

## LINEAMIENTOS DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS A PARTIR DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Por NIEVE RUBAJA\*

### **Resumen:**

*La problemática de la sustracción internacional de niños ha sido una preocupación primordial de la comunidad jurídica internacional y, en la meta de garantizar la estabilidad de los niños en sus vínculos familiares y de asegurar el contacto de aquellos con sus padres, se ha diseñado un mecanismo para conseguir su pronta restitución. En este trabajo se enuncian los ejes fundamentales para su apropiado funcionamiento y se analizan las disposiciones incorporadas por el nuevo Código Civil y Comercial en la materia. Finalmente, a partir del análisis de la jurisprudencia nacional reciente se destacan los logros y desafíos pendientes en nuestro país en los procesos de restitución internacional de niños.*

### **Palabras clave:**

*Restitución internacional de niños, Derecho Internacional Privado, Cooperación internacional, Código Civil y Comercial, Derechos humanos.*

## GUIDELINES FOR INTERNATIONAL RETURN OF CHILDREN AS FROM THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF ARGENTINA AND RECENT CASE-LAW

### **Abstract:**

*The problem of international child abduction has been of primary concern for the international legal community and, considering the aim to ensure children's contact with their parents and to guarantee the stability of their family ties, a mechanism to attain their prompt return has been designed. In this paper, the cornerstones of its proper functioning will be enunciated and the provisions incorporated by the new Civil and Commercial Code of Argentina on the subject will be analyzed. Finally, the achieve-*

\* Abogada, especialista en Derecho de familia, doctoranda y docente en Derecho internacional privado de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora UBACyT.

*vements and remaining challenges of international return of children processes in our country will be highlighted through the analysis of recent national case-law.*

**Keywords:**

*International Return of Children, Private International Law, International Cooperation, Civil and Commercial Code of Argentina, Human rights.*

*1. LOS MECANISMOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS  
EN LA FUENTE INTERNACIONAL: HARD LAW Y SOFT LAW*

El flagelo del desplazamiento y la retención ilícita de los niños a través de las fronteras ha sido una preocupación primordial de la comunidad jurídica internacional y, en la meta de garantizar la estabilidad de los niños en sus vínculos familiares y de asegurar el contacto de aquellos con sus padres, se han desarrollado herramientas con sustento netamente en la cooperación internacional. Las principales fuentes en el ámbito internacional son el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980 (CH 1980) y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CI<sup>1</sup>). En general el mecanismo diseñado en estas Convenciones ha demostrado alta efectividad, sumado a la gran cantidad de Estados que las han ratificado (principalmente el CH 1980). Así, esta importante fuente de *hard law* ha resultado provechosa en gran cantidad de casos que se han presentado en la especie a nivel mundial, incluida la Argentina. Además, en nuestro país está vigente país el Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, Montevideo 1981, cuyo sistema de cooperación jurisdiccional difiere del que prevén el CH 1980 y la CI; sin embargo, atendiendo a que tanto la Argentina como Uruguay son parte en la CI, este Convenio carece de aplicación práctica<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El CH 1980, a julio de 2016 se encuentra vigente en 95 Estados (ver estado de ratificaciones en [www.hcch.net](http://www.hcch.net)); cabe destacar que Bolivia ha aprobado el Convenio el 13/7/2016, por lo que entrará en vigor en ese país el 1/10/2016. El Convenio fue aprobado en nuestro país por ley 23.857 BO 31/10/1990, y entró en vigor el 1/6/1991. La CI a julio de 2016 se encuentra vigente en 14 Estados (ver estado de ratificaciones en [www.oas.org](http://www.oas.org)), fue aprobada en nuestro país por ley 25.358 BO 12/12/2000. Si bien la segunda de las mencionadas contiene en el art. 34 una directiva que indica la aplicación prioritaria de esta sobre el CH 1980 consideramos que esta disposición podría interpretarse flexiblemente, y así optar por la aplicación de esta última, si ambos convenios se encontraran vigentes entre los mismos Estados Parte, si ello sirviera para concretar los objetivos convencionales y si, en el caso concreto, este proceder resultara más favorable a la cooperación (por ejemplo, por una mayor agilidad que propongan las Autoridades Centrales designadas en el ámbito del CH).

<sup>2</sup> Aprobado por ley 22.456. Ver al respecto: TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *Restitución internacional de menores. Análisis en especial del "Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina"*, Instituto Interamericano del Niño, Unidad de Asuntos Jurídicos Montevideo, Uruguay, 1988.

Cabe también aludir al Convenio 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 de La Haya, 1996 (CH 1996) ya que nuestro país lo ha firmado el 11/6/2015 y que este ha sido aprobado por ley 27.237<sup>3</sup>. No obstante, este instrumento tiene su propio objeto y ámbito de aplicación<sup>4</sup>, ofrece herramientas para coadyuvar a alcanzar los objetivos del CH 1980<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Sanc. 26/11/2015; promul. 22/12/2015; publ. 23/12/2015. Sin embargo, es dable aclarar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 61.2.a) del CH 1996 este entrará en vigor en nuestro país el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de aprobación, y que a julio de 2016 la Argentina aún no ha efectuado el depósito, esperamos que la ratificación se produzca prontamente. Este instrumento se encuentra vigente en 44 Estados a julio de 2016. Para conocer el estado de vigencia, las Autoridades Centrales designadas y las reservas o declaraciones efectuadas por los Estados Parte ver: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>4</sup> El Preámbulo del CH 1996 establece que este está destinado a mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional y, a tal efecto, pretende evitar conflictos entre los sistemas jurídicos con respecto a las medidas adoptadas para la protección de los niños. Asimismo, señala sus objetivos específicos en el art. 1 y enumera las siguientes metas: a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño; b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio. Para profundizar se recomienda compulsar: LAGARDE, Paul, “Informe Explicativo del Convenio 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 niños”, 15/1/1997, disponible en [www.hcch.net](http://www.hcch.net), al 10/7/2016; SILVERMAN, Linda, “The 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children”, *Recueil des cours* (323), p. 398; CALVO CARACAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed. 2011-2012, Granada, Comares, 2011, p. 369; CARBALLO PIÑEIRO, Laura, “Cooperación procesal internacional y determinación de la competencia judicial internacional en materia de protección de menores”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, *Academia Mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, N° 30, mayo de 2012, p. 137; CALVO CARAVACA, Alfonso L., “El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños. Algunas cuestiones de método”, en *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea, Liber amicorum*, José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, Ed. Carlos Esplugues Mota y Guillermo Palao Moreno, Tirant lo Blanch, 2012, p. 443; entre otros.

<sup>5</sup> Así, se ha entendido que el CH 1996 suplementa y refuerza al CH 1980, para ello: delimita y respeta coherentemente el ámbito de aplicación del segundo —calificaciones, competencia, medidas urgentes, etc.—; desalienta los intentos de *forum shopping* a través de la sustracción internacional de menores; contiene una norma especial de competencia en esos casos; cuenta con disposiciones para coadyuvar a conseguir la restitución segura del niño —especialmente en el art. 24 se contempla un proceso que se ha denominado “reconocimiento anticipado” que prevé la posibilidad de que toda persona interesada solicite el reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado Parte para despejar toda duda en relación con su cumplimiento—; completa el mecanismo para pedir la visita internacional que prevé el CH 1980, entre otros. Asimismo, se ha sostenido que el CH 1996 puede resultar de utilidad en aquellos casos en que no se aplica el CH 1980, por ejemplo el CH 1980 no se aplica a niños entre 16 y 18 años de edad o a casos en que el CH 1980 no esté en vigor entre los Estados involucrados. “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

Además, especialmente a partir de la labor que ha llevado a cabo la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en torno de esta problemática se ha elaborado una importante fuente de *soft law* para la correcta aplicación e interpretación de las disposiciones del CH 1980 y para superar las dificultades que han ofrecido estos procedimientos a lo largo de los años. Es decir, que los principios que emanan de los Convenios son los que nutren a esta fuente y esta, a su vez, los retroalimenta<sup>6</sup>.

Los mecanismos que ofrecen los instrumentos internacionales enunciados tienen su esencia en dos factores o ejes fundamentales: por un lado en el acotado marco de conocimiento que ofrecen; por el otro, en la prontitud o urgencia con la que se debe restituir a los niños al Estado de la residencia habitual anterior al desplazamiento ilícito y para que, en todo caso, sea esta última la jurisdicción en la que se decidan las cuestiones relativas al fondo del derecho de custodia de aquellos.

El primero de estos factores implicará: que las soluciones a estos conflictos se focalicen desde la perspectiva de la sustracción internacional y, por lo tanto, en la necesidad de revertir la situación para que se restablezcan los derechos de los niños que se encuentren afectados; que la decisión sobre la solicitud de restitución se concentre en responder al interrogante que se genera en torno a la sustracción y, consecuentemente, que la autoridad competente no aborde la problemática relativa a la custodia que compete al juez de su residencia habitual<sup>7</sup>; que el interés superior del niño sea captado en el contexto propio que amerita a estas problemáticas, es decir en recomponer la situación anterior al desplazamiento ilícito o rechazar la restitución si tal interés se encausa en alguna de las causales contempladas convencionalmente<sup>8</sup>; que las excepciones admitidas

---

de medidas de protección de los niños, publicado por la Oficina permanente de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, 2014”, disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/handbook34es.pdf>, al 28/7/2016.

<sup>6</sup> Los principios que emanan de estos textos convencionales constituyen una fuente de *soft law* consolidado internacionalmente en la especie. Estos principios están contenidos en los diferentes instrumentos que se elaboraron en torno a las mencionadas convenciones, tales como las Guías de Buenas Prácticas, Ley Modelo, recomendaciones, Conclusiones (disponibles en [www.hcch.net](http://www.hcch.net)). RUBAJA, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 60 y ss. con especial cita a GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Compatibilidad de las Convenciones Interamericanas y Universales en materia de familia y niñez: evolución y análisis”, Seminario de Derecho Internacional, Cooperación jurídica en materia de derecho de familia y niñez, OEA, DDI/Doc. 14/11, 10/10/2010, disponible en [www.oas.org](http://www.oas.org), al 30/6/2016.

<sup>7</sup> En este sentido se ha sostenido que se trata de decisiones provisorias, pues la finalidad del CH 1980 es evitar la solución de la tenencia a través de las vías de hechos. WEINBERG DE ROCA, Inés, “Sustracción y restitución internacional de menores”, Buenos Aires, LL 1995-C-1281.

<sup>8</sup> La Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños en el art. 2º, segundo párrafo, define a al interés superior del niño como “...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”.

en las Convenciones para no restituir al niño se interpreten restrictivamente<sup>9</sup> y que la prueba que conduzca a probar tales excepciones se restrinja al marco de conocimiento de estos procesos<sup>10</sup>. Cabe mencionar que estas premisas han sido consolidadas en gran medida, a nivel nacional, en los estándares que emanan de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Además, estos han resultado de gran utilidad especialmente para los casos fallados por los tribunales de diversas instancias en todo el país<sup>11</sup>.

El segundo de los aludidos factores, la prontitud o urgencia en resolver el interrogante en torno a la restitución y en ejecutar la respectiva orden, permitirá asegurar el restablecimiento de los derechos de los niños afectados con el menor costo o injerencia posible en su bienestar. En este contexto cabe advertir

---

Es dable recordar que en el caso “X. V. v. Latvia” (N° 27853/09, 6/11/2013) la Corte Europea de Derechos Humanos remarcó esta distinción y sostuvo que en los procesos de restitución el interés superior del niño debe ser evaluado a la luz de las excepciones del CH 1980, disponible en [www.incadat.com](http://www.incadat.com) HC/E/ 1146. Así, la corte de Estrasburgo fijó una clara posición al respecto, especialmente luego de las consideraciones que había sostenido en torno a la apreciación del interés superior del niño en el cuestionado caso Neulinger and Shuruk v. Switzerland (Application No 41615/07), Grand Chamber, of 6 July 2010, disponible en [www.incadat.com](http://www.incadat.com) HC/E/ 1323.

En el contexto actual de los casos que se presentan en la materia se advierte que en su mayoría es el principal cuidador del niño, en general la madre, quien lo sustrae. Así, se ha planteado un nuevo interrogante en torno a la interpretación de su interés superior y si este sigue siendo retornar al *statu quo* anterior al desplazamiento, sobre todo cuando la madre no quiere regresar e intenta, de este modo, fundar la excepción de “grave riesgo”. Cabe apreciar en el sitio [www.incadat.com](http://www.incadat.com) el posicionamiento que han tomado algunos países frente a esta cuestión: muchos Estados han adoptado un enfoque muy estricto, por lo que, salvo en situaciones muy excepcionales, se han rehusado a estimar la excepción del “grave riesgo” cuando se presenta este argumento (HC/E/ AT561; HC/E/CA 762 y HC/E/UKe269); sin embargo, en otros casos se estimó que la excepción de grave riesgo se encontraba configurada por la negativa de la madre a la restitución cuando a la madre se le había negado la entrada a los Estados Unidos de América, Estado de residencia habitual del menor (HC/E/AU283; HC/E/PL 701). Es dable mencionar un reciente caso en el que la Corte Europea de Derechos Humanos condenó a Polonia por considerar que había sido violado el art. 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos respecto del Sr. K. J. que había solicitado la restitución internacional de una niña a Reino Unido y que había sido rechazada puesto que la madre se negaba a volver a ese país. Entre otros argumentos, la Corte consideró que los tribunales locales habían abordado el caso como si se tratara de una negativa arbitraria de la madre de la niña para regresar con ella a Reino Unido (párr. 66). En ese supuesto, pese a la consideración de la violación de los derechos del reclamante, la Corte europea consideró que la niña había vivido en Polonia por más de tres años y medio y, por lo tanto, no había bases para interpretar que había una obligación del Estado de ejecutar la orden de restitución a Reino Unido (párr. 76). “K. J. v. Poland” (Application N° 30813/14), 01/06/2016.

<sup>9</sup> Se recomienda: NAJURIETA, María S., “Interpretación uniforme de las excepciones al reintegro del niño o niña previstas en los convenios de restitución internacional” en *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción (Paraguay), CEDEP, 2010, p. 419 y ss.

<sup>10</sup> Ver GOICOECHEA, Ignacio y RUBAJA, Nieve, “Procedimiento de restitución internacional de niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo convencional. Enseñanzas a partir de un caso fallado por la justicia argentina”, *Diario Jurídico La Ley*, 21/8/2015, Buenos Aires, p. 3.

<sup>11</sup> Ver: RUBAJA, Nieve, “Restitución Internacional de niños”, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (dirs.), *Máximos Precedentes. Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 692.

que las Convenciones en materia de restitución internacional de niños contienen directivas en relación a la celeridad y la urgencia con la que deben llevarse adelante los procedimientos<sup>12</sup>. Además, de conformidad con los tratados de derechos humanos, estas respuestas necesariamente deben ser brindadas en un plazo razonable para cumplir con la garantía de acceso a la justicia, comprendido en un sentido amplio, desde la posibilidad de plantear el reclamo, el acceso a la jurisdicción, la igualdad ante la ley, el debido proceso, e, incluso, hasta la propia efectividad de la sentencia en un tiempo razonable. En igual sentido lo estipulan los estándares fijados por la Comisión<sup>13</sup> y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>14</sup>.

Estas fuentes de obligaciones —la especial y las de derechos humanos— tienen como fin último la protección de los derechos de los niños y niñas víctimas de estos flagelos, como la de todos los involucrados en estos procesos. Como contracara, el incumplimiento de dichas obligaciones además de profundizar la vulneración de los aludidos derechos traerá aparejada la responsabilidad internacional de los Estados<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> La urgencia en el texto del CH 1980 surge, entre otros, del art. 2º y del art. 11, se fija el plazo de 6 semanas para resolver la solicitud de restitución. En el ámbito de la CI la urgencia o principio celeridad se desprende especialmente del art. 11 que establece el plazo de 8 días para presentar la oposición fundamentada a la solicitud de restitución; del art. 12 que establece que luego de 60 días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente. Además, en el art. 10 se establece que, si fuere procedente, se deberá disponer “sin demora” la restitución. En el art. 13 se establece el plazo de 45 días calendario como tope para que se ordenen las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor desde que fuere recibida por la autoridad central requirente la resolución por la cual se dispone la entrega.

<sup>13</sup> Véase “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II Doc 4, 2007. Disponible en <http://www.cidh.org/pdf/%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf> al 22/7/2016.

<sup>14</sup> Entre estos se ha sostenido: “El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”, Caso “Fornerón e hija v. Argentina” 27/04/2012, Serie C No. 242, “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago”, 21/06/2002, Serie C No. 94, y “González Medina y familiares vs. República Dominicana”, 27/2/2012, Serie C No. 240. Para profundizar en estos estándares compulsar: ANDREU, Federico *et. al* (2014), en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, Alemania. Disponible en [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_38682-1522-4-30.pdf?140901164826](http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4-30.pdf?140901164826) al 4/6/2016.

<sup>15</sup> En el ámbito europeo ya se han presentado numerosos casos en los que se ha condenado a los Estados por este tipo de incumplimiento. A modo de ejemplo el Tribunal de Estrasburgo en el caso “Ferrari v. Rumania” (Application Nº 1714/2010), 28/4/2015, condenó a Rumania en la consideración que las demoras por parte de las autoridades rumanas que habían demorado 13 meses en resolver el pedido de restitución y, por lo tanto, no se había protegido el derecho a la vida familiar (art. 8º Convención Europea de Derechos Humanos). El niño había nacido en Argentina en el año 2005 y la retención en Rumania databa del año 2007. El padre pidió la restitución a la ciudad de Buenos Aires. Cabe además mencionar otros supuestos en que este Tribunal condenó a diversos países en razón de las demoras: “P.P. v Poland” (Application Nº 8677/03, 8/01/2008), en el que el regreso de los niños a Italia demoró 6 años desde el desplazamiento; caso “Iosub Caras v. Rumania” (Appli-

En definitiva, los Estados Parte del CH 1980 han asumido expresamente la obligación contenida en el art. 2º que expresa “Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para que se cumplan en su territorio los objetivos del Convenio”; en similar sentido en la CI se afirma que las autoridades adoptarán todas las medidas que sean necesarias para el pronto retorno del menor a su residencia habitual (art. 10).

No obstante, las demoras originadas en estos procedimientos han sido identificada como el principal problema de funcionamiento de estas Convenciones<sup>16</sup> que establecen plazos sumamente breves. Ello por cuanto el paso del tiempo repercute negativamente en la delicada situación en la que ya se encuentran los niños que han sido víctimas de un primer desplazamiento. Es decir, la demora en la resolución y ejecución de los casos, probablemente, conllevara a una inevitable integración del niño a la nueva residencia que deberá volver a modificarse una vez que se restablezcan los derechos de aquel. Así, sumado al primer desarraigo que ha sufrido el niño en estos cuadros se producirá uno nuevo consecuente de la consolidación de hecho de un nuevo centro de vida.

Estas demoras suelen tener origen en diversos momentos del procedimiento: cuando se produce prueba inconducente para dilucidar el interrogante en torno a la restitución —en este terreno deberá hallarse el justo balance entre el derecho de defensa en juicio de las partes y el marco restringido para probar estrictamente los extremos admitidos en las Convenciones en la materia—; cuando se abordan cuestiones que hacen al fondo del derecho de custodia, excluidas expresamente en las Convenciones (art. 16 CH 1980 y CI); cuando se admiten diversos niveles recursivos y la decisión es revisada por tres y hasta cuatro instancias<sup>17</sup>; cuando se cursan traslados por tiempos extensos considerando el con-

---

dition No 25437/08, 27/07/06) la Corte entendió se había violado el art. 8º de la Convención Europea puesto que el regreso había demorado 18 meses; “H.N. v. Poland” (Application Nº 77710/01, 13/9/2005), se ha interpretado que las medidas para asegurar la ejecución de las decisiones deben contemplarse con la urgencia que impone el art. 11 CH. Para ampliar se recomienda compulsar: WALKER, Lara y BEAUMONT, Paul, “Shifting the balance achieved by the Abduction Convention: The contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, en *Journal of Private International Law*, vol. 7, Nº 2, agosto 2011, pp. 231/249.

Hay casos que ya se han planteado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos especialmente atendiendo a las demoras de la justicia de nuestro país en esta materia: entre ellos, “Q., A. v. Argentina” Petición P 1212-12 (2012) y en el caso CSJN, 22/12/2015, “R., M. A. v. F., M. B. s/ Reintegro de hijo” en el que surge de la última resolución de la Corte Suprema que se ha denunciado al país ante la Comisión puesto que luego de cinco años desde que la Corte Suprema ordenara la inmediata restitución del niño a los EE.UU. aún no se había ejecutado.

<sup>16</sup> GOICOECHEA, Ignacio, “Derecho procesal de familia y funcionamiento de convenios internacionales” en DREYZIN DE KLOR, Adriana y ECHEGARAY de MOUSSION, Carlos E. (dirs.), *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, Córdoba, Advocatus, 2011, p. 192 especialmente nota 13.

<sup>17</sup> En algunos países incluso se recurren estas decisiones frente a Cortes Constitucionales. En estos casos puede suceder que se invada la materia que hace al fondo del derecho de custodia y, asimismo, que se pongan en juego otros aspectos tales como la posible contradicción entre las disposiciones o principios constitucionales del país con las metas de las Convenciones. Para ilustrar esta cuestión cabe aludir al caso “L.R.C., a favor de I.C.R., y E.C.R., contra el Juzgado de Niñez

texto propio de estos asuntos; cuando la demora se produce en la resolución de los casos; cuando se presenta la necesidad de volver a producir prueba en otras instancias judiciales en razón de las demoras acaecidas desde la prueba anteriormente producida en el expediente<sup>18</sup>; cuando se presentan complicaciones en la ejecución de las sentencias —tanto de tipo prácticas como la compra de pasajes, la organización del viaje de regreso, etc. como legales—, entre otros.

En este sentido es dable mencionar que, a nivel latinoamericano, desde la comunidad jurídica internacional se ha elaborado una Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños (Ley Modelo)<sup>19</sup> que recoge la trayectoria de la doctrina y la ju-

---

y Adolescencia y el Tribunal de Familia” fallado por la Sala Constitucional de la Corte de Justicia de Costa Rica el 17/5/2013, disponible en [www.incadat.com](http://www.incadat.com) HC/E/CR 1320. El supuesto concernía a dos niñas que habían sido desplazadas de Estados Unidos de América —lugar donde habían nacido— a Costa Rica. El padre solicitó la restitución. La madre se presentó ante el Registro Civil costarricense para inscribir a las niñas varios años después de su nacimiento. En primera instancia se ordenó la restitución, la decisión fue apelada por la madre. El Tribunal de Familia desestimó el recurso de apelación. La madre interpuso una acción de *habeas corpus* ante la Corte Suprema de Justicia y entre sus argumentos sostuvo que la restitución obligaba a las niñas, de nacionalidad costarricense, a salir del territorio nacional y separarse de su madre contra su voluntad expresa y que ello era contrario al art. 32 de la Constitución Política de Costa Rica, que dispone que no puede compelerse a un costarricense a abandonar el territorio nacional; por lo tanto, sostuvo que la restitución era manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño, plasmado en los arts. 20 CH 1980 y 25 CI. Finalmente, la apelación fue concedida y la restitución denegada el 17/5/2013. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia consideró que existían suficientes elementos que indicaban que las niñas habían desarrollado relaciones importantes a nivel educativo, familiar y social que les podían provocar una afectación seria, tomando en cuenta el art. 20 del CH 1980 y el principio del interés superior del menor derivado del art. 51 de la Constitución Política y del art. 3º de la Convención de Derechos del Niño.

<sup>18</sup> Puede advertirse en el caso CNCiv., sala B, 3/11/2014, “H. F. R. L. J. M. v. D.M.F. s/ restitución internacional de menores”, en la que la producción de prueba en primera y segunda instancia llevó a que se llegaran a decisiones opuestas en cada una de ellas, ambas debidamente fundadas. El caso ha sido comentado por TAGLE DE FERREYRA, Graciela, “¿Aplicar restrictivamente el art. 13 B) del Convenio de la Haya de 1980 equivale a no aplicarlo en ningún caso?”, en *Derecho de Familia*, 2015-III-24 (junio), Abeledo-Perrot; SCOTTI, Luciana B., “Rechazo de la restitución internacional de una niña en resguardo de su interés superior”, en *Derecho de Familia y de las Personas*, año VII, N° 6, La Ley, julio 2015, p. 99; GOICOECHEA, Ignacio y RUBAJA, Nieve, “Procedimiento de restitución internacional de niños:...” , cit.

<sup>19</sup> Esta Ley Modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. Se puede acceder su texto en [http://www.hcch.net/upload/iap28ml\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf), disponible al 27/7/2016. Para profundizar en el esquema que plantea la Ley se recomienda compulsar: LAJE, Rodrigo, “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de niños”, en SCOTTI, Luciana (dir.), *Restitución internacional de menores*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2014, p. 139 y ss.; NAJURIETA, María S., “El interés superior del niño a ser rápidamente restituido a su residencia habitual. Un nuevo aporte jurisprudencial en aplicación de la Convención de La Haya del 25/10/1980”, RDF 99-113, p. 110; GOICOECHEA, Ignacio, “Derecho procesal de familia y funcionamiento de convenios internacionales. El caso del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, en *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría*, San José (Costa Rica), Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 155 y ss.; RUBAJA, Nieve, *Derecho internacional privado de familia...* cit., p. 523; entre otros.

risprudencia de los Estados Parte en aplicación de las Convenciones y propone ciertos lineamientos para optimizar los procesos en la materia, especialmente en relación a su celeridad, y pone foco en los principios de inmediatez, concentración<sup>20</sup>, contradicción y en el derecho del niño a ser oído, entre otros. De a poco los países de la región van encaminándose a incorporar regulación de este tipo. La experiencia de algunos de ellos demuestra que de este modo se han logrado disminuir notablemente los tiempos y, a su vez, se ha coadyuvado a asegurar el cumplimiento de las demás metas convencionales; otros están en vías de elaborar y sancionar este tipo de regulación<sup>21</sup>.

En el caso de nuestro país la sanción de una ley para regular los procesos de restitución internacional de niños continúa siendo un gran desafío pendiente<sup>22</sup>. Resultará, además, un desafío a nivel local unificar estos procedimientos en todo el territorio nacional. Ello por cuanto el sistema federal plasmado constitucional-

<sup>20</sup> La concentración de jurisdicción ha devenido en una herramienta clave para conseguir mayor efectividad y especialidad en la aplicación de las Convenciones en materia de sustracción internacional de niños. Véase MC ELEAVY, “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention”, *Netherlands International Law Review*, 62(3), 365-405. 10.1007/s40802-015-0040-z, p. 372.

<sup>21</sup> Por ejemplo: Uruguay: Ley 18.895 “Restitución de personas es de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente”; en El Salvador, la nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Lepina (en vigencia desde el 16/4/2010 según Decreto Legislativo 839 del 26/3/2009) cuenta con un proceso abreviado —veinte días hábiles— que se ha aplicado a casos de restitución y ha permitido resolver procesos en plazos sumamente acotados. En Brasil, la Autoridad Central creó una comisión especial para discutir y elaborar un borrador de un proyecto de ley federal para establecer procedimientos y plazos para los pedidos de regreso y visitas. Hay otros países latinoamericanos con regulación en la especie, aunque anterior a la Ley Modelo: Chile (Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia del 3 de noviembre de 1998); República Dominicana (Resolución 480/2008 de la Suprema Corte de Justicia); y Panamá (Decreto Ejecutivo 222/2001). En cada caso debería reverse la efectividad que han surtido tales disposiciones a nivel interno, las características y tiempos actuales que caracterizan a los procesos de restitución internacional en esos países y la necesidad que traería adecuar sus legislaciones a la propuesta de la Ley Modelo en cada caso.

A nivel europeo el Reglamento (CE) 2201/2003 sobre Competencia, Reconocimiento y Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental del 27/11/03 regula estos procesos. Holanda lleva adelante un proceso de restitución que incluye una etapa de mediación y resuelve los casos dentro del plazo de 6 semanas que prevé la Convención. El ordenamiento jurídico español que ha logrado avanzar en este desafío mediante la Ley 15/2015 que entró en vigor el 20/8/2015. Para profundizar se recomienda compulsar: FORCADA MIRANDA, Francisco J., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, disponible en <http://www.millenniumdipr.com/ba-39-el-nuevo-proceso-espanol-de-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional-la-decidida-apuesta-por-la-celeridad-y-la-novedosa-circular-de-la-fiscalia-6-2015-parte-ii>, al 22/5/2016 y, FERNÁNDEZ DE ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Madrid, Civitas, 2016, p. 414.

<sup>22</sup> Recientemente ha perdido estado parlamentario un proyecto de ley titulado “Procedimiento para la aplicación de los Convenios sobre la restitución de niños y niñas y régimen de comunicación o contactos internacionales” Expediente: 5903-D-2014, Trámite Parlamentario n° 95 Fecha: 5/8/2014. El texto completo puede consultarse en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5903-D-2014>, disponible al 30/4/2015.

mente en la Argentina conlleva a que las cuestiones procesales deban ser reguladas por cada provincia, puesto que no se trata de funciones delegadas al Congreso Nacional<sup>23</sup>. Sumado a esta circunstancia, la gran extensión territorial puede implicar una traba ante la posibilidad de establecer una jurisdicción especial y con concentración, aunque esperamos que ello se logre, al menos, a nivel provincial, dadas las importantes ventajas que ello trae a la resolución de estos casos.

En relación con la fuente interna cabe mencionar que varias de las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial (CCyCN)<sup>24</sup> serán de gran utilidad en la resolución de casos en materia de restitución internacional de niños; sin embargo, lograr acortar los tiempos de los procesos continúa siendo una cuenta pendiente y la jurisprudencia nacional da cuenta de ello.

Proponemos, por tanto, a continuación profundizar sobre las nuevas disposiciones incorporadas en la fuente interna y analizar la jurisprudencia nacional, desde la entrada en vigor del nuevo Código, para detectar la aplicación de la nueva normativa y, a su vez, advertir si se han respetado los dos ejes o factores aquí aludidos.

## 2. DISPOSICIONES INCORPORADAS POR EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL QUE RESULTARÁN DE UTILIDAD EN PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

El CCyCN argentino ha incorporado un título relativo a las “*Disposiciones de Derecho internacional privado*”. Aquel está dividido en tres capítulos: disposiciones generales, jurisdicción internacional y parte especial. En el último de aquellos se incluyen 16 Secciones; la 8ª contiene un artículo referente a la restitución internacional de niños. Son numerosas las directivas que emanan de dicho artículo, sumadas a las otras disposiciones que también incidirán en este tipo de procesos.

Así, los aportes de la nueva legislación implicarán grandes ventajas en el abordaje de estas situaciones problemáticas y para los procesos en la especie, incluida la cooperación jurisdiccional tanto de forma anticipada al proceso, durante el mismo, como a los fines de la ejecución de las sentencias. Sin perjuicio de ello, seguirá resultando imprescindible contar con normativa que regule estos procedimientos a nivel nacional en aras de mejorar la celeridad en estos casos.

<sup>23</sup> En este sentido se ha sostenido que el CH 1980, conforme a la legislación vigente, tiene rango constitucional y que, por lo tanto, la obligación de dictar una ley de procedimiento es de cumplimiento ineludible para el Estado nacional que tiene la obligación de hacer cumplir este Convenio a todos los gobiernos provinciales, por eso es que debe legislarse de manera unificada sobre un tema de estricto interés federal. Luego, el procedimiento podrá ser reglamentado por cada una de las jurisdicciones provinciales, respetando el objetivo antes enunciado. TAGLE DE FERREYRA, Graciela, “Un proceso que requiere una legislación específica urgente”, SJA 2014/10/29-24; JA 2014-IV.

<sup>24</sup> El Código Civil y Comercial de la Nación fue aprobado el 1/10/2014 por ley 26.994 y entró en vigor el 1/8/2015 de conformidad con lo dispuesto por ley 27.077.

Entre las disposiciones que incorpora el CCyCN mencionaremos:

### 2.1. *El art. 2642: Principios generales y cooperación*

En el artículo se dispone: “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. El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña 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”<sup>25</sup>.

En vigencia del Código Civil el ordenamiento jurídico argentino carecía en su fuente interna de soluciones para casos de niños que habían sido desplazados a un Estado distinto del de su residencia habitual y a los fines de su reintegro<sup>26</sup>. Esta norma incorpora entonces una importante solución para los casos en la materia que vinculan a la Argentina con Estados que no son Parte en las Convenciones vigentes —o que exceden su marco de aplicación— e, incluso, aborda tanto los conflictos que generan el regreso seguro del niño al momento de ejecutar la orden de restitución como las medidas anticipadas o de protección que correspondan a estos supuestos en todos los casos.

<sup>25</sup> Las fuentes de la Sección son el CH 1980 y el documento de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado “Ejecución de órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980. Hacia principios de buenas prácticas”, 2006, puntos 1.3, 4, 5 y 6, conf. UZAL, María E., “Breve panorama de la reforma del Derecho Internacional Privado” en RIVERA, Julio (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 1196.

<sup>26</sup> Solo cabía recurrir a la aplicación del art. 276 CCiv. como a los instrumentos internacionales existentes relativos a medidas cautelares, en la medida que aquellos resulten aplicables por vincular a ambos Estados afectados en el caso concreto (a modo de ejemplo, la CIDIP II de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, ley 22.921. El art. 276 CCiv. contemplaba los supuestos de que los hijos dejen su hogar o que otros los retengan. En esos casos, se habilitaba a los padres a recurrir ante las autoridades públicas que presten asistencia para el reintegro al hogar, como a denunciar penalmente a los terceros retentores. Aunque dichas denuncias, en general, resultan desaconsejables ya que este proceder puede obstar a cualquier restitución voluntaria que siempre es la solución más efectiva, veloz y que menos consecuencias dañinas implican para todo el grupo familiar y especialmente para el niño afectado. Es más, la experiencia ha demostrado que la persecución penal siempre funciona como un obstáculo lo para la restitución. RUBAJA, Nieve, *Derecho internacional privado de familia...* cit., p. 455.

a) Aplicación de los principios generales y cooperación contemplados  
en la fuente convencional dentro y fuera de su ámbito de aplicación

La norma en su primera parte confirma la aplicación de la fuente convencional vigente<sup>27</sup>; extremo que resulta apropiado y lógico en sintonía con lo establecido en el art. 2594 CCyCN que reitera la supremacía de la fuente internacional. Sin embargo, su principal aporte es la extensión de la aplicación de los principios contenidos en tales Convenios a los casos que queden fuera del ámbito de aplicación de aquellos, con el recaudo de asegurar el interés superior del niño.

Es decir, se brinda una línea de solución a todos los casos que se presenten en la materia en nuestro país. Para los supuestos que excedan el marco de aplicación de estas Convenciones se asienta el deber de procurar la adaptación del caso a los principios contenidos en tales convenios, lo que sin lugar a dudas hace referencia tanto al *hard law* como al *soft law* emergente en la especie y resulta concordante con el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>28</sup> en relación a las pautas interpretativas de aquellos<sup>29</sup>. Ello implicará la posibilidad de revertir las situaciones creadas ilícitamente en cada caso y, a su vez, que todos los casos cuenten con gran parte de las bondades de estas Convenciones<sup>30</sup>. El único límite fijado por la norma para esta adaptación es el interés superior del niño que deberá ser captado en el contexto de la sustracción internacional de niños.

b) Regreso seguro del niño, niña o adolescente al Estado de su residencia  
habitual

El segundo párrafo contiene una disposición de tipo material en relación a la seguridad con que deberá efectuarse el regreso del niño, niña o adolescente

<sup>27</sup> Recordamos que, además de la CH 1980 y CI, se encuentra vigente también en nuestro país el Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay. En su ámbito de aplicación este Convenio se distingue de los anteriores por cuanto la calificación de “menor” se deja librada a la ley del Estado de la residencia habitual del niño (conf. art. 4º) y, por lo tanto, superará el límite de edad de 16 años fijados en el CH 1980 y la CI.

<sup>28</sup> Ley 19.865.

<sup>29</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había sacado provecho de la fuente de *soft law* en varias de sus sentencias en la materia — v.g. CSJN, 22/11/2011, “W.D. v. S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor”; CSJN, 22/8/2012, “G., P. C. v. H., S. M. s/ reintegro de hijo”; CSJN, 21/2/2013, “H.C.A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Sub directora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”; CSJN, 8/11/2011, “F. R., F. C. v. L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo”—. Ver: RUBAJA, Nieve, “Restitución internacional de niños” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (dirs.), *Máximos Precedentes. Derecho de Familia...* cit., p. 692 y ss.

<sup>30</sup> Sin perjuicio de ello, muchas otras virtudes no podrán verse reflejadas en estos casos sobre todo aquellas provenientes de la actuación de las Autoridades Centrales contempladas en los ámbitos convencionales. En definitiva, debe aspirarse a la mayor ratificación posible de los textos convencionales, máxime para que los Convenios resulten aplicables también en casos salientes con el resto de los países.

en la etapa de ejecución de la sentencia. Es decir, se establece el deber de la autoridad judicial competente de supervisar el regreso del niño al Estado de su residencia habitual anterior al desplazamiento. Se indica, además, que se deberán fomentar las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

En este contexto es dable mencionar que los Convenios de restitución internacional de niños carecen de disposiciones en relación a la ejecución de las decisiones. Sin embargo, a partir de las trabas existentes en el plano práctico en torno a la ejecución de las restituciones ordenadas judicialmente o pactadas por las partes, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se ha ocupado de ahondar en el tema, realizando distintos tipos de trabajos que dieron como resultado la elaboración de una *Guía de buenas prácticas (cuarta parte)*<sup>31</sup>. Este instrumento ofrece ciertas herramientas y sienta determinados principios en la búsqueda de soluciones en esta fase del procedimiento, para asegurar su efectividad y el cumplimiento de los objetivos convencionales.

En esta guía se resumen los factores que pueden demorar u obstaculizar la restitución de los niños, entre los cuales se destacan: la falta de detalles exactos en las órdenes respecto de la entrega o restitución de los niños; las demoras en la falta de respuesta entre las autoridades centrales y otras autoridades; la imposibilidad de que el progenitor ingrese al país de la residencia habitual al que tenga que retornar el niño —por ejemplo, por aspectos migratorios—; problemas de índole práctica, tales como los económicos en atención a los costos del traslado, alojamiento o asesoramiento legal en el otro Estado; etc.

Cabe especialmente considerar que la obligación de garantizar el regreso seguro del niño o niña en la etapa de ejecución se justifica, sobre todo, en aquellos casos en los que se ha alegado la excepción contenida en el art. 13.1 b) del CH. Es decir, cuando ha mediado cierto grado de incertidumbre con relación a si el niño sustraído podría verse expuesto a una situación de riesgo de violencia física o psíquica o intolerable, una vez que fuera restituido al Estado de su residencia habitual. Allí, pese a haber descartado la conformación de esta excepción respecto del principio restitutorio<sup>32</sup>, probablemente el juez requerido pretenda asegurar con el mayor grado asequible la situación en que quedará el niño una vez desplazado al Estado requirente, para lo que deberá contar con información

<sup>31</sup> Esta guía está disponible en español en <https://assets.hcch.net/upload/guide28enf-s.pdf>, al 20/7/2016.

<sup>32</sup> Cabe aquí recordar que Ley Modelo propone la “restitución segura” incluso cuando se configure esta excepción. Así, el art. 18.2 establece que no podrá denegarse la restitución basándose en la excepción contemplada en el art. 13 b), CH, y en el art. 11 b), CI, si se demuestra que se han adoptado medidas que garanticen la protección del niño tras la restitución. Esta solución también está prevista en el marco de la Comunidad Europea en el reglamento CE 2201/2003 del 27/11/2003 (publicado en DOUL, nro. 338, del 23/12/2003). La ley de procedimiento uruguayo también sigue este criterio. Puede verse su aplicación práctica en el caso “XX v. ZZ s/ reintegro de hijos”, Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno, 6/2/2015, disponible en [www.incadat.com](http://www.incadat.com), HC/E/UY 1322.

respecto de las medidas de protección con que cuenta aquel Estado y, en la medida de lo posible, organizarlas de manera conjunta. Además, factiblemente, el juez del Estado de refugio procurará conseguir un seguimiento del caso pese a que el niño ya no se encuentre en su territorio.

Entre las recomendaciones o sugerencias que se efectúan para efectivizar apropiadamente la orden de restitución, en la Guía se prioriza la escucha de las propuestas que puedan efectuar las partes y se exhorta a los tribunales a que inviten a las partes a realizar estas propuestas y, si fuera posible, a efectuar conjuntamente los arreglos prácticos que se incorporarán a la orden de restitución (punto 4.3). Además, se promueve el cumplimiento voluntario y, en atención a los beneficios que traen aparejados los acuerdos amigables, se promueve la mediación u otra forma de acuerdo voluntario, sin perjuicio de la obligación primordial de evitar demoras indebidas en el litigio (punto 5.1).

Además, se recomienda que: en todas las circunstancias, salvo las excepcionales, la orden deberá requerir la restitución inmediata del niño, ya que las demoras pueden causarle más daño y confusión al niño y darle al progenitor sustractor la oportunidad de sustraerlo nuevamente (punto 4.1.); que al emitir una orden de restitución, el tribunal deberá hacerlo en la forma más detallada y específica posible, incluyendo los datos prácticos de la restitución y las medidas coercitivas que se aplicarán en caso de ser necesario (punto 4.2.); e, incluso, se sugiere que el tribunal considere incluir en la orden de restitución una escala jerárquica de diferentes opciones (punto 4.4).

Es en esta inteligencia que el segundo párrafo del art. 2642 prioriza la posibilidad de llegar a un acuerdo voluntario para el cumplimiento de la orden de restitución —que podría incluir compromisos por parte de los padres del niño de que se trate en relación a las futuras visitas, compra de pasajes aéreos, condiciones de vivienda en el otro Estado, etc.— y, en consecuencia, el juez procurará que el reintegro se realice garantizando la seguridad del niño.

A tales fines será muy provechoso recurrir a la figura de las comunicaciones judiciales directas entre las autoridades de los Estados requirente y requerido puesto que incrementarán la seguridad y previsibilidad del escenario posterior a la restitución; asimismo, posibilitarán el intercambio de información pertinente en relación a las medidas que podrían tomarse una vez efectuado el regreso, tanto respecto del cuidado del niño, de la protección de su integridad o su salud, como de la asistencia a sus progenitores y de las garantías en relación al contacto con el padre sustractor, entre otros<sup>33</sup>.

Hemos sostenido que el empleo de este recurso —las comunicaciones judiciales directas— conformará un tramado conjunto que responde a la responsa-

<sup>33</sup> Así se podrán coordinar “órdenes espejo”, que son aquellas dictadas por los tribunales del Estado requirente en forma idéntica o similar a una orden dictada en el Estado requerido tendiente a la protección del niño a restituir; u órdenes de “puerto seguro”, que son las que intentan asegurar ciertas condiciones al arribo de las partes en el Estado requirente; entre otras. Contempladas en la *Guía de Buenas prácticas, cuara parte*.

bilidad de ambos Estados sobre el niño: el juez del Estado requerido obtiene la seguridad suficiente para efectivizar la restitución; igualmente, su intervención importa una colaboración fundamental respecto del juez del Estado requirente ya que posibilitará una mejor captación del contexto u escenario en cada caso y conllevará a una apropiada protección del niño que será restituido. Máxime teniendo en cuenta que en estos asuntos se encuentra asumida la competencia de la autoridad correspondiente del Estado de la residencia habitual del niño para resolver el fondo de la custodia (conf. art. 16). De este modo se cumplirán los objetivos convencionales pero, primordialmente, en cada caso se concretarán los derechos fundamentales y el interés superior de cada niño o niña que se vieron envueltos en estas problemáticas<sup>34</sup>.

En la etapa de ejecución también resultará de suma trascendencia la colaboración que deben brindar las autoridades centrales. En el art. 7° del CH 1980 se enumeran las distintas obligaciones a cargo de estas autoridades, tanto en relación con el deber de cooperar entre sí, como con las autoridades competentes; entre aquellas, varias atañen especialmente a esta etapa de los procedimientos. Así se establece que deberán: prevenir que el niño no sufra mayores daños, para lo que adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales, inc. b); alentar y garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable, inc. c); promover el intercambio de información general sobre la legislación del país en aplicación de la Convención, inc. d); facilitar la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado, inc. g); garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución sin peligro, inc. h)<sup>35</sup>.

### c) Medidas anticipadas de protección

Por último, en el tercer párrafo del art. 2642, se admite la posibilidad de disponer medidas anticipadas frente al inminente ingreso de un niño o adolescente al país cuyos derechos puedan verse amenazados, ya sea a pedido de parte legitimada o por requerimiento de autoridad competente extranjera.

La disposición no especifica las medidas a ordenar, lo que dependerá de la creatividad de los jueces en función de las particularidades del caso. Ellas podrían comprender la retención de los pasaportes, el apersonamiento ante una dependencia policial del adulto responsable, la fijación del domicilio en el que

<sup>34</sup> RUBAJA, Nieve, “La estabilidad del niño y de los vínculos con sus progenitores luego de emitida la orden de restitución. Recursos judiciales disponibles”, *Revista de Derecho de Familia*, Jurisprudencia, N° 59, Buenos Aires, Abeledo Perrot, mayo 2013, pp. 99/110.

<sup>35</sup> Todas las obligaciones han sido abordadas, explicadas e interpretadas en la *Guía de buenas prácticas, primera parte*, (disponible en [www.hcch.net](http://www.hcch.net)) con la finalidad de aclarar sus extremos y optimizar el rendimiento de la intervención de estas autoridades. Esta doctrina ha sido tomada, referida de manera expresa y aplicada en reiteradas oportunidades, por nuestra Corte Suprema. Así, se ha instado la cooperación de nuestra y de otras autoridades centrales para concretar la restitución de un modo seguro y con el menor impacto para los niños. Ver nota 30.

deberá residir transitoriamente el niño en nuestro país, la custodia policial —si el caso lo requiriera—, entre otras.

Tales medidas también pueden contemplar, si correspondiera, la protección del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente.

Si bien el artículo requiere la petición de parte legitimada o requerimiento de autoridad competente debe atenderse a lo dispuesto por los arts. 2603 y 2641 CCyCN, puesto que de ellos se desprende la posibilidad de que la autoridad competente en el país disponga las medidas urgentes que considere pertinente —incluso si no mediara tal petición— para asegurar su protección. En esta especie, hasta tanto se defina si se trata de un supuesto de restitución internacional de niños o no.

Cabe, en este contexto, aludir a lo dispuesto al CH 1996 que refuerza estos criterios; así, en el art. 7.3 se establece que las autoridades del Estado contratante al que el niño ha sido desplazado o donde se encuentra retenido solamente pueden tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño, de acuerdo con el art. 11<sup>36</sup>.

## *2.2. Otras disposiciones relevantes en materia de restitución internacional de niños*

El art. 2614 mediante una norma de tipo material contiene la calificación del domicilio de las personas menores de edad. En el último párrafo, se refuerzan los parámetros establecidos convencionalmente en esta materia cuando dispone que “...los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente”<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> En el art. 11.1. se establece que en caso de urgencias son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan. En el art. 11.2. se dispone que las medidas de este tipo que fueran adoptadas respecto de un niño que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante dejarán de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los arts. 5° a 10 adopten las medidas exigidas por la situación. De este modo, se atiende a la urgencia de la situación pero se respeta la prioridad respecto a los criterios de atribución de jurisdicción previstos en el propio Convenio. Asimismo, en el art. 11.3. se indica que si el niño tuviera su residencia habitual en un Estado no contratante las medidas adoptadas dejarán de tener efecto en todo Estado contratante desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconocen en dicho Estado contratante. Puede advertirse que se procura proteger a todos los niños, tengan o no su residencia habitual en un Estado Parte, ya que tal protección finaliza cuando la medida de protección que toman las autoridades competentes surtan efectividad en el lugar donde se presenta la urgencia.

<sup>37</sup> Nótese que en esta inteligencia en el CH 1996 el art. 7° se refiere a estas situaciones y establece la competencia para entender en la cuestión de fondo de las autoridades del Estado donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes del desplazamiento o retención. Asimismo, que esas autoridades conservarán la competencia hasta: el momento en que el niño adquiera una residencia habitual en otro Estado y quien detente la guarda acceda a tal situación; o, transcurra un período de al menos un año sin que quien detente la guarda solicite la restitución del niño y este se hubiera integrado a su nuevo medio.

Es decir que se procura prevenir que en estas situaciones los sustractores cambien la jurisdicción unilateralmente a los fines de obtener una decisión judicial respecto del fondo de la custodia; situación que resulta acorde a las previsiones convencionales<sup>38</sup>.

Por su parte el art. 2611 incorpora expresamente el deber de brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral, más allá de las obligaciones que surjan en tal sentido de los marcos convencionales vigentes. La norma impone el deber de brindar cooperación de manera “amplia” de modo que abarcará tanto los actos que resulten necesarios en torno a cuestiones procesales como aquellos que estén orientados a cierta finalidad de tipo material y que permitirán realizar derechos fundamentales (por ejemplo, para la protección de niños)<sup>39</sup>. En definitiva, el deber de cooperación de los jueces o autoridades que intervengan en estos asuntos abarcará todo lo que exceda el marco de cooperación en la especie contenido en las Convenciones vigentes y/o en el art. 2642<sup>40</sup>.

También cabe hacer referencia al art. 2612 que en su primera parte dispone: “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso...”. Los recaudos son claros, la forma no está establecida por lo que quedará librado a la discrecionalidad del juez y a las prácticas de los diferentes Estados (probablemente, al momento, la videoconferencia sea una de las formas más útiles).

La posibilidad que las autoridades de los Estados requirente y requerido mantengan este tipo de comunicaciones pueden traer aparejadas numerosas ventajas en las diversas instancias de estos procedimientos, ya sea: para conocer aspectos del derecho del Estado de la residencia habitual anterior al traslado o retención para evaluar la licitud o no del desplazamiento; para conocer aspectos del vínculo o procedimientos que se hayan ventilado en el otro Estado en

<sup>38</sup> Además, nótese que del art. 2639 puede deducirse que tanto la jurisdicción internacional como el derecho aplicable en relación con la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. Ver RUBAJA, Nieve, comentarios a la Sección 7ª del Título IV Disposiciones de Derecho internacional privado en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 903 y ss.

<sup>39</sup> RUBAJA, Nieve, comentario al Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 2601 a 2612 y 2621 a 2642, INFOJUS, 2015, en prensa.

<sup>40</sup> Aunque la norma no lo diga expresamente se debe entender que el límite al deber de prestar dicha asistencia es el orden público internacional argentino, correspondiendo analizar su posible violación (o incompatibilidad) de manera restrictiva y proporcionalmente a la amplitud que establece la norma. IUD, Carolina y RUBAJA, Nieve, “Algunas herramientas para mejorar el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino”, en *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, Asunción, CEDEP-ASADIP y Mizrahi & Pujol, libro de las Jornadas Asadip, 2015, p. 242.

relación a la integridad del niño, posibles abusos o violencia; para asegurar los extremos necesarios para concretar la restitución, la estabilidad del niño y de los vínculos con sus progenitores; entre otros<sup>41</sup>. En definitiva, para garantizar la efectividad de los objetivos convencionales y el interés superior del niño de que se trate.

Esta posibilidad es una extensión del principio de cooperación que debe primar y que resulta esencial en estos procedimientos.

Así, aunque las comunicaciones judiciales directas no fueron incluidas en la Sección 8<sup>a</sup>, entendemos que los casos de restitución internacional de niños son urgentes por definición, tanto porque se trata de encausar los derechos fundamentales de los niños que han sido conculcados por decisión unilateral de uno de sus padres como por la condición de vulnerabilidad de aquellos, sumada a la internacionalidad de los supuestos; es decir, se cumplirá con la directiva del art. 2612 que establece “*cuando la situación lo requiera*”.

De este modo, además de encontrarse habilitado este recurso por el principio de cooperación y de los principios que emanan del *soft law* en la especie; el ordenamiento jurídico expresamente autoriza su empleo mediante el art. 2612 CCyCN.

Finalmente, y sin perjuicio de que las Convenciones vigentes en la materia contienen una expresa prohibición en relación a la exigencia de fianza, depósito o caución para garantizar el pago de costas y gastos en los procedimientos judiciales o administrativos (arts. 22 CH 1980 y 23 CI), resulta pertinente mencionar la disposición contenida en el art. 2610 referente a la igualdad de trato: “Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina. Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado. La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo con las leyes de un Estado extranjero”.

El Código Civil carecía de una norma que incluyera una disposición que garantizara el derecho de acceso a la justicia de los extranjeros en el proceso, aunque este principio se encontraba contemplado en de la fuente convencional

<sup>41</sup> Para un análisis en profundidad de las particularidades y posibilidades que ofrece el recurso a las comunicaciones judiciales directas se recomienda compulsar el documento “Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya” elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado disponible en [http://www.hcch.net/upload/brochure\\_djc\\_es.pdf](http://www.hcch.net/upload/brochure_djc_es.pdf), al 21/9/2015. Para profundizar sobre este y otros recursos que ha desarrollado la comunidad jurídica internacional se recomienda compulsar: GOICOECHEA, Ignacio, “Los nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial”, en *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción (Paraguay), CEDEP, 2013, pp. 475/496.

vigente en el Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, Las Leñas, arts. 3° y 4°, y en la Convención sobre procedimiento civil, La Haya, art. 17<sup>42</sup>, que sirvieron de fuente al mencionado artículo. Asimismo, el principio emana de diversos tratados de derechos humanos como de la propia Constitución Nacional.

En definitiva, mediante esta disposición se garantiza el derecho de acceso a la jurisdicción en nuestro país de forma igualitaria para ciudadanos y residentes argentinos como para extranjeros. A tales fines se prohíbe la fijación de cualquier tipo de caución o fianza —con una calificación amplia puesto que se apunta a su implicancia y no a su denominación— basada en la calidad de argentino o extranjero de quien pretenda acceder a la jurisdicción<sup>43</sup>.

Consideramos que la reforma introducida en el Código de fondo resulta sumamente útil y apropiada y que coadyuvará en gran medida en el restablecimiento de los derechos de los niños víctimas de estos flagelos; sin embargo, reiteramos que estimamos que continúa pendiente la deuda en relación a una regulación de tipo procesal.

### *3. LA EXPERIENCIA NACIONAL A PARTIR DE LOS ÚLTIMOS CASOS FALLADOS EN LA MATERIA A NIVEL NACIONAL*

A continuación analizaremos varios casos fallados por nuestros tribunales desde la sanción del nuevo CCyCN en los que podrá advertirse que, sin perjuicio que en todos ellos resultaba aplicable la fuente internacional vigente, se ha hecho referencia a las nuevas disposiciones introducidas en la fuente interna. Asimismo, estos fallos permiten apreciar que el primero de los ejes aludidos —el foco específico consecuente del acotado marco de conocimiento que ofrecen los mecanismos de restitución diseñados internacionalmente— es respetado cada vez más con un fuerte sustento en los estándares que surgen de doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. Sin embargo, quedará en evidencia el incumplimiento en relación al segundo de los ejes a los que hiciéramos referencia: la prontitud, urgencia y celeridad con la que deben ser resueltos estos casos. Este desafío no resulta novedoso aunque indudablemente sigue siendo actual.

<sup>42</sup> Otros instrumentos también contemplan este principio en materias específicas: ej. la Convención Interamericana sobre las obligaciones alimentarias (art. 14); la Convención de Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución en el extranjero de la obligación de prestar alimentos, Nueva York, 1956 (arts. 9.1 y 9.2).

<sup>43</sup> Es dable mencionar que, además, para cumplir con lo dispuesto en el art. 25 CH y 23 CI que promueven la gratuidad de los procesos y, a los fines de atender con mayor especialidad en la materia se ha concentrado la intervención del Ministerio Público para la asistencia jurídica de personas residentes en el extranjero que deseen iniciar acciones en tribunales de la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, tanto en el marco de CH 1980 como de la CI, en un Equipo de Trabajo que actúa con suma experticia en estos asuntos (conf. resolución DGN 643/08).

3.1. *Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Familia, sala I,  
del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, 12/8/2015,  
“R. C. A. E. v. G. A. A. s/ exhortos y oficios”<sup>44</sup>*

En la primera instancia se había rechazado el pedido de restitución internacional de una niña que había sido desplazada a nuestro país por su padre desde el Paraguay, sin la autorización materna. La Defensoría Oficial interviniente apeló la decisión.

La Cámara de Apelación estimó que el traslado había sido ilícito —surge de la sentencia que los padres habían tramitado su divorcio en la Argentina y que habían convenido que la niña residiría en Paraguay con su madre— y confirmó la decisión de la anterior instancia considerando que: a) se había acreditado el “grave riesgo” que requiere el art. 13.1.b del CH 1980 y el art. 11.b. de la Convención Interamericana; y b) se configuraba la excepción que atendía a la oposición de la niña a su retorno, arts. 13.2. CH y 11 CI.

Para ello se atendió especialmente a los informes periciales realizados en ambas instancias, las aclaraciones y ampliaciones solicitadas por la parte y por el Tribunal al experto. Según surge de la sentencia se le requirió al experto que explique si la eventual restitución podría configurar un grave riesgo para la integridad física y psíquica de la niña. Entre los fundamentos sostenidos por el experto destacaremos: “En el actual estado de situación de la conflictiva resulta riesgoso para la integridad psíquica de la niña ‘una eventual restitución’”; “Demandaría de un trabajo de revinculación previo...”; “En el marco discursivo actual el eventual regreso al Estado requirente, en caso de realizarse en compañía de su padre implicaría un marco de contención que posiblemente favorezca el posicionamiento de L.”. Al respecto cabe señalar lo acertado de lo requerido al experto teniendo en miras el acotado ámbito de aplicación material de las convenciones en la especie en el que el juzgador debe limitarse a responder el interrogante en torno a la restitución atendiendo al mejor interés del niño y no abordar la cuestión de fondo de la custodia. No delinear la labor que deben llevar adelante los auxiliares de la justicia —que habitualmente asisten al juez en casos de custodia de fondo (responsabilidad parental, cuidado personal)— puede conllevar a que se produzca prueba innecesaria a los fines de los procesos de restitución y, paralelamente, a que se produzcan importantes dilaciones. Luego, la autoridad competente evaluará la respuesta a la solicitud considerando las apreciaciones que efectúen los expertos. Es decir, se deberá establecer si con ellas se considera configurada la excepción de “grave riesgo” o si resultan óbice para atender al regreso seguro del niño y a las condiciones óptimas para asegurar tal extremo.

En definitiva, la celeridad que requiere este tipo de procesos para que la restitución opere prontamente —a fin de evitar secuelas en el niño— debe también alcanzarse en la producción de la prueba.

<sup>44</sup> Disponible en [www.colectivoderechofamilia.com](http://www.colectivoderechofamilia.com), al 22/7/2016.

Al analizar la excepción que atendía a la oposición de la niña a su regreso, el Tribunal advirtió que tanto de los informes periciales, en los que se sostuvo que la niña “Manifiesta su temor de regresar con su mamá y se angustia y llora al mencionar a G...” y “A L. la atemoriza el posible regreso al Paraguay”, como de las expresiones de la niña ante el Tribunal debía atenderse a que aquella contaba con ocho (8) años de edad y con capacidad y madurez suficiente para manifestar su intención de no regresar a Paraguay y residir en ese país. Por lo tanto, se concluyó que se configuraba la oposición de aquella a su regreso. En esta última cuestión se tuvo especialmente en cuenta el concepto de autonomía progresiva de la persona menor de edad —con particular referencia al art. 26 del CCyCN— y la necesidad de escucharlo en toda cuestión que lo involucre, art. 12 CDN.

Puede apreciarse que para interpretar ambas excepciones se siguieron los lineamientos tanto de la Suprema Corte Provincial como la Nacional. Asimismo, el Tribunal hizo alusión al nuevo art. 2642.

### 3.2. *Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 27/10/15, “S. A. R. U. S/ restitución internacional”<sup>45</sup>*

En primera instancia se había ordenado la restitución del niño sustraído al Paraguay. Surge de la sentencia que el pedido de restitución había sido reiterado por la autoridad judicial paraguaya —a solicitud del padre— con fecha 25/10/2011, 9/10/2012 y 16/9/2013 y que fue en esta última oportunidad en la que el magistrado cambió de opinión y ordenó la restitución.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones rechazó la restitución. En la decisión se tuvieron en consideración los estándares establecidos por la Corte Suprema en esta materia, según los cuales: las excepciones a la restitución internacional de niños planteadas al amparo del CH 1980 deben interpretarse restrictivamente; la integración del niño en el medio no constituye causal autónoma de oposición; la justicia no debe amparar a los progenitores que recurren a vías de hecho; y, el incumplimiento de los tratados internacionales podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado. Además, se consideró el carácter no vinculante de la opinión del niño, así como el hecho de que esta se había emitido tras tres años de convivencia con su madre y su nueva familia y que el mantenimiento de contactos con su padre habían sido meramente esporádicos. Finalmente, se estimó que se configuraba la excepción de “grave riesgo”<sup>46</sup> y la oposición del niño a regresar —que ya contaba con 13 años al momento de la decisión— por lo que se rechazó la restitución.

<sup>45</sup> Disponible en [www.colectivoderechofamilia.com](http://www.colectivoderechofamilia.com), al 22/7/2016.

<sup>46</sup> Puesto que se consideró el peligro físico al que se sometería al niño de mantenerse la orden de restitución dictada en la instancia anterior, que surgía sin hesitación, de las reiteradas manifestaciones por él vertidas en torno a los maltratos que sufría por parte de su abuela paterna y a la actitud pasiva que al respecto asumía su progenitor. Además, se estimó: “...(el niño) sería co-

Sostiene acertadamente el tribunal: “Tanto interés se advierte en que un menor sustraído o retenido ilícitamente sea restituido al país de residencia habitual cuando se reúnan los recaudos al efecto, como en que ese mismo menor permanezca en el país de abrigo cuando se verifican circunstancias de hecho que así lo aconsejen, al amparo de las excepciones legales precisamente previstas al efecto, que también son producto de un estado uniforme de conciencia jurídica internacional. Para el Estado requerido, cumplir la normativa internacional no es solo aplicar lo pautado como regla, sino también lo estatuido como excepción”.

Además, el Tribunal advirtió las demoras que se habían presentado en el caso: el niño había vivido 4 años en nuestro país desde el desplazamiento ilícito hasta la decisión definitiva; había ratificado 6 veces a lo largo del procedimiento lo sostenido por su madre en relación a los malos tratos recibidos de su abuela paterna y la actitud pasiva y promotora del padre; se le practicaron 4 pericias psicológicas y 3 informes ambientales. Por ello, se sostuvo que “La demora en la adopción de una decisión definitiva sobre la restitución solicitada, mediante el intento de modificar el criterio del Tribunal requirente, solo ha tenido por resultado alargar innecesariamente un proceso que por su naturaleza debe ser expedito, sometiendo al niño y a sus progenitores a una incertidumbre nociva para sus legítimos intereses y conduciendo el proceso a un punto en el que ya, de todos modos, no hubiera sido posible restituir al niño sin un grave daño a su existencia vital. (...)La situación por la que atravesó el menor durante todo ese período, sintiendo amenazado su *statu quo* (siendo sometido a cinco audiencias, cuatro pericias psicológicas y tres informes socioambientales) pudo evitarse”.

Sin perjuicio de la decisión que hubiera adoptado la Cámara, es decir incluso si hubiera ordenado la restitución, creemos que la falta de celeridad en la resolución de este caso afectó el interés superior del niño y, sin lugar a dudas, conllevó al incumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente. Ello por cuanto, por un lado, la falta de razonabilidad en el tiempo en que se responde a estos planteos no debería ser la vía para legitimar el desplazamiento ilícito que da lugar al proceso. La consolidación de un obrar ilícito a raíz de la excesiva dilación por parte de nuestros tribunales ya fue advertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fornerón e hija v. Argentina”, del 27/4/2012. Por otro lado, el mecanismo diseñado en las convenciones parte de una inmediatez entre el desplazamiento y la restitución, por lo que prolongar el plazo entre estos dos eventos vulnera los derechos que se pretenden proteger

---

locado en una situación de exposición a un peligro psíquico definiéndose este en una posibilidad de desorganización de su estructura y sin olvidar, que la enfermedad ya padecida (en referencia a la parálisis facial) fue tratada psicósomáticamente, es decir que frente a situaciones que lo superan, si bien mantiene su grado de madurez, se expone a que los conflictos presentes puedan ser trasladados en lo físico”.

y genera secuelas que agravan la situación del niño que ya es víctima de un primer flagelo.

Por último, sin perjuicio que el caso se resolvió por el marco jurídico correspondiente —fuente internacional— se alude en la sentencia al nuevo art. 2642.

3.3. *Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala Primera, 3/12/2015, “G. L. EN J° 13-00704210-2 (010302-50720) G. L. por su hijo T. G. P. por restitución s/ familia p/ rec.ext.de inconstit-casación”*<sup>47</sup>

El caso se suscitó a raíz del desplazamiento ilícito de un niño de 3 años de edad desde Italia a la Argentina por su madre en agosto de 2009. En diciembre de ese año la Autoridad Central argentina le encomendó al Departamento de Cooperación Internacional de la Suprema Corte de Mendoza, la radicación del proceso ante los jueces con competencia en la localidad de Godoy Cruz, donde el niño se encontraría residiendo junto a su madre, a fin de que estos dispongan sin demora su restitución a su lugar de residencia habitual en Italia. El 10/3/2014 se dictó sentencia rechazando el pedido de restitución con el fundamento que ese era el interés superior del niño ya que había pasado la mayor parte de su vida en Mendoza con su madre. La sentencia fue apelada y confirmada por la Segunda Cámara Civil de Apelaciones. La Cámara destacó que la decisión la tenía que tomar en febrero de 2015, cinco años después de que el niño viviera en la Argentina.

La Corte provincial, para tratar el recurso de casación analiza la normativa internacional a partir de los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la nueva fuente interna contenida en el CCyCN (arts. 2614 y 2642). Así se consideró que había mediado un traslado ilícito<sup>48</sup>. Además, se concluyó que la integración del niño al nuevo medio no constituía un motivo autónomo de excepción dado que la solicitud de restitución había sido promovida antes del año a contar desde el desplazamiento, conf. art. 12 CH 1980<sup>49</sup>. En relación a la excepción de “grave riesgo” (prevista por el CH 1980 art. 13.1.b) se estimó que no se configuraba en el caso. Asimismo, a partir de los informes periciales se sostuvo que la opinión del niño no era autónoma ni independiente a los fines de evaluar su oposición a la restitución. Tampoco la madre del niño había invocado ni probado la existencia de algún motivo por el

<sup>47</sup> El recurso extraordinario fue presentado el 28/12/2015. Disponible en [www.colectivo-derechofamilia.com](http://www.colectivo-derechofamilia.com), al 22/7/2016.

<sup>48</sup> Para ello también se consulta el Código Civil italiano, tal como indican las convenciones en la especie.

<sup>49</sup> Recuérdese que el art. 12 del CH establece que aún después de que hubiera transcurrido el plazo de un año desde que se produjo el desplazamiento ilícito hasta la solicitud de restitución se deberá ordenar la restitución del niño salvo que quede demostrado que el niño ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

cual no pudiera volver a Italia para estar con su hijo y discutir allí, ante la justicia competente, todo lo relativo al cuidado personal.

En relación con las demoras judiciales se sostuvo que “El aparato judicial actuó con poca celeridad y, la dinámica procesal desplegada por la madre y sus abogados, permitió alargar una situación de hecho que debió ser resuelta con urgencia” y que “Penosamente, el más perjudicado es un pobre niño, víctima de la pelea de los adultos...”. Sin embargo, la Corte estimó que el paso del tiempo no había sido un factor decisivo en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que se trataba de situaciones que “deberían ser resueltas con un alto grado de urgencia, no solo para la protección de los niños involucrados, sino también para no generar responsabilidad del Estado por la falta de razonabilidad en el tiempo que demanda la efectivización de los derechos afectados” aludiendo a tales efectos a los precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos y al renombrado caso “Fornerón e hija v. Argentina”, del 27/4/2012, fallado por la Corte Interamericana.

En definitiva, se ordenó la restitución. A los fines de adoptar medidas para efectivizar la decisión se tuvieron en especial consideración: la *Guía de Buenas Prácticas, cuarta parte*; los lineamientos que la Corte Suprema ha ido elaborando en sus resoluciones; y, las facultades que el nuevo art. 2642 CCyCN confiere a los jueces. Por ello: a) se exhortó a los padres a colaborar en el cumplimiento de la sentencia; b) se requirió a las Autoridades Centrales —nacional y provincial— para que brinden toda la asistencia que sea posible, jurídica, financiera y social, a los fines del urgente cumplimiento de la decisión y la coordinación necesaria con la autoridad competente extranjera.

### 3.4. CSJN, 22/12/2015, “R., M. A. vs. F., M. B. s/ Reintegro de hijo”

En diciembre de 2010 la Corte Suprema ya había entendido en el caso y había ordenado la restitución del niño a los Estados Unidos de América cuando el niño tenía un poco más de dos años<sup>50</sup>.

Sin embargo, el padre se presentó ante la Corte en esta nueva oportunidad y formuló algunas consideraciones acerca de la actuación de la magistrada de grado, de las vicisitudes que se suscitaron en el trámite del asunto y de la conducta de la progenitora.

La Corte decidió entender en el caso, pese a la consideración de que la cuestión planteada no constituía ninguno de los casos que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la CN y en las leyes que los reglamentan, ha-

<sup>50</sup> CSJN, “R., M. A. v. F., M. B. s/ reintegro de hijo”, 21/12/2010, Fallos Corte 333:2396, Cita online: AR/JUR/81562/2010. Publicado en LL 11/1/2011, 4. Comentado en La Ley DFyP //2011 (enero 55 con nota de URBANIC DE BAXTER, Mónica, DJ 30/3/2011, 31, LL 31/5/2011, 7 con nota de RAYA DE VERA, Eloisa, Buenos Aires, LL 2011-C-412 con nota de RAYA DE VERA, Eloisa, DFyP 2011 (junio), 90 con nota de YUBA, Gabriela, JA III-585 y en RUBAJA, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia...*, cit., p. 503.

bilitaban su jurisdicción. Así, atendiendo a la entidad de los derechos en juego, al estado del trámite del proceso y al compromiso internacional asumido por el Estado Nacional en la materia, la Corte entendió que correspondía exhortar a la magistrada de grado a adoptar, de manera urgente y dentro de plazos breves y perentorios, las medidas tendientes a hacer posible el cumplimiento de la sentencia de restitución. A los efectos de determinar estas medidas se consideró especialmente que en febrero de 2011 se había celebrado una audiencia ante la jueza de primera instancia con participación de ambos progenitores, del Defensor de Menores y del representante del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en la que se había llegado a un acuerdo sobre el modo en que se llevaría a cabo la restitución del niño y los trámites y requisitos que debían cumplirse para que el retorno fuera seguro. Además, se contemplaron una serie de hechos relevantes tales como: a) la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia había otorgado a la madre un subsidio económico y le había sido dada una visa de ingreso a los Estados Unidos de América con vencimiento en el mes de abril de 2013, pero discordancias acerca del alcance de dichos beneficios llevaron a que la magistrada tuviera por no cumplidas las condiciones acordadas para el retorno del niño; b) la madre había solicitado un pedido de protección internacional como refugiado a favor del niño en los términos de la ley 26.165 que había sido desestimado; c) la madre, paralelamente al trámite de ejecución, había promovido un reclamo ante la jurisdicción extranjera competente por paternidad, alimentos y custodia del niño, proceso en el que el padre reconvinó. En dicha causa, finalmente, por incomparecencia de aquella junto a su hijo a la audiencia fijada y por no haber demostrado capacidad ni predisposición para promover una relación estrecha y continua entre el progenitor y el niño, se le había otorgado la custodia exclusiva al padre y se la declaró en desacato de los fallos de ese tribunal; d) ambos progenitores informaron sobre la existencia de una orden federal por el delito de secuestro internacional parental contra la madre y la intervención del FBI, hecho que dio lugar a un proceso penal de extradición en nuestro país, respecto del cual se desconocía su estado; e) el padre puso en conocimiento de la magistrada la denuncia formulada por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Argentino por retardo o denegación de justicia; f) finalmente, se consideró en particular la relación parental entre padre e hijo que, a lo largo de su corta vida, había sido prácticamente inexistente. Mediante este último argumento se introdujo una importante cuestión en torno al concepto del “interés superior del niño” en este contexto.

Para ello, en los considerandos 9º y 10º, la Corte reiteró la doctrina sentada por aquella en esta cuestión según la cual no existe contradicción entre el CH 1980 y la CDN, y que el primero de ellos parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. Además, se destacaron las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado argentino y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse las excepciones en los procesos de restitución, entre otros.

Sin embargo, la Corte entendió que correspondía apreciar sobre la base de la realidad fáctica si la ejecución, sin más, de la decisión de restituir de manera inmediata al niño respetaba el mencionado interés superior y concluyó que no podía cumplirse ya con la restitución inmediata, so pena de colocar al niño en situación de vulnerabilidad que los tribunales de justicia no deben admitir<sup>51</sup>.

Así, en función de lo dispuesto en el art. 2642 CCyCN, y de forma previa al retorno, la Corte exhortó a la magistrada de grado para que en un mes: a) arbitrara las medidas urgentes y necesarias para iniciar un proceso de comunicación en Argentina entre el padre y su hijo<sup>52</sup>. Se dispuso asimismo que dicho proceso se extendiera por el término de tres meses, vencido el cual, siempre que no se hubiera llegado a un acuerdo de mediación entre los progenitores o que no hubiera sido posible sortear los obstáculos judiciales que pesaban sobre la madre y le impedían ingresar al país de restitución, el niño debería retornar al país extranjero junto a su padre, salvo que la magistrada dispusiera su retorno junto a un pariente de la familia materna por no haberse logrado aún un vínculo paterno-filial estable, para lo cual debería tenerse en cuenta y valorarse la opinión del niño (arts. 12, CDN y art. 707, CCyCN); b) tomara contacto con las autoridades locales a fin de que prestaran colaboración y asesoramiento para garantizar el ingreso seguro de los involucrados al país y gestionaran el retorno seguro al país requirente; c) se requiriera a la jueza integrante de la Red Internacional de Jueces de La Haya, que interviniera en el caso a fin de facilitar las comunicaciones directas entre los jueces de los Estados involucrados y de cooperar en la búsqueda de una solución que permita concretar la restitución.

Puede apreciarse que las medidas obedecen a la decisión de ejecutar el retorno, que había sido ordenado anteriormente, pero esta vez no de modo inmediato puesto que, priorizando el interés superior del niño en el caso concreto, correspondía diferir la ejecución. Tan así, que se estimó necesario que se iniciara la revinculación padre-hijo previo a efectivizar la restitución. Asimismo, de acuerdo con lo estipulado en el párrafo 2° del art. 2642 referido al regreso seguro —como todo el *soft law* en la temática— se consideró que debía prevalecer una posible solución amigable entre los padres. Luego, para el caso de no conseguirse una solución consensuada para organizar el regreso o de no poder sortearse los obstáculos judiciales que impedían a la madre ingresar a los Estados Unidos de América, el niño debía ser reintegrado a ese país junto a su padre. Se deja a salvo la posibilidad de que al momento de la ejecución de la

<sup>51</sup> La Corte cita jurisprudencia de un caso, que ha sido cuestionado doctrinalmente a nivel europeo, fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos: “Neulinger and Shuruk v. Switzerland”, del 6 de julio de 2010. Ver: BEAUMONT, Paul y WALKER, Lara, “Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention”, en *A commitment to Private International Law Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge Antwerp Portland, Intersentia Publishing, 2013, p. 17 y ss.

<sup>52</sup> La Corte sugiere además que en un principio se recurra a los nuevos métodos modernos. Se citan a tales fines las Guías de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo, punto 6.7 y art. 655 del CCyCN.

sentencia la juez de grado estimara si el niño estaba en condiciones de retornar con su padre y para el supuesto que no se hubiera logrado restablecer el vínculo entre ellos el niño debería retornar junto a algún pariente materno, considerando su opinión para ello. Es decir, que la Corte por primera vez no ordena el inmediato retorno sino que lo somete a unas pautas previas a cumplir en aras de asegurar el bienestar del niño. Además, dispone las medidas a seguir para conseguirlo sin dejarlas libradas —totalmente— al juez de grado. Quedan entonces pendientes la factibilidad de la revinculación, la situación legal de la madre en el otro Estado, la opinión del niño en el caso —solo en la medida relativa a su acompañamiento— y la posibilidad de que un pariente materno lo acompañe en caso de que lo considerara necesario la juez. En definitiva, puede apreciarse un dejo de flexibilización en la estrictez con la que la Corte se ha posicionado en este campo. El caso lo ameritaba.

Ello por cuanto las dilaciones a lo largo del proceso —y en particular en la etapa de ejecución— conllevaron a que el caso superara al mecanismo diseñado convencionalmente que fue pensado y estructurado para dar soluciones eficientes en un plazo de 6 semanas (en este caso ya habían pasado 7 años). De este modo se había afectado el interés superior del niño y se habían violentado sus derechos fundamentales durante todo ese plazo. Creemos, por tanto, que cada situación debe ser especialmente atendida. En materia de niñez los matices de cada caso deben ser valorados de modo tal que se procure alcanzar la satisfacción de los derechos del niño de que se trate; aunque ello en modo alguno puede llevar a apartarse sistemáticamente del mecanismo previsto convencionalmente en todos los casos en los que se produzcan demoras, dados los altos riesgos que ello conllevaría.

### 3.5. CSJN, 10/5/2016, "E., M.D. v. P., P.F. s/ restitución del menor C. D. E. P."<sup>53</sup>

El caso se suscitó a raíz del desplazamiento ilícito de un niño, nacido el 10 de diciembre de 2010 en Cataluña, España. Su madre lo desplazó en el mes de junio de 2012 desde el Reino de España a la Provincia de Santiago del Estero, Argentina. El padre promovió el pedido de restitución en marzo de 2013.

En el caso ya había intervenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación por un conflicto en relación a la competencia del juez de primera instancia. Ello por cuanto, el tribunal de familia interviniente en la causa se había desprendido de aquella en favor del Juez de Enlace de la Red Nacional de Jueces<sup>54</sup>. Esa

<sup>53</sup> Dponible en <http://fallos.diprargentina.com/2016/06/e-md-c-p-pf-s-restitucion-del-menor-c-d.html>, al 27/7/2016.

<sup>54</sup> Cabe mencionar que a nivel global se ha creado una red de jueces de enlace integrantes de la Red Internacional de Jueces de La Haya. Cada juez de la Red tiene la función primordial de actuar de enlace entre los jueces competentes en casos de restitución a nivel interno y a nivel internacional con otros miembros de la Red. Estos jueces desarrollan dos tipos de comunicaciones, la primera de carácter general —por ejemplo para la interpretación y funcionamiento de los

atribución de competencia había sido consentida por las defensorías oficiales que ejercían la representación del padre y del niño, por la demandada y por las fiscalías de primera y de segunda instancia.

El juicio entonces se sustanció ante ese juez, sin que nadie cuestionara esta circunstancia. El juez actuante rechazó la solicitud de restitución el 4 de julio de 2013<sup>55</sup>, lo que motivó la apelación del padre. En dicha oportunidad aquel cuestionó la competencia de dicho magistrado y requirió la nulidad de lo actuado. El actor fundó su reclamo en el CH 1980 puesto que asigna el conocimiento de los pedidos de restitución a la autoridad judicial o administrativa competente que, en el caso, era el juez de familia. Sostuvo además que el espíritu de la Red Nacional de Jueces no es facultar al órgano de enlace para tomar intervención directa en las demandas entabladas por aplicación del tratado.

El asunto llegó entonces al Tribunal Superior de Justicia de la provincia que, el 18 de diciembre de 2013, declaró abstracto el recurso de queja en virtud de la incompetencia, la nulidad de la sentencia de primera instancia y dispuso la remisión de los autos al Juzgado de Familia de Primera Nominación de Santiago del Estero para que se expidiera sobre el fondo del asunto, es decir al pedido de restitución. En su pronunciamiento el Superior Tribunal sostuvo por mayoría la incompetencia del órgano interviniente puesto que si bien el magistrado pertenecía a la Red Nacional de Jueces creada en el ámbito del CH 1980, su actuación debía limitarse a la de enlace y no le correspondía desplazar al juez natural de la causa.

---

instrumentos internacionales relevantes o de su propio ordenamiento jurídico—, y la segunda es facilitar la comunicación entre jueces competentes en casos específicos que se tramitan simultáneamente en dos países distintos, por ejemplo, el juez que debe decidir la restitución de un niño en el país donde este ha sido trasladado y el juez que debe decidir la custodia en el país de la residencia habitual del niño. A su vez, a nivel nacional, en la República Argentina se ha creado una Red Nacional de Jueces de familia para la protección y restitución internacional de menores, que cumplen prácticamente las mismas funciones descriptas para la Red Internacional, pero en este caso a nivel nacional. Para ello la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impulsado la creación de esta Red a través de designaciones efectuadas por las Cortes Supremas de las distintas provincias del país. En este contexto en la provincia de Santiago del Estero se designó un juez de la Red Nacional cuya función es la de cooperar en estos asuntos con los jueces de esa provincia que resulten competentes en procesos de restitución. Surge de una de las sentencias del Superior Tribunal de la provincia que ello fue establecido mediante Acordada emitida por la Sala de Superintendencia del STJ de fecha 29/2/2012.

<sup>55</sup> La sentencia en los autos “Juzgado con competencia en restitución internacional de menores, 04/07/13, Defensoría Civil y Familia de 3º Nominación por E. M. D. v. P. P. F. s. restitución del menor E. P. C. D.” se encuentra disponible en <http://fallos.diprargentina.com/2015/06/defensoria-civil-y-familia-de-3.html> (al 30/6/2016). En dicha oportunidad se determinó la ilicitud del traslado del niño a la Argentina, aunque se consideró que se configuraba la excepción de “grave riesgo” contemplada en el Convenio si el niño regresaba al Estado de su residencia habitual en España. Se tuvieron en cuenta para ello los informes producidos en el expediente y la se le dio especial consideración a que la restitución implicaría la separación del niño de su madre y su entorno familiar argentino ya que se encontraba muy adaptado e integrado a este nuevo lugar. Además, que el padre nunca había mostrado interés por la educación de su hijo en España, entre otros.

Contra esta decisión, la demandada interpuso apelación federal, que fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y dio lugar a un recurso de queja<sup>56</sup>. Así las cosas, el 16 de mayo de 2015, la Corte Nacional declaró procedente la queja y admisible el recurso extraordinario. En consecuencia, revocó el pronunciamiento apelado y ordenó la remisión de la causa al Tribunal Superior de Santiago del Estero para que se expidiera sobre el fondo del asunto, en respuesta al pedido de restitución.

Fue entonces que el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero —por mayoría— revocó la sentencia e hizo lugar a la restitución internacional del niño, por considerar que no se encontraba configurada la excepción contemplada por el CH 1980 en el art. 13.1.b) puesto que “no se avizoraba el grave riesgo requerido, pues la acción no tiene por objeto dilucidar las cuestiones vinculadas con la guarda o tenencia del niño”<sup>57</sup>.

La madre interpuso recurso extraordinario federal que se consideró formalmente admisible pues puso en debate la inteligencia y el alcance de un tratado internacional y ya que la decisión impugnada resultaba contraria al derecho que la apelante pretendía sustentar en aquel (art. 14, inc. 3º, ley 48). También fueron invocadas causales de arbitrariedad.

En el dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante se destacó especialmente la doctrina del propio Tribunal cuando sostiene que no existe contradicción entre el CH 1980 y la CDN puesto que el primero parte de la presunción de que el bienestar del tutelado se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, preservando el mejor interés del menor de edad mediante el cese de las vías de hecho. Luego, el dictamen se centra en torno a la configuración del “grave riesgo” contemplado en el art. 13.1.b) del CH 1980. Resulta llamativa la posición sostenida en el dictamen puesto que se aparta de la doctrina del Tribunal dando lugar a consideraciones que corresponden al fondo de la custodia puesto que refieren a la integración del niño al nuevo entorno, luego es el propio Tribunal quien se encarga de aclarar estos extremos en el fallo.

Se señala, asimismo, una cuestión de suma relevancia en relación al tiempo transcurrido desde que el niño, con solo 1 año y medio, había llegado al país y en el cual permanecía desde entonces. Al momento de esta nueva decisión el niño ya contaba con 5 años de edad. Ello sin lugar a dudas revela un desajuste

<sup>56</sup> Cabe mencionar que en el dictamen de la Procuración se sostuvo que si bien las resoluciones adoptadas en materia de competencia no autorizan —en principio—, la apertura de la vía extraordinaria por no estar satisfecho el recaudo de la sentencia definitiva (v. art. 14, ley 48). Pero al declarar la nulidad de la sentencia dictada sobre el fondo del asunto, con sustento en una incompetencia introducida en el marco de un recurso deducido contra aquella decisión, se estimó que se configuraba un caso de privación de justicia incompatible con la índole de los derechos en juego, suscitando así un perjuicio de imposible o dificultosa reparación ulterior (art. 14, ley 48), conf. pto. II del dictamen que luego la Corte hace suyos en la sentencia en el consid. 2º.

<sup>57</sup> ST Santiago del Estero, “E. M. D. v. P. P. F. s/ Restitución del Menor E.P.C.D. - Apelación”, 10/7/2015.

del mecanismo contemplado convencionalmente. Aunque, en el dictamen da lugar a la siguiente aseveración: “Un cambio radical en la situación en la que se encuentra el niño, con las implicancias psicológicas indicadas por los expertos, exige evaluar la restitución desde una óptica que priorice el superior interés de C.D.E.P”.

Se pondera también la circunstancia que no se haya oído al niño, con particular atención al art. 12 de la CDN y al art. 13 segunda parte del CH 1980, y finalmente, se aconseja revocar la sentencia y rechazar la restitución, en la inteligencia de que “un nuevo desarraigo se traducirá en un daño cierto y concreto para la salud psíquica del niño”.

El 10 de mayo de 2016, la Corte volvió a expedirse sobre el caso, esta vez sobre el fondo del asunto —es decir, sobre la respuesta a la solicitud de restitución—, confirmando la decisión del Tribunal Supremo provincial. Para ello, se reiteraron los estándares alcanzados en torno a la interpretación de la excepción de “grave riesgo” y se dimensionó la cuestión relativa a la integración del niño al nuevo medio en el marco de los casos de sustracción internacional de niños en los siguientes términos: “las excepciones alegadas, fundadas en el “grave riesgo” para el niño y su adecuada integración al nuevo medio con apoyo en los informes obrantes en la causa, este Tribunal ha precisado en reiteradas oportunidades el alcance del mencionado concepto y la apreciación rigurosa y prudente que debía efectuarse del material probatorio invocado para acreditarlo, como también la falta de mérito de la referida integración como motivo autónomo de oposición, a los fines de tener por configuradas las situaciones excepcionales previstas en el CH de 1980 que permitirían negar el retorno”. Se destaca, además, que la decisión de restituir no implica que el niño deba vivir con su padre ni que se le quite la guarda a la madre (cons. 8º y 9º).

En los considerandos subsiguientes de la sentencia de Corte se rechazan también los fundamentos del “grave riesgo” en razón de: a) el vencimiento del pasaporte, la falta de vivienda en el país extranjero y la posibilidad de no conseguir un trabajo en el exterior (cons. 10º); b) el impedimento de la madre acompañar al niño en su retorno por razones económicas o de otra naturaleza aludiendo a la posible intervención de las Autoridades Centrales al respecto (cons. 10); c) la falta de apreciación de un nítido desinterés por parte del progenitor a mantener un vínculo con su hijo que pudiera permitir negar su retorno (cons. 11); d) los posibles problemas económicos que pudiese estar atravesando el progenitor que impulsó el retorno de su hijo (cons. 11); e) las cuestiones atinentes al incumplimiento de los deberes parentales del padre (alimentos, visitas), pues se estimó que no revestían incidencia en el caso para desestimar el pedido de restitución ya que lo que el proceso requería era una solución de urgencia y provisoria, cuyo ámbito se limita a la decisión de si medió traslado o retención ilícita. Por consiguiente, esas cuestiones debían ser ponderados por el juez competente para decidir sobre el fondo de la custodia del niño, es decir el del Estado de residencia habitual del menor (conf. art. 16 del CH 1980) (cons. 12).

En definitiva, este caso nos permite apreciar una vez más la interpretación y aplicación que corresponde hacer de la excepción de “grave riesgo” contemplada en las Convenciones en la materia —y plasmados en los estándares alcanzados por la Corte Suprema de Justicia—: de manera acotada y restrictiva, atendiendo a las particularidades de cada supuesto y, por lo tanto, al interés superior de cada niño que es víctima de estos flagelos. Reiteramos que la producción de la prueba también deberá restringirse al contexto de la sustracción; es decir, admitir la producción de prueba que resulte pertinente y rechazar aquella que no sea estrictamente conducente para el limitado objeto del proceso. En esta inteligencia cabe aseverar que hacer lugar a la excepción cuando de la prueba producida se desprenda que ello responde al interés superior del niño es una obligación asumida internacionalmente por nuestro país<sup>58</sup>.

Las vicisitudes de este caso han conllevado a que el mismo se vea expuesto a grandes dilaciones que han agravado la situación del niño —que ya había sido víctima del desplazamiento ilícito decidido de forma unilateral por su madre— quien deberá ser restituido al Estado de su residencia habitual en España, tal como lo decidió por mayoría el Superior Tribunal provincial y lo confirmó la Corte Suprema. Es decir, sus derechos se vieron vulnerados en primer lugar por el desplazamiento ilícito. Tal como mencionáramos —según se desprende de las sentencias— ni de los informes producidos en el expediente ni de la prueba aportada se detectó un grave riesgo al que el niño podría ser expuesto si era restituido a España. Las apreciaciones en torno al grave riesgo surgen recién a partir de la consideración de la integración del niño al nuevo entorno que, evidentemente, son consecuentes de las demoras que se produjeron a lo largo del proceso. Si la solución definitiva hubiese sido alcanzada en un plazo más bien cercano a las 6 semanas este factor no hubiese surgido ni hubiese sido tenido en cuenta.

En total el proceso duró 3 años y 2 meses; el niño llegó a Argentina con un año y medio y al momento del dictado de la sentencia definitiva tenía más de 5 años. Este lapso excede ampliamente el contemplado en las Convenciones.

La urgencia y celeridad que se requiere en esta materia fue marcada en diversas oportunidades a lo largo del proceso. Resulta destacable en tal sentido lo sostenido en la primera sentencia en la que se expidió la Corte Suprema de Justicia en este caso cuando hizo suyos los argumentos del Procurador Fiscal que sostuvo: “Recuérdese que en este último imperativo [pronta solución del pleito] también está implicado el orden público, en coincidencia con los principios de

<sup>58</sup> En tal entendimiento la Dra. Najurieta ha sostenido que solo la ponderación racional de las circunstancias fácticas y jurídicas de la especie puede conducir a una decisión conforme con el respeto a los derechos fundamentales, que a la vez, contribuya a la lucha común contra el flagelo de los desplazamientos y las retenciones ilícitas. NAJURIETA, María S., “Restitución Internacional de Menores”, en la obra *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados* “Restitución internacional de menores”, en GROSAN, Cecilia P. (dir.) y HERRERA, Marisa (coord.), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 403 y ss.

rango superior que imprimen a este tipo de trámites singular premura, involucrando en ello la responsabilidad internacional del Estado (Fallos 331:994; 333:604)”.

Finalmente, a los fines de la ejecución de la sentencia, la Corte exhortó al juez a ser respetuoso del procedimiento de modo que se respeten los derechos constitucionales y no se dilate más el trámite del juicio con las graves consecuencias que de ello derivan. Para ello se estimó que se debería evaluar con rigor los requerimientos que se formulen atendiendo a la celeridad y urgencia que caracteriza a la naturaleza de estos procesos. Asimismo, se requirió que se arbitren los medios para lograr un regreso seguro del niño, eventualmente en compañía de su madre, para lo cual se sugirió tomar contacto y requerir la colaboración de los organismos con facultades y competencias en estos asuntos. También se exhortó a los padres para que cooperen en dicha instancia.

#### 4. CONCLUSIONES

Los mecanismos diseñados en los Convenios internacionales para combatir el flagelo de la sustracción internacional de niños tienen su esencia en la cooperación internacional y se basan en un sistema de confianza global con el objeto de restablecer los derechos de los niños. Los años de experiencia en su implementación han permitido advertir los desafíos y desarrollar herramientas para optimizar su funcionamiento.

La nueva normativa interna propone extender los principios contenidos en los Convenios a todos los casos que se presenten en nuestro país, incluso aquellos que exceden su marco de aplicación, si ello obedece al interés superior del niño. Contribuye además a superar los problemas propios de este campo, en particular en torno al cumplimiento de las órdenes de restitución y a la prevención de sustracciones o nuevos desplazamientos en estos escenarios.

Se revela a través de la jurisprudencia de nuestro país, especialmente a partir de los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia en esta materia, que en general se han conseguido interpretar y aplicar adecuadamente las disposiciones de las Convenciones relativas a la sustracción internacional de niños. No obstante ello, cabe advertir, al menos en los casos aquí analizados, un común denominador: amplias dilaciones que exceden exageradamente los plazos previstos por los mecanismos convencionales. Así, la efectividad de las Convenciones se pone en jaque puesto que, probablemente, en esos plazos el niño o niña de que se trate se insertará en su nuevo centro de vida como consecuencia del obrar ilícito de uno de sus progenitores aunque con grandes incertidumbres y falta de estabilidad. La solución debe tender a acortar la duración de los procesos; apartarse de las directivas convencionales en estos supuestos conllevaría a drásticas consecuencias para todos los casos que se presentan en nuestro país —y para todos los niños afectados en aquellos—, sumado a la responsabilidad internacional que se generaría.

Por ello, una vez más, concluimos que urge mejorar los tiempos de respuesta a estos casos para que los logros alcanzados en nuestro país sirvan para hallar soluciones dotadas de eficiencia en pos de los derechos de los niños. Ello, a su vez, evitará que el Estado incurra en responsabilidad internacional frente al incumplimiento de las obligaciones asumidas. La regulación a nivel nacional de un procedimiento para estos casos deviene imprescindible. Mientras será responsabilidad de los jueces, abogados, peritos y operadores del derecho procurar acotar estos procesos para que el mecanismo convencional se mantenga al servicio de la protección de los derechos del niño en cada caso. Esperamos que, hasta tanto, las nuevas disposiciones del CCyCN y el CH 1996, coadyuven en este objetivo.

Es lamentable que se llegue a la instancia en que el sistema interamericano de protección de derechos humanos sea el que deba juzgar el desempeño de nuestro país en el cumplimiento de estas obligaciones.

Recibido: 31/7/2016

Aprobado: 9/8/2016