

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ¿PROCESO URGENTE? DEBIDO PROCESO*

INTERNATIONAL RETURN OF CHILDREN: URGENT PROCESS? DUE PROCESS

Recibido el 28 de mayo de 2011
Aprobado el 14 de julio de 2011

*Andrea Mariel Brunetti***

RESUMEN

Ante la problemática que se suscita en virtud de los conflictos de restitución internacional de niños por sustracción o retención ilícita parental, es sumamente necesario e ineludible adoptar por parte de los Estados, procedimientos judiciales prestos y expeditivos, a los efectos de lograr el cumplimiento cierto de la garantía de restitución que consagran los Convenios Internacionales suscriptos con miras a la protección internacional de los niños, niñas y adolescentes. Sin la debida celeridad, atributo determinante de la validez operativa de los tratados, se frustra el objetivo inmediato de los mismos, causándose graves e irreparables perjuicios a los más vulnerables. Precisamente, es a través del debido proceso judicial que se logra la concreción de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva en tiempo razonable, respetándose la defensa en juicio y el derecho del niño de ser

* Ponencia presentada y aprobada para participar en el I Congreso Internacional de Derecho Procesal organizado por la Corporación Universitaria Remington a realizarse en abril del año 2012.

** Jueza del Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia N° 7 de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina. Miembro suplente de la Red Nacional de Jueces Expertos en Restitución Internacional de Menores de la Conferencia de La Haya, designada por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana.

PALABRAS CLAVE

Restitución internacional, proceso urgente, debido proceso, defensa en juicio, derechos de los niños niñas y adolescentes a ser oídos, interés superior, tutela judicial efectiva, derechos humanos.

ABSTRACT

Facing the problematic situation that arise because of conflict in international restitution of children by illegal removal or parental retention, it is extremely necessary and unavoidable for States to adopt Judicial rapid and expeditious procedures, in order to achieve the implementation of the guarantee of restitution which set out the international agreements in order to international protection of children and adolescents. Without proper speed, an attribute that determines the operational validity of treaties, the immediate objective is frustrated, inflicting very serious and irreparable harm to the most vulnerable population. It is precisely through the due judicial process that is achieved the realization of the constitutional guarantee of effective judicial protection and reasonable time, respecting the defense in judgment and the child's right to be heard, basis of human rights and expression of respect for human dignity.

KEY WORDS

International return, urgent process, due process, legal defense, rights of children and adolescents to be heard, interests, effective judicial protection, human rights

INTRODUCCIÓN

En la actualidad se presentan, y cada vez más con mayor frecuencia, conflictos de restitución internacional de menores debido al aumento de matrimonios y uniones entre personas de distintas nacionalidades producto de los variados y permanentes movimientos migratorios en el mundo globalizado de hoy. En consecuencia, ante la crisis familiar, se genera una de las principales disputas en cuanto a la residencia efectiva de los hijos, convirtiéndose estos en muchos casos, en el “botín de guerra internacional de sus progenitores” (Famá, 2009) al ser sustraídos de su centro de vida o retenidos ilícitamente en lugar distinto al de su residencia habitual.

Tal problemática, que causa graves e irreparables perjuicios a los más vulnerables de la relación - los niños-, constituye una primordial preocupación de los Estados. Motivo por el cual se han diseñado mecanismos de restitución con miras a la protección internacional de los niños, a través de Tratados Internacionales como son el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores (La Haya, 25 de octubre de 1980), y el Convenio Interamericano Sobre Restitución Internacional de Menores (Montevideo, 15 de julio de 1989) que se complementan con una serie de convenios internacionales en cuanto a medidas de protección, procedimientos, competencia y ley aplicable¹. Igualmente existen modelos recomendados por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Red de Jueces expertos de La Haya, en cuanto a guías de buenas prácticas, comunicaciones, conclusiones y variados documentos explicativos para su puesta en marcha y, fundamentalmente, la Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, desarrollado por el grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, y presentada en la segunda reunión de expertos gubernamentales “Programa interamericano de coope-

¹ Véase el Documento Preliminar. No 4 de mayo de 2011 - Proyecto revisado de Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Disponible en <http://www.hech.net/upload/wop/abduct2011pd04s.pdf>

ración para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes por uno de sus padres”, Buenos Aires, Argentina, 19 - 21 de septiembre de 2007.²

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989), estatuye un principio fundamental a los fines de la interpretación del Convenio de La Haya, como es la supremacía del interés superior del niño y a la vez dispone específicamente en su normativa, que los Estados Parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero como lo señala la Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 11.1.

De este modo, la finalidad sustancial prevista por los tratados internacionales, se traduce en proteger a los niños a nivel internacional frente a los perjuicios que podría ocasionarles un traslado o una retención ilícita, a través de procedimientos que procuren su inmediata restitución al Estado en el que se halla verdaderamente su centro de vida. De esta forma se evita el arraigo del niño en un nuevo centro de vida mediante vías de hecho, restableciendo el *status quo* anterior al traslado ilícito. Todo ello en función de su mejor interés, como también para velar porque los derechos de custodia y de visitas vigentes en un Estado se respeten en otro.

Se ha demostrado en variados estudios de campo, que la extensa duración en el tiempo en estos casos, incide en forma negativa sobre la dimensión física y psíquica de las personas involucradas, principalmente el niño, pero también el progenitor no sustractor, lo que ha llevado a calificar a la sustracción parental como “abuso”, encuadrándose además como uno de los tipos de violencia familiar.(Herz, 2007)³

Cierto es que, para el efectivo cumplimiento de la garantía de restitución descripta, se requiere la mayor celeridad en la resolución de

² Consúltense todos los textos existentes en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21 y <http://www.incadat.com/>

³ La autora hace referencia al estudio de FREEMAN, M., International Child Abduction: the effects, Reunite Research Unit, may 2006, www.reunite.org. También véase: HERZ, Mariana. Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores, en E. D. del 14-11-2006, N° 11.635, p. 1.

las solicitudes de restitución internacional, pues sin la debida urgencia en su disposición, se enervan los postulados consagrados en los convenios internacionales en miras a ello. Por tanto es tarea ineludible de los Estados, la de instruir procedimientos judiciales rápidos y expeditivos a fin de evitar los efectos no deseados que habitualmente se producen en estos casos, como es la dilación en el tiempo y el consecuente arraigo del niño por vías de hecho, teniéndose en cuenta además que, a posteriori, indefectiblemente acaecerá un nuevo desarraigo.

Al mismo tiempo, convencidos que es mediante el debido proceso judicial que se logra la concreción de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y en tiempo razonable, es que se propone que dichos procedimientos, amén de la urgencia, aseguren indefectiblemente las garantías de defensa en juicio y el derecho del niño de ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana.

A tal fin se sugiere la adopción de los preceptos establecidos en el Proyecto de Ley Modelo⁴ que refiriéramos anteriormente y en las Guías de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980⁵ que recomiendan mecanismos aptos y recursivos en pro de la premura ineluctable que constituye, además, el atributo determinante de la validez operativa de los tratados, sin la cual se frustra el objetivo inmediato de los mismos, causando graves e irreparables perjuicios, precisamente, a los sujetos más vulnerables como son los niños cuya protección se exige en virtud del mandato constitucional, convencional y en su interés superior.

Se advierte nuevamente, sobre la necesaria adecuación del Derecho a las exigencias del nuevo paradigma de la humanización del Derecho y que el Juez cuente con las herramientas apropiadas para lograr el fin de su cometido, para así hacer justicia como garante de la tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos. Ello siempre, sin descuidar el contradictorio, el debate y el derecho de audiencia que también protege y garantiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

⁴ Disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info06s.doc>

⁵ Pueden consultarse en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&id=9&lng=3>

Una vez más se afirma, que en el estricto campo del Derecho de Familia, las delicadas cuestiones que allí se albergan requieren de un justo equilibrio entre lo urgente, la eficacia y la garantía del debido proceso y de defensa en juicio, fundamentalmente el amparo de los derechos de los niños y en función del principio superior de su mejor interés. Creemos entonces que la verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial.

1. FUENTES CONVENCIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Las fuentes convencionales de Derecho Internacional Privado ratificadas por la Argentina respecto, en específico, de la Restitución Internacional de Niños, son la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ratificado el 20 de marzo de 1991, aprobado por Ley 23.857 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, firmada en Montevideo en 1989, aprobada por Ley 25.358 (CIDIP IV) que por ser posterior a aquella toma sus postulados de manera semejante. Además existe un convenio bilateral con la hermana República Oriental del Uruguay sobre Protección Internacional de Menores, aprobado por Ley 22.546 que lo comprende.

Al mismo tiempo, debe tenerse especialmente en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por Ley 23.849 e incorporada con jerarquía constitucional a partir del año 1994 (art. 75 inc. 22 CN), que establece los principios que rigen e integran el marco normativo aplicable, prisma bajo el cual debe analizarse todo caso en que se hallen comprometidos los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes. Así dispone el artículo 3. 1. Que:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Efectivamente, dichos tratados reconocen el interés superior del niño al establecer un mecanismo de pronta restitución al Estado de

su residencia habitual, (garantía de restitución), aun cuando se prevén excepciones. Lo que se procura es el restablecimiento de la situación existente con anterioridad a la sustracción o retención indebida. Al mismo tiempo se evita la posibilidad de elegir la jurisdicción de su conveniencia al progenitor sustractor (*forum shopping*), estableciendo como punto de conexión, a los fines de determinar la jurisdicción internacional para resolver las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental, la residencia habitual del niño, es decir, aquella que existía previo a su traslado o retención ilícita.

Principalmente dispone tal convención en su artículo 11 el deber de los Estados de celebrar acuerdos bilaterales y multilaterales que, para garantizar las relaciones parentales frente al riesgo de traslados y retenciones indebidas, deben asegurar la cooperación entre autoridades, en concordancia con la norma de protección internacional del artículo 35 de su mismo articulado. Y en el artículo 3, sienta el principio fundamental y superior del mejor interés del niño.

Estos tratados multilaterales de restitución internacional tienen como finalidad específica proteger a los niños de los efectos dañinos de la sustracción y retención de las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para llevar a cabo rápidamente su regreso. Así se asegura la pronta restitución del niño al país de su residencia habitual donde transcurre su centro de vida, como también, hacer efectivo el derecho de visita o de custodia parental y ser respetado tanto en un Estado como en otro (artículo 1 del Convenio de La Haya; artículo 1 CIDIP).

Para ello, los Estados parte se han comprometido internacionalmente a adoptar todas las medidas necesarias, ya sea de carácter nacional, bilateral como multilateral, a fin de cumplir su cometido. Por lo cual la cooperación interestatal es tarea fundamental para la operatividad de los tratados.

Así, en lo que respecta al Convenio de La Haya, ya son ochenta y uno los Estados contratantes y a su turno, son setenta y dos los miembros actuales de la Conferencia: Estados Miembros, setenta y uno y una Organización Regional de Integración Económica (Estados miembros no es lo mismo que Estados contratantes). En total, cuenta con ochenta y un Estados contratantes que se extienden más allá de Europa y llegan a África, Norteamérica, Sudamérica y Asia. Sin

embargo, si bien es extensa la red global de protección de menores sustraídos o retenidos ilícitamente, sigue estando incompleta.⁶

En este punto, es preciso destacar que Colombia no es Estado miembro de la Conferencia de La Haya, pero sí Estado contratante de algunos convenios. a ratificado y adherido al Convenio de La Haya de 1980 (Ley 173 de 1994) particularmente, entre otros.⁷

Cabe señalar, que dentro de este marco operatorio se han desarrollado todo tipo de iniciativas, dictado nuevos convenios, documen-

⁶ Argentina es Estado miembro de la Conferencia de La Haya y ha ratificado los siguientes convenios: Convenio de 1 de marzo de 1954 sobre el Procedimiento Civil, Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Convenio de 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Y firmado: Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte.

Para un listado completo de los Convenios suscriptos a nivel mundial en el marco de la Conferencia de La Haya consúltese: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.listing

⁷ Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Asimismo el **Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 del año 2006** dispone en su art. 112 **“RESTITUCION INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS O LOS ADOLESCENTES.** Los niños, las niñas o los adolescentes indebidamente retenidos por uno de sus padres, o por personas encargadas de su cuidado o por cualquier otro organismo en el exterior o en Colombia, serán protegidos por el Estado colombiano contra todo traslado ilícito u obstáculo indebido para regresar al país. Para tales efectos se dará aplicación a la Ley 173 de 1994 aprobatoria del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, a la Ley 620 de 2000 aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989, y a las demás normas que regulen la materia. Para los efectos de este artículo actuará como autoridad central el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. La Autoridad Central por intermedio del Defensor de familia adelantará las actuaciones tendientes a la restitución voluntaria del niño, niña o adolescente y decretará las medidas de restablecimiento de derechos a que haya lugar”.

tos, conclusiones y recomendaciones. Así se ha elaborado el proyecto de Ley Modelo de Procedimiento y las guías de buenas prácticas tanto para prevención como para aplicación y ejecución, ya señaladas anteriormente.⁸

Por su parte, en lo que respecta al ámbito americano, existen una serie de instrumentos globales y regionales relativos a la cuestión de la sustracción internacional de niños aplicables en este continente.

Precisamente, dentro del ámbito de actividades de la propia Conferencia de La Haya se encuentra la sección de Sustracción Interamericana de Menores que tiene el propósito de monitorear el desarrollo regional de la jurisprudencia relativa a la Convención Interamericana y asimismo, brindar acceso a la doctrina en español y a documentos de referencia clave relativos a la sustracción internacional de menores en el Continente Americano.⁹

Así se informa que más de la mitad de los treinta y cinco 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 Convención Interamericana, entre los cuales se halla también Colombia (Ley 620 del año 2000).

En el caso de concurrencia convencional, esto es, cuando los países involucrados han ratificado ambos Convenios, el Artículo 34 de la Convención Interamericana le otorga prioridad a la Convención Interamericana respecto del Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores, salvo acuerdo en otro sentido entre los Estados involucrados a través de la respectiva reserva que habilita dicha norma, como es el caso de Venezuela. No obstante ello, en la práctica se dan algunas excepciones, como es el caso de Brasil y Perú, que continúan aplicando el Convenio de La Haya debido a que no han designado aún Autoridad central para la Convención Interamericana.¹⁰

⁸ Véase http://www.hcch.net/index_es.php y la base de datos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: <http://www.incadat.com/>

⁹ Véase <http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&id=4&lng=3>

¹⁰ El art. 34 de la CIDIP IV dispone que entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueron parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25-10-80 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención (2ª Parte). Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Conven-

Por otra parte, en su caso, se aplica también la cláusula del convenio más favorable a la consecución de los fines de la CIDIP IV, cuando se superponen sus normas con textos convencionales anteriores o posteriores.

Para los supuestos en que alguno de los Estados involucrados no sea parte del Convenio de La Haya, se previene que en caso de que los menores sustraídos no tengan residencia habitual en un Estado parte del Convenio o sean ilícitamente sustraídos hacia Estados que se encuentran fuera del ámbito del Convenio o retenidos en ellos, las respuestas legales serán según la jurisdicción que entienda en el caso.

En este sentido, informa la Oficina Permanente que se han celebrado acuerdos regionales y bilaterales que ofrecen recursos generales y, en ciertas circunstancias, muy específicos luego de la sustracción de un niño. En algunos Estados ha habido una evolución de una respuesta de *common law* altamente desarrollada a los casos de sustracción de menores fuera del ámbito del Convenio de La Haya. Asimismo, se han celebrado reuniones de jueces y encargados de diseñar políticas públicas, tanto a nivel regional como bilateral, que han redundado en declaraciones de buenas prácticas y memorandos de entendimiento con respecto al tratamiento de casos de sustracción de menores fuera del ámbito del Convenio de La Haya.¹¹

Es importante resaltar, que en el marco de la Conferencia de la Haya en pos de la colaboración interestatal y la labor continua que implica el Convenio de la Haya de 1980, así como la protección de los menores y su interés superior en función de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados han suscripto además, el 19 de octubre de 1996, la “Convención sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Aplicación y Cooperación con respecto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la Protección de Menores” cuya entrada en vigor data del 1 de enero de 2002 y que no ha sido ratificado ni por

ción de La Haya del 25-10-80. El art. 35 dispone que la CIDIP IV no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia

¹¹ Disponible en <http://www.incdat.com/index.cfm?act=text.text&id=5&lng=3>

Argentina ni por Colombia.¹² Textualmente expresa que la Convención del 5 de octubre de 1961 sobre las facultades de las autoridades y la ley aplicable respecto de la protección de menores, necesita ser revisada. Consagra el deseo, también, de establecer disposiciones comunes para el efecto, tomando en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Menor del 20 noviembre de 1989.

Otra fuente convencional, aunque no ratificada ni por Argentina ni Colombia, de fundamental importancia por el combate al secuestro internacional de niños (*legal kidnapping*) a nivel mundial, es el Convenio Europeo de Luxemburgo del 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia.

Es importante resaltar, que a los efectos de la interpretación del Convenio de La Haya en cuanto a su finalidad, objetivos, contenido, procedimiento, etc. resulta sumamente conveniente y provechoso, consultar el informe explicativo realizado por la Dra. Elisa Pérez Vera.¹³

2. FUNCIONAMIENTO DE LOS CONVENIOS SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS: CUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA DE RESTITUCIÓN

El artículo 1º, inciso a del Convenio de La Haya y del mismo modo el artículo 1º de la Convención Interamericana (CIDIP IV) garantizan la “**restitución inmediata**” de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.¹⁴ Asimismo

¹² Para consultar sobre el estado actual del Convenio véase: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=70 Para información respecto de Colombia, puede consultarse a través de la página del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar donde se puede encontrar el Manual para la ejecución de tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia y el manejo de los trámites consulares para la restitución internacional de derechos de la niñez. https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/pdf/manual_para_la_ejecucionytratados_sep172009.pdf

¹³ <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>

¹⁴ Ambos convenios regulan cuestiones atinentes a los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños siendo su objetivo asegurar el cumplimiento de la garantía de restitución inmediata y no sancionar al sustractor, la materia penal es ajena. En Argentina: Ley 24.270 Delito de Impedimento de Contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente.

aseguran que el ejercicio del derecho de custodia y visitas vigente en un Estado sea respetado por otro.

La finalidad de los convenios es clara: **restituir** a su residencia habitual en forma **urgente** a los niños trasladados o retenidos ilícitamente en un Estado extranjero. Para que una vez restituidos, el juez competente del Estado de su residencia habitual sea el que entienda de la cuestión de fondo, esto es, la tenencia.

Ambas convenciones califican autónomamente de manera análoga la sustracción internacional de niños:

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 derecho 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 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. (Art. 3 CLH).

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 4 CIDIP IV).

Por lo cual, ambos convenios precisan cuándo habrá sustracción internacional de niños, extrayendo los siguientes elementos: 1) que el niño (*menor de 16 años*) haya sido trasladado o retenido en el extranjero ilícitamente; 2) la ilicitud está dada por la violación al derecho de custodia de una persona o institución; 3) el derecho de custodia violado se considerará conforme al derecho vigente en el Estado de la residencia habitual del niño; 4) punto de conexión: la residencia habitual del niño, esto es, la inmediatamente anterior al hecho de sustracción.

La ilicitud del traslado o de la retención constituye el elemento objetivo básico y será entonces analizada conforme el derecho de custodia respectivo.

3. DERECHO DE CUSTODIA

En virtud de las calificaciones autónomas de las convenciones, ambas determinan lo que se entiende como derecho de custodia y derecho de visitas (artículo 5 CLH y artículo 3 CIDIP IV).¹⁵

El derecho de custodia significa puntualmente el derecho al cuidado de la persona del niño y especialmente el derecho a decidir sobre su lugar de residencia (Raya de Vera, 2009, p.10). Los problemas que se presentan en su análisis se vinculan particularmente a los supuestos de responsabilidad parental compartida. Al mismo tiempo, se dificulta delimitar el derecho de custodia del de visitas respecto del progenitor no conviviente, puesto que debe asegurarse además el derecho de contacto con ambos progenitores.

Se ha entendido tanto en doctrina como en jurisprudencia que el progenitor que detenta la guarda material del niño no tiene una custodia exclusiva, por tanto cualquier decisión de traslado o retención en un Estado extranjero por decisión unilateral de este resultaría ilegal.¹⁶

Cabe referir en este punto la distinción que señala Famá (2009) en cuanto a tenencia material y tenencia legal o en sentido amplio.

¹⁵ Respecto del término “custodia”, resulta más ajustado referirse a “cuidado” de los hijos, en consonancia con la filosofía de la Convención sobre los Derechos de los Niños. Cf. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa. Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley 26.061: comentada, anotada y concordada. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 144-145.

¹⁶ “Existen sin embargo antecedentes resueltos en sentido opuesto, atendiendo a que el derecho de veto a la expatriación del niño no puede considerarse como una desmembración del derecho de custodia, que se sitúa en cabeza del progenitor conviviente, razón por la cual, aun sin contar con la autorización del padre no conviviente ni venia judicial sustitutiva, se considera que no se configura sustracción por no haber violación al derecho de custodia. Entre ellos sobresalen algunos fallos de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, del 2º y 5º Circuito que profundizan lo decidido en el caso “Croll vs. Croll” [18], en los asuntos “Villegas Duran vs. Arribada Beaumont” [19] y “Abbot vs. Abbot” [20], pendiente de una decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos que deberá fijar el alcance del “derecho de custodia” en el CLH80. Estas decisiones han sido fuertemente criticadas porque omiten toda referencia a la definición que las convenciones proveen y recurren a otros elementos para determinar el contenido del derecho de custodia (extralegales, tales como diccionarios de la lengua o legales, específicamente la *lex fori*”). HERZ, Mariana. El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de sustracción parental internacional. RDP 2010 – I. Santa. Fe: Rubinzal Culzoni. p. 197.

La primera se tipifica cuando un progenitor convive con su hijo, y la segunda, implica posesión de los atributos emergentes del ejercicio de la responsabilidad parental. Es esta última, la compatible para el caso de tenencia compartida, no obstante la guarda se encuentre en cabeza de un solo padre (tenencia material o ficta). Y en estos casos se entiende que toda decisión respecto a fijar la residencia del menor en un país determinado, exige consentimiento de ambos progenitores.

En ambos convenios, el punto de conexión “residencia habitual” atribuido en la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, determina el derecho aplicable a su tipo legal -sustracción internacional- (Golschmidt, 1987, p. 251 y ss.) Y esto nos conduce necesariamente a establecer qué se entiende por este punto de conexión del derecho aplicable, lo que constituye esencialmente el nudo de la cuestión (Soto, 2009, p. 261 y ss. 274 y ss.).

La residencia habitual se presenta, más que como un concepto jurídico como una noción de hecho con contenido de tipo sociológico (Quiani et al., 2009) y totalmente distinto al concepto de domicilio. Es un concepto flexible (Goicoechea, p. 65) descrito en doctrina y jurisprudencia como centro de vida del niño, lugar donde este desarrolla sus actividades por ser el centro de sus afectos y vivencias (Weinberg de Roca, 1997, p. 499). La determinación depende del juez al evaluar las circunstancias de cada caso en particular y los diversos factores tales como permanencia estable en un lugar por un período de tiempo variable, edad del niño, las condiciones que lo abarcan, acciones de los padres, etc.¹⁷

¹⁷ Véase: JÁUREGUI, Rodolfo G. Un caso de restitución internacional de niños que invita a reflexionar. L.L., 02/08/2010, DJ04/08/2010, 2070 - DFyP 2010 (agosto), 76. MASSANO, Alejandra y ROVEDA, Eduardo G. Un nuevo caso de sustracción internacional de niños, LA LEY, 07/11/2011, 7. ORTEMBERG, Osvaldo Daniel. Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctimas de sustracción ilegal. LLGran Cuyo2006 (abril), 359. SOLARI, Néstor E. Sustracción Internacional de menores. El “centro de la vida del menor” en el contexto del Convenio de La Haya, LL. 2006-793. Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, LA LEY2006-C, 271. SAMBRIZZI, Eduardo A., Un nuevo caso en el que la Corte Suprema de Justicia aplicó el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, Sup. Const. 2011 (septiembre), 27/09/2011, 20 - LA LEY2011-E, 394. FAMÁ, M. Victoria, op. cit. RAYA de VERA, Eloísa B. El Factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores, L.L. 2011-C, 412. SCOTTI, Luciana B. La garantía de debido proceso en un caso de restitución internacio-

A mayor abundamiento, el Convenio sobre protección internacional de menores suscrito con la República Oriental del Uruguay en 1981, establece en su artículo 3 que se entiende por residencia habitual del menor el lugar donde tiene su centro de vida. Por su parte, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, N° 26.061, artículo 3 inciso f, define al centro de vida como el lugar donde los niños transcurren en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, aclarando su decreto reglamentario N° 415/06, que el concepto de centro de vida se interpretará armónicamente con la definición de residencia habitual de los tratados internacionales ratificados por Argentina en esta materia.

Determinado entonces el caso de sustracción internacional conforme a los requisitos analizados, corresponde la restitución, salvo la existencia razonada de las excepciones que taxativamente establecen ambos convenios (artículo 13 CLH; artículo 11 CIDIP IV). Excepciones que deberán ser interpretadas de manera restrictiva conforme a una asentada y variada jurisprudencia al respecto. Diferimos su tratamiento para otra oportunidad para no exceder el objeto de la presente ponencia. Solamente referiremos que se trata de los supuestos de: falta de efectividad en el derecho de custodia; riesgo grave de peligro físico o psíquico del niño al ser restituido; oposición del niño conforme su edad y madurez, esto último se vincula con su derecho a ser oído en el proceso que desarrollaremos brevemente más adelante, y cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

nal de menores, LL. 2010-D , 567. “Una acertada decisión en un caso de restitución internacional de menores”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, año 1 n° 3, nov 2009, p. 65. HERZ, Mariana, Sustracción Internacional de niñas, niños y adolescentes, RDF 2012- I. CSJN, “W., E. M. c/ O., M. G.” 14/06/1995, L.L. 1996 - A- 260. CSJN, “S. A. G.”, 20/12/2005, L.L. 2006-C, 272. TCF Nro. 3 de Rosario, 23/02/2009, “G. M. M. c. M., M.O. s/restitución urgente de menores”, LLLitoral 2009 (junio), 585. CSJN, 21/12/2010, “R., M. A. c. F., M. B.”, L.L. 2011-C , 412. CSJN, 28/06/2011, “D. F., R. c. G., M. S. s/restitución de hijo” DJ14/09/2011, 43. CSJN, 16/08/2011, “V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia extranjera”, L. L. 2011-E , 35. CSJN, 08/11/2011, “F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegro de hijo”, L.L., 07/12/2011, 11 - DJ25/01/2012, 17. CSJN, 22/11/2011, “W., D. c. S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor”, LA LEY 07/12/2011, 7. CSJ, 19/05/2010, “B., S. M. c. P., V. A.”, L.L. 2010-C, 633. Entre otros.

4. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Este es el principio rector en todas las medidas que deban afrontarse respecto a niñas, niños o adolescentes. Igualmente, respecto de instituciones públicas o privadas de bienestar social, de los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (artículo 3.1. CDN), entendido como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y garantías (artículo 3 Ley 26.061 Argentina y artículo 6 y 8 Código de la Infancia y Adolescencia Ley 1098 Colombia).

A su turno, las excepciones enumeradas deberán ser consideradas por el Juez de Familia (en Argentina como en Colombia) a la luz del interés superior del niño en concordancia con los preceptos establecidos en la Convención sobre los Derechos del menor (1989)¹⁸. Justamente se trata de armonizar los postulados de los tratados internacionales en materia de sustracción internacional de menores con la referida convención de jerarquía constitucional en nuestro país (artículo 75, inciso 22). Así se ha afirmado en reiterada doctrina y jurisprudencia (Famá, 2009).

En este aspecto es concluyente lo expresado en el Informe Pérez-Vera, cuando reza:

Por tanto es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio —uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual— responden en

¹⁸ Conforme a ALEXY, el rasgo crucial para diferenciar reglas y principios se halla en que estos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. En este sentido, los principios son “mandatos de optimización”, que pueden ser cumplidos en diferente grado y conforme las posibilidades fácticas y jurídicas (principios y reglas opuestos). En cambio, las reglas, son “mandatos definitivos” o concluyentes, normas que pueden ser cumplidas o no, la distinción se funda en que la regla es válida y por tanto debe ser cumplida, o no válida. Los principios siempre son válidos. En definitiva la diferencia entre reglas y principios es cualitativa. Véase: ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 607. Por su parte Dworkin (quien parte de Hart pero critica su positivismo como muy estrecho), señala que el ordenamiento jurídico está integrado también por principios cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su *pedigree*), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Véase: DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1995.

su conjunto a una concepción determinada del interés superior del menor.

No obstante, incluso desde la óptica elegida, era preciso admitir que el traslado de un niño puede a veces estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le es más próximo. Por ello, el Convenio reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son más que manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia. (punto N° 25).

Por tanto, se entiende que las convenciones sobre restitución internacional de niños, preservan el principio de su interés superior mediante la previsión de los mecanismos que aseguren la pronta restitución, impidiendo, así, toda vía de hecho pues tales convenciones presumen que el bienestar del niño se logra restableciendo la situación a su estado anterior a la sustracción o retención ilícita.¹⁹

Al mismo tiempo, la restitución podrá denegarse bajo el mismo principio, esto es, cuando resulte contraria al interés superior del niño.²⁰

Las disposiciones previstas guardan directa armonía con la nueva concepción de los derechos humanos. La “humanización” del derecho, que se construye sobre el pilar de principios rectores que lo fundan e interpretan. Dicha concepción sitúa a la persona como sujeto de derechos (principio *pro homine*) (Bidart Campos, 2000) impactando en todo el sistema jurídico. Por ende, los jueces, para asegurar la

¹⁹ CSJN, “W., E. M. c/ O., M. G.”: “...Que, precisamente, la Convención de La Haya preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho”; “R., M. A. c/ F., M. B.” op. cit. Véase además: Najurieta, María Susana. La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño. JA 2006-I-43.

²⁰ En este punto se recomienda consultar: GROSSMAN, Cecilia P. El interés superior del niño en los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad. Buenos Aires: Universidad, 1998. BIOCCA, Stella Maris. Interés superior del niño. RDF N° 30, , Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005, p. 24. GARRIDO ÁLVAREZ, Ricardo. Derecho a un juzgamiento especializado de niños, niñas y adolescentes y Teoría general del proceso, inédito. Como así también una excelente herramienta de interpretación, en otro campo, pero siempre en el ámbito de protección de los niños, como son las Directrices de la ACNUR para determinar el interés superior del niño: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7126>

democracia, deben aplicar la ley conforme a estos principios fundamentales, universales e inalienables.²¹ Es el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho²² al que no es ajeno el Derecho de Familia.²³

Sabido es que en este contexto, variadas decisiones judiciales son justificadas directamente desde principios constitucionales y su determinación, junto con los alcances y condiciones de aplicación, es tarea exclusiva de los jueces ante cada caso concreto. (Chaumet & Meroi, 2008)

En este aspecto, citando a Ciuro Caldani, en el complejo del funcionamiento de la norma ninguna tarea se desenvuelve de manera aislada. Se da lo que él llama una “dialéctica de complementariedad” y enseña:

El reconocimiento se nutre en especial de la interpretación y de la aplicación; la aplicación, se alimenta de manera destacada de la interpretación y del reconocimiento; la interpretación se enriquece por los requerimientos de la determinación, la argumentación y la aplicación.

Concluye Ciuro que, en la actualidad:

El reconocimiento funcional de los alcances a atribuir a las normas suele requerir que las ramas jurídicas tradicionales (Derecho

²¹ Acorde al concepto de democracia sustancial que expresó Ferrajoli consistente en las normas sustanciales de validez, las cuales vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas. En *Derecho y Razón*. Op. cit. p. 864.

²² Cabe aclarar, que Estado Constitucional de Derecho y Estado de Derecho no son términos sinónimos como ha señalado FERRAJOLI: Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. La legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente neoconstitucionalista cuyo eje principal estaría marcado por la primacía, garantía y defensa de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho representa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, el Estado Constitucional especifica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. En: Neoconstitucionalismos. Madrid: Trotta, 2003.

²³ Véase nuestro trabajo: La humanización del Derecho, la tutela judicial efectiva y el debido proceso judicial, *Microjuris*, MJ-DOC-5398-AR | MJD5398. La tutela judicial efectiva desde la perspectiva del Derecho Constitucional de Familia. *Revista de la Maestría de Derecho Procesal Zum al Derecho Meridiano de Derecho Procesal Garantista* N° 1.

Constitucional, Internacional, Administrativo, Penal, Procesal, Civil, Comercial, del Trabajo, etc.) sean enriquecidas con nuevos planteos “transversales” (como el Derecho de la Salud y el Biode-recho, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, etc.).

En consecuencia, habrá que considerar en primer término la fuente que contiene el principio y luego buscar el interés superior del niño en las propias normas infralegales del lugar de residencia habitual del mismo pues son estas las que aportarán los elementos necesarios para lograr la adecuada interpretación del principio (vinculación coadyuvante de contribución desde la dimensión normológica).²⁴

5. DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO

Este punto es de trascendental importancia en el procedimiento restitutorio. Se vincula íntimamente con la hipótesis de excepción que señaláramos anteriormente en cuanto a la oposición del niño a la restitución producto de su derecho a ser oído, conforme a su edad y grado de madurez (capacidad progresiva), en todo proceso administrativo o judicial que lo afecte (artículo 12 CDN, artículo 27 Ley 26061; artículo 26 CIA Ley 1098, Colombia); así como las garantías del debido proceso judicial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que les son aplicables (artículo 8 CADH, Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

En tal sentido, el niño, niña o adolescente, tiene derecho a ser oído ante la autoridad competente, administrativa o judicial cada vez que lo solicite; que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta

²⁴ “A su vez, la contribución con la justicia puede provenir, desde la dimensión normológica, a través de los valores naturales relativos fidelidad –satisfecho cuando se describe la auténtica voluntad de los autores de las normas o de la comunidad respecto del orden de repartos deseado–; adecuación –inherente a la correspondencia de los conceptos con los fines propuestos–; exactitud –realizado cuando las construcciones normativas se cumplen–; subordinación –satisfecho en las relaciones verticales de producción–; ilación –propio de las vinculaciones verticales de contenido–; infalibilidad –inherente a las relaciones horizontales de producción–; concordancia –realizado en las vinculaciones horizontales de contenido–; y coherencia –propio del ordenamiento normativo en su conjunto–. La contribución de la coherencia a la justicia realiza la armonía normativa–. CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Ubicación de la Justicia en el mundo del valor (El asalto al valor justicia). Centro de Filosofía, Investigación y Docencia N° 39.

al arribar a una solución que lo afecte; a ser asistido por un letrado preferentemente en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento (en caso de carecer de recursos el Estado le deberá asignar de oficio uno); a participar activamente en todo el procedimiento. “El niño no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece, mucho menos cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debiendo considerársele como protagonista de su propia vida.” (Jaúregui, 2010)

Ello es congruente con el entendimiento de considerar al niño como sujeto “titular de derechos propios, con acceso a la jurisdicción, en foros y en casos en que se discuta sobre su destino y bienestar, está claro que las autoridades nacionales –e internacionales– deben ajustar sus decisiones a esta realidad”. (Hooft, 2006)

Así se ha dicho en jurisprudencia que:

Al decidir respecto de la procedencia de la restitución internacional de los menores no puede prescindirse de recabar la opinión que poseen los niños respecto del sitio en el cual desean residir, ello por aplicación del art. 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ratificado por la ley 23.857.²⁵

Al respecto, corresponde traer a colación lo dispuesto por la Observación General N° 7 del Comité de los Derechos del Niño, del año 2005:

En razón de su relativa inmadurez, los niños pequeños dependen de autoridades responsables que evalúan y representan sus derechos y su interés superior en relación con decisiones y medidas que afecten su bienestar, teniendo al hacerlo en cuenta sus opiniones y capacidades en desarrollo.

Como se pusiera de manifiesto al comienzo de la ponencia, la garantía del debido proceso se concreta a través de la efectivización del derecho a ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana. Volveremos más adelante sobre este tema al tratar las garantías del debido proceso.

6. PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN

²⁵ Voto del Dr. Hitters en SCJBA “B., S. M. c. P., V. A” cit. JÁUREGUI.

Ambos convenios establecen un procedimiento autónomo que comprende dos fases: una voluntaria, extrajudicial y opcional, llevada a cabo ante las Autoridades Centrales, donde operan la conciliación y la mediación; y una obligatoria o judicial, donde la Autoridad Central intervendrá en colaboración con la autoridad judicial y las partes, con miras al respeto del interés superior del niño. En ambas etapas la urgencia es la nota distintiva (artículos 2, 11, 12 y 18 CDH; artículos 10, 12, 13 y 17 CIDIP IV), así se establecen breves plazos de resolución en ambos convenios (6 semanas en el CLH; 60 días, artículo 12 CIDIP IV).

Los convenios reconocen el derecho de iniciar el pedido de restitución a toda persona o institución, no solo a los padres sino también a los tutores y guardadores que ejercían el derecho de custodia en el Estado de residencia habitual del niño antes del traslado o retención indebidos (artículo 8 CLH; artículos 4 y 5, CIDIP IV).

El Convenio de La Haya permite que el pedido se realice ante la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del niño o de otro Estado contratante, a opción del peticionante y sin limitaciones (artículo 8). Aunque se puede acudir directamente ante las autoridades judiciales o administrativas obviando la intervención de la Autoridad Central (artículo 29). Por su parte, la Convención Interamericana establece la presentación directa ante los jueces del lugar de residencia habitual del niño, lo que aparece justificado por la mayor proximidad con el solicitante no sustractor. También se admiten como *foro de necesidad o de urgencia*, el del lugar donde se encontrare el niño o el del lugar en que acaeció la sustracción, pudiendo incluso tratarse de un tercer Estado (artículos 6 y 1). El tratado bilateral de cooperación argentino-uruguayo le otorga jurisdicción única al juez de la residencia habitual del niño (artículo 5), las comunicaciones se efectúan a través de las Autoridades Centrales (artículo 15).

Las solicitudes que se presentan ante la Autoridad Central consisten en un formulario-tipo que debe ir acompañado de toda la documentación exigida por los convenios, en este caso están exentos de legalizaciones, al igual que cuando son transmitidos vía consular. En caso de interposición de demanda judicial, los documentos requeridos deberán legalizarse de conformidad con la legislación vigente y ser traducidos oficialmente al idioma del Estado ante el que se

presentan. Expresamente se excluye la imposición de la caución de arraigo, fianza u otra semejante (artículo 22, CLH y artículo 23, CIDIP IV) para garantizar el pago de las costas del proceso. El convenio bilateral nada dice, pero correspondería por aplicación del Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa que rige en el ámbito de Mercosur (Herz, 2007).

Respecto de la existencia de plazo para la presentación de solicitudes, el convenio bilateral argentino-uruguayo impone un límite de un año desde que se produjo el traslado o retención indebida. Cuando el paradero del niño es desconocido, el plazo comienza a computarse a partir del momento en que fuera localizado. Este límite actúa como un plazo de caducidad, ya que es rígido y no admite excepciones. Los convenios multilaterales no prevén este plazo, pero transcurrido el mismo el juez puede denegar la restitución si estima que es más favorable al interés superior del niño. Si el pedido se presenta dentro del plazo del año computado del mismo modo que lo hace el convenio bilateral, la restitución debe cumplirse salvo las excepciones previstas en los convenios. Cuando, en cambio, la solicitud se presenta después del año y se demostrase que el niño se ha integrado a su nuevo entorno, la restitución será rechazada (artículo 12, CLH 80 [46]; artículo 14, CIDIP IV).

Fracasada la fase voluntaria o en caso de presentación directa, el Juez competente será el Juez de Familia o civil del lugar del Estado de refugio, es decir donde se encuentra el niño. Este podrá solicitar del Estado requirente una decisión o certificación relativa a la ilicitud del traslado o retención, sin que ello afecte la competencia e independencia de la autoridad judicial competente del Estado requerido. Al mismo tiempo, tendrá en consideración la legislación extranjera aplicable al derecho de custodia sin necesidad de recurrir a procedimientos tendientes a probar su vigencia, todo en virtud de la cooperación interestatal plasmada a través de la actuación de las Autoridades Centrales.

La finalidad del proceso restitutorio es la obtención de una orden judicial de restitución. Este es el principio general que reconoce excepciones en forma taxativa y restrictiva.

Si bien, como señaláramos en puntos precedentes, el Convenio de La Haya no prevé un procedimiento específico de restitución, sí establece en su artículo 2 que los Estados adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que se cumplan los objetivos del convenio recurriendo a los procedimientos de urgencia de que dispongan. A modo de avanzada, la Convención Interamericana, prevé un procedimiento sumario de plazos abreviados y de medidas urgentes, a saber: interpuesta la demanda y comprobado el cumplimiento de los requisitos formales, el juez debe adoptar medidas precautorias para evitar la salida al exterior del país del niño, puede adoptar medidas provisionales respecto de los derechos de custodia y visitas, debe notificar de la demanda al sustractor y tomar conocimiento personal del niño. A partir de esto último, el demandado tiene un plazo de 8 días para oponer las excepciones a la restitución previstas en el artículo 11 y dentro de los 60 días siguientes el juez debe dictar una sentencia. No se establecen normas referidas a los medios de prueba ni respecto de los recursos oponibles contra la sentencia que ordena o deniega la restitución (Herz, 2007).

En caso de oponerse excepciones, pesa la carga de la prueba en quien las invoca. Ha de destacarse que la etapa probatoria no puede prolongarse más allá de lo necesario para su acreditación, en función de la urgencia, y es netamente discrecional, admitiéndose solamente aquella que sea conducente a la comprobación de los hechos que taxativa y restrictivamente se contemplan como hipótesis de excepción en los convenios, evitando introducción de pruebas que tengan que ver con la cuestión de fondo. Por ello, normalmente es la prueba documental la que prima.

Se trata de evitar además las dilaciones innecesarias que usualmente se producen y que atentan contra la garantía de restitución inmediata y su celeridad, muchas veces ocasionadas por los ardides de la parte, interesada en su morosidad, pero muchas otras también, por error frecuente en los jueces al tratar cuestiones referentes al tema de fondo, como es la custodia o tenencia.

Como se advirtiera con anterioridad, el análisis de las excepciones excede el objeto del presente trabajo, pero al solo efecto ilustrativo enumeraremos las que se prevén:²⁶

- El consentimiento anterior o la aceptación posterior al traslado o retención indebida por parte de quien ostentaba la custodia (artículo 13.1.a CLH; artículo 11.1.a de CIDIP IV), que a su turno se puede encuadrar primeramente en el artículo 3 CLH y 4 CIDIP IV al examinarse el derecho de custodia.
- La existencia de un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera se lo ponga en una situación intolerable (artículo 13.1.b de CLH y artículo 11.1.b de CIDIP IV que suprime lo referente a la situación intolerable por considerar que se trata de un concepto impreciso que amplía en demasía las causales de denegación). La presente es una de las más frecuentes que se invocan en la práctica y que ha dado lugar a confusiones respecto de la cuestión de fondo. Ya existe asentada doctrina en cuanto a que debe tratarse de una afectación inusual, extrema, demasiado severa como para ser tolerada. Y lo que la autoridad debe apreciar es la posibilidad de que ocurra y no la constatación de que ha ocurrido. Error también frecuente en tribunales. La casuística jurisprudencial en este aspecto es variada y profusa. Señala Herz en este punto, que si bien los tribunales del Estado de residencia habitual del niño son los mejor posicionados para decidir las cuestiones vinculadas al régimen de custodia y visitas, si el procedimiento pudiera conducirse en el otro Estado con presencia del sustractor mediante videoconferencias y con la garantía otorgada por las autoridades del Estado de relocalización, de que el niño no será sacado de su territorio, se ahorraría dinero y se evitarían los continuos desplazamientos que implica la sustracción, restitución y posterior relocalización cuando se resuelve la guarda.
- La oposición del menor cuando ha alcanzado una edad y un grado de madurez apropiado para considerar sus opiniones (artículo 13.2 de CLH y artículo 11.2 de CIDIP IV). Este punto lo hemos desarrollado anteriormente al tratar el derecho del niño a ser

²⁶ Puede consultarse la doctrina citada a lo largo del presente trabajo y, especialmente el excelente trabajo de Mariana Herz, op. cit. y el de María Victoria Famá, op. cit.

oído (artículo 12 CDN). Corresponde agregar, que las convenciones no establecen un límite de edad, dependerá del grado de madurez que se aprecie en cada caso concreto. No existe un criterio uniforme en la jurisprudencia comparada. No obstante, es el Juez quien decide sobre el retorno y las opiniones del niño habrán de tenerse en cuenta a los fines del convenio y a su interés superior. Se deberá tener especialmente en cuenta que la opinión del niño sea clara y exenta de la influencia del progenitor (Herz, 2007). Es importante en este punto señalar, que en caso de grupos de hermanos se tenderá a no separarlos.

- La violación a los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales, como consecuencia de la restitución (artículo 20 de CLH y artículo 25 de CIDIP IV). Considera Herz (Ibíd.) que únicamente podrá ser invocada en el supuesto poco común de que la restitución del niño conmocione completamente la conciencia del tribunal u ofenda toda noción del debido proceso.

La sentencia restitutoria ordenará la restitución o en su caso, hará lugar a las excepciones interpuestas y por ende denegará aquella. Los convenios no contienen disposiciones relativas a la materia recursiva, la que deberá ceñirse a la urgencia del caso. En la práctica, ello atenta enormemente contra la celeridad requerida en estos procesos dificultándose muchas veces la restitución. Aquí se trasluce la necesidad de cooperación interestatal para facilitar el regreso seguro y lograr su cometido. La Convención Interamericana dispone que estas medidas deben adoptarse dentro de los 45 días corridos a partir de la notificación a la autoridad requirente de la sentencia que ordena la restitución, de lo contrario quedarán sin efecto la decisión y las medidas adoptadas (artículo 13).

7. PROCESO DE RESTITUCIÓN: ¿PROCESO URGENTE? DEBIDO PROCESO

Advertíamos que, para el efectivo cumplimiento de la garantía de restitución que prescriben los tratados internacionales, se requiere la mayor celeridad en la resolución de las solicitudes de restitución internacional, pues sin la debida urgencia en su disposición, se ener-

van los postulados consagrados en los convenios internacionales con miras a ello (artículos 2, 11, 12 y 18 CDH; artículos 10, 12, 13 y 17 CIDIP IV). Se precisa, pues, del respeto a las garantías del debido proceso y a la prevalencia en todo su desarrollo del interés superior del niño (artículo 3 CDN), que puede resultar “resquebrajado” si la justicia no opera con la debida rapidez y sin mayores dilaciones (Raya de Vera, 2011). Esto refleja uno de los deberes de los Estados cuya responsabilidad internacional se impone en caso de incumplimiento y en virtud de los compromisos asumidos frente a otros Estados. Todo ello, en el marco de la protección de los Derechos Humanos conjugados con los tratados restitutorios ratificados.

Señala Herz (2007) que algunos de esos deberes respecto al procedimiento restitutorio son:

- a) El deber de celeridad, que impone que todas las etapas del proceso restitutorio se cumplan rápidamente, sin dilaciones injustificadas y respetando, en la medida de lo razonable, los plazos establecidos en las convenciones. Este deber ha sido erigido en estándar internacional de tratamiento exigible inclusive en supuestos en que los convenios no resultan aplicables.²⁷ b) El deber de actuar de oficio, que significa que los particulares pueden coadyuvar al Estado pero su inacción no debe afectar la adopción de todas aquellas medidas tendientes al logro de los propósitos y fines de las convenciones. En particular, el Estado no debe esperar que el peticionario impulse el proceso ni que solicite o requiera medidas que sus autoridades puedan adoptar. Tampoco recae sobre él el deber de informar de la existencia de un proceso restitutorio que obstaculice el pronunciamiento sobre la custodia (artículo 16, CLH).

Destacábamos la razón de asegurar el cumplimiento de la inmediata restitución del niño que prevén los convenios (Garantía de restitución), motivo por el cual la “urgencia” es la nota característica del procedimiento, a fin de la eficacia operativa de los tratados (artículo 1º CLH; artículo 1º CIDIP IV).

²⁷ “Bajrami contra Albania” decidido por la CEDH el 12-12-2006 en que se eleva al art. 11, CLH80 al nivel de Standard internacional de protección que es exigible aun a los Estados no signatarios del CLH80 para cumplir con el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cit. por HERZ, Mariana. El proceso... op. cit.

Por tanto, resulta como tarea ineludible de los Estados la de instruir procedimientos judiciales rápidos y expeditivos a fin de evitar los efectos no deseados que habitualmente se producen en estos casos: la dilación en el tiempo y el consecuente arraigo del niño por vías de hecho, teniéndose en cuenta además que, a posteriori, indefectiblemente acaecerá un nuevo desarraigo; y la consiguiente frustración de la finalidad y objeto de los convenios de restitución.

Adviértase que en estos supuestos es preciso evitar toda práctica dilatoria proveniente de ardidés jurídicos que atenten contra la finalidad propia de los tratados: la inmediata restitución segura de los niños a su residencia habitual (Raya de Vera, 2011) y esto debe ser así pues:

Cuanto más tiempo transcurra entre el traslado o la retención ilícita y la decisión a adoptar, esta será mucho más difícil para aquel que tiene que resolver, pues el menor habrá desarrollado un nuevo centro de vida en el Estado requerido. (Goicoechea & Seoane de Ghiodi, 1995)

Cierto es, como señala Famá (2009), que cuando el problema ha llegado a la Justicia ya es demasiado tarde y por tanto se exige una decisión inmediata y efectiva. Providencia que busca evitar la consolidación de situaciones fácticas que paradójicamente benefician al propio trasgresor que ha vulnerado los derechos del otro progenitor y de sus hijos. En muchos de los casos, el infractor actúa a sabiendas y por ello ha decidido el cambio de jurisdicción para obtener una decisión judicial que lo favorezca (*fórum shopping* o *fórum conveniens*), pues frecuentemente tiene la íntima convicción de radicarse en el país requerido. El factor tiempo se erige entonces como un arma de poder que avala su conducta antijurídica.

En general los Estados no disponen de un procedimiento específico para los casos de restitución internacional de niños. En consecuencia y en función de lo ordenado por ambos convenios, el juez competente debe optar por el trámite más urgente que disponga en sus ordenamientos procesales, así lo hace saber, también, la propia Autoridad Central²⁸ al presentar el requerimiento restitutorio y sus

²⁸ La Autoridad Central es el órgano designado por cada Estado contratante para cumplir con las funciones previstas en las Convenciones de restitución internacional: arts. 6 y 7 CLH y art. 7 CIDIP IV. En la República Argentina: Ministerio de Relaciones

informes. Algunos Estados han dictado normas procesales especiales²⁹ y en otros casos se ha establecido un proceso monitorio especial. (Herz, 2007)

En humilde opinión, no se comparte el criterio de cierta doctrina (Goicoechea por ejemplo) de considerar al proceso restitutorio como una medida cautelar. Sostenemos decididamente que debe respetarse en todo momento la defensa en juicio de todas las partes involucradas, no pudiendo ordenarse de ningún modo la restitución inaudita parte. Ello en función de lo previsto por los propios tratados en cuanto a las excepciones que pueden plantearse legalmente a la restitución inmediata que señaláramos, que siendo taxativas y de interpretación restrictiva exigen breves plazos de tiempo para su comprobación y alegación, con miras, además, al interés superior del niño. Esto me recuerda a la frase acuñada en doctrina, “todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar”.(Peyrano, 1995, p. 899)

Entiéndase, el proceso de restitución no implica de ningún modo un juicio de custodia (tenencia) de amplitud de pruebas. En este proceso no se discute sobre la aptitud de uno u otro progenitor a los efectos de la custodia de los niños. La decisión sobre la cuestión de fondo no es competencia del Juez interviniente en el país requerido, sino del Juez del Estado donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de que acaeciera el traslado o retención ilícita (artículo 16 CLH, artículo 16 CIDIP IV). Una intervención judicial en contrario generaría responsabilidad internacional al Estado de refugio.

Exteriores y Culto, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Dirección de Asistencia Jurídica Internacional. En Colombia: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), pueden consultarse las Autoridades Centrales de todos los países contratantes en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.authorities&cid=69

²⁹ LEC Española, Título IV, Medidas Provisionales con relación a las personas (Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional); Decreto Ejecutivo N° 222/2001 de Panamá reglamentario de la ley que aprueba la CLH; el Auto acordado de la Corte Suprema de la República de Chile del 3-11-98 que regula el procedimiento aplicable por los tribunales para las causas de restitución, previendo plazos breves de tramitación tanto en primera instancia como ante la Corte de Apelaciones. Véase SCOTTI, Luciana B. La garantía del debido proceso, op. cit.

Así lo ha entendido la fértil jurisprudencia³⁰ en la materia que ha sentado ya doctrina y la profusa labor doctrinaria a nivel internacional, principalmente la de los organismos encargados de la operatividad y monitoreo de la aplicabilidad de los convenios³¹. Lo anterior ha dado como resultado una mayor difusión de los tratados, llegándose a elaborar una la Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños.³² Tal regulación fue desarrollada por el grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, y presentada en la segunda reunión de expertos gubernamentales “Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes por uno de sus padres”, Buenos Aires, Argentina, 19-21 de septiembre de 2007. Igualmente, se han difundido las Guías de Buenas Prácticas entre otros documentos trascendentales en virtud del Convenio de La Haya de 1980,³³ que

³⁰ Puede consultarse la extensa cantidad de casos internacionales en la base de datos de jurisprudencia internacional de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado: www.incadat.org

³¹ Véase: http://www.hcch.net/index_es.php

³² Principios procesales que contempla la Ley Modelo: celeridad, intermediación, concentración procesal y de la competencia, doble instancia, existencia de contradictorio de partes, participación preceptiva del Ministerio Público como representante de la causa pública, preservación del derecho del niño a ser oído, conciliación y cooperación jurídica internacional. Se intentan equilibrar los intereses comprometidos, esto es, la celeridad sin sacrificar las garantías del debido proceso aseguradas en los tratados de derechos fundamentales, teniendo especialmente en cuenta los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño como la intermediación y el derecho del niño a ser oído. La estructura del procedimiento y sus plazos se simplifican y acortan.

³³ Durante el marco de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial celebrada en La Haya del 22 al 28 de marzo de 2001, se sugirió realizar como una guía práctica explicativa cuyo objeto sería el de facilitar el funcionamiento del Convenio. Se concentraría en cuestiones de funcionamiento e iría dirigido principalmente a los nuevos Estados contratantes. No tendría efectos obligatorios ni infringiría la independencia del poder judicial. La metodología a seguir debería dejarse a la Oficina Permanente.” Así se redactaron dos Partes de la Guía de buenas prácticas. La Primera Parte trata de la práctica de las Autoridades Centrales y la Segunda Parte de las Medidas de Aplicación. Estas partes de la Guía fueron aprobadas por la Comisión Especial sobre el Convenio reunida en La Haya del 27 de septiembre al 1 de octubre de 2002, y publicadas en inglés, francés y español. La Tercera Parte de la Guía de buenas prácticas, por consiguiente, trata de las medidas de prevención. Las medidas indicadas en esta Parte de la Guía de buenas prácticas pueden ser adecuadas tanto para los Estados Contratantes como para los no Contratantes por igual. Esta Guía no pretende

recomiendan mecanismos aptos y recursivos en forma de estándares mínimos para adoptar por los Estados en su Derecho Interno, en pro de la premura ineluctable que constituye, además, el atributo determinante de la validez operativa de los tratados.³⁴

En este sentido, se ha sostenido en jurisprudencia “...que la acción de restitución es autónoma por su objeto y específica por su perfil procesal, pues puede verse agotada con la sola restitución sin ser seguida por acción posterior...” (esto la distingue especialmente de

imponer una uniformidad en el procedimiento o en la práctica. La finalidad de esta Guía es hacer una relación de procedimientos y prácticas que los Estados pueden desear poner en funcionamiento. Nada debe interpretarse como obligatorio para los Estados Parte, y en especial a las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio, a revisar sus propias prácticas y, en la medida de lo posible, a mejorarlas. Op. cit.

³⁴ Así la Guía de las Buenas Prácticas Parte II Medidas de Aplicación, punto 6, Cuestiones de Derecho Procesal, establece en su punto 6.3 Procedimientos expeditivos: Los Estados contratantes están sometidos a la obligación de tratar las demandas de retorno con diligencia. Esta obligación se extiende también a los procedimientos de apelación. El rápido tratamiento de las solicitudes es un factor esencial del Convenio La ley de aplicación puede comprender nuevas disposiciones para facilitar el trato diligente de los asuntos de La Haya por los tribunales. Las leyes, los reglamentos, las normas procesales de los tribunales, o los códigos de normas procesales de muchos Estados contienen disposiciones que confieren a los tribunales poderes para acordar la prioridad de una demanda de retorno de La Haya, tomar todas las medidas provisionales necesarias y poner en marcha procedimientos acelerados. En algunos Estados está previsto que todos los asuntos relativos al Convenio se dirijan a tribunales designados para asegurar que los casos sean oídos por jueces con el suficiente conocimiento de las disposiciones del Convenio y de los procedimientos acelerados. Y en su punto 6.6. establece: Procedimiento de recurso acelerado: limitar el plazo para recurrir cuando sea necesario; especificar el tribunal o limitar el número de niveles frente a los que se pueda recurrir; e indicar el efecto de presentar un recurso contra una orden de retorno (¿se mantendrá una orden de retorno mientras el recurso está pendiente?). 6.7 Ejecución: examinar si los mecanismos de ejecución en el seno del sistema interno necesitan ser completados (es decir, prever disposiciones por desacato al tribunal, arresto o encarcelamiento, poder de ordenar la revelación de la localización del menor, proporcionar garantías para el menor, ampliar el papel del Fiscal del Estado); y en los sistemas en los que se requieren medidas de ejecución complementarias, asegurar que el solicitante tenga conocimiento de la necesidad de medidas de ejecución distintas. Con este efecto, conviene reconocer la necesidad de obtener la ejecución de las órdenes de retorno (es decir, que el retorno se realice realmente y no simplemente se ordene). 6.5 Reglas sobre la prueba: Las normas y prácticas relativas a la aportación y admisión de pruebas, incluyendo el testimonio de expertos, debe aplicarse en los procedimientos de retorno teniendo en cuenta la necesidad de rapidez y la importancia de limitar la averiguación a las cuestiones litigiosas que son directamente relevantes a la cuestión del retorno.

una medida cautelar). En cuanto a lo segundo, por participar de la naturaleza del recurso de innovar, aunque no ya referida al juez sino a las partes (...) Según Droz, la Convención fija simplemente una obligación de resultado: el retorno del niño (“Travaux du Comité ...” années 1981-82, *Editions du centre National de la Recherche Scientifique*, París, 1981, p. 131) Esto es así en tanto de lo que se trata es de lograr una solución de urgencia con miras a evitar la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas (Pérez Vera) evitando que la solución de las disputas entre progenitores en torno a la guarda o tenencia de los menores se logre mediante vías de hecho (Weimberg de Roca) frustrando maniobras de *fórum shopping* (Weimberg de Roca, Operti Badán)...”³⁵

En igual sentido, la doctrina lo describe como un proceso autónomo de carácter sumario que tiene por objeto la única finalidad de devolver al menor al entorno natural. (Santos Belandro, 2007, p. 207, citado por Scotti, 2010)

Compartimos esta calificación, en el entendimiento de que se trata de un proceso autónomo no cautelar, que en cumplimiento del objetivo primordial como tal, requiere de plazos abreviados en sus diferentes etapas, especialmente la probatoria,³⁶ etapa acotada a la comprobación de los hechos que constituyen taxativamente los supuestos excepcionales y de interpretación restrictiva, donde tienen plena vigencia las potestades judiciales en cuanto a su procedencia y pertinencia, y donde el mecanismo recursivo deberá adaptarse a la

³⁵ “S., Z.A.A. c/ A., D. D. s/ exhorto”, 14-09-95, ED -165-499

³⁶ “Lo precedentemente expuesto, justifica que el régimen probatorio, extremadamente reducido, que admite la susodicha Convención para acreditar las hipótesis de excepción a su aplicación que contempla el art. 13, no sea el propio de un proceso de conocimiento -como parece interpretarlo la recurrente que se remite al juicio sumarísimo- más o menos pleno (“Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctima de sustracción ilegal”, por Osvaldo Orttemberg, en *La Ley Gran Cuyo*, 2006 –abril–). Es que la mencionada Convención gira sobre el pivote de que la restitución del menor sustraído debe ser “inmediata” (“El factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores”, por Eloísa Raya de Vera, en *La Ley*, 31 de mayo de 2011), dado que con la demora en la restitución se corre el riesgo del arraigo del niño en su nuevo hábitat”. C.A.Civ. y Com. Rosario, Sala III, Del voto del Dr. Peyrano, Jorge W., Purcell, Brett s/ pedido de restitución del menor Dante Purcell, 10/08/2011, *La Ley Online* AR/JUR/48650/2011.

urgencia requerida para no frustrarse la esencia misma de los convenios internacionales en la materia.³⁷

No puede dejarse de considerar que este proceso tiene por fin la restitución inmediata del niño a su residencia habitual en resguardo de su interés superior pues, además, se amparan las relaciones familiares asegurándose el derecho de visita y en su propio bienestar, ergo, resulta evidente que se trata de una tutela especial, como aquellas propias del Derecho de Familia.

En este sentido podemos sostener que por tratarse de una tutela especial, pues se protegen derechos de los niños y de una tutela a nivel internacional, lo que se compromete a su vez es la responsabilidad estatal que precisa de un tratamiento diferenciado, ágil y expeditivo, sin que ello implique que no puedan respetarse las garantías del debido proceso judicial.

Precisamente, consideramos que la tutela judicial efectiva de estos derechos amparados internacionalmente se logra a través del debido proceso,³⁸ donde el derecho de defensa y el derecho del niño a ser oído y su opinión tenida especialmente en cuenta, reviste singular importancia.

Se sostiene firmemente, que por requerirse una rápida y efectiva tutela de los derechos fundamentales, no por ello se deben vulnerar garantías constitucionales.³⁹

En igual sentido, se ha sostenido que:

Sea cual fuere la vía adecuada, por más sumariedad y urgencia que corresponda otorgarle, y aun cuando el objeto del juzgamiento no

³⁷ También se lo ha definido como “proceso atípico”. Voto Dr. Peyrano, cit. ut supra.

³⁸ “Esto hace al abecé de la constitución, del acceso a la justicia, de la garantía de la defensa, y de la tutela judicial continua y efectiva”, SCBA, C 104.149, 15-VII-2009. Cit. por SCOTTI, Luciana B., DFyP 2011 (septiembre) 66.

³⁹ Ya en el I Encuentro Regional de Derecho de Familia del Mercosur, que tuvo lugar en 2005, la Comisión 5 que trabajó sobre la materia propuso en sus conclusiones la aprobación de un procedimiento ágil y de rápida tramitación para evitar el desarraigo del niño, que tuviera en cuenta el derecho de defensa de todas las partes involucradas y resguardara el derecho del niño a intervenir en el proceso y su interés superior ponderando racionalmente tanto las circunstancias fácticas como jurídicas de la especie a fin de alcanzar decisiones acordes con el respeto de los derechos fundamentales que, a la vez, contribuyan a la lucha común contra el flagelo de los desplazamientos y de las retenciones ilícitas. Cf. HERZ, Mariana. El proceso..., op. cit.

tenga que ver con el fondo de las cosas sino con la reparación inmediata de un statu quo arbitrariamente alterado, salta a la vista la necesidad de que exista un proceso, naturalmente estamos hablando del proceso debido, en el cual se respeten todas y cada una de las garantías que integran el paradigma del debido proceso legal....⁴⁰

No se comparte en absoluto el concepto de “proceso urgente” como carente de las etapas que definen al proceso como tal, en aras de la celeridad.⁴¹ Por el contrario, se considera al proceso como garantizador de los derechos constitucionales. El garantismo así entendido, pretende “el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos Internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico”. Por ende, entraña la existencia de un Juez comprometido exclusivamente con la constitución, que “se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales”. (Alvarado Velloso, 2010, p. 78)

Sin embargo, es necesario adecuar el Derecho a las nuevas exigencias. Que el Juez cuente con las herramientas apropiadas para lograr el fin de su cometido: hacer justicia como garante de la tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos. Ello sin descuidar el contradictorio, el debate y el derecho de audiencia, que también protege y garantiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Creemos entonces que la verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial.

⁴⁰ SCBA, “V., M. J.”, 15-VII-2009, cit. por SCOTTI, Luciana B., DFyP 2011 (septiembre) 66.

⁴¹ Entendiendo al proceso como lo define el Maestro Alvarado Velloso: “una serie lógica y consecucional de instancias bilaterales, conectadas entre sí por la Autoridad (Juez o árbitro)”. Lo lógico de la serie radica en su propia composición que siempre presenta cuatro fases, ni más ni menos y en el orden siguiente: afirmación – negación – confirmación – evaluación. Con la característica particular de ser cada uno el precedente lógico del que le sigue y, al mismo tiempo, ser el consecuente lógico del que le precede. Sin poder prescindirse de ninguna de las fases señaladas pues de lo contrario carece de sentido. Ver en ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal. Rubinzal Culzoni. 1989. Primera Parte. p. 234 y ss.

CONCLUSIONES

Se apela a la regulación de un proceso unificado, ágil y expeditivo a fin de cumplimentar la tutela judicial efectiva en tiempo razonable, a los efectos de lograr el cumplimiento cierto de la garantía de restitución que consagran los Convenios Internacionales suscriptos con miras a la protección internacional de los niños, niñas y adolescentes.

Que el Juez cuente con las herramientas apropiadas para lograr el fin de su cometido: hacer justicia como garante de la tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos. Ello sí, sin descuidar el contradictorio, el debate, y el derecho de audiencia que también protege y garantiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial, porque precisamente es a través del debido proceso judicial que se garantizan los derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alvarado Velloso, A. (1989). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Primera Parte. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni..
- _____. (2010). *Garantismo Procesal*. Arequipa: Adrus.
- Bidart Campos, G. J. Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio *pro homine*. En: Bidart Campos, G.J. & Gil Domínguez, A. Compiladores. (2000). *El Derecho Constitucional del siglo XXI, diagnóstico y perspectiva*. Buenos Aires: Ediar.
- Biocca, S.M. (2005). *Interés superior del niño*. *RDF N° 30*. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot.
- Brunetti, A. M. La humanización del Derecho, la tutela judicial efectiva y el debido proceso judicial. *Microjuris*, MJ-DOC-5398-AR | MJD5398.
- _____. La tutela judicial efectiva desde la perspectiva del Derecho Constitucional de Familia. En: *Revista de la Maestría de Derecho Procesal Zum al Derecho Meridiano de Derecho Procesal Garantista N° 1*.

- Chaumet, M. E. y Meroy, A. A. ¿Es el derecho un juego de los jueces? (Notas sobre Estado Constitucional, Principios y reglas, *iura novit curiae*, y garantía del contradictorio), LL, 2008- D- 717
- Ciuro Caldani, M. A. Ubicación de la Justicia en el mundo del valor (El asalto al valor justicia), Centro de Filosofía, Investigación y Docencia N° 39.
- _____. El complejo del funcionamiento de las normas. Centro de Filosofía, Investigación y Docencia N° 40.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Famá, M.V. Cuando los niños se vuelven botín de guerra internacional de sus progenitores. DJ24/06/2009. 1697.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del estado de derecho. En: *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta.
- Freeman, M., International Child Abduction: the effects, Reunite Research Unit, (mayo 2006). [en línea] Disponible en www.reunite.org.
- Garrido Álvarez, R. Derecho a un juzgamiento especializado de niños, niñas y adolescentes y Teoría general del proceso. Inédito.
- Gil Domínguez, A.; Famá, M.V. & y Herrera, M. (2007). *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley 26.061: comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires: Ediar.
- Goicoechea, I. & Seoane de Ghiodi, M. Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley 23.857), LL. 1995-D, 1412.
- Goicoechea, I. Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores. RDF, N° 30, p. 65.
- Golschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al Derecho*. 6 ed. Buenos Aires, Depalma.
- Grossman, C. P. (1998). El interés superior del niño. En: *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Herz, M. Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores. En: E. D. del 14-11-2006, N° 11.635, p. 1.
- _____. (2012). Sustracción Internacional de niñas, niños y adolescentes, RDF 2012.

- _____. (2007). *Medidas preventivas y reparatoras de la sustracción internacional parental de niños, niñas y adolescentes*. Capítulo 3. Santa Fe: UNL.
- _____. (2010). *El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de sustracción parental internacional RDP*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Hooft, E. R. Restitución internacional de menores. Un caso argentino brasileño. LNBA, 2006 -6-664.
- Jáuregui, R. G. Un caso de restitución internacional de niños que invita a reflexionar. L.L., 02/08/2010, DJ04/08/2010, 2070 - DFyP 2010 (agosto), 76.
- Massano, A. & Roveda, E. G. Un nuevo caso de sustracción internacional de niños, LA LEY, 07/11/2011, 7.
- Najurieta, M.S. La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño. JA 2006-I-43.
- Ortemberg, O.D. (2006, abril). Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctimas de sustracción ilegal. Gran Cuyo, 359.
- Peyrano, J. W. Lo urgente y lo cautelar. JA, 1995-I, p. 899.
- Quaini, Fabiana et al. (2009). *Restitución Internacional de Menores: aspectos civiles y penales*. Mendoza: Editorial Cathedra Jurídica.
- Raya de Vera, E. B. El Factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores. L.L. 2011-C , 412.
- _____. (2009, marzo). Interpretación del derecho de custodia. *La Ley*, año LXXIII, n° (61).
- Sambrizzi, E. A. (2011, septiembre). Un nuevo caso en el que la Corte Suprema de Justicia aplicó el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, Sup. Const. , 27/09/2011, 20 - LA LEY2011-E, 394.
- Santos Belandro, R. (2007). Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el Derecho Internacional Privado Comparado. El testamento vital. Montevideo: Asociación de Escribanos de Uruguay. En: Scotti, L. B. La garantía del debido proceso LL. 2010-D , 567.
- Scotti, L. B. (2009, noviembre). Una acertada decisión en un caso de restitución internacional de menores. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. La Ley. año 1, (3).

- Solari, N. E. (2006). Sustracción Internacional de menores. El “centro de la vida del menor” en el contexto del Convenio de La Haya. LL. 2006-793. Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, La ley 2006-C, 271.
- Soto, A. M. (2009). *Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Estudio.
- Weinberg de Roca, I. M. (1997). *Domicilio de menores adultos*. RDPC. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Documento Preliminar No 4 de mayo de 2011 - Proyecto revisado de Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Extraído de: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd04s.pdf>.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Extraído de: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.
- Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980. Extraído de: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=24
- Código de la Infancia y la Adolescencia Ley 1098 del año 2006 Colombia. Extraído de: <https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/pdf/97835-CODIGODELAINFANCIALey1098.pdf>
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo el 15 de julio de 1989, CIDIP IV. Extraída de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>
- Informe explicativo realizado por la Dra. Elisa Pérez Vera. Extraído de: <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>
- Ley 24.270 Delito de Impedimento de Contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente. Extraído de: <http://www.portaldeabogados.com.ar/portal/index.php/leyes/54-leyesnacion/198-24270-impedimento-de-contacto.html>
- Directrices de la ACNUR para determinar el interés superior del niño. Extraído de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7126>
- Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, desarrollado por el grupo de

expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. Extraído de: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info06s.doc>

Guías de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 (Parte I, II, III y IV). Extraído de: http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21

Corte Europea de Derechos Humanos: “Bajrami contra Albania” 12-12-2006.

Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, del 2º y 5º Circuito, Casos “Croll vs. Croll”; “Villegas Durán vs. Arribada Beaumont”; “Abbot vs. Abbot”.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: “W., E. M. c/ O., M. G.” 14/06/1995, L.L. 1996 - A- 260; “S. A. G.”, 20/12/2005, L.L. 2006-C, 272; “R., M. A. c. F., M. B.”, 21/12/2010, L.L. 2011-C, 412; “D. F., R. c. G., M. S. s/restitución de hijo” 28/06/2011, DJ14/09/2011, 43; “V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia extranjera”, 16/08/2011, L. L. 2011-E, 35; , “F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegro de hijo”, 08/11/2011, L.L., 07/12/2011, 11 - DJ25/01/2012, 17; “W., D. c. S. D. D. W. s/demanda de restitución de menor”, 22/11/2011, LA LEY 07/12/2011, 7; “B., S. M. c. P., V. A.”, 19/05/2010, L.L. 2010-C, 633 .

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. C 104.149, 15-VII-2009 y “V., M. J.”, 15-VII-2009.

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, Sala III, Purcell, Brett s/ pedido de restitución del menor Dante Purcell, 10/08/2011, La Ley Online AR/JUR/48650/2011.

Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Rosario, 23/02/2009, “G. M. M. c. M., M.O. s/restitución urgente de menores”, LLLitoral. 2009 (junio), 585.

Jurisprudencia internacional de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado: www.incadat.org