padres casados, no separados, que gozaban del derecho conjunto de custodia. Los niños vivieron en Australia y Estados Unidos hasta 1993, pero en esa época la madre viajó a Francia con consentimiento del padre regresando a Estados Unidos en 1994. Al poco tiempo, en ese mismo año, la madre volvió a Australia con los hijos. El padre pidió la restitución. El Tribunal si bien consideró problemático determinar la residencia habitual, estimó que había que fijarla porque de lo contrario podría operar fácilmente contra la operatividad del Convenio y dejar a los menores expuestos a múltiples sustracciones. En su resolución dio por acreditada la residencia en Estados Unidos a su regreso de Francia.

163 Informe Explicativo de la Prof. Pérez Vera sobre las conclusiones de los trabajos de la Conferencia de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Actes y Documents de la Quatorzième session de la Conferencia de La Haya)

se produjera la acción que ahora denuncia. Por consiguiente, se trata de situaciones en las que, o las condiciones previas al traslado no comportaban alguno de los elementos esenciales de las relaciones que el Convenio pretende proteger (el del ejercicio efectivo de la custodia), o el comportamiento posterior del progenitor desposeído muestra una aceptación de la nueva situación creada, lo que la hace más difícilmente impugnabile.”

El Convenio de La Haya sobre protección de niños de 1996 introduce un concepto explícito de la guarda y su correlativo derecho de visita. Así la formulación del instituto con cierto tinte indeterminado del Convenio de 1980, queda superado en este plexo normativo, ya que en sus preceptos incluye varias disposiciones que apuntan a centrar a quienes les corresponde asegurar el cumplimiento de las obligaciones de custodia y de visita.

Se establece que la guarda incluye el cuidado de la persona del niño y en particular el de decidir su lugar de residencia, así como el derecho de trasladar al niño por un tiempo limitado fuera de su residencia habitual (art.3 inc. b)

El Convenio determina que todas las resoluciones provenientes de las autoridades, tanto judiciales como administrativas, de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar medidas sobre protección de la persona del niño y sus bienes (art 5 inc.1).

Ante situaciones en que el derecho de custodia y de visita, haya de efectivizarse en un país distinto donde se ejerce la guarda, el Convenio ha resuelto definitivamente la situación de riesgo de que los órganos jurisdiccionales limiten territorialmente su actuación.

Surge del art. 14, la posibilidad de extender y de hacer respetar en otro Estado, las medidas que fueron adoptadas en base a la aplicación de los arts. 5 a 10 por las autoridades competentes de la residencia habitual, incluso cuando un cambio de circunstancias haya hecho desaparecer la base en que se fundaba la competencia anterior, en tanto las nuevas autoridades no la hayan modificado o dejado sin efecto.

Por último, la ley de la residencia habitual del niño es la que rige en materia derechos en el marco de la responsabilidad parental (arts. 15 y 16).

Puede entenderse así que, el derecho de custodia y de visita suponen la intervención de la competencia y ley aplicable de la residencia habitual del menor, dependiendo en cada caso

de las circunstancias en que se produce dicha alteración y según la apreciación judicial.

### **3. Incidencia de la residencia habitual sobre el derecho de custodia y visita**

Desde la perspectiva de los convenios citados, la determinación de la residencia habitual ejerce una función decisiva para el reconocimiento de la custodia y derecho de relación transfronteriza.

Este criterio, ampliamente reconocido en el derecho comparado, se aplica tanto para la determinación de la competencia como para la determinación de la ley aplicable en materia de protección de derechos de la patria potestad y del interés del niño.

Los instrumentos jurídicos mencionados no definen categóricamente que se debe entender por residencia habitual. El Convenio de 1980 se refiere a ello con la expresión indeterminada “centro de vida” y el de 1996 tampoco lo define.

De ello resulta evidente, que dicho concepto queda a merced de las autoridades que deban intervenir en cada caso internacional y que esta interpretación juega de conformidad a las concepciones del foro.

Con carácter general, sin embargo, puede establecerse que los recaudos de permanencia, estabilidad, y dependencia de lazos familiares y sociales encuentran elementos de identificación en la residencia habitual.

La jurisprudencia internacional por su parte se ha inclinado por definir algunos criterios en base a los cuales la determinación de la residencia habitual debe centralizarse en el menor, tomando como factores de integración al medio geográfico, no solo las circunstancias de vida del niño, sino las intenciones de los padres respecto de situar al menor en un lugar determinado.

Como modelo de la tendencia unificadora del contenido del concepto en la actualidad, se destaca aquel que focaliza la residencia habitual en base a la efectividad de un territorio con el menor en forma independiente de la voluntad de los padres, donde se dice que la habitualidad se fija por la residencia consuetudinaria anterior al traslado.<sup>164</sup>

---

164 Friedrich vs. Friedrich, HC/E/usf 142, United States of Appeals for de Sixt Circuit.

Y así, en otra corriente, se ha establecido que cualquier determinación de la residencia habitual debe focalizarse de manera combinada en el menor, y en la intencionalidad de los progenitores a fin de determinar los derechos de custodia.<sup>165</sup>

### **III. Derecho de visita**

(Art. 21 CH de 1980)

#### **1. Los problemas que afronta el derecho internacional de visita**

El origen de este problema es relativamente nuevo para la comunidad internacional. Nace a partir de la intensidad de los movimientos migratorios de los últimos cuarenta años que produjo la fragmentación de las unidades familiares ante las rupturas de parejas. La preocupación actual del derecho de contacto parental surge en cuanto al modo de asegurar su eficacia fuera de las fronteras. En esta perspectiva adquiere relevancia el derecho del hijo que esté separado de uno de sus padres a mantener contacto directo y personal de forma regular (art. 9.3 de la Convención de los derechos del niño), cuando uno de los padres reside en otro país diferente de la residencia habitual del hijo.

Es indudable que las dificultades disminuyen o desaparecen en un marco de cooperación convencional, en un sistema que estipule el reconocimiento y ejecución entre Estados de las decisiones en materia de custodia y de visita. Sin embargo, puede advertirse que, uno de los elementos que pueden desfavorecer un régimen comunicacional, o el cumplimiento de la custodia en casos internacionales, se encuentra en la misma pluralidad de valores de las culturas diferenciadas que impiden en muchos casos un acercamiento en las soluciones.

Esa desigualdad de concepciones jurídicas se advierte en el modelo patriarcal de familia islámico y por supuesto en la regulación de los sistemas de protección del hijo. La influencia religiosa en este derecho llega al estatuto jurídico del menor, en que la autoridad parental es ejercida por el padre que no admite el ejercicio de la custodia bajo figuras occidentalizadas en base

---

<sup>165</sup> Feder vs. Evans, HC/e/USF 83, United States Court of Appeals for de Third Circuit.

a la igualdad de los cónyuges. Así ha ido confrontando al reconocimiento y ejecución de decisiones que sean contrarias a la ley del Corán.<sup>166</sup>

La cuestión amerita, por una parte atención del derecho internacional privado como único derecho que es capaz de abordar las particularidades de los sistemas jurídicos de las sociedades occidentales y no occidentales. Más en concreto, con aquellas necesidades de las situaciones privadas internacionales vinculadas con las migraciones propias de las nuevas relaciones de tráfico externo.<sup>167</sup>

Y en el mismo sentido, la realidad de los casos demuestra que los ordenamientos jurídicos no están preparados para afrontar muchos de los problemas que surgen en las familias derivados de la distancia cultural y menos aún, cuando esa proporción queda signada por el “choque de civilizaciones”.<sup>168</sup>

---

166 Cfr. Deprez, J., “Droit International Privé et conflicts de civilisations: aspects méthodologiques”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1988 IV-T 211, p.127.

167 Los rasgos multiculturales de las sociedades occidentales se ven reflejadas con mayor fuerza en la Europa comunitaria, contexto en el que las relaciones privadas internacionales se vinculan a la inmigración de personas que no pierden sus valores e instituciones de origen, lo que dificulta las relaciones personales y familiares en un contexto internacional. Las divergencias en sus ordenamientos jurídicos de origen versan sobre cuestiones de vital importancia para el desarrollo de su vida en común, en especial respecto de las relaciones patrimoniales y personales que han de surgir del matrimonio y la tutela y educación de los hijos comunes. Sobre el tema se puede ver en extenso a Esteban de la Rosa, G., “El nuevo derecho internacional privado de la inmigración”, REDI, Vol. LIX-2007.

168 Jayme E., “Diritto de Familia: Società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato y Processuale*, 1993, T. II, Cedam, Padova. El autor sostiene que estos grupos étnicos o de culturas diferenciadas no se integran fácilmente a otros países, ya que conservan su lengua, la religión y ciertas costumbres donde las religiones ejercen una fuerte influencia sobre las normas de derecho de familia. De esta manera los países occidentales se están moviendo más o menos aceptando en parte la sociedad multicultural y los grupos étnicos que conforman. También para una mayor comprensión de esas diferencias se ha sostenido que: “En el ámbito del Derecho de familia, las divergencias que el Derecho islámico presenta respecto del occidental, bien pueden calificarse de abismales. La estructura patriarcal que caracteriza a estas sociedades, lleva a que la

De lo expuesto puede deducirse que la diferente visión de la estructura familiar puede provocar graves problemas en las fragmentaciones familiares cuando los hijos son descendientes de parejas mixtas, y dificultar por ello el pleno ejercicio de los derechos transfronterizos de los padres que no tienen la guarda.<sup>169</sup>

Sentado lo anterior procede mencionar que la óptica del derecho occidental de la familia ha quedado asentada en la difusión mundial de los derechos humanos y en torno al conjunto de normas que ha inspirado la concepción global de la infancia, tal como lo ha traducido la Convención de los derechos del niño.

Este cuerpo como es sabido, consagró como principio general del derecho internacional el interés superior del menor y en lo que se refiere a nuestro tema dispone que en función de su bienestar, el niño tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto regular con sus padres. Indirectamente también se reconoce el mismo derecho a los padres, a menos que sea contrario al interés superior de los hijos.<sup>170</sup>

---

autoridad máxima de la familia recaiga en el padre y o marido, lo cual resulta coherente con la preeminencia del hombre sobre la mujer que es establecida en el mismo Corán 4:34: Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan y en el mismo sentido 2:228. No debe olvidarse al respecto, que el Derecho islámico proviene de fuente divina y la norma suprema es el Corán y la Sharia y que aquella preferencia, resultará ser el eje sobre el que giran instituciones jurídicas islámicas.”, Conf. Diago Diago, M del P. en Revista Aequalitas N° 6 de Junio de 2001 de la Universidad de Zaragoza.

<sup>169</sup> Según el art. 107 del Código marroquí de Estatuto Personal “cuando la guardiana fija su residencia en otra ciudad y resulta difícil por este hecho, al padre o tutor supervisar las condiciones de vida del niño y asumir obligaciones respecto a él, la guardiana pierde su derecho de guarda”. El art. 69 de Código de Familia argelino dice “que si la titular del derecho de guarda desea elegir el domicilio de un país extranjero, el juez puede privar o mantener ese derecho a la madre atendiendo al interés del niño”.

<sup>170</sup> Art. 9 apartado 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el día 2 de setiembre de 1990. Así mismo otros instrumentos internacionales reconocen el derecho a la protección de los lazos generales entre la familia, por ejemplo véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en sus arts. 23 y 24 protege los de-

## 2. Contenido del derecho de visita internacional. Caracteres

Según Viney<sup>171</sup> la expresión “derecho de visita” apareció en la jurisprudencia francesa en una sentencia de la Corte de Casación del 8 de julio de 1857 en que un abuelo pidió la visita a su nieto en casa de la madre de este; el caso fue resonante porque por primera vez un juez autorizó la visita de familiares directos en el domicilio del visitado surgiendo el reconocimiento de que las relaciones personales del menor eran independientes de la voluntad de aquel que ejerciera la autoridad sobre el niño. Desde allí la expresión se arraigó como “derecho de visita”.

Estas expresiones terminológicas se referían al modo de ejercer el derecho, que en ese tiempo se concebía como un derecho del visitador.<sup>172</sup> La denominación “derecho de visita” en la actualidad alude a un modo de manifestarse consistiendo en el derecho de comunicación afectiva inherente a la persona con basamento en diferentes vínculos, como son, la relación paterna, los lazos de afectividad con los parientes y con otros sujetos que tengan intereses vinculados a la formación y necesidad de la persona visitada.

Empero, fue la Convención de los derechos del niño, proclamada el 20 de noviembre de 1989, la que destacó a nivel universal la importancia de proteger las relaciones afectivas del menor surgidas del seno familiar y del incuestionable derecho del hijo a este reconocimiento, ponderando al derecho de comu-

---

rechos de la familia y también el Art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce “que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar” que garantiza el derecho de los padres a mantener contacto regular entre sí.

171 Viney, G., « Du droit de visite », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1965, p. 225.

172 Cfr. Pousson-Petit, J., « Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfant en France et en Europe » *R.I.D.C.-4-1992*. Este derecho como tal no fue conocido en el Derecho Romano y épocas subsiguientes sino que fue durante el siglo XIX que apareció como un límite al abuso de la autoridad parental en una sentencia del 8 de julio de 1857 que la Corte de Casación francesa que prohibió a un padre que se opusiera a las relaciones de sus hijos con sus abuelos.

nicación como uno de sus principios. (Art. 9 inc. 3).<sup>173</sup>

Posteriormente, el derecho de visita fue remplazado por las nociones modernas de “derecho a la comunicación” o “relaciones personales” o “derecho de contacto” en consideración a la titularidad de derechos que le fueron admitidos al niño por este Convenio.

Al definir el derecho de visita transfronterizo, apuntamos para una mejor explicación señalar los caracteres que lo diferencian de su ejercicio interno, a saber:

- El derecho internacional de visita integra el concepto tradicional de derecho deber a las relaciones de convivencia efectiva del menor con respecto a sus padres y personas significativas.
- Residencia de los padres o de otros familiares en diferentes países.
- Otorgamiento de la custodia en el país de residencia del niño.
- Otorgamiento de un derecho de visita transfronterizo por la autoridad judicial o administrativa del país de residencia del niño o por medio del reconocimiento de una sentencia extranjera.
- Traslado del menor a través de una frontera internacional.
- Carácter temporal de la residencia del menor en otro Estado y obligación de reintegro al fin de la autorización.
- Establecimiento de un órgano de enlace por medio de las convenciones internacionales.

La regulación internacional sobre el reconocimiento del derecho de visita

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> En la exposición de motivos se dijo que “la familia como grupo fundamental de la sociedad y su medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

<sup>174</sup> La Conferencia es una organización intergubernamental de carácter permanente, que según el artículo 1 de sus Estatutos persigue la unificación progresiva de normas de derecho internacional privado.

## **1. La Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores<sup>175</sup>**

Dentro de la temática jurídica prevista en este Convenio y con base en su artículo 21, se ha dado una protección esencial al derecho de visita que puede servir de base jurídica para la organización y tramitación de una demanda internacional.

Dicho artículo expresa: Una solicitud dirigida a la Autoridad Central de un Estado Contratante podrá ser presentada para que se organice o proteja el ejercicio efectivo del derecho de visita, conforme a la misma modalidad que una solicitud para el regreso del niño. Las Autoridades Centrales estarán ligadas por las obligaciones de cooperación estipuladas en el Artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de cualquier condición a la cual esté sujeto el ejercicio de dicho derecho. Asimismo, estas tomarán medidas para elimi-

---

En la actualidad la metodología seguida por la Conferencia no es solamente conflictualista, ya que no se establecen sólo normas de conflicto, sino que también se recurren a normas materiales y a la atribución de una cuestión a una autoridad estatal determinada. La coordinación metodológica, ya presente en los trabajos de unificación de las organizaciones internacionales, demuestra e impone una concepción amplia del derecho internacional privado. Conf. Boggiano, A., "La Conferencia de La Haya y el derecho internacional privado en Latinoamérica", La Ley, Buenos Aires, 1993, págs. 1 y ss.

175 Actualmente la Convención vincula a nuestro país con los siguientes países miembros de la Conferencia de La Haya: África del Sur, Alemania, Australia, Austria, Bielorusia, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China Región Administrativa Especial de Hong Kong solamente y Región Administrativa Especial de Macao solamente, Chipre, Croacia, Dinamarca, España, Estonia, Estados Unidos, ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, Rumania, Reino Unido, Serbia y Montenegro, Eslovaquia, Eslovenia, Sri Lanka, Suecia, Suiza, República Checa, Turquía, Uruguay y Venezuela, y con los Estados no miembros de la Conferencia que firmaron la presente Convención: Bahamas, Belice, Burkina Faso, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Fidji, Guatemala, Honduras, Islas Mauricio, Moldavia, Nicaragua, Ouzbékistan, Paraguay, Saint Kitts y Nevis, Tailandia, Trinidad y Tobago, Turkmenistán y Zimbawe.

nar, en lo posible, los obstáculos que se opongan al ejercicio de tal derecho.

Las Autoridades Centrales<sup>176</sup>, ya sea directamente o a través de intermediarios, podrán entablar o favorecer el inicio de un procedimiento legal con miras a organizar o proteger el derecho de visita y las condiciones a las cuales pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho.

Analizando el ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio, cabe preguntarnos si puede fundarse en esta disposición un derecho de visitas pedido por un pariente o una persona significativa para el niño.

El legislador de la Convención en el artículo 21 no identifica a persona alguna para iniciar como titular la demanda de visita. Esta posición permite enfocar una visión amplia y considerarse la solicitud de quien considere que le asiste un derecho de visita de acuerdo a la legislación que ampare su pedido (esto es el derecho de la residencia habitual del menor), en cuanto que, uno de los objetivos del Convenio apunta principalmente a regular situaciones derivadas de visita de los padres y de otros familiares. Los fines que el Convenio tuvo en su mira garantizan el derecho de comunicación de los niños cuando este derecho concuerde con su pleno desarrollo personal.

Esta cuestión puede ser aclarada recurriendo a la interpretación de la fuente explicativa del Convenio de La Haya.

---

176 Se observa que la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya desde hace algunos años le viene dando una importancia, hoy creciente, a la cooperación de las autoridades nacionales. A fin de promover y facilitar esta cooperación internacional, cada Estado contratante debe designar una autoridad central que tendrá a su cargo satisfacer las obligaciones impuestas por la Convención. Teniendo en cuenta las profundas diferencias existentes dentro de la organización interna de los Estados miembros de la Conferencia, la Convención no precisa cuál debe ser la estructura y la capacidad de las autoridades centrales, aspectos que serán necesariamente regidos por la ley interna de cada Estado contratante. Esto trae como consecuencia que las obligaciones que se imponen a las autoridades centrales puedan ser cumplidas directamente por ellas, o por intermedio de otras autoridades competentes de su Estado. En nuestro país, la autoridad central está a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, quien a través de su Dirección General de Asuntos Jurídicos cumple las funciones previstas por la Convención.

En este sentido, Williams Duncan<sup>177</sup> explica los motivos que se tuvieron en cuenta en el debate del Convenio para proporcionar una base jurídica para incoar los procesos de visita.

En ella, no se limita la pretensión de visita solo a los padres con motivo de un secuestro o retención indebida, sino que permite la amplitud de oportunidades a otros titulares familiares lo que se perfila al afirmarse que “el término contacto se utiliza en sentido amplio para incluir las diversas maneras que un padre no custodio, o en algunas ocasiones una persona que no es el padre mantiene relaciones personales con un menor. Por consiguiente se reconoce la importancia que tiene para el niño mantener relaciones personales con otras personas con las que lo une lazos familiares”.

En consecuencia, toda demanda iniciada mediante el Convenio tendrá que tener en cuenta las siguientes variables:

-¿Qué criterios sustantivos deberían aplicarse para resolver un derecho de visita en base al Artículo 21?

- ¿Qué base jurídica ofrece el Artículo 21 para pedir a un tribunal extranjero que garantice el derecho de visita?

---

177 Duncan W., Secretario General Adjunto de la Conferencia de La Haya, Derecho de visita transfronterizo-Principios generales y buenas prácticas, vinculado en el foro de la Conferencia de La Haya en [www.hcch.net/unpload/wop/abd\\_pd04.s2006/pdf](http://www.hcch.net/unpload/wop/abd_pd04.s2006/pdf). Asimismo, es oportuno reflejar otros interesantes aportes de este Informe, en cuanto se dividen los problemas derivados del Convenio de La Haya en las siguientes áreas: 1. La ausencia de normas uniformes para determinar la jurisdicción de las autoridades a la hora de emitir o modificar órdenes de visita, así como la ausencia de disposiciones adecuadas para el reconocimiento y ejecución de las órdenes de visita extranjera. 2. La ausencia de acuerdo entre los Estados contratantes, sobre la naturaleza y nivel de apoyo que debe proporcionar a las personas que intenten proteger su derecho de visita en un país extranjero. Este apoyo incluye entre otros, la información y el asesoramiento jurídico, la asistencia para acceder al sistema jurídico, los medios para propiciar las soluciones acordadas y el apoyo físico o financiero que en ocasiones son necesarias para permitir la visita acordada o dictaminada. 3. La aplicación en algunos Estados contratantes, de procedimientos tanto en la fase previa al juicio, como en la ejecución, que no tienen suficientemente en cuenta las características y necesidades especiales de los casos internacionales y que provocan retrasos y gastos innecesarios. 4. Un nivel de cooperación internacional inadecuado, tanto en el aspecto administrativo como en el judicial.

Ciertamente, no podemos vislumbrar una respuesta única por cuanto la recepción judicial en los Estados contratantes sobre las interpretaciones del Artículo 21 no ha sido pacífica. Las respuestas estatales para decidir los planteos señalados indican un panorama que muchas veces deja de lado el esquema convencional, al poner de resalto la legislación interna como base del reclamo. Niegan en estos supuestos las facultades de organización y mediación de las Autoridades Centrales para exigir la presentación de una demanda en base a las leyes locales.

Así los países anglosajones y norteamericanos han adoptado una postura claramente restrictiva, negando cualquier pronunciamiento sobre el derecho de visita en el contexto del convenio y manifestado a través de los casos *Bromley vs. Bromley* y *Tejeiro Fernández vs. Yeagar* (2000) en los que se consideró que para resolver sobre el incumplimiento de un derecho de visita concedido en el extranjero, los tribunales en este caso de los Estados Unidos, no otorgan a sus jueces ninguna autoridad independiente para hacer cumplir el derecho de visita de niños, ni para decidir sobre tales reclamaciones.

Por su parte, el Reino Unido aportó igual noción en el caso *Minor* en 1993 sobre la ejecución del derecho de visita en el extranjero donde consideró lisa y llanamente que el Artículo 21 no concedía atributos para resolver casos relacionados con el derecho de visita, ni para reconocer y ejecutar las órdenes de derecho de visita extranjeras.

Una excepción, la representa Australia, porque sus tribunales han sido receptivos a los reglamentos del Convenio y en tal caso desplazando la legislación interna de dicho país. Según la interpretación que hacen de esta norma les permite someterse al procedimiento especial y tramitar a través de su Autoridad central un reclamo de visita como de exigir las garantías al cumplimiento de un derecho extranjero que lo conceda.

Por último, otra corriente interpretativa, la proporcionan los países de Europa continental como Alemania, España e Italia, que consideran al Artículo 21 vinculante para sus tribunales y admiten que un procedimiento pueda ser instado ante su autoridad central.

En cambio, en Francia no hay disposiciones especializadas y no admite incoar el artículo 21, solo pueden resolverse los casos internacionales en virtud de su ley interna, por eso aun-

que el derecho de visita se reconozca no hay medidas legales y coercitivas para su cumplimiento.<sup>178</sup>

La norma en definitiva, se dirige a establecer la actividad de la figura convencional basada en la cooperación de las autoridades centrales, por lo que centra toda su protección en este mecanismo, pero desde la perspectiva territorial no puede afirmarse que todos los Estados admitan el procedimiento de visita del art. 21 del Convenio.

Debe entenderse que contempla dos supuestos bien diferenciados, por una parte, admite la libertad de los particulares para organizar un derecho de visita, es decir tanto el establecimiento, como la protección. Por otra parte, se trata de garantizar el ejercicio pacífico de este derecho sin poner en peligro la custodia.<sup>179</sup> El resultado de cada petición dependerá de la suerte que corra cada particular según la interpretación del ordenamiento extranjero.

### **3. Organización de los Estados Americanos. La Convención Interamericana sobre restitución de menores de 1989**

En el ámbito latinoamericano, esta situación no ha sido una cuestión extraña a la región, por lo que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en su sesión del 18 de septiembre de 1983, resolvió encomendar su estudio.<sup>180</sup>

---

178 Datos obtenidos del Informe 2007 sobre Buenas Prácticas en el derecho de visita en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro de menores preparado por Nigel Lowe de la Universidad de Cardiff (Reino Unido) [www.cibertipline.com/en\\_US/publications/NC\\_195.pdf](http://www.cibertipline.com/en_US/publications/NC_195.pdf)

179 Según informe explicativo de Pérez Vera, E., de los aspectos civiles sobre secuestro de menores en Actes y documents de la Quatorzieme session de 1980, Tome III, Conférence de La Haye de droit International privé, Ed. Bureau permanente de la Conference en los puntos 126 y 127.

180 Se resolvió: "Encomendar al Instituto Interamericano del Niño que, dentro de sus disponibilidades presupuestarias, lleve a cabo trabajos y estudios relacionados con los temas sobre Restitución Internacional de Menores y sobre los alimentos debidos a éstos, y convoque a una Reunión de Expertos para examinar esta problemática, pues la misma responde a una necesidad de los Estados de la región".

Posteriormente, la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP IV), reunida en Montevideo del 9 al 15 de julio de 1989, concluyó una regulación sobre sustracción internacional de menores titulada: "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores".<sup>181</sup>

Cabe aclarar que la elaboración de esta Convención no tuvo desde el primer momento el apoyo unánime de los representantes de los países miembros de la O.E.A., y así vemos que "las dificultades internas de la C.I.D.I.P. se manifestaron ya sobre el tema en la reunión de expertos celebrada en San José de Costa Rica en mayo de 1989. La delegación norteamericana, presidida por Juenger, con especial apoyo razonado de la delegación mexicana y en particular del profesor Siqueiros, expresó su opinión en el sentido de que difícilmente sería mejorable el tratamiento que el problema del secuestro ha recibido en el Convenio de La Haya, y que quizá sería conveniente que el Instituto Interamericano del Niño realizase los esfuerzos oportunos para que los Estados miembros de la O.E.A. ratificasen lo antes posible el Convenio de La Haya".<sup>182</sup>

Esta postura se ha visto en reiteradas oportunidades y enfrenta, de alguna manera, a aquellos que son partidarios de promover la ratificación de las convenciones emanadas de la Conferencia de La Haya, sin creer que sea necesario y conveniente elaborar convenciones en el ámbito latinoamericano, y a los partidarios de la creación de un derecho estrictamente interamericano.

Esto encuentra sustento en que el ámbito sociológico (en el cual se producen las situaciones irregulares que intenta

---

181 La misma se encuentra vigente desde el 4 de noviembre de 1994, y fue ratificada por los siguientes países: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela, no siendo aún ratificada, aunque sí firmada, por Colombia, Guatemala, Haití y Perú.

182 Miralles Sangro, P. P., "La protección jurídica internacional de los menores en el ámbito de la C.I.D.I.P. España y la codificación internacional del derecho internacional privado", Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado, San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, pág. 335.

remediar el Convenio de La Haya) no difiere en esencia de la presentación de la cuestión en el continente americano.<sup>183</sup>

De todos modos, de esta manera se continúa en un camino que, en el ámbito iberoamericano, fuera iniciado con los convenios que sobre el mismo objeto celebrara Uruguay con Argentina el 31 de julio de 1981<sup>184</sup>, con Chile el 15 de octubre del mismo año, y con Perú el 7 de febrero de 1985.<sup>185</sup>

Cualquier solicitud en el marco de este Convenio, merece las mismas consideraciones antedichas, tal como debe ser interpretado el ámbito de aplicación *rationae personae*. En efecto el artículo 1 dispone que.... “ Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares”.

Esta norma se complementa con el artículo 21<sup>186</sup> sobre

---

183 Ante esta situación de coexistencia de dos tratados con el mismo objeto y ratificados por casi los mismos Estados, la CIDIP previó lo siguiente: “Entre los Estados Parte de esta Convención y del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos la forma bilateral para reconocer la aplicación prioritaria del precitado Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980” (artículo 33). No coincidimos con los autores que consideran poco feliz este precepto y que el mismo constituye una irritante expresión de injustificables tendencias chauvinistas (Conf. Parra Aranguren, G., “La restitución de menores en el derecho convencional americano. Hacia un nuevo orden internacional y europeo”, Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 1415.

184 Dicho acuerdo se denomina “Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay”, suscripto en Montevideo el 31 de julio de 1989, y ratificado por Argentina por la ley N° 22.546, publicada en el Boletín Oficial el 4 de marzo de 1982.

185 Conf. Fernández Arroyo, D. P., “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del 15 de julio de 1989”, Revista de Información Legislativa, Año 28, N° 111, julio/setiembre de 1991, pág. 143.

186 Artículo 21: La solicitud que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares podrá ser dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado Parte conforme a lo dispuesto en el Artículo 6 de la presente Convención. El procedimiento respectivo será el previsto en esta Convención para la restitución del menor.

el derecho de visita que se refiere en su sentido a los titulares, lo que permite inferir su vocación ampliada hacia cualquier persona que pretenda un derecho de visita al menor.

#### **4. El Convenio de Estrasburgo del Consejo de Europa sobre relaciones personales concernientes a los niños**

Por su parte, otro instrumento altamente significativo sobre derecho internacional de relaciones personales ha sido sancionado por el Consejo de Europa en Estrasburgo en el año 2003.

No ha sido legislado con vocación internacional, sino para regir en el ámbito comunitario europeo, pero su valor como principio de derecho al definir la noción de “relaciones personales” y la modalidad para efectivizar un régimen internacional aporta la experiencia jurisprudencial continental y la tendencia en la materia.

Se admite el derecho de comunicación a cualquier persona, pariente o no, que tenga relaciones afectivas con el menor. La *Convention sur les relations personnelles* concerniente les enfants, aporta una metodología relevante para el cumplimiento de las decisiones de visita, ya que le otorga al juez un rol esencial para guiar los casos transfronterizos, así es que el juez requerido de una medida podrá declararla ejecutoria o fijar o adaptar las modalidades de ejecución y ofrecer las garantías necesarias a través de las autoridades centrales.

En su Preámbulo se reconoce la necesidad de los menores de tener relaciones personales, no solo con sus padres, sino con ciertas otras personas que tienen un lugar como familia, destacándose la importancia de este relacionamiento, siempre que se preserve el interés superior del menor.

#### **5. El Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de niños**

No se encuentra vigente en Argentina, aunque su recomendación de ratificación ya es parte de las propuestas doctri-

narias de nuestro país.<sup>187</sup> Implementa un sistema de coordinación entre Estados sobre medidas de protección sobre los niños.

El artículo 35 receptando las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de derecho de visita, establece una red de cooperación de autoridades para “asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita, así como el derecho de mantener contactos directos regulares”.

## **IV. Soluciones del derecho internacional privado**

### **1. La competencia judicial internacional: aspectos generales**

Las situaciones privadas internacionales provocan como primera reacción en el operador jurídico y en los particulares, una suerte de incerteza legal previa a la acción, acerca de quién es el juez territorial que debe intervenir y cuál el derecho aplicable.

Cada caso internacional nace con una inestabilidad de orden procesal al existir una conexión de hechos, conductas o acciones con más de un Estado. Esta cuestión inestable, que está regida por normas específicas de fuente interna o convencional en su caso, actualmente se ha acrecentado de la mano de la globalización al surgir en los supuestos la posible multiplicación de los tribunales competentes.

Es así, que si bien el problema de competencias no es menor en ningún tipo de procesos, se agrava en casos internacionales, porque el tribunal que proclame su competencia judicial internacional deberá dictar su sentencia con un alto grado de efectividad con el fin de obtener una decisión que pueda ser sujeta a ejecución y validez extraterritorial.

Por todo ello, el primer ingrediente que debe respetar la justicia del derecho internacional privado es recurrir a aque-

---

<sup>187</sup> Recomendada su ratificación por la Asociación Argentina de Derecho Internacional (A.A.D.I.) ha sido firmada por los siguientes Estados miembros de la Conferencia de La Haya: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Marruecos, Mónaco, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Eslovaquia, Suecia, Suiza y República Checa, y por Ecuador, Estado que no es miembro de dicha Conferencia

llas normas de competencia que reflejen un resultado de orden, de previsibilidad legal, que impidan la lesión de la tutela judicial efectiva provocando la indefensión de los interesados.

No obstante esto, los casos internacionales presentan otra faceta, que aparece cuando al indagar más exhaustivamente los hechos de la demanda el juez llega a la conclusión de que la norma existe, pero su contacto con el foro resulta meramente fortuito o aleatorio, dado que la norma seleccionada refleja una vinculación con el foro meramente formal y desprovista de los esenciales caracteres de justicia, es decir cuando de la “lectura internacional” sobre los hechos planteados, surge que la competencia internacional no resguarda la tutela judicial efectiva, ni la previsibilidad para las partes.

## **2. El criterio del *favor minoris***

En el derecho de visita argentino, no hay normas de competencia de fuente interna, ni convencionales. Pero como ya hemos manifestado supra, el principio del “interés del menor” aconseja facilitar el acceso de las autoridades judiciales y extrajudiciales atendiendo al principio de proximidad: la residencia habitual del menor.<sup>188</sup>

En el ámbito del derecho internacional privado autónomo encontramos una norma general que es el art. 90 inc. 6to del Código Civil que atiende al estatuto de la persona y dice que el domicilio de los incapaces es el de su representantes legales, donde se considera que el menor o incapaz tiene su residencia habitual.

En lo que atañe al sistema convencional vigente en Argentina la Convención de la Haya de 1980 toma en referencia a la residencia habitual del menor al estipular en su artículo 4

---

188 Siguiendo las corrientes internacionales en reglas sobre conflictos de competencia Santos Belandro, interpreta que en materia de competencia internacional el interés del menor se plasma otorgando intervención a la autoridad más próxima al menor, que de modo general es su residencia habitual, aún cuando se prevén soluciones que dan flexibilidad a los supuestos atendiendo a las exigencias del caso concreto. Santos Belandro, R., *El interés superior del niño en el derecho internacional privado*, Minoridad y Ancianidad en el Mundo Actual - Un estudio desde el derecho internacional privado comparado, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2007, 19.

“que el Convenio se aplica a todo menor que tuviera su residencia en habitual en un Estado contratante inmediatamente antes del atentado a los derechos de guarda o visita”. Este criterio es un principio general de otros convenios internacionales, que al reiterarse en un grado de generalidad en normas de fuente universal debe ser tomado como principio general del derecho.<sup>189</sup>

El conocimiento de este foro es prevalente ya que responde al interés superior del hijo en su derecho de relación transfronterizo, pero el mismo no es obstáculo para admitir una pretensión en el foro donde se resuelvan otras cuestiones, derivadas del proceso de divorcio de lo que puede resultar también competente el juez del último domicilio conyugal si en él se tramita la custodia y el derecho de visita.

El criterio del favor minoris respecto a las reglas de competencia es perceptible en otras Convenciones americanas vigentes en nuestro país que abarcan otras cuestiones, pero de las que se plasma el factor residencia habitual como eje de los casos internacionales.

Es el caso de la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias que establece como solución general que es competente el juez o autoridad del domicilio o residencia habitual del acreedor o del deudor o el juez o autoridad donde el deudor tenga vínculos más estrechos entre otros supuestos.

Asimismo, las Convenciones interamericanas sobre restitución de menores y de tráfico de menores toman en cuenta la residencia habitual del niño antes del traslado ilícito, agregando que por razones de urgencia se podrá ampliar la competencia a los tribunales donde se encuentre el menor.

---

189 Para establecer una comparación sobre reglas de competencia internacional es preciso recurrir a las múltiples oportunidades en que otras fuentes convencionales han admitido a la residencia habitual como regla básica. Tal es el caso del Convenio de La Haya sobre responsabilidad parental de 1996, aún no vigente, que en el Artículo 5 1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes; Artículo 7.1. En caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiera una residencia habitual en otro Estado.

El problema de la competencia judicial para atribuirse derechos de visita internacional ha quedado patentizado en el caso argentino G. C. y otros c/ S. I. M. M. de 19 de agosto de 1999 de la C. S. J. N. en donde el Defensor de menores interpuso acción de visita de ocho primos menores de edad contra los padres de sus primos sustraídos en Guatemala por su padre y con residencia actual en Jordania; la Juez de Primera Instancia se declaró incompetente al interpretar que la jurisdicción donde debía concurrirse era la del lugar donde los menores vivían antes del secuestro (basada en la residencia habitual), que además coincidía con el último domicilio conyugal de los padres, apoyando sus argumentos en una correcta interpretación de normas convencionales e internas (artículo 227 del C. Civil) y relacionando las disposiciones de los artículos 5 y 21 del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro de menores que fue aplicado en analogía por no ser parte del mismo, ni Jordania, ni Guatemala.

Luego la Cámara confirmó el fallo con el argumento que se debía dar prioridad a los intereses de los niños en riesgo, estos eran los primos de los actores residentes en Guatemala y por aplicación del mismo Convenio que exigía considerar prioritaria aquella jurisdicción teniendo en cuenta la residencia habitual de los más débiles.

Por último, la Corte confirmó la incompetencia del tribunal argentino, al decidir que si la Convención de 1980 fuere aplicable, aún por vía analógica, en cuanto asigna relevancia a la residencia habitual del menor antes del traslado, igualmente coincidiría con la regla de fuente interna, que asigna la jurisdicción a los jueces del último domicilio conyugal (art. 227 del C. Civil Argentino), que en el caso coincide con Guatemala, por lo que además cabe agregar que el domicilio de los primos actores en Argentina, conduciría a aumentar los foros exorbitantes o abusivos, al abrirse el foro argentino, además de Guatemala y Jordania.

### **3. La ley aplicable**

Es la autoridad de la residencia habitual del menor quien decide si, atendiendo a su interés superior en cada caso particular, se deberá conceder el ejercicio de un derecho de relación transfronterizo.

En esta instancia, constituyendo la residencia habitual una cuestión de hecho, que con carácter general se entiende el país donde el niño tiene sus redes familiares, sociales y culturales permanentes, solo el juez competente de la residencia habitual podrá evaluar las circunstancias legales de las demandas de relaciones personales.

La ley al imponer como base de los principios el interés superior del niño, confía en el juez la elaboración de un resultado material apropiado a las relaciones familiares en juego. Pero aún cuando resulte justificado la unificación del *forum* y del *jus* en aras de sintetizar las relaciones personales con otros parientes no puede dejar de evidenciarse otros problemas que se ocasionan en sede internacional.

Uno de ellos es que en muchos casos el mantenimiento de las relaciones familiares deberán ponderar las diferentes culturas jurídicas de los integrantes, como quedó demostrado en el caso argentino de los primos comentado *supra*, aspecto este que si se hubiera tratado tocaba elementos fundamentales del derecho islámico de la guarda de menores.

En el derecho francés hubo un caso paradigmático de la Cour de Cassation del 16 de abril de 1991, que demostró la desconfianza hacia la adaptación de los derechos entre padres y que le concedió un derecho de visita internacional a un padre argelino que volvía a Argelia y por el cual se dispuso la prohibición de que los niños salieran de Francia sin consentimiento de la madre; el caso luego fue resuelto por aplicación de un convenio bilateral franco argelino.

Otro problema a abordar es el posible traslado transfronterizo de un menor o incapaz. Se trata de vislumbrar garantías en el derecho extranjero, que solo puede ofrecerla la red convencional si existiere.

La necesidad de contar con mecanismos internacionales se impone y más aún cuando algunos derechos exigen la delimitación geográfica del derecho de visita.

#### **4. El reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras**

Cuando se está en presencia de una resolución extranjera, ya derivada de una sentencia o de un acto de jurisdicción voluntaria, el pedido de un régimen comunicacional debe ser so-

metido a exequatur, ya sea por los requisitos establecidos por los cuerpos convencionales vigentes o a través de la regulación de las fuentes internas.<sup>190</sup>

No obstante si la competencia originaria es argentina, al no existir una red convencional apropiada para los derechos internacionales de visita, entendemos que no puede soslayarse las funciones de control que debe cumplir el juez de la residencia habitual del niño o del incapaz, único en condiciones para evaluar la realización del derecho de los particulares en función de los intereses del mismo.

En este caso, la función judicial, no puede limitarse al reconocimiento automático de la decisión extranjera porque dicha medida debe quedar condicionada a que se pueda evaluar la competencia prevalente de la residencia habitual y la no afectación del orden público internacional del foro.

## **V. Reflexiones finales**

Si bien las visitas se fundan en la necesidad de mantener y cohesionar los vínculos familiares, esto no es obstáculo para que pretensiones derivadas de legítimos afectos, reflejen otros contenidos de trascendencia espiritual que anime a las relaciones humanas.

Quizás porque las relaciones de comunicación con terceros, ajenos a los padres, no se encuentran con precisión reguladas en todos los ordenamientos jurídicos, sino que dependen en ciertos Estados del desarrollo judicial o porque todavía la materia no posee entidad suficiente para adquirir protagonismo doctrinal y jurisprudencial, es que una reflexión para los casos internacionales deba encuadrarse en el contexto de otras cuestiones que cobran fuerza hoy y que se encuentran relacionadas con la evolución de la familia internacional, de sus principios; de los valores de la dignidad humana reconocidos por las declaraciones universales y de las nuevas estructuras familiares.

Desde la perspectiva de los casos internacionales se trata de admitir el reconocimiento de nuevas situaciones que plantean las relaciones familiares y afectivas en relación a un

---

190 Sobre el tema puede consultarse a Dreyzin de Klor, A. S. y otra. *Trámites judiciales internacionales*, Buenos Aires, Zavalia, 2006

niño y que se manifiesta de manera amplia en cierta metamorfosis del derecho de visita.

Esta nueva concepción reconoce la necesidad de que los menores mantengan relaciones personales no solo con sus padres, sino con otras personas que tengan o no, un lugar en la familia siempre en función de su interés superior.

La apertura de los sistemas jurídicos al examinar el derecho a las relaciones personales ofrece una justificación basada en las nuevas fuentes del derecho de familia provenientes de normas constitucionales; en los principios que surgen de los convenios internacionales, en las leyes internas; en la actividad de los jueces y en las manifestaciones de la autonomía de voluntad de las partes.

En la invocación del derecho a las relaciones personales en los casos transfronterizos, la cuestión transita por reafirmar y afianzar el sistema de garantías de cumplimiento vinculado tradicionalmente con la cooperación jurídica internacional.

Surge como interrogante, si los Estados están dispuestos a aceptar las órdenes de derecho de visita extranjeras y en caso de que se admitieran, si los procedimientos nacionales son lo suficientemente eficaces para ello. Un dato significativo sobre esta problemática fue expresado en la reunión de Tampere del Consejo de Europa en 1999 en que se definió y reconoció que “los derechos de visita son prioridad en materia de cooperación judicial, respondiendo a una verdadera necesidad social producto del cambio de residencia de las personas” promovándose la organización de garantías de reconocimiento efectivo y simplicidad de los procedimientos.<sup>191</sup>

El derecho de visita entre parientes y allegados es incipiente y por ahora imprecisa su efectividad en casos internacionales. La ausencia de un convenio que se refiera con especificidad a la temática, ahuyenta las soluciones estables y uniformes.

Además notamos que el derecho de visita, se encuentra empapado en las leyes, y la jurisprudencia de un profundo

---

191 La Reunión de Tampere, fue preeliminar a la adopción del Convenio sobre el derecho de visita relativo a menores de 2002 en la Unión Europea, que si bien surgió para regir en este ámbito, aporta una valiosa contribución al reconocimiento del derecho internacional a las relaciones personales de un menor con sus padres, otros familiares y allegados, desde la cooperación de autoridades.

localismo incidido por el orden público que presenta distinciones principistas de una sociedad a la otra y este panorama complica su avance y reconocimiento en otros Estados.

De allí, es que podemos afirmar que si la familia o el tipo de asociación familiar en que el niño se encuentre es el ámbito propicio para su desarrollo, también es el medio para la realización de los vínculos de afecto de todos sus integrantes, razón que permite justificar, porqué el sentimiento humano aparece en muchas de las pretensiones particulares y se reflejan en las decisiones judiciales según las circunstancias.

En este orden, cuando la situación de interdependencia afectiva aparece en evidencia y de ello no surge perjuicio alguno para el niño, las decisiones sobre las relaciones personales deben inclinarse más bien a valorizar la afectividad, los lazos de reciprocidad solidaria y la asistencia moral de las relaciones familiares y humanas que se crean.

Se impone en el marco del Derecho Internacional Privado la elaboración de una regla especializada, que complete lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, aún teniendo en cuenta los problemas accesorios que la especialización lleva aparejados. Dicha especialización es una opción de técnica legislativa radicalmente necesaria cuando el sistema debe operar en relación a realidades varias y complejas. Recientemente, la norma de conflicto especializada, tanto por razón de la materia como en razón a su estructura peculiar ha hecho su entrada en los sistemas modernos de Derecho Internacional Privado señaladamente por vía convencional.

Pues bien, en lo que se refiere al derecho de relación transfronterizo se impone la especialización tanto por la materia como por los caracteres de extranjería del supuesto y la misma se presenta como una opción técnico jurídica plenamente operativa.

Es necesaria una respuesta adaptada a las necesidades que exige el elemento extranjero<sup>192</sup> y la especialización de la respuesta por vía interpretativa es quizás hoy la clave del Derecho Internacional Privado<sup>193</sup>.

---

192 Álvarez González, S., Objeto del Derecho Internacional Privado. ADC, 1993, pag. 1109/1151

193 Sánchez Lorenzo, S., Postmodernismo y Derecho Internacional Privado. REDI, Vol. XLVI, 1994-2, pag.582

## **Anexo normativo**



# **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores<sup>1</sup>**

**(hecho el 25 de octubre de 1980)  
(entrado en vigor el 1º de diciembre de 1983)**

Los Estados signatarios del presente Convenio,

Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, Han resuelto concluir un Convenio a tal efecto y han acordado las disposiciones siguientes:

## **CAPITULO I - AMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO**

### **Artículo 1**

La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

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

### **Artículo 2**

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

### **Artículo 3**

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al De-

---

1 Ver: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.text&cid=24#\\_ftn1](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=24#_ftn1)

recho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

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

#### Artículo 4

El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

#### Artículo 5

A los efectos del presente Convenio:

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

b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

## **CAPITULO II - AUTORIDADES CENTRALES**

#### Artículo 6

Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

Los Estados federales, los Estados en que esté vigente más de un sistema jurídico o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y para especificar la extensión territo-

rial de los poderes de cada una de estas Autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la Autoridad Central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la Autoridad Central de dicho Estado.

## Artículo 7

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

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

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

## **CAPITULO III - RESTITUCION DEL MENOR**

### **Artículo 8**

Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

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

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

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

### **Artículo 9**

Si la Autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado

contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante.

#### Artículo 10

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

#### Artículo 11

Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante.

#### Artículo 12

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

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

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

### Artículo 13

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

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

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

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

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

### Artículo 14

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

para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

#### Artículo 15

Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.

#### Artículo 16

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

#### Artículo 17

El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

#### Artículo 18

Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

## Artículo 19

Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

## Artículo 20

La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

## **CAPITULO IV - DERECHO DE VISITA**

### Artículo 21

Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

## **CAPITULO V - DISPOSICIONES GENERALES**

### Artículo 22

No podrá exigirse fianza ni depósito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las cos-

tas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

#### Artículo 23

No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, legalización ni otras formalidades análogas.

#### Artículo 24

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

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

#### Artículo 25

Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

#### Artículo 26

Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

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

obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

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

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

#### Artículo 27

Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la solicitud carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente de sus motivos al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso.

#### Artículo 28

Una Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

#### Artículo 29

El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación

del derecho de custodia o del derecho de visita en el sentido previsto en los artículos 3 o 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

### Artículo 30

Toda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes.

### Artículo 31

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes:

a) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;

b) toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente el menor.

### Artículo 32

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de Derecho especificado por la ley de dicho Estado.

### Artículo 33

Un Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de Derecho.

#### Artículo 34

El presente Convenio tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de las Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores entre los Estados parte en ambos Convenios.

Por lo demás, el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

#### Artículo 35

El presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

Si se hubiera formulado una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 o 40, la referencia a un Estado contratante que figura en el párrafo precedente se entenderá que se refiere a la unidad o unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

#### Artículo 36

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones.

### **CAPITULO VI - CLAUSULAS FINALES**

#### Artículo 37

El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que eran Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión.

Será ratificado, aceptado o aprobado y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

#### Artículo 38

Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio.

El instrumento de adhesión será depositado en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que se adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de adhesión.

La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados contratantes.

El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el día uno del tercer mes siguiente al depósito de la declaración de aceptación.

#### Artículo 39

Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Convenio se extenderá al conjunto de los territorios a los que representa en el plano internacional, o a uno o varios de ellos. Esta declaración surtirá efecto en el momento en que el Convenio entre en vigor para dicho Estado.

Esa declaración, así como toda extensión posterior, será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

## Artículo 40

Si un Estado contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas jurídicos distintos en relación a las materias de que trata el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el presente Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración.

Estas declaraciones se notificarán al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos y se indicará en ellas expresamente las unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

## Artículo 41

Cuando un Estado contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las Autoridades Centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

## Artículo 42

Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el artículo 24 y en el tercer párrafo del artículo 26, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 o 40. Ninguna otra reserva será admitida.

Cualquier Estado podrá retirar en cualquier momento una reserva que hubiera formulado. El retiro será notificado al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

La reserva dejará de tener efecto el día primero del tercer mes siguiente a la notificación a que se hace referencia en el párrafo precedente.

### Artículo 43

El Convenio entrará en vigor el día primero del tercer mes siguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los artículos 37 y 38.

Después, el Convenio entrará en vigor:

1. para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o se adhiera con posterioridad, el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
2. para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido el Convenio de conformidad con el artículo 39 o 40, el día uno del tercer mes siguiente a la notificación a que se hace referencia en esos artículos.

### Artículo 44

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

Salvo denuncia, el Convenio se renovará tácitamente cada cinco años.

Toda denuncia será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, por lo menos seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años. La denuncia podrá limitarse a determinados territorios o unidades territoriales a los que se aplica el Convenio.

La denuncia tendrá efecto sólo respecto al Estado que la hubiera notificado. El Convenio continuará en vigor para los demás Estados contratantes.

### Artículo 45

El Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos notificará a los Estados miembros de la Conferencia y a los

Estados que se hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38, lo siguiente:

1. las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que hace referencia el artículo 37;
2. las adhesiones a que hace referencia el artículo 38;
3. la fecha en que el Convenio entre en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 43;
4. las extensiones a que hace referencia el artículo 39;
5. las declaraciones mencionadas en los artículos 38 y 40;
6. las reservas previstas en el artículo 24 y en el párrafo tercero del artículo 26 y los retiros previstos en el artículo 42;
7. las denuncias previstas en el artículo 44.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, firman el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que se depositará en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se remitirá por vía diplomática copia auténtica a cada uno de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión

## **CIDIP IV**

# **Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores**

### **AMBITO DE APLICACION**

#### **Artículo 1**

La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

#### **Artículo 2**

Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.

#### **Artículo 3**

Para los efectos de esta Convención:

- a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;
- b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

#### **Artículo 4**

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

## Artículo 5

Podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el Artículo 4.

## Artículo 6

Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención.

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo.

## **AUTORIDAD CENTRAL**

### Artículo 7

Para los efectos de esta Convención cada Estado Parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

En especial, la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención.

Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención.

## **PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCION**

### **Artículo 8**

Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, de la siguiente forma:

- a. A través de exhorto o carta rogatoria; o
- b. Mediante solicitud a la autoridad central, o
- c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

### **Artículo 9**

1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener:

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

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

- a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;
- b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;
- c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra

autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

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

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

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

4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

#### Artículo 10

El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor.

Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Artículo 9 y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del menor.

Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

#### Artículo 11

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o

b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

## Artículo 12

La oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene.

Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte.

Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.

## Artículo 13

Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

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

## Artículo 14

Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostre que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

## Artículo 15

La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

## Artículo 16

Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del Artículo 4, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

## Artículo 17

Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

## **LOCALIZACION DE MENORES**

### Artículo 18

La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las perso-

nas mencionadas en el Artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concierne a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél.

#### Artículo 19

La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

#### Artículo 20

Si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del Artículo 19 podrán quedar sin efecto.

El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención.

### **DERECHO DE VISITA**

#### Artículo 21

La solicitud que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares podrá ser dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado Parte conforme a lo dispuesto en el Artículo 6 de la presente Convención.

El procedimiento respectivo será el previsto en esta Convención para la restitución del menor.

## **DISPOSICIONES GENERALES**

### **Artículo 22**

Los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso.

### **Artículo 23**

La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación.

Si los interesados en la tramitación del exhorto o solicitud hubieren designado apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgue, estarán a su cargo.

Sin embargo, al ordenar la restitución de un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución.

### **Artículo 24**

Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, y no requieren intervención de parte interesada. Lo anterior no obsta para que las partes intervengan por sí o por intermedio de apoderado.

### **Artículo 25**

La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria

de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

#### Artículo 26

La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.

#### Artículo 27

El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma.

Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia.

### **DISPOSICIONES FINALES**

#### Artículo 28

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

#### Artículo 29

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

#### Artículo 30

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

#### Artículo 31

Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre

que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas, y que no sea incompatible con el objeto y fines de esta Convención.

#### Artículo 32

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

#### Artículo 33

Respecto a un Estado que tenga en materia de guarda de menores dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes:

- a. Cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;
- b. Cualquier referencia a la ley del Estado de la residencia habitual contempla la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.

#### Artículo 34

Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención.

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

### Artículo 35

La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia.

### Artículo 36

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

### Artículo 37

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Parte.

### Artículo 38

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el Artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en los artículos pertinentes de la presente Convención.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE MONTEVIDEO, REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, el día quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

# **Anexo jurisprudencial**

Sistematización jurisprudencial  
realizada por Juan José Obando Peralta



**Sentencia: 01440**  
**Expediente: 10-000046-0673- NA**  
**Fecha: 20/10/2010**  
**Hora: 8:50:00 AM Emitido por: Tribunal de Familia**

**Tipo de Sentencia:** De Fondo  
**Redactor:** Ana María Picado Brenes  
**Clase de Asunto:** Restitución internacional del menor

Contenido de interés 1

**EXPEDIENTE NO. 10-000046-673-NA INTERNO NO. 1204-10 (1)**  
**ASUNTO: PROCESO ESP. APLICACIÓN CONVENIO DE LA HAYA**  
**DE: PANI CONTRA: R. Y G.**

### **VOTO NO. 1440-2010**

**TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las ocho horas cincuenta minutos del veinte de octubre de dos mil diez.-**

PROCESO ESPECIAL DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL, formulado por el PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA, en su carácter de Autoridad Central, representado por la Licenciada Ana Gabriela Massey M. mayor, abogada, cédula de identidad número uno-ochocientos diecisiete-ciento setenta y seis, contra G , [...]. Interviene la Licenciada Mónica Sandí Ureña, abogada directora de la señora G, la Licenciada Damaris Villalta Soto, curadora procesal del señor R. y el Licenciado Milton Gutiérrez en su carácter de representante legal del Patronato Nacional de la Infancia.-

### **RESULTANDO**

- 1.- El Patronato Nacional de la Infancia en su carácter de Autoridad Central, con base en los hechos y citas de derecho que invocó en su demanda, presenta la solicitud de restitución de la niña A , según la normativa establece por el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.
- 2.- La señora G , fue debidamente notificada de la pretensión del señor R , así como el Patronato Nacional de la Infancia en su carácter de entre protector de la niñez.
- 3.- La Licenciada Milagro Rojas Espinoza, Jueza del Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, por sentencia

de las dieciséis horas del diecisiete de agosto de dos mil diez, resolvió: **“POR TANTO:** De conformidad con lo expuesto, y la normativa citada lo procedente es declarar **SIN LUGAR** la solicitud de **RESTITUCIÓN INTERNACIONAL** de la persona menor de edad A . Se fija el siguiente régimen de interrelación a favor de don R , quien podrá visitar a su hija en nuestro país, las veces que lo desee, previa coordinación con doña G. Asimismo podrá comunicarse por teléfono o interned con sus su hija todas las semanas, debiendo coordinarse entre los progenitores la hora más conveniente. De conformidad con el artículo 26 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores se dicta esta resolución sin especial condenatoria en costas.”

4.- Conoce este Tribunal del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por Damaris Villalta Soto en su carácter de Curadora Procesal del señor R , contra la referida sentencia. Esta sentencia se dicta dentro del plazo de Ley. En los procedimientos se han observado las prescripciones correspondientes.-

**Redacta la Jueza PICADO BRENES; y,**

#### **CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** La sentencia de primera instancia es apelada por la curadora procesal del señor R , quien alega como motivos de disconformidad los siguientes: -Que la sentencia se basa en el artículo 12 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Personas Menores de Edad. Insiste en que no ha ejercido violencia doméstica ni contra su esposa ni contra su hija. Que doña G. nunca lo denunció en Estados Unidos de Norteamérica por Violencia Doméstica. Sostiene que doña G. en realidad lo que quería era venirse para Costa Rica porque tenía y tiene un romance en este país. Cuestiona la prueba testimonial evacuada, toda vez que se trata del padre y hermana de doña G , quienes declaran cosas que ésta les contó, pero no presenciaron tales situaciones. Argumenta además que en los Estados Unidos de Norteamérica la menor A. cuenta con más comodidades que las que tiene en Costa Rica. Niega tener problemas psicológicos como erróneamente sostiene doña G y, en esta instancia, aporta la traducción de un documento en el que se constata que no cuenta con tales problemas. Alega que aunque es veterano de guerra, tal situación no lo afectó, al punto que es un empleado estable, de más de diez años de trabajo continuo. Dice que él se preocupa por la manutención de su menor hija a pesar de no tenerla a su lado. Admite que tuvo un problema cuando era menor de edad, pero no es correcto que ello lo afecte ahora porque la situación no se da más. Que no hay prueba sobre las acusaciones que le hace la familia. Sostiene que un Tribunal de los Estados Unidos le confirió la custodia legal de su menor hija. Finalmente insiste en que le dio permiso a su esposa para traer la niña a pasear a Costa Rica, pero

luego doña G. le dijo que no regresaría la niña a los Estados Unidos de Norteamérica, de ahí que considera que doña G. lo engañó.

**SEGUNDO:** Por estar ajustada a las probanzas de los autos se avala la relación de hechos probados de la sentencia venida en alzada, así como el primero de los no demostrados. No se le imparte aprobación al hecho no probado enunciado con el número dos, toda vez que no es pertinente en este asunto porque en el mismo no se discute la guarda, crianza y educación de la menor A .

**TERCERO:** De conformidad con los ordinales 35 y 11 de la *Convención sobre los derechos del niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por la Asamblea Legislativa por Ley N.º 7184 de 18 de julio de 1990, el Estado costarricense está obligado a adoptar “(...) *todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.*”, así como aquellas que sean necesarias “(...) *para luchar contra los traslados ilícitos de niños (sic) al extranjero y la retención ilícita de niños (sic) en el extranjero.*” Sin duda, esa trascendental directriz traduce lo que puede ser considerado como otro derecho fundamental de las personas menores de dieciocho años: el de no ser objeto, por una vía de hecho, de movimientos migratorios —secuestros, traslados o retenciones— que supongan el traspaso de fronteras so pretexto de derechos más o menos discutibles sobre su ella y conlleven su desarraigo de su medio habitual de vida familiar y social. Se trata, en el fondo, de un derecho instrumental en la medida en que es una garantía de otros tres de carácter básico: el de ser cuidado por ambos progenitores (artículo 7), el de mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular (artículo 9, inciso 3º) y el de preservar su identidad, lo que incluye sus vínculos familiares y, en particular, la de índole cultural (artículo 8, en relación con el 29, apartado 1º, inciso c). Desde esa perspectiva, en este tipo de asuntos cobra relevancia lo previsto en el inciso 2 del numeral 8, a cuyo tenor “*Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*” Y también es aplicable la regla recogida en el apartado 3 in fine del 20, referida, en forma expresa, a quienes se encuentran privados temporal o permanentemente de su medio familiar, que, a la hora de decidir, exige “(...) *prestar particular atención a la conveniencia de que haya una continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.*” Su restitución internacional es, al propio tiempo, un mecanismo que permite honrar la obligación estatal de poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en el cumplimiento de sus funciones parentales (inciso 1 del artículo 18) y un modo de prestarles asistencia para su cabal desempe-

ño (inciso 3 del artículo 27). Y ha de tenerse presente que ese Tratado declara que incumbe a ambos padres, no solo a uno de ellos, la responsabilidad primordial de su crianza y la de proporcionarle, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo integral (incisos 1 del artículo 18 y 2 del 27), les atribuye la potestad de impartirles, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que puedan ejercer sus derechos (artículos 3, inciso 2 y 5) y les garantiza el respeto de sus responsabilidades, derechos y deberes en el ejercicio de esa trascendental función social (artículos 3, inciso 2 y 5).-

CUARTO: Dos importantes hitos en la lucha de los diversos países contra los traslados y las retenciones ilícitas de niños y niñas son el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la sesión plenaria celebrada el 25 de octubre de 1980 en el marco de su décimo cuarto período de sesiones y la *Convención interamericana sobre restitución internacional de menores*, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado el 15 de julio de 1989. Costa Rica se adhirió al primero el 9 de noviembre de 1998 y suscribió la segunda el 22 de mayo de 1997. Por su orden, la Asamblea Legislativa aprobó el compromiso internacional así asumido por Leyes N.os 7746 de 23 de febrero de 1998 y 8032 de 9 de octubre de 2000. La doctora Elisa PÉREZ-VERA, experta en el tema y ponente de la Comisión encargada de elaborar el primero de esos instrumentos multilaterales, mejor conocido como *Convenio de La Haya*, explica que por su medio se procura evitar que los progenitores trasladen o retengan ilícitamente a sus propios hijos e hijas a/en un país distinto al de su residencia habitual y que los Estados se conviertan en refugio de quienes, de ese ilegítimo modo, ingresan o permanecen en su territorio, negándole consecuencias jurídicas a cualquiera de esas situaciones fácticas [Informe explicativo al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, La sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Normativa y doctrina. Revista legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional, Tegucigalpa: 1, septiembre, 2007, pp. 8-66]. En su preámbulo, el Convenio de La Haya declara que su propósito es "(...) proteger al menor (sic), en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y (...) establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor (sic) al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita (...)". "Las dificultades insuperables encontradas para fijar convencionalmente criterios de competencia directa en la materia, llevaron en efecto a la elección de esta vía que, aun siendo indirecta, va a permitir en la mayoría de los casos que la resolución final respecto a la custodia, sea dictada por las autoridades de la residencia habitual del menor (sic), antes

de su traslado.” [PÉREZ-VERA, Informe explicativo... op. cit., p.12]. Se trata, entonces, de un típico mecanismo de cooperación internacional que procura impedir que, por las vías de hecho, se puedan crear vínculos artificiales de competencia judicial en aras de procurarse el otorgamiento del derecho de custodia del niño o de la niña.

**QUINTO:** A la luz de la normativa y doctrina expuesta procedemos a ubicarnos en el caso concreto que nos ocupa, para concluir esta integración del Tribunal que la sentencia de primera instancia debe confirmarse, pero no por las razones que expone la señora jueza de primera instancia, sino porque nos encontramos ante una situación de excepción prevista en el artículo 13 del Convenio de la Haya de Aspectos Civiles sobre Sustracción Internacional de Personas Menores de Edad. Con motivo de ello es necesario analizar tales situaciones de excepción previstas en la misma Convención de La Haya, la cual admite que, en determinados supuestos y en atención a su interés superior, el traslado o la retención ilícita de un niño o una niña pueda estar justificado/a por razones objetivas relacionadas con su persona o con su entorno más próximo y, en ellos, exonera a los Estados de la obligación de garantizar su retorno inmediato a su país de residencia habitual. El artículo 13 les atribuye a las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido la potestad de denegar la solicitud de restitución cuando la persona gestionante no ejercía de forma efectiva la custodia en el momento del traslado o cuando, con posterioridad a este, expresó su conformidad con lo actuado (inciso a) o cuando existe un grave riesgo de que el retorno exponga a la persona desplazada a un peligro o a una situación intolerable (inciso b). En el primer supuesto, falta uno de los elementos esenciales de las relaciones que el Convenio procura garantizar. En el segundo, el comportamiento posterior del progenitor desposeído valida la situación fáctica creada. En el último, se reconoce un interés primario de cualquier sujeto de derecho. La jurisprudencia de otros Estados parte han calificado como situaciones intolerables el abuso sexual sin detrimento de que se ordene la restitución imponiendo ciertas condiciones [sentencias del 26 de marzo de 1998 y del 3 de abril de 2002, emitidas, por su orden, por la Corte Suprema de Irlanda (caso A.S. v. P.S. Child Abduction 2 IR 244 ) y por la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Primer Circuito (caso Danaipour v. McLarey, 286 F.3d 1)], los efectos físicos y psicológicos de la violencia cometida por el padre en perjuicio del niño o de la niña [sentencia del 2 de setiembre de 1995 de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales (caso Re F. A Minor Abduction: Custody Rights Abroad Fam 224)], el riesgo cierto de suicidio de la madre si es alejada de su hijo o hija [sentencia del 26 de agosto de 2003 de la Corte de Familia de Australia (caso Director General, Department of Families v. R.S.P. FamCA 623)], la existencia de un grado considerable de violencia del padre contra la madre cuando el niño es completamente dependiente y no puede ser separado de ella [sentencia del 30 de marzo de 1999 de la Corte de Apelaciones de Ingla-

terra y Gales (caso Re M. Abduction: Leave to Appeal 2 FLR 550)] y la imposibilidad de la progenitora que le sustrajo o le retuvo de acompañar al niño o a la niña en su retorno a su país de residencia habitual por razones de salud [sentencia del 15 de julio de 1994 de la Alta Corte de Inglaterra y Gales (caso Re G. Abduction: Psychological Harm 1 FLR 64, Fam Law 116)]. En cualquier caso, el peligro o la situación intolerable ha de ser concreta, sin que pueda basarse en simples suposiciones de hechos futuros e inciertos (ver el voto n.º 205-10, de las 8 horas del 5 de febrero de 2010). En todos los supuestos mencionados, la carga de la prueba recae en quien se opone a la restitución, sin detrimento, claro está, de que *“Al examinar la circunstancia a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.”* En su penúltimo párrafo, el citado artículo 13 reconoce que la opinión del niño o de la niña sobre su eventual retorno pueda ser decisiva si, a juicio de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. Por esta vía, el Convenio le brinda la posibilidad de convertirse en intérprete de su propio interés. En tales condiciones, la aplicación de esa cláusula queda librada al mejor juicio de las autoridades competentes. Por último, el ordinal 20 prevé que *“La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá negarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”* Tales excepciones no siempre conducen a rechazar la solicitud de restitución, pues la decisión de hacerlo está sujeta a la discrecionalidad de la autoridad competen.

**SEXTO:** Un tema fundamental que debe ser examinado específicamente es el del Interés Superior de la menor A, toda vez que la lectura que se le da a los autos y a la normativa nacional e internacional debe ajustarse a dicho principio. La Sala Constitucional reiteradamente ha emitido pronunciamientos al respecto, lo que nos permite tener claridad sobre el mismo. En punto a la aplicación de tal principio en relación al Convenio de La Haya dijo: “En este sentido, como principio general reconocido y plenamente aplicable, al interés superior del niño no le es oponible norma o decisión alguna –administrativa o judicial- que le contradiga, salvo que en circunstancias determinadas se encuentre en liza la aplicabilidad de algún otro principio general del mayor nivel, en cuyo caso el operador jurídico deberá atenerse a la prueba de ponderación y al rol de cada principio en el caso particular. De tal forma, ignorar el carácter principal del interés superior del niño desatendiendo su aplicación estricta en aquellos casos que involucren a personas menores de edad, resulta contrario a los reconocimientos que sobre el particular efectúa el Derecho de la Constitución, a la vez que da margen para situarse en una posición de vulnerabilidad frente al mandato del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En otras pala-

bras, las autoridades administrativas y judiciales tienen la obligación de reconocer y aplicar el principio general del interés superior del niño, en perfecto acatamiento de su carácter de principio, de los mandatos establecidos por el Derecho de la Constitución, incluso ideando mecanismos apropiados y soluciones consecuentes de conformidad con lo ordenado por el referido artículo 2 de la Convención Americana... Este reconocimiento del interés superior del niño como principio general que forma parte e informa a la globalidad del ordenamiento, ha llevado a la Sala a brindar y ordenar protección especial a los menores en materias tan diversas como la protección de su imagen e identidad, el resguardo de la imagen e identidad de los menores en conflicto con la ley, y a controversias suscitadas en asuntos migratorios, de salud y de familia –ver, entre otras, sentencias números 2003-5117, de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del diecisiete de junio de dos mil tres; 2004-1020, de las ocho horas treinta y dos minutos del seis de febrero de dos mil cuatro; 2004-8759, de las ocho horas cincuenta y seis minutos del trece de agosto de dos mil cuatro; 2005-4274, de las dieciocho horas seis minutos del veinte de abril de dos mil cinco; 2007-10306, de las catorce horas diez minutos del veinte de julio de dos mil siete; y número 2008-7782, de la diez horas un minuto del nueve de mayo de dos mil ocho-” (ver voto 2008015461 de las 15 horas 7 minutos del 15 de octubre del 2009 de la Sala Constitucional). Ahora bien, con relación al Convenio de La Haya, considera la Sala Constitucional que no hay excepción en cuanto a la preeminencia del Interés Superior de la persona menor de edad, que incluso tal Convenio establece el deber de estudiar por el fondo una serie de condiciones de la persona menor de edad que asegure que una posible restitución no va en contra de su Interés superior, sin que ello implique resolver el tema de la guarda, crianza y educación. Específicamente la Sala Constitucional dijo: *“el artículo 13.b del Convenio define una excepción a la restitución, cual es que con la misma se exponga al menor a una situación grave de peligro físico o psíquico, o se ponga al niño en una situación intolerable. Precisamente por ello, el párrafo tercero del mismo artículo 13, dispone que las autoridades deberán tomar en consideración la información que sobre la situación social del niño proporcione la autoridad central del país de residencia habitual, pero al mismo tiempo, el artículo 15 del Convenio señala que las autoridades del país donde se estima se produce la retención, podrán requerir al solicitante de la gestión que se aporte una decisión o certificación del Estado de residencia habitual donde se acredite que la retención del menor de edad es ilegítima, potestad que la Sala estima como de importante ejercicio en atención al principio del interés superior del niño, toda vez que con esta acreditación, las autoridades administrativas o judiciales podrán tener mejores elementos para determinar el carácter de la permanencia del menor. Particularmente ilustrativa a efectos de la decisión que deba tomarse, resulta la disposición del artículo 20 del Convenio, el cual define que la restitución puede denegarse cuando no la permitan los principios fundamentales*

*del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En otras palabras, si las autoridades administrativas o judiciales del Estado requerido, advierten que la restitución resulta contraria a los principios fundamentales del Estado en cuanto a la protección de los derechos humanos, esa restitución podrá ser denegada. En definitiva, el Convenio bajo estudio establece la posibilidad de disponer la restitución de menores cuando se acredite una retención ilegítima, pero al mismo tiempo impone a las autoridades del país requerido el ejercicio de ciertas potestades que determinan la procedencia o no de esa restitución; es decir, la restitución que permite y regula el Convenio no es absoluta, sino que encuentra limitaciones contundentes en lo que respecta a la seguridad física o psíquica del menor, y, particularmente, en los principios del Estado requerido en materia de derechos humanos. Asimismo, la Sala reconoce que al amparo del Convenio, las autoridades administrativas o judiciales del país requerido no prejuzgan sobre la guarda, crianza y educación de los menores, sino que valoran solamente si ha existido una retención ilegítima y ordenan la procedencia o no de la restitución internacional, siempre que no se esté ante circunstancias atenuantes o que impidan la restitución, tal y como se establece y acredita en esta sentencia.”*

(voto 2008015461 de las 15 horas 7 minutos del 15 de octubre del 2009 de la Sala Constitucional).

**SÉTIMO:** En el caso concreto que nos ocupa, a diferencia del análisis que hace la juzgadora de primera instancia sobre la prueba recabada en autos, consideramos que de los autos no se puede concluir que nos ubicamos ante la situación de excepción previsto en el artículo 13 inciso c del Convenio de La Haya. De la prueba recabada no es posible tener por demostrada la agresión de parte de don R. respecto a doña G. Si bien es cierto mantenemos los hechos probados en cuanto doña G. manifiesta ante los profesionales que la valoraron que era víctima de violencia doméstica, lo que también dijo a su familia, consideramos que tales manifestaciones no son suficientes como para tener por acreditada dicha agresión. Tanto el padre de doña G. como su hermana se limitan a repetir lo que G. les dijo, lo cual de forma alguna es suficiente para constatar una agresión como la alegada. Lo mismo sucede con el perito forense que valoró el caso, pues doña G. lo que hace es repetir un mismo discurso sobre el tema, carente de prueba real. Se queja doña G. de que su esposo se enoja y reacciona fuerte al enterarse que tenía un novio por Internet, pero tal reacción no puede interpretarse como violencia doméstica, pues es posible que lo mismo le hubiese sucedido a ella si se entera que su esposo le es infiel con otra mujer, aún por Internet. Así, entonces, la violencia doméstica es descartada para justificar la sustracción de su menor hija. No descarta este Tribunal que

don R. ha sido un padre responsable, pues no solo sufragó las necesidades de su hija A. cuando vivió en los Estados Unidos sino también cuando es trasladada a Costa Rica, dato que admite doña G. . Queda claro para esta integración del tribunal que doña G. viaja a Costa Rica con la clara intención de quedarse a vivir aquí, pues su relación con don R. se había deteriorado. También nos queda claro que la menor A. se encuentra bien al lado de su madre, que mantienen un lazo afectivo muy estrecho, de ahí que la separación entre madre e hija probablemente le cause un serio daño psicológico a la menor, toda vez que A. cuenta con tan solo dos años de edad y durante toda su corta vida ha permanecido al lado de su madre. No es posible obligar a doña G. a regresar a los Estados Unidos de Norteamérica porque es una ciudadana costarricense, de ahí que el traslado forzoso de la menor A. sin la compañía de su madre puede ser devastador para la menor, toda vez que doña G. le ha dado estabilidad emocional, sentido de pertenencia, amor, atenciones, etc. No duda este Tribunal que don R. de haber tenido la oportunidad también le hubiese dado todos esos beneficios a su menor hija, pero la realidad es que la niña ha permanecido con la madre exclusivamente. Si bien es cierto durante el primer año de vida de la menor sus progenitores vivían juntos, por lo que el contacto padre e hija era bueno, se constata en autos que don R. trabajaba fuera de la casa todo el día mientras que doña G. permanecía en casa atendiendo a la hija común. Luego, cuando doña G. viaja a Costa Rica, hace un año, la niña es atendida únicamente por su madre, no así por su padre al residir el mismo en otro país. Los dos años de edad con que cuenta A. en “tiempo niño” representan mucho tiempo, lo suficiente para marcar una serie de elementos importantes en la personalidad de una niña. En un caso bastante parecido al presente la Sala Constitucional consideró que no debía operar la restitución y que el Estado costarricense debía tomar en cuenta una serie de situaciones para descartar que la restitución no fuese en detrimento del bienestar físico y psicológico de la persona menor de edad. En lo que interesa la Sala Constitucional dijo:

“VIII.- La aplicación del Convenio por las autoridades recurridas y la aplicación del principio del interés superior del niño en el caso concreto. La Sala reitera que en la aplicación del Convenio de cita, las autoridades administrativas o judiciales del país requerido no prejuzgan sobre la guarda, crianza y educación de los menores, lo cual puede llevar a estas autoridades a considerar que no deben valorar lo concerniente a estos aspectos ni otros que aparenten ser ajenos a la situación específica de la retención. Sin embargo, debe hacerse notar a las autoridades –administrativas y judiciales- que aunque no emitan pronunciamiento sobre ellos, elementos como los reseñados sí pueden y, en atención al principio del interés superior del niño, deben ser valorados al momento de pronunciar la resolución correspondiente. Recuérdese que el artículo 13 del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional

de Menores, es claro en definir que la restitución puede acordarse siempre que no se sitúe al niño en un riesgo físico o psicológico, así como debe tomarse en cuenta la información sobre la situación social. En el caso bajo estudio, el Patronato Nacional de la Infancia hizo constar con respecto al menor F.L.E. que no se observan factores de riesgo en su hogar costarricense, y que habría un perjuicio emocional si se acordara una separación repentina del niño y la madre, circunstancias que por sí mismas evidencian el alto riesgo de colocar al niño en una situación de amenaza o perjuicio psicológico si se ordenara la restitución. Asimismo, las autoridades conocían la firme intención de la madre del niño de dar por finalizada su relación conyugal, aspecto medular para concluir que ciertamente la relación familiar no sería la idónea, y por tanto se acrecentaría el riesgo emocional para el menor. Las autoridades conocían incluso las alegaciones de la recurrente de haber sido víctima de violencia psicológica, por lo que si bien dentro del proceso especial de aplicación del Convenio no correspondía acreditar esa situación, sí debieron igualmente prestar atención a las alegaciones de la señora E. y actuar en consecuencia, pues el país ha adquirido igualmente compromisos internacionales que así lo determinan –ver, en este sentido, el artículo 4 de la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en resolución número 48/104 de veinte de diciembre de mil novecientos noventa y tres; y los artículos 2, 4, 7 y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, aprobada por ley número 7499, de nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, que imponen al Estado costarricense (incluyendo las autoridades judiciales) la obligación de analizar la situación de violencia que se aduzca sufra una mujer en un caso sometido a su conocimiento-. Del mismo modo, debe tomarse en consideración que en el caso bajo estudio, el niño F.L.E. es hijo de madre costarricense, está inscrito en el Registro Civil de Costa Rica, y ostenta la nacionalidad costarricense, no obstante lo cual las autoridades recurridas pretendían restituirle internacionalmente –obligándole a hacer abandono del país-, para que posteriormente la situación legal en torno a la guarda y crianza fuera dilucidada en un tribunal de otro país –haciendo caso omiso de la nacionalidad de la señora E., del menor F.L.E., y de que el vínculo matrimonial había sido contraído ante las autoridades costarricenses-. Para el caso concreto, carece de relevancia que antes de julio de dos mil siete el niño viviera en Italia con sus padres, pues desde hace ya más de un año vive regularmente en Costa Rica junto con su madre y su familia, está inscrito en un centro educativo preescolar y goza de asistencia sanitaria en el país por parte de los servicios médicos de la Caja Costarricense de Seguro Social, todo lo cual refleja e informa que su domicilio habitual actual se encuentra en Costa Rica, por lo que todo este entorno jurídico-material debió haberse valorado en cuanto a su relación con la protección del principio del interés superior del niño y otros

principios constitucionales que resultaren de aplicación, que, según lo dicho, se erigen como principios fundamentales del Estado, lo que en virtud del artículo 20 del Convenio de repetida cita, es una causal de denegación de la restitución. Estas circunstancias bastan por sí solas para determinar que, al menos, existen dudas más que razonables sobre la procedencia de la restitución, por lo que todo este entorno debió examinarse y resolverse bajo aplicación del supremo principio del interés superior del niño, especialmente cuando el Convenio de cita reconoce potestades especiales a las autoridades para resolver siempre en beneficio de los menores. No obstante, en los pronunciamientos de las autoridades judiciales se extraña este prudente proceder; por el contrario, se aprecia la adopción de decisiones que ignoran la puntal aplicación del principio, pues desatender estos elementos, ignorar la situación de la relación conyugal entre los padres del niño, pasar por alto las recomendaciones del órgano técnico en asuntos de menores, y preferir la pretensión más gravosa de entre las planteadas por el Patronato, justamente evidencian la vulneración del mismo texto convencional y la desatención al principio del interés superior del niño como principio rector en la materia y principio fundamental del Estado costarricense.”(ver voto 008015461 de las 15 horas 7 minutos del 15 de octubre del 2009 de la Sala Constitucional).

**OCTAVO:** En el caso particular que nos encontramos si bien es cierto la menor A. no goza de la nacionalidad costarricense, tenemos que tanto doña G. como don R. son costarricenses, siendo que estos dos últimos contrajeron matrimonio en este país. Asimismo consta que doña G. no desea continuar su convivencia con su esposo, de ahí que viajó a Costa Rica con la clara intención de no regresar a los Estados Unidos de Norteamérica. Consta además que doña G. alega actos de violencia doméstica atribuibles a su esposo y la prueba testimonial indica que don R. tiene problemas de alcoholismo, situaciones que si bien es cierto el Tribunal no puede tener por acreditadas, nos permiten concluir que doña G. y su familia han dado un abordaje definitivo a la separación de hecho. Por otra parte tenemos que en el dictamen psico-social forense practicado a la menor A. se concluye que “es evidente el fuerte vínculo afectivo en la interrelación materno-filial, siendo su madre la principal figura de apego al momento de la valoración, también las adecuadas condiciones materiales y afectivas que con el apoyo de sus abuelos y familiares maternos se le ofrece a la niña A. “( folios 126 a 131). Situaciones que como expusimos nos permiten concluir el grave daño psicológico que se causaría a la menor A. al separarla de su madre. Así, entonces, con vista de los artículos 13, 15 y 20 del Convenio de La Haya, este Tribunal valora las circunstancias dichas y, toma la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia que rechaza la restitución internacional pero por las razones aquí apuntadas.

**POR TANTO:**

Se confirma la sentencia recurrida por las razones que da el Tribunal.

OLGA MARTHA MUÑOZ GONZÁLEZ  
ANA MA. PICADO BRENES      ALEXIS VARGAS SOTO

/AnaC

**TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSÉ**

**Sentencia: 01002**  
**Expediente: 09-000433-0673- NA**  
**Fecha: 22/07/2010 Hora:**  
**11:00:00 AM Emitido por: Tribunal de Familia**

**Tipo de Sentencia:** De Fondo  
**Redactor:** Luis Héctor Amoretti Orozco  
**Clase de Asunto:** Restitución internacional del menor

**Documentos relacionados:** Referencia a otra jurisprudencia

Contenido de interés 1

**EXPEDIENTE N°09-000433-673-NA INTERNO N°696-10-3**

**ASUNTO: ESPECIAL DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE LA PERSONA MENOR DE EDAD**

**ACTOR: PANI PROGENITOR:R. PROGENITORA: T.**

**VOTO N°1002-10**

**TRIBUNAL DE FAMILIA. San José , a las once horas del veintidós de julio del dos mil diez.**

Proceso **RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR DE EDAD** establecido por **PATRONATO NACIONAL DE INFANCIA**, representado por la licenciada **GIOCONDA RIVAS MÉNDEZ**, mayor de edad, cédula de identidad número seis-ciento diecinueve-setecientos treinta y nueve; **PROGENITOR: R** , mayor de edad, pasaporte número xxx y **PROGENITORA: T** , mayor de edad, pasaporte número xxx . Actúan como abogada de la progenitora la licenciada **ROSE MARY MADDEN ARIAS**, mayor de edad, abogada, cédula de identidad número uno-cuatrocientos setenta y seis-novecientos veintitrés y como abogado del progenitor el licenciado **BELISARIO SOLANO SOLANO**, curador procesal, mayor de edad, abogado, cédula de identidad número tres-doscientos treinta y nueve-ochocientos veintiocho.

**RESULTANDO:**

1.- El Patronato Nacional de la Infancia, por medio de su Presidencia Ejecutiva y Representante Legal, en escrito el día dieciocho de setiembre del dos mil nueve, solicitó la restitución de la niña E. a Estados Unidos de Norteamérica, como Estado de residencia habitual

o en su defecto a permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita.

II. Al señor R. se le nombró un curador procesal de conformidad con lo establecido en el artículo 7, g) del Convenio de la Haya.

III. La licenciada Yerma Campos C., Jueza del Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, por sentencia de las nueve horas cincuenta minutos del siete de mayo del dos mil diez, resolvió: “POR TANTO: De conformidad con lo expuesto se declara con lugar la solicitud de restitución de la niña E , solicitada por el señor R . Se ordena el regreso de la persona menor de edad E , a partir de la firmeza de esta resolución. Los gastos de traslado a Estados Unidos de la niña correrán a cargo de la señora T . La niña podrá ser acompañada por su madre, y en caso de no poder hacerlo, un funcionario de la Autoridad Central de los Estados Unidos deberá acompañar a la niña, quien no podrá permanecer con su padre, hasta tanto no defina la custodia de la niña, debiendo el juez competente en los Estados Unidos ordenar con quien va a permanecer la niña durante la tramitación del proceso de custodia, así como el régimen de visitas que existirá en este lapso de tiempo. De conformidad con el artículo 26 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se dicta esta resolución sin especial condenatoria en costas. NOTIFIQUESE.”

IV .- Conoce este Tribunal del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por APODERADA DE LA PROGENITORA contra la referida sentencia. Esta sentencia se dicta dentro del plazo de Ley. En los procedimientos se han seguido las prescripciones correspondientes.

Redacta el JUEZ AMORETTI OROZCO: Y;

## **CONSIDERANDO**

I.- La apoderada especial judicial de la señora T. impugna la sentencia n.º 163, de las 9:50 horas del pasado 7 de mayo, mediante la cual el Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José estimó la solicitud de restitución internacional de E. En su extenso y reiterativo escrito de interposición aduce, en síntesis, que lo resuelto supone separarla y desapegarla de quien le ha dado seguridad, afecto, amor, educación, techo y alimentos; someterla en un riesgo objetivo, grave e irreversible al entregarla a un padre drogadicto, agresor, negligente, sin empleo conocido y que tiene muy poca empatía con ella; encarcelar a su representada pues existe una orden de restricción de libertad contra ella que será ejecutada si regresa a Estados Unidos y poner en peligro su vida y su integridad porque el sistema judicial de su país no la puede proteger. Alega también que el señor R. no tenía relación legal con la niña ni ejercía su custodia cuando inició este proceso ya que registró su

paternidad hasta el 17 de noviembre de 2009, que la retención no fue ni es ilegal pues su poderdante sí ostentaba ese derecho en forma exclusiva por estar casada con otra persona, que ha transcurrido más de un año desde el ingreso de E. a Costa Rica y que su residencia habitual está en este país, no en Estados Unidos. Por último, objeto el rechazo de la documental y protesta por haberse omitido entrevistar a don R. (Folios 665-682).-

II.- Aunque su elaboración no revela una técnica adecuada, se avala el considerando primero del fallo recurrido debido a que, en el fondo, contiene las aseveraciones fácticas que procede tener como acreditadas luego de valorar la prueba recabada. Eso sí, se hace del conocimiento de la Juzgadora de primera instancia que la redacción de los identificados con las letras k) y q) no es propia de este apartado, pues confunde el contenido -lo afirmado por las peritas- con el continente -el peritaje psicosocial y su ampliación y aclaración-. Lo adecuado era formular una o varias proposiciones que permitan identificar cuáles de las aserciones contenidas en ese medio de prueba hace suyas el órgano jurisdiccional. Como lo indicamos en el voto n.º 456-10, de las 7:30 horas del 8 de abril de 2010, *“Los datos fácticos “Son afirmaciones, que, prima facie, deben aparecer dotadas de verosimilitud y susceptibles de integrar el supuesto de hecho de una norma, dado que el objetivo buscado es práctico: provocar un efecto jurídico vinculante. Y gozan ya de cierto grado de elaboración pues quien las formula habrá procurado dotarlas de funcionalidad al fin perseguido.” [ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1998). La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia. En Estudios de derecho judicial (N.º 32, ejemplar dedicado a “Lenguaje forense”), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 9-34. Recuperado el 18 de setiembre de 2007, de [http://www.iej.cl/archivos\\_descargas/LA%20ARGUMENTACION%20PROBATORIA%20Y%20SU%20EXPRESION%20EN%20LA%20SENTENCIA.doc](http://www.iej.cl/archivos_descargas/LA%20ARGUMENTACION%20PROBATORIA%20Y%20SU%20EXPRESION%20EN%20LA%20SENTENCIA.doc)]. Su redacción debe estar presidida por un concreto esfuerzo descriptivo “(...) con traducción inmediata en el plano del lenguaje y, muy en particular, de la sintaxis. Deberá optarse por la frase breve y el orden y la gradualidad en la introducción de los datos en función de la propia dinámica y la economía de la acción que tiene que describirse; todo de la manera que mejor favorezca la comprensión de lo sucedido. Así, tendrán que aparecer claros, en primer plano, los datos precisos para ilustrar sobre el desarrollo de lo acontecido; desplazándose a un momento posterior la incorporación del resto de las informaciones de relevancia de carácter complementario o de relevancia formal (...).” Téngase en cuenta que, al tenor de lo previsto en el punto ch) del inciso 3) del numeral 155 del Código Procesal Civil, es obligación de los órganos jurisdiccionales indicar, “También en párrafos separados y debidamente numerados (...) / (...) / ch) Una declaración concreta de los hechos que el tribunal tiene por probados, con cita de los elementos de prueba que los demuestren y de los folios respectivos del expediente.” Transcribir lo relatado o lo consignado en un medio de convicción no*

constituye, entonces, un “*hecho probado*”; si lo es la descripción de una situación fáctica, ubicada espacial y temporalmente, que se tiene como acaecida con base en uno o varios de ellos.-

III.- De conformidad con los ordinales 35 y 11 de la *Convención sobre los derechos del niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por la Asamblea Legislativa por Ley N.º 7184 de 18 de julio de 1990, el Estado costarricense está obligado a adoptar “(...) *todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.*”, así como aquellas que sean necesarias “(...) *para luchar contra los traslados ilícitos de niños (sic) al extranjero y la retención ilícita de niños (sic) en el extranjero.*” Sin duda, esa trascendental directriz traduce lo que puede ser considerado como otro derecho fundamental de las personas menores de dieciocho años: el de no ser objeto, por una vía de hecho, de movimientos migratorios — secuestros, traslados o retenciones— que supongan el traspaso de fronteras so pretexto de derechos más o menos discutibles sobre su ella y conlleven su desarraigo de su medio habitual de vida familiar y social. Se trata, en el fondo, de un derecho instrumental en la medida en que es una garantía de otros tres de carácter básico: el de ser cuidado por ambos progenitores (artículo 7), el de mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular (artículo 9, inciso 3º) y el de preservar su identidad, lo que incluye sus vínculos familiares y, en particular, la de índole cultural (artículo 8, en relación con el 29, apartado 1º, inciso c). Desde esa perspectiva, en este tipo de asuntos cobra relevancia lo previsto en el inciso 2º del numeral 8, a cuyo tenor “*Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*” Y también es aplicable la regla recogida en el apartado 3º in fine del 20, referida, en forma expresa, a quienes se encuentran privados temporal o permanentemente de su medio familiar, que, a la hora de decidir, exige “(...) *prestar particular atención a la conveniencia de que haya una continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.*” Su restitución internacional es, al propio tiempo, un mecanismo que permite honrar la obligación estatal de poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en el cumplimiento de sus funciones parentales (inciso 1º del artículo 18) y un modo de prestarles asistencia para su cabal desempeño (inciso 3º del artículo 27). Y ha de tenerse presente que ese Tratado declara que incumbe a ambos padres, no solo a uno de ellos, la responsabilidad primordial de su crianza y la de proporcionarle, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo integral (incisos 1º del artículo 18 y 2º del 27), les atribuye la potestad de impartirles, en consonancia con la

evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que puedan ejercer sus derechos (artículos 3, inciso 2º y 5) y les garantiza el respeto de sus responsabilidades, derechos y deberes en el ejercicio de esa trascendental función social (artículos 3, inciso 2º y 5º).-

IV.- Dos importantes hitos en la lucha de los diversos países contra los traslados y las retenciones ilícitas de niños y niñas son el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la sesión plenaria celebrada el 25 de octubre de 1980 en el marco de su décimo cuarto período de sesiones y la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado el 15 de julio de 1989. Costa Rica se adhirió al primero el 9 de noviembre de 1998 y suscribió la segunda el 22 de mayo de 1997. Por su orden, la Asamblea Legislativa aprobó el compromiso internacional así asumido por Leyes N.os 7746 de 23 de febrero de 1998 y 8032 de 9 de octubre de 2000. La doctora Elisa PÉREZ-VERA, experta en el tema y ponente de la Comisión encargada de elaborar el primero de esos instrumentos multilaterales, mejor conocido como Convenio de La Haya, explica que por su medio se procura evitar que los progenitores trasladen o retengan ilícitamente a sus propios hijos e hijas a/en un país distinto al de su residencia habitual y que los Estados se conviertan en refugio de quienes, de ese ilegítimo modo, ingresan o permanecen en su territorio, negándole consecuencias jurídicas a cualquiera de esas situaciones fácticas [Informe explicativo al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, *La sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Normativa y doctrina. Revista legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional*, Tegucigalpa: 1, septiembre, 2007, pp. 8-66]. La misma autora destaca que, de acuerdo con ese marco convencional, por regla general se entiende que la mejor forma de luchar contra esas conductas ilícitas es “(...) impedir que el adulto que desplaza al menor (sic) consiga alterar los datos jurídicos de la situación. Aceptada tal posición como punto de partida, todos los esfuerzos convencionales se centrarían en garantizar la devolución del menor (sic) a su primitiva residencia habitual, entendiéndose que son las autoridades judiciales o administrativas de ésta (sic) las que mejor situadas se hallan para pronunciarse sobre los derechos de guarda y visita de los menores (sic) que residen en su circunscripción.” [Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, Montevideo: Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres, 12 y 13 de agosto, 2002, p. 9]. En su preámbulo, el Convenio de La Haya declara que su propósito es “(...) proteger al menor (sic), en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado

o una retención ilícita, y (...) establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor (sic) al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita (...). "Las dificultades insuperables encontradas para fijar convencionalmente criterios de competencia directa en la materia, llevaron en efecto a la elección de esta vía que, aun siendo indirecta, va a permitir en la mayoría de los casos que la resolución final respecto a la custodia, sea dictada por las autoridades de la residencia habitual del menor (sic), antes de su traslado." [PÉREZ-VERA, Informe explicativo... op. cit., p. 12]. Se trata, entonces, de un típico mecanismo de cooperación internacional que procura impedir que, por las vías de hecho, se puedan crear vínculos artificiales de competencia judicial en aras de procurarse el otorgamiento del derecho de custodia del niño o de la niña. Como apunta PÉREZ-VERA [Informe explicativo... op. cit., p. 10], "En su conjunto, el Convenio refleja un compromiso entre dos conceptos parcialmente distintos del objetivo a alcanzar. En efecto, se percibe en los trabajos preparatorios la tensión existente entre el deseo de amparar las situaciones de hecho alteradas por el traslado o el no retorno ilícitos de un menor (sic) y la preocupación por garantizar, sobre todo, el respeto de las relaciones jurídicas sobre las que pueden descansar tales situaciones. En este sentido, el equilibrio consagrado por el Convenio es bastante frágil. Por una parte, es claro que (...) no se refiere al fondo del derecho de custodia (artículo 19) pero, por otra parte, resulta asimismo evidente que el hecho de calificar de ilícito el traslado o el no retorno de un menor (sic) está condicionado por la existencia de un derecho de custodia que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretenden evitar." Sobre el tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe n.º 71/00, del 3 de octubre de 2000 (Caso 11.676 "X" y "Z" Argentina), estableció que "En el presente caso, se tramitó ante las autoridades argentinas una solicitud de restitución de un menor presentada por las autoridades españolas en el marco de la Convención de La Haya. Lo que estaba en juego en consecuencia, no era la custodia de la niña "Z", sino su restitución o no al lugar de su residencia habitual, mientras se decidía su régimen de custodia. El objeto de la Convención de La Haya, inter alia, es evitar una maniobra de fraude a la ley que pueda afectar el interés del menor (sic), cuando uno de sus progenitores lo saca ilegalmente de su país de residencia habitual y por medio de su traslado a otro país, procura elegir el foro en el cual deberá decidirse la custodia. Un factor característico de estas situaciones es que la persona que retiene o traslada al niño reclama que su acción ha sido considerada legal por las autoridades competentes del Estado de refugio; por ello, una de las medidas para disuadirla consiste en privar a sus acciones de cualquier consecuencia práctica. **La Convención de La Haya, en ese marco, ubica como su objetivo principal la restauración del status quo por medio de una inmediata restitución del menor sustraído o retenido ilegalmente en cualquier Estado contratante.**" (La negrita es agregada).-

V.- Para alcanzar su finalidad, el *Convenio de La Haya* regula el procedimiento orientado a restablecer el status quo quebrantado. El objetivo de este es lograr la inmediata restitución de la persona menor de dieciséis años (su ámbito subjetivo es definido en su artículo 4) a su país de residencia habitual, una vez que se ha acreditado el carácter ilícito de su traslado o de su retención transfronteriza (sobre el particular conviene revisar los votos de la Sala Constitucional n.os 163-98, de las 15:33 horas del 13 de enero de 1998 y 2000-7416, de las 16:24 horas del 22 de agosto de 2000 y los de este Tribunal n.os 1944-06, de las 10:30 horas del 30 de noviembre; 1965-06, de las 9:55 horas del 5 de diciembre, ambos de 2006 y 205-10, de las 8 horas del 5 de febrero de 2010). *“La gran originalidad del procedimiento de cooperación instaurado por la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980, fue haber concebido un proceso autónomo, independiente del contencioso sustancial sobre la custodia del niño y del trámite tradicional del reconocimiento de decisión extranjera en el foro, que resultó inspirador de otros tratados posteriores (...).”* [NAJURIETA, María Susana (relatora), *Desplazamientos y retenciones ilícitas, obstáculos al mantenimiento de relaciones personales con los progenitores, cobro de alimentos*, Mendoza: VI Jornadas de Derecho Internacional Privado dedicadas al profesor Doctor Alberto Juan Pardo organizadas por la Asociación argentina de Derecho Internacional, 4 y 5 de agosto de 2006, pp. 16-17]. Así lo ha destacado la jurisprudencia extranjera. Por ejemplo, en el fallo del 14 de junio de 1995 [caso W.E.M. c/ O.M.G.], la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declaró que *“(...) no se trata, en el caso, de la ejecución de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las llamadas “autoridades centrales” de los estados contratantes. Dicho procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.”* En otras palabras, ese instrumento internacional *“(...) no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia. En este punto, el principio no explícito sobre el que descansa (...) es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor (sic) tenía su residencia habitual antes del traslado, tanto si éste (sic) ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la custodia -situación en la que el derecho de custodia violado se ejercía ex lege- como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo una resolución preexistente.”* [PÉREZ-VERA, Informe explicativo... op. cit., pp. 12-13].-

VI.- Aunque suele ponerse el acento en que el traslado o la retención ilícita de una persona sujeta a la autoridad parental atenta contra los derechos del progenitor que se ve privado de poder ejercer uno, varios

o todos los atributos propios de esa función social, es indiscutible que, como apunta Pilar GONZÁLVEZ VICENTE [La sustracción internacional de menores y su nueva regulación, Revista jurídica de Castilla y León: 11, enero, 2007, pp. 67-124], esos hechos vulneran, sobre todo, los derechos fundamentales del niño o de la niña que ha sido llevado a un país distinto al suyo o que permanece en su territorio a los que se hizo referencia en el considerando tercero de este proveído. Y, en última instancia, se le priva del derecho a que su situación personal y sus relaciones familiares sean definidas por la autoridad a la que le hubiese correspondido conocer del conflicto parental si el ilegítimo movimiento migratorio no se hubiese producido; es decir, por la competente en función de la que era su residencia habitual. Como lo puntualizó la Alta Corte de Auckland, Nueva Zelanda, en la sentencia del 6 de noviembre de 2003 [caso K.S. v. L.S. 3 NZLR 837], la orientación política subyacente en el *Convenio de La Haya* conduce a sostener que el fuero apropiado para las controversias sobre sus derechos es el tribunal del país donde vivía. En similar sentido se había pronunciado la Corte Suprema de Finlandia en la sentencia del 27 de diciembre de 1996 [caso 151, S96/2489], cuando señaló que uno de sus objetivos es evitar que el foro para la determinación de cuestiones de custodia se cambie a voluntad y que la credibilidad de las alegaciones sobre las características personales del peticionante puede y debe ser investigada más adecuadamente en el estado de residencia habitual. De ahí que, en tales casos y salvo supuestos excepcionales, el interés superior de la persona trasladada o retenida de manera ilícita reside en volver al lugar en que residía antes de su desplazamiento [ver al respecto VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina (1999), El interés del menor como principio inspirador en el derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Revista de Derecho Privado*, México: 28, enero- abril, pp. 107-133]. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Alemán en la sentencia BvR 1206/98 del 29 de octubre de 1998, en la cual puntualizó que el *Convenio de La Haya* se basa en la presunción de que, en general, la restitución inmediata a su residencia anterior es lo mejor para ella, puesto que preserva la continuidad de sus condiciones de vida, sin detrimento, claro está, de que, en casos individuales puede ser refutada. El propósito de esta última regla es lograr un equilibrio adecuado entre sus derechos básicos y los intereses de los padres afectados, por cuanto preserva la jurisdicción originariamente competente para tomar decisiones de custodia y, de ese modo, evita que uno de ellos obtenga una ventaja de facto de la sustracción. De modo similar, en el fallo del 14 de junio de 1995 [caso W.E.M. c/ O.M.G.], la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina manifestó que “*La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos (conf. Jörg Pirrung en J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13° Edición, 1994. Dieter Henrich,*

Jan Kropholler y Jörg Pirrung, *Berlín, 1994, párrafo 683, pág. 272*). / (...) *la Convención de La Haya preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen. La regla cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestre que, ante una situación extrema, se impone, en aras del interés superior del niño, el sacrificio del interés personal del guardador desasido.*” En el fallo del 20 de diciembre de 2005 [caso S.A.G.], ese mismo órgano jurisdiccional latinoamericano destacó “*Que en el centro de los problemas matrimoniales se encuentra la fragilidad de los niños que en medio de esa situación, se convierten en el objeto de disputa de sus padres. Precisamente los textos internacionales tienen como objetivo fundamental proteger a esos menores (sic) y no existe, a criterio del Tribunal, contradicción alguna entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en tanto ambos instrumentos -cada uno en su esfera- tienden a la protección del “interés superior del niño”.* Por su parte, esta Cámara, en el voto n.º 205-10, de las 8 horas del 5 de febrero de 2010, lo planteó en los siguientes términos: “*Para la convención el interés del menor (sic) está dado y es el de volver a la residencia de la que fue subrepticamente sustraído de ahí que no podamos en estos asuntos entrar a especular sobre cual país conviene más al futuro desarrollo del menor (sic), so pena de violentar los compromisos internacionales.*” En todo caso, como acertadamente lo hace María Susana NAJURIE-TA [op. cit., p. 17], conviene recordar que “*Es equivocado argumentar que la Convención sobre los Derechos del Niño -que vio la luz el 20 de noviembre de 1989- por ser un tratado posterior a la Convención de La Haya de 1980, priva a esta última de eficacia por responder a principios diferentes. La historia de ambos convenios muestra que se sustentan en un mismo espíritu. / (...) tanto en la Conferencia de La Haya como en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU se avanzó durante muchos años simultáneamente y no es casual que el principio [... del interés superior...] aparezca en el Preámbulo de la Convención de La Haya de 1980 y que el art. 11, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño afirme con carácter programático: “Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.”*” En todo caso, no debe obviarse que la Convención sobre los derechos del niño reconoce, con carácter general, la importancia de la cooperación internacional para la mejora de las condiciones de vida de las personas menores de dieciocho años y anima a los Estados parte a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales para lograrlo (ver, en especial, sus artículos 11 y 21) [CARRILLO CARRILLO, Beatriz L. (2002), *Carácter, objetivos y ámbito de la aplicación del Convenio de la Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, Anales de Derecho, Murcia: 20, pp. 249-297].-

VII.- De acuerdo con su artículo 4, *“La Convención [de La Haya] se aplicará a [...toda persona menor de dieciséis años...] que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita.”* El 5 puntualiza el contenido de esos derechos en los siguientes términos: *“a) El “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; / b) El “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual.”* Ahora bien, para que el Estado en cuyo territorio se mantiene el niño o la niña esté obligado a restituirlo/a a su país de residencia habitual es necesario que esa permanencia se haya producido a causa de un traslado o de una retención consideradas ilícitas. Al tenor de su ordinal 3, tales supuestos de hecho se configuran *“a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separado o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor (sic) tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y / b) 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. / El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.”* Dos son, entonces, los elementos necesarios para que el supuesto de hecho de la norma se perfeccione: uno de carácter jurídico y otro de índole fáctica. En virtud del primero, constituido por la atribución de un derecho de custodia por el Estado de residencia habitual del niño o de la niña, se procura defender las relaciones ya protegidas, al menos por la apariencia de un título válido, con base en su ordenamiento jurídico. Ese derecho de custodia cuya protección indirecta se reclama con la solicitud de restitución internacional puede proceder de cualquiera de las fuentes que permitirían fundamentar una reclamación en el marco del sistema legal del Estado requirente y, entre ellas, cobra especial relevancia la Ley, toda vez que hace innecesaria la atribución del derecho de custodia por una concreta resolución judicial o administrativa. En otras palabras, el Convenio de La Haya también se aplica cuando de garantizar la atribución de pleno derecho de la custodia se trata. En relación con el segundo elemento, su ejercicio efectivo antes del traslado, interesa mencionar que ese instrumento está basado en la presunción no explícita de que la persona solicitante sí lo ejercía; tanto es así que su artículo 13 le atribuye a quien ejecutó el traslado la carga de probar que no era así si desea evitar la restitución de la persona menor de dieciséis años.

Sin embargo, esa exigencia no es aplicable en aquellos casos en los cuales la custodia no ha podido hacerse efectiva debido precisamente

al traslado ilícito. Por último, conforme lo prevé el numeral 12, *“Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3 y, en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. / La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio. / Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de restitución del menor.”-*

VIII.- Sin demérito de lo indicado, el Convenio de La Haya admite que, en determinados supuestos y en atención a su interés superior, el traslado o la retención ilícita de un niño o una niña pueda estar justificado/a por razones objetivas relacionadas con su persona o con su entorno más próximo y, en ellos, exonera a los Estados de la obligación de garantizar su retorno inmediato a su país de residencia habitual. El artículo 13 les atribuye a las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido la potestad de denegar la solicitud de restitución cuando la persona gestionante no ejercía de forma efectiva la custodia en el momento del traslado o cuando, con posterioridad a este, expresó su conformidad con lo actuado (inciso a) o cuando existe un grave riesgo de que el retorno exponga a la persona desplazada a un peligro o a una situación intolerable (inciso b). En el primer supuesto, falta uno de los elementos esenciales de las relaciones que el Convenio procura garantizar. En el segundo, el comportamiento posterior del progenitor desposeído valida la situación fáctica creada. En el último, se reconoce un interés primario de cualquier sujeto de derecho. La jurisprudencia de otros Estados parte ha calificado como situaciones intolerables el abuso sexual sin detrimento de que se ordene la restitución imponiendo ciertas condiciones [sentencias del 26 de marzo de 1998 y del 3 de abril de 2002, emitidas, por su orden, por la Corte Suprema de Irlanda (caso A.S. v. P.S. Child Abduction 2 IR 244) y por la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Primer Circuito (caso Danaipour v. McLarey, 286 F.3d 1 )], los efectos físicos y psicológicos de la violencia cometida por el padre en perjuicio del niño o de la niña [sentencia del 2 de setiembre de 1995 de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales (caso Re F. A Minor Abduction: Custody Rights Abroad Fam 224], el riesgo cierto de suicidio de la madre si es alejada de su hijo o hija [sentencia del 26 de agosto de 2003 de la Corte de Familia de Australia (caso Director General, Department of Families v. R.S.P. FamCA 623)], la existencia de un grado considerable de violencia del padre contra la madre cuan-

do del niño es completamente dependiente y no puede ser separado de ella [sentencia del 30 de marzo de 1999 de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales (caso Re M. Abduction: Leave to Appeal 2 FLR 550)] y la imposibilidad de la progenitora que le sustrajo o le retuvo de acompañar al niño o a la niña en su retorno a su país de residencia habitual por razones de salud [sentencia del 15 de julio de 1994 de la Alta Corte de Inglaterra y Gales (caso Re G. Abduction: Psychological Harm 1 FLR 64, Fam Law 116]. En cualquier caso, el peligro o la situación intolerable ha de ser concreta, sin que pueda basarse en simples suposiciones de hechos futuros e inciertos (ver el voto n.º 205-10, de las 8 horas del 5 de febrero de 2010). El Tribunal Constitucional Alemán, en la sentencia BvR 1206/98 del 29 de octubre de 1998, lo especificó de la siguiente manera: *“Únicamente el riesgo grave e inusual del bienestar de un menor, que aparentemente sea significativo, específico y actual, evita la restitución del menor. Las dificultades para el padre o madre sustractor/a en general no constituyen dicho perjuicio. El riesgo del bienestar de un menor como resultado de la separación del padre o madre que lo sustrajo en la mayoría de los casos se puede evitar mediante el regreso del padre o madre que lo sustrajo junto con el menor. Si una restitución implica sanciones oficiales para un padre o madre, se deben aceptar como consecuencias de la sustracción ilícita.”* En todos los supuestos mencionados, la carga de la prueba recae en quien se opone a la restitución, sin detrimento, claro está, de que *“Al examinar la circunstancia a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.”* En su penúltimo párrafo, el citado artículo 13 reconoce que la opinión del niño o de la niña sobre su eventual retorno pueda ser decisiva si, a juicio de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. Por esta vía, el Convenio le brinda la posibilidad de convertirse en intérprete de su propio interés. En tales condiciones, la aplicación de esa cláusula queda librada al mejor juicio de las autoridades competentes. Por último, el ordinal 20 prevé que *“La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá negarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”* Tales excepciones no siempre conducen a rechazar la solicitud de restitución, pues la decisión de hacerlo está sujeta a la discrecionalidad de la autoridad competente. En la sentencia del 12 de mayo de 2007 [caso Re M. Children Abduction: Rights of Custody UKHL 55, 1 AC 1288], la Cámara de los Lores señaló que en el momento de resolver debían ponderarse no solo los hechos del caso y los intereses y el bienestar del niño o de la niña desplazado/a, sino también consideraciones de política general relacionadas con el Convenio, entre ellas su pronta restitución, la cortesía entre los Estados contratantes, el respeto mutuo por los procesos judiciales y la disuasión para no cometer sustracciones. Además, es evidente que, por definición,

cualquiera de ellas debe ser interpretada de forma restrictiva, teniendo en cuenta que "(...) el Convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas. La puesta en práctica de este método exige que los Estados firmantes del Convenio estén convencidos de que pertenecen, a pesar de sus diferencias, a una única comunidad jurídica en el seno de la cual las autoridades de cada Estado reconocen que las autoridades de uno de ellos -las de la residencia habitual del niño- son en principio las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y de visita. Por tanto, una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado." [PÉREZ-VERA, op. cit., p. 19].

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el fallo del 14 de junio de 1995 [caso W.E.M. c/ O.M.G.], destacó que "Ningún término contenido en el precepto es casual. Las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o situación intolerable), revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad de la Convención. La causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente -en el sub iudice, inexistente-, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Está claro que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución (conf. Amtsgericht Darmstadt del 22 de julio de 1993 Fam RZ 1994, 184; Jöng Pirrung en J. von Staudingers, obra citada en considerando 10, parágrafo 683, pág. 272)." [Ver, en similar sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones del Reino Unido del 7 de marzo de 2002 (caso Re S. A Child Abduction: Grave Risk of Harm EWCA Civ 908) y la de la Alta Corte Regional de Köln del 12 de abril de 2001 (21 UF 70/01)]. Como lo apuntó la Sala Constitucional en el voto n.º 2008-15461, de las 15:07 horas del 15 de octubre de 2008, "En definitiva, el Convenio bajo estudio establece la posibilidad de disponer la restitución de menores cuando se acredite una retención ilegítima, pero al mismo tiempo impone a las autoridades del país requerido el ejercicio de ciertas potestades que determinan la procedencia o no de esa restitución; es decir, la restitución que permite y regula el Convenio no es absoluta, sino que encuentra limitaciones contundentes en lo que respecta a la seguridad física o psíquica del

*menor (sic), y, particularmente, en los principios del Estado requerido en materia de derechos humanos. Asimismo, la Sala reconoce que al amparo del Convenio, las autoridades administrativas o judiciales del país requerido no prejuzgan sobre la guarda, crianza y educación de los menores (sic), sino que valoran solamente si ha existido una retención ilegítima y ordenan la procedencia o no de la restitución internacional, siempre que no se esté ante circunstancias atenuantes o que impidan la restitución (...)*”. Por su parte, este Tribunal ha destacado lo siguiente: *“Queda entonces claro que la petición de restitución no podrá denegarse más que en contadas ocasiones y con apego al numeral 13 de la Convención, extrayéndose de aquí (sic) que, no podrá ante el Estado requerido promoverse debate alguno en torno a la guarda crianza y educación de la persona menor de edad. El Debate sobre la custodia o cuidado personal se debe producir ante el juez natural del menor (sic) retenido o sustraído ilegalmente, el cual es el de la residencia habitual de la persona menor de edad.”* (Voto n.º 205-10, de las 8 horas del 5 de febrero de 2010).-

IX.- En esta sede, la representante legal de la señora T. cuestiona la titularidad y consiguiente ejercicio del derecho de custodia por parte del señor R , antes y en el momento en que tuvo lugar el traslado de E. a Costa Rica. Por razones formales y de fondo ese alegato no puede ser atendido. En efecto, desde el punto de vista procesal, hacerlo y denegar la solicitud de restitución por ese motivo, suponiendo que fuese de recibo, constituiría un quebranto al derecho fundamental al debido proceso de don R , toda vez que no fue planteado en primera instancia y que la sentencia impugnada no se ocupó de él. De todos modos, desde la óptica sustantiva, lo cierto es que, como ya se apuntó, las fuentes del derecho de custodia reconocidas por el Convenio de La Haya son diversas y como no podría desconocerse la existencia del vínculo biológico entre él y la niña, tampoco cabría tener por desacreditado ese derecho en virtud de un tecnicismo legal. Para todos los efectos, ha de partirse que la misma doña T. declaró en el certificado de nacimiento, registrado en la Oficina de Estadísticas Vitales del Estado de Misuri, que él era su padre de su hija (ver resolución de la Corte de Circuito del Condado de Greene, Misuri, del 17 de noviembre de 2009, de folios 215-224 y 225-238). A ello debe agregarse que ambos fueron los encargados de cuidarla y custodiarla desde su nacimiento hasta su salida del país (misma prueba). Esos hechos son suficiente para presumir el ejercicio conjunto de los derechos de custodia sobre E , sin que tenga alguna importancia cuál le dedicaba más tiempo [ver, en igual sentido, la sentencia del 13 de febrero de 1992 del Tribunal de Distrito de Horgen, Suiza (caso K. v. K.)]. En otro orden de ideas, de ser admisible ese alegato no podría comprenderse el motivo por el cual el 24 de setiembre de 2008, cuando acudió al Juzgado de Circuito de ese Condado a solicitar medidas de protección, la señora T. pidió también la asignación exclusiva de la custodia de la niña y que ese extremo le fuese rechazado (documental de

folios 319-329 y 330-334). Tampoco tendría sentido que el 13 de febrero de 2009 la Corte de Circuito hubiese expedido un auto de felonía contra ella teniendo como base una causa probable, si, para entonces, él no era considerado en ese Estado de la Unión como titular de tal derecho (documental de folios 30-45). Y como, al tenor de lo previsto en el numeral 5 del Convenio de La Haya, una de las más importantes facultades relacionadas con el cuidado de la persona menor de dieciséis años, que forma parte del derecho de custodia, es la de determinar su lugar de residencia [ver en igual sentido la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania del 18 de julio de 1997 (caso 2 BvR 1126/97)], su ejercicio conjunto debe ser entendido, entonces, en el sentido de que su traslado sin el consentimiento de quien es titular de ella, aun cuando no tenga ninguna otra, también se considera ilícito. Así las cosas, no es factible aceptar que fue hasta el 17 de noviembre de 2009, cuando ya se había verificado el viaje de la niña, que se puede considerar que el señor R. ostenta el derecho en cuestión, pues aun cuando sea cierto que en esa fecha se emitió la resolución judicial que le atribuyó su custodia legal y física (documental de folios 215-224 y 225-238), eso no quiere decir que antes no lo ostentase de hecho y de derecho. En tales condiciones y como no se contó con el consentimiento del padre, acertó la jueza de primera instancia cuando concluyó que el traslado en cuestión, así como su permanencia en este país, son actos ilícitos.-

X.- Como se apuntó, de conformidad con el artículo 12 del Convenio de La Haya, es obligación del Estado de refugio restituir en forma inmediata a la persona menor de dieciséis años cuando no han transcurrido 12 meses entre el traslado o la retención ilícita y el inicio del procedimiento ante la autoridad competente. Tribunales de varios países han establecido que ese plazo se debe computar a partir de la fecha en la cual se presenta la solicitud ante el órgano, administrativo o judicial, con potestad suficiente para pronunciarse sobre su eventual procedencia. En este caso, E. salió de su país de origen, sin autorización del padre, el 2 de febrero de 2009 (testimonio de L. de folios 191-201 y documental de folios 4-15) y, aunque don R. realizó diversos esfuerzos en varias instancias para recuperar a su hija, entre ellas, la Autoridad Central del Convenio de La Haya, designada por el Gobierno de Estados Unidos, a la que acudió el 23 de marzo de 2009 (documental de folios 4-15), no fue sino hasta el 18 de setiembre siguiente (ver sello de recibido de folio 95), luego de recibir la solicitud formal de cooperación internacional, lo cual sucedió el 31 de agosto de 2009 (ver escrito inicial, a folios 95-101 y documental de folios 3-5, 6-11 y 12-17), que el Patronato Nacional de la Infancia planteó la gestión inicial de este proceso especial. Para entonces es evidente que no había operado el lapso anual en cuestión y, en todo caso, aunque así hubiese sido no se está en presencia de una situación fáctica que haga jurídicamente imposible ordenar la restitución. A mayor abundamiento, conviene transcribir parte de un voto

reciente, el n.º 205-10, de las 8 horas del 5 de febrero de 2010, en el que se descartó la invocación del tiempo y sus efectos como obstáculo para ordenar la restitución: *“(...) el que se diga que los menores (sic) está bien adaptados a un nuevo hogar (...) es un dato que debe ser tenido como secundario, pues como bien lo dice la apelante a los niños no les queda otra opción visto que fueron arrancados de su entorno y tuvieron que dejar casa amigos y juguetes. La adaptación es simplemente una estrategia de supervivencia de ellos pero no un dato que pueda condicionar la no restitución pues ello permitirá al sustractor aprovecharse de su propio dolo.”-*

XI.- En otro orden de ideas, esta Cámara reconoce, como lo hizo el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en la sentencia del 12 de abril de 2000 [caso Sonderup v. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC)], que la violencia doméstica sistemática suele inducir a la madre que la sufre a escapar a otros países, en procura de protección para ella y sus hijos e hijas pequeñas. Sin embargo, cuando ese comportamiento indebido no ha sido ejecutado directamente contra la persona sujeta a la autoridad parental, se torna difícil identificar el grave e inminente peligro físico y psicológico que puede significar su restitución. En otras palabras, los efectos adversos sobre los niños y las niñas que experimentan ese comportamiento en condición de testigos, que suelen agravarse cuando se disputa su custodia, no son suficientes para configurar alguna de las excepciones previstas en el instrumento internacional que ampara este trámite. En esas circunstancias, el eventual riesgo en que se colocaría a E. se derivaría de su traslado y retención ilícita por parte de la su propia progenitora, la señora T. y del conflicto de custodia entre ambos, antes que de las conductas previas del señor R. Se trata, como lo señaló ese alto Tribunal extranjero, de *“(...) un daño que todos los menores (sic) que están sujetos a sustracción y restitución por orden judicial pueden sufrir, y que el Convenio prevé y tiene en cuenta al disponer la reparación.”* En similar sentido se pronunció la Corte de Apelación del Reino Unido en la sentencia del 14 de diciembre de 1988 [caso C. v. C. Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad 1 WLR 654], en la cual evidenció la inevitabilidad de algún daño psicológico para el niño o la niña desplazada, ya sea que se ordene o no su restitución, cuando se pone en marcha el procedimiento convencional. También manifestó que, ante la ausencia de pruebas precisas, es preciso asumir que las autoridades del Estado requirente serán capaces de minimizarlo y, en su caso, eliminarlo. De todos modos, cuando, como sucede en este asunto, el riesgo no se origina propiamente en la restitución, sino en la situación fáctica creada por la madre que podría dificultarle acompañar a su hija a su país de residencia habitual, no es admisible amparar en ella una desestimatoria de la solicitud, pues hacerlo desconocería el principio general de que nadie puede sacar provecho de su propio dolo [en similar sentido puede verse la sentencia del 10 de diciembre de 1990 de la Corte de Familia de Australia, en Sydney (caso Director General of the Department of zz

and Community Services v. Davis FLC 92-182), la del 11 de julio de 1996 de ese mismo órgano (caso Director General, Department of Community Services Central Authority v. J.C. and J.C. and T.C., FLC 92-717), la del 24 de setiembre de 1999 de la Corte de Familia de Australia en Brisbane (caso Director General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs), la del 2 de diciembre de 1999 de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales (Re C. Abduction: Grave Risk of Psychological Harm 1 FLR 1145), la del 7 de marzo de 2002 de ese mismo órgano (Re S. A Child Abduction: Grave Risk of Harm EWCA Civ 908, 3 FCR 43) y la del 23 de agosto de 2002 de la Corte de Apelaciones de Québec (caso M.G. v. R.F., R.J.Q. 2132)]. En el ya citado voto n.º 205-10, de las 8 horas del 5 de febrero de 2010, este Tribunal resolvió lo siguiente: “*A ésta (sic) integración no le interesa si el padre puede volver o no a los Estados Unidos para visitar a sus hijos, pues esa es situación en la que voluntariamente se colocó (...) y por ende, la posibilidad de que con la restitución se violenten sus derechos de visita es simplemente inadmisibles. Eso sería subordinar a los hijos, que no tienen problema alguno de ingreso al país a la condición del padre, adulto de la relación.*” En la especie, es claro que la eventual separación madre-hija no es una consecuencia de la decisión de restituir a la segunda a su país de origen, sino una decisión de la primera en razón de la condición en que ella misma se colocó al haber actuado de manera ilícita en los términos del Convenio de La Haya . *En esa medida, no puede constituirse en un obstáculo para no honrar el compromiso internacional asumido por el país.-*

XII.- Si, como lo admite la propia apelante, Estados Unidos no solo cuenta con un sistema de protección de las víctimas de la violencia en las relaciones de pareja, sino que sus autoridades competentes le han impuesto al señor R. las medidas de rigor, es inadmisibles que pretenda justificar la salida ilícita de la niña de su patria y, en particular, la oposición a su retorno en el grave riesgo en que, según se afirma, se encuentra la señora T . Tampoco tienen ese efecto, aun suponiendo que fuesen ciertos, el miedo a denunciar o la falta de eficacia de las medidas cautelares. No solo fue acreditado que ella solicitó la intervención de las autoridades administrativas y judiciales y obtuvo la protección necesaria, sino también que el sistema de protección de la niñez estadounidense se activó y tomó decisiones oportunas, aun cuando ella no las comparta. Es de hacer notar que el 24 de setiembre de 2008, el Juzgado de Circuito del Condado de Green giró orden de protección a su favor por el acoso del que había sido víctima por parte de su compañero (documental de folios 319-329 y 330-334), en tanto que el Departamento de Servicios Sociales, División Niños de Misuri, investigó el reporte por abuso y negligencia infantil cometido por el padre y determinó que era insustancial (folios 64-67). Así las cosas, no es posible sostener que la niña se encuentre en grave riesgo y tampoco se identifica algún elemento que justifique objetivamente la desconfianza de la madre en el sistema de protección de su país, con lo cual mal haría Costa Rica al

desconocer la institucionalidad de su contraparte en el Convenio y, en particular, al poner en duda su disposición y su capacidad instalada para dar una respuesta adecuada a las situaciones que puedan afectar a las personas menores de dieciocho años. En todo caso, la invocada desconfianza en la protección estatal es generalizada y se predica de cualquier Estado, con lo cual no sería aventurado sostener que, desde la óptica de doña T , lo mismo sucedería si permaneciera en Costa Rica. No obstante, lo determinante es que en su patria cuenta con acceso efectivo al sistema judicial y que no es factible descalificar su legislación y su compromiso en la protección de sus derechos fundamentales. En todo caso, suponiendo que salió de ella en compañía de su hija con el fin de garantizar la integridad y la vida de ambas, tal situación debe plantearla y acreditarla ante el órgano jurisdiccional competente para resolver su eventual demanda de asignación exclusiva de la custodia de la niña y, en su caso, en el proceso penal incoado contra ella, toda vez que fue verificado que tales posibilidades no le están vedadas. La competencia de esta Cámara se circunscribe, entonces, a corroborar si se cumplen o no los presupuestos para la procedencia de la restitución internacional de E , sin que sea válido que nos arroguemos la potestad de aplicar el derecho del Estado requirente. Tampoco nos corresponde cuestionar por el fondo las decisiones de sus autoridades competentes, pues no somos una instancia más ni podemos actuar como una de carácter superior; lo más que podríamos exigir es que existan mecanismos institucionales para canalizar las denuncias, reportes o quejas de eventuales violaciones a los derechos humanos de las personas desplazadas y, sin duda, Estados Unidos los tiene y se ha acreditado que la señora T. ha tenido efectivo acceso a ellos y ha encontrado respuesta a sus peticiones, aun cuando no esté conforme con lo resuelto. Incluso, el pasado 2 de febrero solicitó a través de su abogado la modificación del fallo emitido por la Corte de Circuito del Condado de Greene, que le otorgó al señor R. la custodia legal y física de la niña E , así como el otorgamiento exclusivo de ese derecho (documental de folios 416-422).-

XIII.- Por último, aunque es cierto que, de acuerdo con la Convención sobre los derechos del niño, los Estados parte están obligados a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño o a la niña contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras se encuentre bajo la custodia de los padres (inciso 1º del artículo 19) y que, dentro de ellas, está comprendida la posibilidad excepcional de separarla de uno o de ambos contra la voluntad de estos cuando esa decisión sea necesaria en atención a su interés superior (inciso 1º del artículo 9), también lo es que para poder acordar esa medida extrema es preciso tramitar el correspondiente proceso, pues se han de resguardar las garantías procesales de rigor, especialmente los derechos de defensa y de audiencia (artículo 9, inciso 2º). Y, sin duda, una de esas garantías es

que la petición sea planteada y resuelta por la autoridad competente. En consecuencia, los argumentos de fondo que podrían justificar una decisión semejante “(...) *no son para ser discutidos en un trámite como éste (sic), sino que deben hacerse, respetando el ordenamiento jurídico, en el lugar en el que tenía la niña su residencia habitual, poniendo las cosas en la misma situación que se encontraban antes de la salida del país de la niña con destino (...) a Costa Rica. Las excepciones del artículo 13 del citado Convenio de La Haya no aplican para este caso, porque la violencia doméstica invocada por la madre como conducta del padre (...) y que permitiría resolver sin lugar la restitución, se conoció mediante un trámite que concluyó sin acreditación de la violencia acusada. Es decir, por cualquier lado que se le mire, esta restitución internacional reúne los presupuestos para ser acogida, y en esa dirección la resolución venida en apelación no está viciada de nulidad y más bien se encuentra ajustada a derecho (...).*” (Voto n.º 1944-06, de las 10:30 horas del 30 de noviembre de 2006).-

XIV.- Ha de enfatizarse que forma parte del conjunto de derechos fundamentales de E. ser resguardada por su padres y por su madre y que no es lícito haberla privado de la custodia del primero sin el amparo de una decisión jurisdiccional. El ordinal 9 de la Convención sobre los derechos del niño nos obliga a velar porque la niña no sea separada de su progenitor sin su consentimiento o, en su defecto, sin que una autoridad competente así lo determine. Así las cosas, no es factible pasar por alto la situación anterior a su traslado a Costa Rica, experimentada por la niña y tampoco lo es otorgarle la tutela jurídica a la actuación unilateral de la madre.-

XV.- Como corolario de lo expuesto y sin que sean necesarias mayores consideraciones, se debe rechazar la pretensión desestimatoria de la impugnante.-

#### **POR TANTO**

Se confirma la sentencia recurrida.-

ALEXIS VARGAS SOTO

**Sentencia: 00871**  
**Expediente: 03-000211-0673- FA**  
**Fecha: 04/06/2004**  
**Hora: 8:00:00**  
**AM Emitido por: Tribunal de Familia**

Tipo de Sentencia: De Fondo Redactor: Diego Benavides Santos Clase de Asunto: Proceso abreviado

Texto de la sentencia

Contenido de interés 1 , Contenido de interés 2

**EXPEDIENTE DEL TRIBUNAL NUMERO: 199-04 (03-000211-673-FA)**  
**ABREVIADO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL**  
**DE: PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA.- CONTRA: SORA-**  
**YA TRUJILLO TRIANA.-**  
**Voto No. 871-04**

**TRIBUNAL DE FAMILIA.-**

San José, a las ocho horas del cuatro de junio del dos mil cuatro.-

Proceso abreviado de restitución internacional establecido por el Patronato Nacional de la Infancia contra Soraya Trujillo Triana, mayor, de nacionalidad colombiana, pasaporte número CC 38264126. Conoce este Tribunal del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Licenciado Cristian Carvajal Coto, en su condición de Representante Legal del Patronato Nacional de la Infancia contra el auto dictado por el Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, al ser las dieciséis horas del veintinueve de enero del dos mil cuatro.-

Redacta el juez Benavides Santos, y;

#### **CONSIDERANDO:**

Hecho el análisis del presente caso, este Tribunal considera que existen dudas razonables de constitucionalidad para la aplicación e interpretación de normas o actos, conductas u omisiones y por ende procede a plantear la respectiva consulta de constitucionalidad, bajo las siguientes consideraciones:

## I.- SOBRE LA CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD:

El artículo 102 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, en concordancia con el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que todo juez “estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento...”. Dicha consulta ha de formularse “mediante resolución en la que se indicarán las normas, actos, conductas u omisiones cuestionados, y los motivos de duda del tribunal sobre su validez o interpretación constitucionales. Se emplazará a las partes para dentro de tercero día y se suspenderá la tramitación del proceso o recurso hasta tanto la Sala Constitucional no haya evacuado la consulta. Al enviar la consulta, se acompañará el expediente o las piezas pertinentes...” (artículo 104 de la citada Ley). La Sala Constitucional ha desarrollado estos requisitos de la consulta facultativa de constitucionalidad de la siguiente manera:

“... A. Que la formule un «juez», término genérico que –desde luego– se aplica tanto a los juzgadores unipersonales como a los tribunales colegiados, y sobre lo cual es innecesario precisar más que: a) que debe tratarse de autoridades dotadas de poder jurisdiccional, lo cual excluye las consultas formuladas por tribunales administrativos, pero sí incluye las que hagan los árbitros en el marco de los asuntos sujetos a su decisión (nótese que lo relevante en todos los casos es que se esté ante el trámite de un proceso conducente al dictado de una sentencia o laudo arbitral, dotados de la autoridad de la cosa juzgada); y, b) que el juzgador debe estar, al momento de formular la consulta, debidamente habilitado para ejercer esa competencia (ya que mal podría pensarse que una resolución que sea inválida en el proceso en cuestión pueda surtir el efecto de dar inicio a un trámite que, como éste, posee un carácter puramente incidental).

B. Que existan «dudas fundadas» sobre la constitucionalidad de la norma, acto, conducta u omisión que se deba aplicar o juzgar. Esto quiere decir que el cuestionamiento debe ser razonable y ponderado. Además implica que no puede versar sobre aspectos sobre cuya constitucionalidad la Sala ya se haya pronunciado. Ello es así no sólo porque aceptar lo contrario implicaría desconocer la eficacia erga omnes de las resoluciones de esta jurisdicción, sino también dado que una consulta bajo esas circunstancias evidentemente carecería de interés actual. Pero subráyese, por su relevancia para el sub examine, que la explicada circunstancia sólo deriva de aquéllos pronunciamientos en que la Sala haya validado expresamente la adecuación de la norma, acto, conducta u omisión a los parámetros constitucionales. En consecuencia, si una norma ha superado anteriormente el examen explícito de constitucionalidad (en vía de acción o consulta), no sería viable un nuevo cuestionamiento sobre el mismo punto, pero sí podría serlo

respecto de un acto, conducta u omisión basados en la misma norma, particularmente porque –en este caso– siempre existe la posibilidad de un quebranto constitucional, ya no en la norma en sí, sino en su interpretación o aplicación. A la inversa, el hecho de que un acto, conducta u omisión haya sido refrendado anteriormente (quizás en vía de amparo o hábeas corpus) no significa que no puedan existir dudas sobre la constitucionalidad de la norma misma en que aquéllos se fundamenten. Y, en esta hipótesis, la consulta judicial es pertinente.

C. Que exista un caso sometido al conocimiento del juzgador o tribunal. Al igual que en la acción de inconstitucionalidad, la consulta judicial nunca se da en el vacío o por mero afán académico, sino que ella debe ser relevante para la decisión o resolución del llamado «asunto previo» o «principal». Finalmente,

D. Que, en ese asunto previo, deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión que suscite la duda de constitucionalidad, aspecto que –por su relevancia para el caso– resulta conveniente precisar. En efecto, la expresión «deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión», conlleva un sentido actual muy definido y totalmente distinto a que si la ley hablara en términos de que «pueda aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión». La consulta judicial no procede ante la mera eventualidad de que acaezcan esas circunstancias, ya que –como se explicó arriba– esta concepción equivaldría a que se inviertan los recursos de la jurisdicción constitucional en un simple ejercicio académico o doctrinario. Para que la consulta sea viable, el juzgador debe estar enfrentado, con certidumbre y en tiempo presente, a la aplicación de la norma o al juzgamiento del acto, conducta u omisión que le suscite una duda de constitucionalidad. ...”

En nuestro caso se cumplen los requisitos marcados como A y C. Respecto a los presupuestos B y D se harán los planteamientos en el aparte siguiente.

## **II.- SOBRE LA NORMATIVA A APLICAR EN EL PRESENTE CASO Y LA DUDA DE CONSTITUCIONALIDAD:** a) EL EXPEDIENTE:

En el presente caso, el Patronato Nacional de la Infancia como autoridad central de la República de Costa Rica para la aplicación del Convenio sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores omitió pronunciamiento de fondo sobre la solicitud de restitución internacional de persona menor de edad presentada, y dispuso someter el conocimiento del presente asunto al respectivo órgano jurisdiccional del Poder Judicial para resolver el fondo del requerimiento de la autoridad central de Colombia (Resolución del Patronato Nacional de la Infancia, dictada a las ocho horas del doce de mayo del dos mil tres visible a folios 1 a 12 del expediente). Anteriormente dicho ente había dispuesto avocarse el conocimiento y tramitación de la solicitud

de restitución de persona menor de edad (Resolución del Patronato Nacional de la Infancia, dictada a las ocho horas del trece de marzo del dos mil tres, visible a folios 40 a 44). Consecuentemente con la primera resolución reseñada la Presidenta Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia plantea ante el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia de San José, solicitud de restitución internacional de persona menor de edad (ver folios 128 a 130). El Juzgado de la Niñez y la Adolescencia de San José curso la solicitud como demanda abreviada (folio 169). Contesta la madre del niño a folios 172 a 176 y a folio 222 se levanta el acta de la audiencia de conciliación. Posteriormente el Juzgado de Niñez y Adolescencia decreta saneamiento del proceso y dispone que se presente documentación idónea en la que se acredite la representación del señor Luis Alfonso Cáceres Parra (folio 226). El personero del Patronato Nacional de la Infancia presentó un poder a su favor (233 a 235), no obstante el Juzgado de Niñez y la Adolescencia encontró la convergencia de intereses opuestos y dispuso el nombramiento de un abogado diferente para que represente los intereses del niño (folio 236). Ante ello, el personero del Patronato Nacional de la Infancia comunicó que se veía inhibido a aceptar el poder otorgado por el señor Cáceres Parra. Explica: "...nuestra petitoria lo es para que ese despacho resuelva la restitución o no del niño S. A. hacia Colombia, país de su residencia habitual. Sin embargo, el mandato que constitucional y legalmente ha sido conferido al Patronato Nacional de la Infancia no faculta al suscrito para asumir la representación del padre del niño..." (ver libelo de folios 258 a 260). Propuso que se nombrara un defensor público para que representara al señor Cáceres Parra. Dicha gestión es denegada por el Juzgado, y el Juzgado insiste en que se nombre un representante al señor Cáceres.

b) OTROS ANTECEDENTES: El 25 de mayo de 1980 se suscribió el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. La adhesión de nuestro país fue aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley número 7746 del 23 de febrero de 1998, la cual fue publicada en el Diario Oficial el 17 de marzo de ese mismo año. En el seno legislativo dicha aprobación fue tramitada bajo expediente número 12,698, y la consulta preceptiva de constitucionalidad fue evacuada mediante resolución de esa Sala 163-98 de las 15:33 horas del 13 de enero de 1998. Por Decreto Ejecutivo número 27169-MP del 6 de julio de 1998 se designó como autoridad central al Ministerio de Justicia. Este Decreto es derogado por el número 29694- RE-J-MP del 21 de junio del 2001 que determinó que la autoridad central sería el Patronato Nacional de la Infancia, decreto que fuera adicionado por el número 29789 J del 9 de agosto del 2001, que establece una norma transitoria sobre los trámites que se habían planteado ante el Ministerio de Justicia. La Procuraduría General de la República ha emitido sobre este tema los siguientes dictámenes: OJ- 131-99 del 15 de noviembre de 1999, C-028-2000 del 14 de febrero del 2000 y el C-236-2003 del 5 de agosto del 2003. El segundo citado consta dentro de las consideraciones para emitir los

decretos 29694-RE-J-MP del 21 de junio del 2001 y 29789 J del 9 de agosto del 2001. Sobre el tema, nuestro país también ratificó o aprobó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores en el año 2001, su trámite se llevó a cabo en expediente legislativo número 13037 y la Sala evacuó la consulta preceptiva mediante voto de las 16:24 del 22 de agosto del 2000. C) EL CONVENIO EN PARTICULAR: En este Convenio sobre sustracción de menores se crea un sistema internacional para lograr la restitución de menores, a través de las respectivas autoridades centrales, con lo que existe concordancia con el numeral 11 de la Convención sobre Derechos del Niño. Son particularmente importantes las medidas a tomar según el artículo 7: localizar al menor; prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas; garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a la aplicación de este Convenio. En los artículos 17 y 19 se establecen un principio de que no puede dictarse una decisión de custodia una vez que se ha informado sobre la solicitud de restitución, pero si se da no existe exclusión entre decisiones sobre custodia y restitución, aunque los motivos de una decisión sobre custodia pueden ser tomados en cuenta para un fallo sobre restitución. Los artículos 22 y siguientes intentan eliminar las barreras que comúnmente existen al acceso a la justicia.- El artículo 5 en particular define los derechos de custodia y de visita. La custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; el derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo ilimitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. Esos derechos son los que se tutelan en especial en este convenio, por lo que existe la posibilidad de accesar este procedimiento cuando se ha sustraído o retenido ilegítimamente un menor en otro Estado contratante. Es relevante en este mecanismo el transcurso o no de un año desde que se dio la sustracción o retención ilegítimas (art. 12), pues si ya ha transcurrido ese periodo puede denegarse la gestión si se prueba que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Debe indicarse que por ejemplo los numerales 13 y 27 se refieren a otras causas para rechazar la solicitud. El numeral 27 en general se refiere al incumplimiento de las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la solicitud carece de fundamento, caso en el cual una Autoridad Central no estaría obligada a aceptar la solicitud. El artículo 13 enuncia causales por las cuales puede denegarse la so-

licitud: la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable; La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. No obstante que existe este mecanismo entre Autoridades Centrales, el Convenio expresamente señala que no se excluye el reclamo directo en el Estado contratante (artículo 29).-

#### d) SOBRE LAS NORMAS, ACTOS, CONDUCTAS U OMISIONES QUE SE SOMETEN AL TAMIZ DE LA CONSULTA CONSTITUCIONAL:

1) Resolución de la Presidencia Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia de las ocho horas del doce de mayo del dos mil tres, que dispuso omitir pronunciamiento en cuanto al fondo de la solicitud de restitución presentada y que establece que debe someterse el caso al órgano jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia.

2) Decreto Ejecutivo número 29694-RE-J-MP del 21 de junio del 2001 y el número 29789 J del 9 de agosto del 2001, que lo adiciona. Por conexión el dictamen de la Procuraduría General de la República C-028-2000 del 14 de febrero del 2000.

3) Omisión del Patronato Nacional de la Infancia de nombrar defensor al solicitante.

#### e) SOBRE LA APLICACIÓN DE ESTAS NORMAS EN EL PROCESO QUE INTERESA Y LAS DUDAS RAZONABLES DE CONSTITUCIONALIDAD QUE IMPLICAN:

1. Resolución de la Presidencia Ejecutiva del Patronato Nacional de la

Infancia de las ocho horas del doce de mayo del dos mil tres: En cuanto a la resolución administrativa, naturalmente lleva intrínseco el tema de las competencias constitucionales (artículo 109 de la Ley de Jurisdicción Constitucional) y su balance adecuado en el Derecho de la Constitución. Nos referimos en este caso a la ponderación de los numerales 55 y 153 de la Constitución Política, en relación con la norma internacional incluida en el bloque de constitucionalidad denominada Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. El asunto radica en que la finalidad del convenio es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita

en cualquier Estado contratante (artículo 1). Por otra parte, señala ese tratado internacional que: “Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan” (artículo 2).-

Asimismo señala que “Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio” (artículo 6). No obstante, no deja de observar este Tribunal que el Convenio también dispone que las Autoridades Centrales deberán “incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor...” (artículo 7 inciso f del Convenio). Ello nos lleva a la duda razonable de si el nuevo instrumento internacional incluye una lógica diferente de competencias constitucionales, de manera tal que no deba accederse a la vía judicial para el procedimiento de restitución, pues ha de recurrirse a los procedimientos “de urgencia”. Cuál es la lectura correcta dentro de nuestro Derecho de la Constitución para que los procedimientos seguidos no resulten contrarios al bloque de constitucionalidad (artículos 3 y 73 inciso d de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). ¿Es correcto constitucionalmente lo que ha decidido el Patronato Nacional de la Infancia, o al contrario, con esa decisión está violando los principios del tratado internacional que se incluyó en el bloque de constitucionalidad?. Esta norma naturalmente es de aplicación en este caso puesto que es principio general del derecho procesal que en todo momento deben revisarse de oficio los presupuestos procesales, y entre ellos el de la competencia idónea. Si el Patronato Nacional de la Infancia debió seguir otro procedimiento en otra sede, lo actuado resultaría nulo por conculcación de las competencias constitucionales, incluyendo las incluidas mediante el tratado internacional que nos ocupa. Obviamente, este punto tiene anejo el de la constitucionalidad de la vía abreviada del Código Procesal Civil en relación con los lineamientos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

2. Decreto Ejecutivo número 29694-RE-J-MP del 21 de junio del 2001 y el número 29789 J del 9 de agosto del 2001, y dictamen de la Procuraduría General de la República C-028-2000 del 14 de febrero del 2000: El Juzgado de la Niñez y la Adolescencia de San José, y el mismo representante del Patronato Nacional de la Infancia han encontrado un conflicto o incompatibilidad de intereses. Este conflicto radica en que puede ser incompatible defender los intereses del adulto y los del niño. El convenio entre otras cosas impone como deber de la autoridad central “incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución...” y además “conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado...”. También tenemos la norma ya aplicada en este procedimiento que establece la

posibilidad de que la Autoridad Central exija un poder (artículo 28, ver folio 226). Si existiera incompatibilidad entre el ejercicio de la competencia constitucional de protección a la persona menor de edad (artículo 55 de la Constitución Política) y la función de ser Autoridad Central de acuerdo con el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ello podría llevarnos a la conclusión de que son inconstitucionales los decretos que disponen que el Patronato Nacional de la Infancia es dicha Autoridad Central, y por conexión o consecuencia (artículo 89 de la Ley de Jurisdicción Constitucional), resultaría inconstitucional el dictamen de la Procuraduría que así lo recomendó. Naturalmente esas disposiciones que se cuestionan son de aplicación en este proceso, porque en esta apelación debe conocerse si el Patronato Nacional de la Infancia debe hacerse cargo de ambos intereses: el de la persona menor de edad y el del adulto progenitor.

3. Omisión del Patronato Nacional de la Infancia de nombrar defensor al solicitante: Aquí estamos cuestionando o encontramos una duda razonable en cuanto a la conducta u omisión del Patronato Nacional de la Infancia (artículos 3, 73 incisos b y f, y 102 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Si la respuesta de la Sala Constitucional a esta consulta en cuanto a la incompatibilidad de intereses fuere negativa, ello nos llevaría a la duda, de sí resultaría contrario al bloque de constitucionalidad, incluido el tratado internacional que nos ocupa, la omisión del Patronato Nacional de la Infancia de nombrar defensor al interesado en la restitución de la persona menor de edad. Naturalmente el punto tiene incidencia directa en la decisión que aquí nos ocupa, pues es precisamente el aspecto a fallar.

De esta forma, esta integración del Tribunal de Familia plantea consulta de constitucionalidad para que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia decida sobre los puntos planteados. De conformidad con el numeral 104 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se ha de emplazar a las partes e intervinientes para que dentro de tercero día acudan a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a hacer valer sus derechos. Se ha de suspender la tramitación del proceso hasta tanto la Sala Constitucional no haya evacuado la consulta.

#### **POR TANTO:**

Se plantea consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Se emplaza a las partes e intervinientes para que dentro de tercero día acudan a la citada Sala a hacer valer sus derechos. Se suspende la tramitación del proceso hasta tanto la Sala Constitucional no haya evacuado la consulta.

OLGA MARTA MUÑOZ GONZALEZ  
OSCAR CORRALES VALVERDE      DIEGO BENAVIDES SANTOS

**Sentencia: 07609**  
**Expediente: 04-006179-0007- CO**  
**Fecha: 14/07/2004**  
**Hora: 2:50:00**  
**PM Emitido por: Sala Constitucional**

**Tipo de Sentencia:** De Fondo  
**Redactor:** Luis Fernando Solano Carrera

Texto de la sentencia

Documentos relacionados: Referencia a otra jurisprudencia

Contenido de interés 1

**Exp: 04-006179-0007-CO**

**Res: 2004-07609**

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**  
**San José, a las catorce horas con cincuenta minutos del catorce de julio del dos mil cuatro.-**

Consulta judicial facultativa formulada por el Tribunal de Familia mediante resolución de las ocho horas del cuatro de junio del dos mil cuatro, dictada dentro del expediente número 03-000211-673-FA que es proceso abreviado de restitución internacional de persona menor de edad contra Soraya Trujillo Triana.

#### **Resultando:**

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las once horas del veinticinco de junio del dos mil cuatro, y con fundamento en los artículos 8, inciso 1), de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 2, inciso b); 3, 13, 102 y 104 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el Tribunal de Familia solicita a esta Sala que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la resolución de la presidencia ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia de las ochohoras del doce de mayo del dos mil tres que dispuso omitir pronunciamiento en cuanto al fondo de la solicitud de restitución presentada y que establece que debe someterse el caso al órgano jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia; del Decreto Ejecutivo nú-

mero 29694-RE-J-MP del veintiuno de junio del dos mil uno y el número 29789 J del nueve de agosto del dos mil uno, e igualmente por conexión del dictamen de la Procuraduría General de la República C-028-2000 del catorce de febrero del dos mil. Asimismo consultan la omisión del Patronato Nacional de la Infancia de nombrar defensor al solicitante en el proceso de restitución. Señala el Tribunal que en el asunto base sometido a su conocimiento, que es un recurso de apelación dentro de una solicitud de restitución internacional de persona menor de edad, tramitada en el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, con el número de expediente 03-000211-673- FA, el Patronato Nacional de la Infancia, como Autoridad Central de Costa Rica para la aplicación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, omitió pronunciamiento de fondo sobre la solicitud y dispuso someter el conocimiento del caso al respectivo órgano jurisdiccional del Poder Judicial, respecto del requerimiento de la Autoridad Central de Colombia. Indica que la finalidad del Convenio es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante (artículo 1). Por otra parte, señala ese tratado internacional que “Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.” (artículo 2) También indica que “Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio” (artículo 6). No obstante, también dispone el Convenio que las Autoridades Centrales deberán “incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor...” (artículo 7 inciso f) del Convenio). Aduce el Tribunal que ello les hace surgir una duda razonable de si el nuevo instrumento internacional incluye una lógica diferente de competencias constitucionales, de manera tal que no deba accederse a la vía judicial para el procedimiento de restitución, pues ha de recurrirse a los procedimientos “de urgencia”. Solicitan a la Sala que les aclare ¿cuál es la lectura correcta dentro del Derecho de la Constitución para que los procedimientos seguidos no resulten contrarios al bloque de constitucionalidad? ¿Es correcto constitucionalmente lo que ha decidido el Patronato Nacional de la Infancia, o al contrario, con esa decisión está violando los principios del tratado internacional que se incluyó en el bloque de constitucionalidad? Indica que esa norma es de aplicación en el caso pues es principio general del derecho procesal que en todo momento deben revisarse de oficio los presupuestos procesales, entre ellos, la competencia idónea. Si el Patronato Nacional de la Infancia debió seguir otro procedimiento en otra sede, lo actuado resultaría nulo por conculcación de las competencias constitucionales, incluyendo las establecidas en el Tratado Internacional referido. En relación con el segundo tema consultado cual es la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo número 29694-RE-J-MP del veintiuno de junio del dos

mil uno y el número 29789 J del nueve de agosto del dos mil uno y del dictamen de la Procuraduría General de la República C-028-2000 del catorce de febrero del dos mil, señalan que el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia de San José y el mismo representante del Patronato Nacional de la Infancia han encontrado un conflicto o incompatibilidad de intereses. El conflicto radica en que puede ser incompatible defender los intereses del adulto y los del niño. El Convenio entre otras cosas impone como deber de la Autoridad Central “incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución...” y además “conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado...” También está la norma aplicada en este procedimiento que establece la posibilidad de que la Autoridad Central exija un poder. Si existiera incompatibilidad entre el ejercicio de la competencia constitucional de protección a la persona menor de edad (artículo 55 de la Constitución Política) y la función de ser Autoridad Central de acuerdo con el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ello podría llevar a la conclusión de que son inconstitucionales los decretos que disponen que al menos para casos como éste, el Patronato Nacional de la Infancia es dicha Autoridad Central, y por conexión o consecuencia resultaría inconstitucional el dictamen de la Procuraduría que así lo recomendó. Esas disposiciones son de aplicación en este proceso porque en la apelación debe conocerse si el Patronato Nacional de la Infancia debe hacerse cargo de ambos intereses: el de la persona menor de edad y el del adulto progenitor. Por último, en relación al tercer aspecto consultado señala que tiene una duda razonable en cuanto a la conducta u omisión del Patronato Nacional de la Infancia de nombrar defensor al solicitante. Refiere que si la respuesta de la Sala Constitucional a esta consulta en cuanto a incompatibilidad de intereses fuere negativa, ello llevaría a la duda de si resultaría contrario al bloque de constitucionalidad, incluido el tratado internacional, la omisión del Patronato de nombrar defensor al interesado en la restitución de la persona menor de edad. El punto tiene incidencia directa en la decisión que se debe tomar, pues es precisamente el aspecto a fallar.

2.- En atención al emplazamiento conferido a las partes dentro del asunto principal, se apersonó ante la Sala el representante legal del Patronato Nacional de la Infancia, Diego Pacheco Alvarado, quien señala a folios 14 y siguientes del expediente lo siguiente: que Costa Rica aprobó su adhesión al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores mediante Ley número 7746 del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y ocho, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 53 del diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho. Dicho instrumento internacional consiste en un Convenio multilateral de cooperación entre Estados (miembros y no miembros de la Conferencia de La Haya) en materia de secuestro o sustracción interparental o interfamiliar de personas menores de edad.

Específicamente en relación con las dudas de constitucionalidad elevadas por el Tribunal de Familia a la Sala Constitucional, a propósito de la correcta aplicación del Convenio, señala en primer término que en relación con la resolución de la Presidencia Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia que dispuso omitir pronunciamiento en cuanto al fondo de la solicitud de restitución presentada y que establece que debe someterse a la Corte Suprema de Justicia, refiere que lo decidido por su representada es constitucionalmente correcto de acuerdo con las decisiones del constituyente de mil novecientos cuarenta y nueve inscritas en los apartados dogmático y orgánico de la Constitución Política, específicamente a propósito de lo determinado a partir de los artículos 9, 55 y 153 constitucionales. El principio de protección especial o reforzada en beneficio de la población menor de edad habitante de la República para casos como el concreto, sólo puede aplicarse en coordinación con el principio de división del poder estatal, pauta jurídica que en conjunción con el artículo 153, a su vez erige un principio de no provisionalidad de las resoluciones adoptadas por quienes ejercen el poder jurisdiccional en Costa Rica, barrera deontológica completamente infranqueable para un ente descentralizado, en todo caso, ubicado en el Poder Ejecutivo. Decisiones irrepetibles de la talla, corte o nivel de una restitución internacional de persona menor de edad, sólo pueden tomarse por una sola vez, es decir, son decisiones de carácter definitivo. En todo caso, permitir interpretaciones más flexibles es un asunto que podría ir más allá del principio de división del poder estatal y derivados; existe el riesgo de crear espacios para la toma de decisiones desapegadas del principio del interés superior del niño. En cuanto al segundo aspecto alegado en la consulta, refiere que la República de Costa Rica como Estado Parte en la aplicación del Convenio es una sola unidad de poder estatal dispuesto en función de satisfacer el interés público. No obstante, de conformidad con el principio fundamental de división del poder estatal, esa unidad de poder público se bifurca en diversas funciones, procurando la especialización de acuerdo con la necesidad social por atender. En ese sentido, señala el Patronato que no advierte problemas de constitucionalidad en cuanto al rango de esa Institución como Autoridad Central a efectos de ser el aplicador primigenio del Convenio en lo de su competencia directa, cual es la protección integral de la población menor de edad habitante de la República. Y todo porque en lo que no es su competencia directa (por ejemplo, hacerse cargo de la defensa jurídica de los intereses del adulto progenitor) el Patronato de por sí está constitucionalmente autorizado para pedir la obligada colaboración de aquellos órganos o entes estatales que sí pueden tener esa competencia directa. No advierte cuál puede ser el problema constitucional o legal de pedir la obligada colaboración del Procurador de Familia o de la Defensa Pública para hacerse cargo de la defensa de los intereses del adulto progenitor involucrado, todo en aras de orquestar la aplicación del Convenio hasta sus últimos fines y consecuencias, directa o indirectamente. En relación con el tercer aspecto que es que el Patronato Nacional de la Infancia carece

completamente de competencia jurídica para representar los derechos subjetivos e intereses legítimos del señor Cáceres Parra o para facilitar al mismo dicha representación, toda vez que el ordenamiento jurídico vigente de la República de Costa Rica, interpretado según el método lógico sistemático, claramente dispone que dicho ente se erige como la institución rectora por excelencia de los derechos, intereses y necesidades de la población menor de edad habitante del territorio costarricense. La razón de ser de lo anterior se funda en la realidad de la dinámica familiar contemporánea, según la cual casi siempre estaría latente o manifiesta la presencia de intereses contrapuestos entre la persona menor de edad y sus respectivos padres, sobre todo cuando el conflicto ya ha trascendido hasta los estrados judiciales; de esta forma, mientras no se compruebe la inexistencia de intereses contrapuestos entre la persona menor de edad y sus progenitores, el sistema claramente apunta a que el Patronato se limite a representar exclusivamente los derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona menor de edad involucrada en el proceso, en aras de satisfacer adecuadamente su interés superior dentro de un contexto de seguridad jurídica; en última instancia a lo más que puede llegar el Patronato, si no hay intereses contrapuestos, es a la figura de la coadyuvancia. El origen jurídico positivo de ello reside en el artículo 55 de la Constitución Política, según el cual la protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado. De igual modo, lo establecen los artículos 4 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia y el 111 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

3.- Los artículos 9 y 106 de la Ley de Jurisdicción Constitucional facultan a la Sala para evacuar las consultas que se formulen en cualquier momento, cuando cuente con los elementos de juicio suficientes para ello.

Redacta el Magistrado Solano Carrera; y,

#### **Considerando:**

**I.- Objeto de la consulta.** El Tribunal de Familia solicita a esta Sala que se pronuncie sobre tres aspectos que tienen relación con el trámite del proceso abreviado de restitución internacional que se sigue en el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, tramitado con el número de expediente 03-000211-673-FA; a saber, la constitucionalidad de la resolución de la presidencia ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia de las ocho horas del doce de mayo del dos mil tres que dispuso omitir pronunciamiento en cuanto al fondo de la solicitud de restitución presentada y que establece que debe someterse el caso al órgano jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia; del Decreto Ejecutivo número 29694-RE-J-MP del veintiuno de junio del dos mil uno y el número 29789 J del nueve de agosto del dos

mil uno, e igualmente por conexión del dictamen de la Procuraduría General de la República C-028-2000 del catorce de febrero del dos mil. Asimismo consultan la omisión del Patronato Nacional de la Infancia de nombrar defensor al solicitante.

## **II.- Sobre la admisibilidad.**

La consulta facultativa de constitucionalidad está diseñada para aquellos casos en donde el juez se encuentre vinculado por una norma o un acto que deba aplicar en un caso sometido a su conocimiento y tenga dudas fundadas sobre su constitucionalidad. Ello por cuanto, en el sistema constitucional que rige no es posible que un juez desaplique una norma por considerarla inconstitucional, sino que debe necesariamente plantear la consulta ante la Sala Constitucional para sea ésta quien resuelva en definitiva. El artículo 102 de la Ley de Jurisdicción Constitucional expresa:

“Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.”

En el caso que se analiza, es claro que el Tribunal de Familia no se encuentra vinculado a lo resuelto o actuado por el Patronato Nacional de la Infancia. Según el artículo 153 de la Constitución Política, corresponde al Poder Judicial:

“... además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.”

Le corresponde entonces a los tribunales resolver los asuntos sometidos a su conocimiento aplicando para ello el derecho vigente. En esa labor de aplicación de las normas está incluida la tarea de interpretarlas en consonancia con los valores, principios y normas constitucionales. Es por ello que los aspectos aquí consultados deben ser resueltos por la misma Autoridad Consultante porque se encuentran dentro del ámbito de su competencia. Las resoluciones dictadas por el Patronato Nacional de la Infancia no resultan vinculantes para el Tribunal, así como tampoco el dictamen de la Procuraduría General de la República que también se consulta. En cuanto a los decretos ejecutivos número 29694-RE-JMP del veintiuno de junio del dos mil uno y el número 29789-J del nueve de agosto del dos mil uno, el Tribunal consultante refiere que podrían lesionar el artículo 55 de la Constitución Política, pero no dan las razo-

nes de ello, no señalan por qué podría haber incompatibilidad entre el ejercicio de la competencia constitucional de protección a la persona menor de edad del Patronato Nacional de la Infancia y la función de ser Autoridad Central de acuerdo con el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Conforme ha señalado esta Sala reiteradamente en su jurisprudencia, la duda que origina la consulta judicial facultativa debe ser una duda fundada o razonada respecto de la constitucionalidad de la norma:

“Uno de los aspectos en los que verdaderamente innova el actual esquema de Justicia Constitucional, tiene que ver con la posibilidad de que los jueces formulen consulta de constitucionalidad a esta Sala, acerca de las normas o actos que deban aplicar o juzgar en los asuntos sometidos a su conocimiento. Por supuesto, en esto hemos aprendido de otros sistemas, pues como afirmó un ilustre jurista costarricense, no son pocos los países que han realizado avances constitucionales a través del funcionamiento de este instituto que, por otra parte, tiene la gran virtud de hacer partícipe del control de constitucionalidad de las normas y tan activo como él mismo lo quiera, al juzgador ordinario. En este sentido, el juez del orden común se incorpora en el sistema de justicia constitucional, como un promotor de la legitimidad, ya no desaplicando directamente normas, sino más bien “levantando la cuestión” ante la Sala Constitucional, cuando fundada y razonablemente estime que la que debe aplicar al caso, es inconstitucional. A su manera, el esquema adoptado por nuestro país, a la vez que se preocupa por la unidad de la jurisprudencia en materia de constitucionalidad propio de un sistema concentrado de constitucionalidad, reconoce en todo juez el deber de cuestionarse la legitimidad de las normas y, en caso de que encuentre razones y motivos de constitucionalidad, no las aplique hasta tanto la Sala no le evacue su consulta que entonces deberá formular

### **III. ACERCA DEL CARACTER FUNDADO DE LA CONSULTA.**

El artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:

“Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento...”

Esta legitimación que se otorga a cualquier juez para que formule consulta a la Sala, lo incorpora en el sistema de justicia constitucional, pues al ser el que determina la norma aplicable al caso que se le somete, también es el único que puede establecer -prima facie- duda sobre su legitimidad. Incluso, conciliando la independencia de que goza el juez para resolver los asuntos que se le someten, la consulta de constitucionalidad

le permite introducir sus criterios, razones o motivos, para estimar que una norma que debe aplicar, resulta inconstitucional. En ese sentido, no obstante que la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta al juez para formular consulta “cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad” de esa norma que deba aplicar, simultáneamente lo está obligando a ejercer un juicio de constitucionalidad, una valoración de la norma sobre la que duda, a la luz del Derecho de la Constitución. Como se aprecia fácilmente, no se trata de cualquier duda, o la duda pura y simple, sino de una duda fundada, de manera que es en ese tanto que el juez se convierte en un verdadero engranaje de la justicia constitucional, no simplemente pidiendo opinión a la Sala Constitucional. Sobre esto, nuestra jurisprudencia ha tenido oportunidad de señalar:

“La Ley de la Jurisdicción Constitucional es amplia al crear la vía de la consulta judicial cuando el juez que va a aplicar una norma, se cuestiona sobre su constitucionalidad, pero lo establece en estos términos:

“La consulta se formulará mediante resolución en la que se indicarán las normas, actos, conductas u omisiones cuestionados y los motivos de duda del tribunal sobre su validez o interpretación constitucional...”

“En otras palabras, a la par de la facultad que se concede a los jueces para formular consultas de constitucionalidad a la Sala, les exige un esfuerzo de razonamiento mediante el cual se expresen “los motivos” de duda sobre la validez de las normas respectivas. En la consulta de mérito, tales motivos no solamente no aparecen, sino que el Alcalde consultante en forma ambigua se cuestiona la legalidad y consecuente constitucionalidad del

Reglamento indicado, sin agregar absolutamente ninguna consideración de fondo sobre el problema que él anticipa. La técnica de la consulta no necesariamente se equipara a la de la acción de inconstitucionalidad, pero la exigencia legal de un esfuerzo de precisión en el pensamiento del juez, por el cual se explicita el problema constitucional de aplicar la norma en cuestión a un caso concreto sub iudice, no puede obviarse, pues con eso se le negaría a la Sala la posibilidad de examinar el o los aspectos concretos en que podría fundarse una posible inconstitucionalidad de ese reglamento...”

(Sentencia N ° 4126-94).

Queda claro que no se trata únicamente de formular dudas, sino de articularlas a través de un razonamiento de constitucionalidad, que ponga de manifiesto una contradicción entre la norma a aplicar y la Constitución Política, sus valores y principios.”

(Sentencia número 1997-07951 de las dieciséis horas cincuenta y siete minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y siete)

En la hipótesis que se analiza, el Tribunal de Familia no ofrece las razones por las cuales considera que los Decretos señalados son contrarios al Derecho de la Constitución. Por todo lo anteriormente expuesto, por no cumplir la consulta formulada con los requisitos de admisibilidad, se declara inevaluable.

**Por tanto:**

No ha lugar a evacuar la consulta.

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Ana Virginia Calzada M.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Susana Castro A.

Alejandro Batalla B.

**Sentencia: 01328**  
**Expediente: 08-000047-0673-NA**  
**Fecha: 22/07/2008**  
**Hora: 9:40:00 AM**  
**Emitido por: Tribunal de Familia**

Tipo de Sentencia: De Fondo

Redactor: Nidya Sánchez Boschini  
Clase de Asunto: Proceso Especial de Aplicación del Convenio del Haya

Texto de la sentencia

Contenido de interés 1  
CÈDULA DE NOTIFICACIÒN

**Actor: PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA**

Lugar o medio: FAX NUMERO: 258-14-94

Lic. MARIA MARTA ALLEN CHAVES

**Demandado: ERICKA PATRICIA ELIZONDO CERDAS**

Lugar o medio: FAX NUMERO: 2255-05-53 ( ) SALVATORE LEONE  
Lugar o medio: FAX NUMERO: 2281-05-96

Lic. SHIRLEY DUARTE DUARTE ( ) CURADOR PROCESAL  
Lugar o medio: FAX NUMERO: 2452-17-63

LIC. MINOR ROJAS BOLAÑOS

**EXPEDIENTE DEL TRIBUNAL NUMERO: 802-08 (08-000047-673-NA)**  
**ASUNTO: PROCESO ESPECIAL DE APLICACIÓN DE CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

**DE: PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA. - CONTRA: ERICKA PATRICIA ELIZONDO CERDAS.**  
**VOTO NUMERO: 1328-08**

**TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSÉ, al ser las nueve horas cuarenta minutos del veintidós de julio del dos mil ocho.-**

Proceso especial de aplicación de convenio de la haya sobre la sustracción internacional de menores establecido por PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA, representado por la licenciada María Marta Allen Chaves, en contra de ERICKA PATRICIA ELIZONDO CERDAS, mayor, casada, médica veterinaria, vecina de San Sebastián, cédula número uno-novecientos treinta y uno-ochocientos sesenta y tres. En el proceso intervienen el progenitor SALVATORE LEONE, mayor, casado, empresario, vecino de Italia, pasaporte número A 283612, junto con su abogado Licenciado Hugo Soto Córdoba, cédula uno-cuatrocientos treinta y tres-trescientos sesenta y seis y el cónsul de Italia en Costa Rica, señor Marco Menchinucci, en calidad de traductor y el Licenciado Eduardo Vargas Vera, cédula uno-trescientos veintiocho-ciento dieciocho como abogado de la señora Elizondo Cerdas.

### **RESULTANDO:**

1. El Patronato Nacional de la Infancia, con base en los hechos y citas de derecho que invocó en su demanda, solicita que en sentencia se declare: “ Solicito resolver la restitución del niño xxxx , de conformidad con lo solicitado por la Autoridad Central de dicho país, según la normativa establecida por el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.”

2. Al señor Salvatore Leone se le nombró curador procesal, quien dentro del plazo otorgado solicitó la restitución de la persona menor de edad, así como tomar las medidas necesarias para que el traslado del niño a su país de origen se pudiera llevar a cabo, por su parte la demandada opuso las excepciones de falta de derecho, falta de interés y falta de legitimación activa y pasiva.

3. El Licenciado José Miguel Fonseca Vindas, juez de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, por sentencia dictada al ser las trece horas del veintiséis de mayo del dos mil ocho, resolvió: “POR TANTO: De conformidad con lo expuesto y la normativa citada lo procedente es, rechazar las excepciones falta de derecho, falta de interés y falta de legitimación activa y pasiva. Se declara CON LUGAR la solicitud de RESTITUCIÓN INTERNACIONAL de la persona menor de edad xxxx debiendo regresar a Italia, a su domicilio habitual una vez que se encuentre firme esta sentencia. De conformidad con el artículo 26 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se dicta esta resolución sin especial condenatoria en costas.”

4. Conoce este Tribunal del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la referida sentencia. Esta sentencia se dicta dentro del plazo de Ley. En los procedimientos se han observado las prescripciones correspondientes.

Redacta la jueza Sánchez Boschini, y;

### CONSIDERANDO

I- El Tribunal imparte aprobación al elenco de hechos probados que contiene el fallo impugnado por ser fiel reflejo de los elementos probatorios que los sustentan. Sin embargo, se agrega el siguiente: n- En la investigación social aportada por el progenitor, se hace constar que el núcleo familiar y el entorno social en el que se desenvuelve, es sólido, con una familia muy unida, escuela en la que estaría inscrito la persona menor de edad, apartamento propio, flexibilidad de don Salvatore en sus horas de trabajo para atender a su menor hijo, pues nació y creció en Italia, hasta el momento en que la madre decide retenerlo en Costa Rica, además de contar con ingresos propios y la posibilidad de mejorarlos al regreso de su hijo y doña Ericka, a fin de criarlo los dos ( folios 339 a 347 ).-

II- Por haberse comprobado que no existe riesgo en el domicilio paterno, se elimina el hecho tenido por no probado por el señor Juez de primera instancia.-

III- La recurrente expresa agravios dentro del término de ley, alega: a- que la resolución impugnada está sustentada en una serie de situaciones que se alejan del debido proceso, del análisis de la prueba adecuada a la especie, falta de prueba solicitada por el Juzgado, ataque a principios constitucionales en beneficio del menor y la madre, litis pendencia, vicio en el nombramiento de traductor, errónea interpretación del Convenio Internacional, inobservancia de excepciones que promulga el Convenio Internacional, lo que ocasiona que la resolución que recurre, no representa la idea requerida por el legislador, lesionando el bienestar del niño que es impostergable porque viola las normas que lo protegen: a- En dicha resolución se indica que se le dió traslado a la demandada en el aparte V del resultando, pero se omitió dicho traslado, lo cual es una omisión grave; b- En el hecho no probado, pese a que el Juzgado le previno a la representante del Patronato Nacional de la Infancia que aportara dentro de tercero día, el informe psicosocial de la familia en Italia, o en su defecto, el por qué no lo ha presentado. A la madre sí se le hizo el estudio psico social, pero al padre, se le exigió, pero no lo presentó, lo cual significa un trato desigual y parcialidad desfavorable para el interés primordial del menor, faltó total información psicológica y social, según se explicó antes, en el informe se evidencia un conflicto en el matrimonio y de la madre con sus suegros, no hay recomendación para su solución y la repercusión de esos conflictos, si la entrevista fue con Salvatore padre o Salvatore hijo, ni se indica nada del encuentro con la Dra. Mattioli, Psicóloga de las ASL, la investigación social aportada es diferente al estudio psicosocial ordenado, por lo que rechaza la investigación social como prueba . Considera que la interpretación que se da en la resolución apelada sobre lo más conveniente para el niño:

su domicilio habitual, no es de recibo, pues en la investigación social, se indica en el párrafo seis, que “ la señora Ericka se lamenta de la poca participación de su esposo dentro de la vida familiar, estando siempre por fuera de la casa, por motivos de trabajo “ lo que significa que el niño no va a ser cuidado por su padre, y no va a ser cuidado por su madre, quien permanecerá en Costa Rica. Considera que con este enunciado, se coloca al niño en el caso de excepción que tipifica el Convenio en el artículo 13 inciso b. Existe un riesgo para el niño quien siempre ha estado con la progenitora y debe prevalecer el bienestar del menor de edad a la luz de las normas aplicables a la especie y de garantizar el interés superior de la persona menor de edad, debe prevalecer su desarrollo íntegro, no sólo su ubicación, la situación del niño en Italia, apunta un riesgo para él, la situación es estable al lado de su madre, el padre no ha aportado un cinco para su manutención por lo que se le demandó en la vía alimetary, la situación no debe atenderse únicamente a través del Convenio sino de la integración de las normas que indica la resolución, debe aplicarse la excepción del artículo 12 ya que el menor ha quedado integrado a su nuevo ambiente; c- Se viola la Constitución Política en sus artículos 51 y 55, resultando inaceptable que promueva el Patronato Nacional de la Infancia con su actividad, la separación de un hijo de su madre, sin contar con el requisito que establece el artículo 28 del convenio en cuanto a que no existe documento que autorice a la autoridad central para actuar por cuenta del solicitante, se atenta contra la Constitución Política cuando el Pani le paga un abogado al padre para que un niño costarricense retorne obligatoriamente a Italia. Por más convenios que suscriba nuestro Estado, ellos no pueden atentar contra de la Constitución Política, específicamente, en contra de la madre y el niño costarricense. d- Considera que se viola el artículo 32 en cuanto prescribe que “ Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional “, se ha demostrado en los autos que el niño es costarricense, por ende, este artículo está por encima de la Convención como lo señala la resolución impugnada, y que razona que en dicho convenio no dice como excepción que un costarricense debe regresar a otro país a definir su situación jurídica. Esta orden de restitución presupone de antemano que ya se decidió sobre la guarda y crianza del menor al lado del padre, el costo para la madre de establecer un juicio en Italia para que le otorguen la custodia de su hijo, antepone una situación de disponer de mucho dinero, inalcanzable para ella: ¿ por qué no hacerlo en Costa Rica ? Ya la madre interpuso demanda de divorcio y subsidiaria de separación judicial y demanda de alimentos, debidamente notificadas al demandado. No se le nombró tampoco traductor para el señor Leone, y se desvirtúa que fuera nombrado el Cónsul de Italia en Costa Rica porque es parte en el asunto. Es nula la participación de equipo interdisciplinario costarricense en este asunto. La madre no actuó en forma fraudulenta, pues goza de la guarda, crianza y educación, igual que el progenitor. e- Existe una litis pendencia : en el divorcio , guarda crianza y educación y subsidiaria de separación judicial.

Al haberse atacado el debido proceso, se obvió la prueba solicitada, la prueba recabada se malinterpretó, se atacó los principios constitucionales, existe litis pendencia, por lo que solicita, se revoque la resolución impugnada y se acepte las excepciones opuestas, que el menor continúe a cargo de la madre.-

IV- En relación a los agravios de la señora Elizondo, se resuelve:

a- En punto a la omisión de que no se le notificó el traslado de la demanda a la recurrente, se rechaza dicho alegato, pues consta a folio 240 que la señora Elizondo Cerdas fue notificada en su casa de habitación de la resolución de las catorce horas del seis de febrero del año en curso, en la cual, se judicializa la solicitud de restitución de menor que tramita la Autoridad Central de Italia a la Autoridad Central de Costa Rica o Patronato Nacional de la Infancia, no es un proceso contradictorio con las etapas de éste, sino que es la aplicación de un Convenio Internacional vigente, suscrito por nuestro país y el país solicitante, de ahí que no exista demanda ni traslado, sino que, por analogía, el señor Juez, a efecto de no causar indefensión a las partes, aplica el principio de oralidad y la consiguiente inmediatez y celeridad que la solicitud conlleva, aplicando el procedimiento propio de las medidas de protección que se regula en el Código de Niñez y Adolescencia, a falta de un procedimiento expreso y expedito propio para este tipo de asuntos y que se señale en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, acudiendo la madre al llamado judicial, pues se presentó a la hora y fecha de la audiencia oral y privada, llevada a cabo, con su presencia y su abogado director, a las nueve horas del tres de marzo del dos mil ocho. Es necesario señalar y aclarar a la petente, que la rigidez del proceso civil en este tipo de solicitudes, no es aplicable. El Derecho Procesal de las Convenciones Internacionales, específicamente, la que nos ocupa, debe ser adaptado por analogía, a los principios de no rigidez procesal que enuncia la Convención de los Derechos del Niño y que se implementó en nuestra legislación en el Código de la Niñez y la Adolescencia, señalándose expresamente a partir del ordinal 141, el proceder judicial como garante del derecho superior del niño.-

b- En el hecho no probado, que enuncia que “en el hogar del padre en Italia exista alguna situación de riesgo para el menor”, alega la apelante que hubo desigualdad y parcialidad en el aporte psicosocial de cada uno de los progenitores, pues pese a que en resolución de las diez horas cincuenta minutos del veintisiete de marzo del dos mil ocho, el Juzgado le previno a la representante del Patronato Nacional de la Infancia dicha pericia o una explicación del por qué no lo ha presentado, obra a folios 341 y 342, la investigación social realizada al padre en su lugar de residencia en la que se comprueba que no existe riesgo alguno ni a nivel moral ni físico ni mucho menos, social, que pueda perjudicar a xxxx en su restitución a la residencia o domicilio habitual, sin que haya habido

parcialidad o desigualdad en el trato durante este trámite, conforme en forma temeraria lo afirma la progenitora en su escrito de agravios en esta instancia. La afirmación de la inconforme de que rechaza la investigación social aportada por ser diferente de un estudio psicosocial, no es de recibo por el Tribunal, toda vez, que la pericia no solo fue realizada por un profesional competente, sino que en su contenido, se ilustra a los Juzgadores costarricenses de la verdadera situación tanto a nivel social como familiar y a nivel de pareja, siendo la señora Elizondo la persona que no encajó en la organización familiar-social de el petente, además de que viene en el idioma oficial de Italia, con su traducción y la autenticación correspondiente, constituyendo plena prueba para la resolución del asunto. En punto a la afirmación de la señora Elizondo cuando invoca el párrafo sexto de la investigación social aportada por el petente, de que el niño no va a ser cuidado por su padre ni por su madre, por permanecer ésta en Costa Rica, llama la atención a esta Integración que como es usual en conflictos de adultos-progenitores, sí acepta la investigación social, para que se le aplique la excepción que regula el artículo 13 inciso b del Convenio. No es de recibo tampoco que debe darse una integración de normas en función del interés superior del niño, pues la señora Elizondo confunde los atributos de guarda, crianza y educación, con la sustracción civil de su menor hijo del domicilio común: se está aplicando una normativa internacional específica, no la normativa sobre la guarda, crianza y educación de los hijos que se regula en nuestra legislación familiar ni tampoco se está frente a ninguno de los artículos que implora el Convenio que se aplica en este asunto, sobre las excepciones para que no opere la restitución del niño a su domicilio habitual.-

c- En cuanto a la violación de la Constitución Política en sus artículos 51, 55 y 32, y su alegato de que el Pani se “ volcó “ a favor del padre, no es de recibo. En Costa Rica, según la jerarquía de las leyes que regula el artículo 7 de la Constitución Política, los convenios y tratados internacionales se ubican inmediatamente después de la Constitución conforme se concluye de una lectura del artículo transcrito supra, de manera que el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores se encuentra por debajo de la Constitución y por encima de la Ley común. En este Convenio, los países que lo suscriben, en este caso, Italia y Costa Rica, han dispuesto cuál es la autoridad central que se encarga del trámite de la solicitud del progenitor que invoca su aplicación, en el artículo 6 de la Convención regula: “ Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio. Los Estados Federales, los Estados en que estén vigentes más de un sistema de derecho o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más de una Autoridad central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades. El Estado que haga

uso de esta facultad, designara la Autoridad central a que que puedan dirigirse las solicitudes con el fin de que las transmita a la Autoridad central de dicho estado.”

En nuestro caso, por ser el Patronato Nacional de la Infancia, el órgano constitucional que se encarga de la madre y de la niñez, y especificar su Ley Orgánica en el artículo 11 inciso i, que una de sus atribuciones es “ Crear las oficinas y servicios requeridos para la consecución de sus fines.”, por ende, es la institución llamada a ser la autoridad central, en este caso, pero bien pudo ser un órgano creado para tal fin, pero, se repite, por la función que le otorgó el legislador constituyente a esta institución y tratarse el convenio sobre la sustracción de un niño, por parte de uno de sus progenitores, es el encargado de conocer el asunto, siendo el niño xxxx la persona cuya sustracción es tramitada por nuestra autoridad central, no hay vicio alguno por parte de la actuación del Patronato Nacional de la Infancia, el que se ha limitado a cumplir con la misión que el ordenamiento jurídico le ha encomendado: no está a favor del padre ni en contra de la madre, como ésta lo alega, sino que está cumpliendo su papel protagónico que la Constitución Política y el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, le imponen, de ahí que este agravio tampoco es de recibo.

En este extremo es importante aclararle a la recurrente que al ser Italia y Costa Rica , Estados signatarios de la Convención, sus autoridades centrales están obligadas a cooperar entre sí, con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos del convenio , la intervención de las Autoridades Centrales es exigida cuando ha sido solicitada así, bien por el solicitante ( en este caso, el padre ) de manera que la Autoridad central ante la que se haya presentado la solicitud de restitución deberá transmitir la demanda a la Autoridad central del Estado en el que se suponga que se encuentra el niño, las circunstancias de cada concreto sosn las que determinarán los trámites a cumplir por parte de las Autoridades centrales. ( Informe explicativo de Doña Eliza Pérez-Vera ), y en términos generales.- d- Por las razones de la jerarquía de las normas explicadas supra, no se violenta tampoco el artículo 32 de la Constitución Política, pues se está ante un Convenio Internacional, suscrito por los países involucrados, siendo Italia quien gestiona la restitución por solicitud expresa de su padre, ante nuestro país, también signatario del instrumento internacional.

e- El alegato de que se está decidiendo de antemano sobre la guarda, crianza y educación, es necesario referirse que a que el Convenio en su artículo primero, que establece su finalidad, pero ello no significa que se está resolviendo el problema de la atribución del derecho de custodia: el principio no explícito sobre el que descansa el Convenio es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir, el derecho de custodia impugnado, si se produce, como ocurre en este caso, deberá iniciarse

ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, sea en Italia, tanto si éste ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la custodia, situación en la que el derecho de custodia violado se ejercía ex-lege, como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo una resolución preexistente. Al respecto, el numeral 16 del convenio, regula: “ Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que se haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio...”

Así, puede concluirse, sin menor duda, que la apelante debió haber promovido en Italia, la guarda, crianza y educación, no aquí, pues se comprobó la ilicitud de su traslado a nuestro país, en forma lamentable, pues no puede ignorar quien redacta, los sentimientos generados por la situación, pero a la que, debe aplicarse la normativa internacional, que comprobó que sí hubo ilicitud en el traslado del menor, que no hay riesgo en su lugar de residencia ni se solicitó su restitución después de un año, conforme lo regula el artículo 12 en concordancia con el 13 del Convenio. Por ende, no hay excepción de litis pendencia alguna que resolver, pues además de lo anteriormente explicado, no concurren los presupuestos de la excepción: no hay identidad de elementos, conexión y competencia y trámite común para esta solicitud de restitución y el proceso de divorcio y subsidiario de separación judicial y guarda , crianza y educación promovidos por la señora Elizondo. En punto al traductor, es un punto precluido, que no le causó perjuicio alguno a ella, pues no fue atacado por el interesado: el señor Salvatore Leone.-

V- Consta en los autos, que el niño xxxx , antes de julio del dos mil siete, tenía como domicilio habitual, el de sus padres, en Perugia Italia, lugar donde nació. En dicha data, la familia Leone Elizondo decide trasladarse a vacacionar a nuestro país, de donde es oriunda la madre, y quien, decidió unilateralmente permanecer aquí, pese a lo pactado con su esposo, a partir del tres de setiembre del dos mil siete. Ya su esposo había regresado a Italia el veintidós de agosto, debiendo ella regresar también, el tres de setiembre, lo cual no hizo, en contra de la voluntad del cónyuge y padre del hijo común. El padre acude prácticamente de inmediato a la Autoridad Central de Italia a solicitar la devolución de su hijo, iniciándose el intercambio de información entre la Autoridad central italiana, y la nuestra, recaída en el Patronato Nacional de la Infancia, como se explicó supra. No se llegó a un acuerdo en sede administrativa, razón por la que, nuestra Autoridad central, entonces, dicta la resolución

administrativa ordenando iniciar el proceso de restitución en sede judicial. Con base en ello, se constata cuáles eran las condiciones de vida del menor, en nuestro país y en Italia. Cabe recalcar, como lo regula el ordinal 1 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que la custodia no es cuestionable en este tipo de asuntos, sino, la ubicación del menor, previa calificación de si existe o no riesgo en el lugar de residencia habitual, si la solicitud de restitución se hace o no dentro del término de excepción, que ese regula en el artículo 13. En este caso, consta que de inmediato a la negativa de su esposa a retornar al domicilio conyugal con el hijo común, cual era Perugia, en Italia, el padre acudió a su Autoridad Central, razón por la que se cumple con los presupuestos para ordenar la restitución inmediata de la persona menor de edad, a su residencia habitual, que es el derecho de los menores a no separarse de su entorno familiar. El Convenio regula en el ordinal señalado que se demuestre que el retorno no ocurra cuando sea contrario a los intereses del menor: se comprobó en los autos, que no hay riesgo alguno en el lugar habitual de residencia del menor antes de su sustracción ni en la familia paterna, se aportaron informes psicosociales, debidamente traducidos conforme lo regula el Código Procesal Civil para los documentos extranjeros ( artículo 374 del Código Procesal Civil). En consecuencia, procede confirmar la sentencia que se impugna, en lo que es objeto del recurso de alzada, pues fue resuelta sin especial condenatoria en costas, y ello beneficia a la recurrente.

### **POR TANTO**

En lo apelado, se confirma la resolución venida en alzada.-

NYDIA SÁNCHEZ BOSCHINI RANDALL ESQUIVEL QUIRÓS  
CARLOS LEANDRO SOLANO





