

Artículo

María Agustina Oropesa

Sustracción internacional de menores. Urgencia del trámite y sus desafíos. Comparativa con el sistema español y europeo.

I.- Introducción

La sustracción internacional de menores es una problemática de larga data, que ha experimentado un incremento de los casos en los últimos tiempos, acompañado de un agravamiento de las circunstancias que rodean a la conflictiva familiar. Tal problemática de marco internacional, impone a los Estados la necesidad de adaptarse a las nuevas realidades, a fin de dar respuesta efectiva a los conflictos que se presentan ante los distintos Tribunales.

No podemos dejar de resaltar que, en estos supuestos, se encuentran involucradas personas menores de edad, que merecen una protección especial en atención a su vulnerabilidad, derivada de su corta edad que se traduce en una falta de madurez física y mental, como fuera indicado en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de Noviembre de 1959, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989.

La gran y creciente cantidad de casos de sustracción internacional de menores también encuentra explicación en la conformación de familias con integrantes de distintas nacionalidades, que hoy día se ha convertido en una realidad que ha dejado de ser excepcional. Es así que nos encontramos comúnmente frente a un niño de una nacionalidad, cuyos progenitores –a su vez- tienen nacionalidades diferentes. En estos supuestos y ante la ruptura afectiva de la pareja, la determinación del lugar de residencia del hijo en común suele convertirse en un punto de conflicto, que en ocasiones deriva en un cambio intempestivo del centro de vida del menor de edad, decidido de manera unilateral e inconsulta por uno de sus progenitores. Aquí se suscitan mayores complicaciones a la hora de determinar la residencia habitual, así como la competencia de los Tribunales que habrán de intervenir, ya sea en las cuestiones derivadas de la

responsabilidad parental, como en las acciones tendientes a obtener la orden de restitución del hijo luego del traslado ilícito.

Tanto en España y en la Unión Europea como en la República Argentina se cuenta con vasta normativa aplicable a los supuestos de sustracción, ya sea en el ámbito internacional como en el local o nacional. Podemos afirmar que todas las disposiciones se orientan a garantizar la inmediata restitución del menor que ha sido trasladado de forma ilícita a un Estado distinto de aquél donde se encontraba su residencia habitual inmediatamente antes de producirse el traslado.

Ahora bien, a más de reconocer la importancia de toda esta normativa y los esfuerzos llevados a cabo y que continúan realizándose por parte de los distintos Estados a fin de prevenir, acotar y revertir los traslados ilícitos, lo cierto es que en la práctica jurisdiccional resulta sumamente dificultoso cumplir con el plazo urgente que prevé la Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, urgencia que es receptada y reproducida en el resto de la normativa existente sobre el tema. Lo expuesto, a nuestro entender, se debe a las distintas contingencias que se presentan en el procedimiento de restitución y que imponen la necesidad, por parte del órgano judicial, de efectuar una valoración de las circunstancias que requiere de un tiempo que excede de aquél previsto para la adopción de una decisión respecto de la acción de restitución.

En efecto, las oposiciones deducidas por parte del progenitor sustractor constituyen un planteo que no puede ser evaluado rápidamente; en muchas ocasiones requiere de la producción de prueba a fin de comprobar los extremos invocados, todo lo cual impacta en los tiempos del procedimiento. A ello se agrega –en su caso– las audiencias con las partes, con el solicitante y/o con el menor, actos procesales que alargan el trámite.

Intentaremos poner de relieve la dificultad práctica, por parte de los órganos judiciales, de resolver las acciones de restitución internacional de menores llevadas a su conocimiento con la urgencia que prevé la normativa, en razón de las incidencias que se plantean a lo largo del proceso, las que deben ser evaluadas bajo la óptica del interés superior del niño en cada caso concreto.

II.- Marco legal

i.- Normativa aplicable en España.

España, como Estado miembro de la Unión Europea, a más de la legislación nacional, cuenta con la amplia normativa emanada del Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión. Sobre el tema que nos ocupa, es decir, la sustracción internacional de menores, resulta conveniente enunciar separadamente las normas nacionales y las dictadas por los órganos legislativos de la Unión Europea.

A nivel interno y en lo que atañe específicamente a la restitución, el Código Civil español prevé en su artículo 158 inc. 3º la facultad del Juez de dictar distintas medidas tendientes a evitar la sustracción del hijo por uno de los progenitores o por terceras personas; y en su artículo 103.1 dispone que el juez que entienda en un proceso de nulidad, divorcio o separación, podrá dictar medidas cuando exista riesgo de sustracción por uno de los cónyuges o por terceras personas (1).

En el orden procedimental, deviene de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el trámite de la restitución en sus arts. 778 quater a 778 sexties (2) (ámbito de aplicación, procedimiento y declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional); previendo plazos cortos para la tramitación de la causa y el dictado de la sentencia definitiva.

En el ámbito internacional, se han desarrollado gran cantidad de instrumentos sobre este tema y que han sido ratificados por España. A más del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, suscripto por España y ratificado el 28 de mayo de 1987, publicado en el B.O.E. el 24 de agosto de 1987, nos abocaremos al Reglamento (UE) nº 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, que derogó el Reglamento 2201/2003 a partir del 1º de agosto de 2022, por ser el más específico y de mayor relevancia.

ii.- Normativa aplicable en la República Argentina

En Argentina, a nivel local, el proceso de restitución se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV (Disposiciones de Derecho Internacional Privado), Capítulo 3, Sección 8ª (Restitución internacional de niños), estipulando en su artículo 2.642 que: “Principios generales y cooperación. En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y

restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. 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”.

En el ámbito internacional, deviene de aplicación el Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay, celebrado en Montevideo el 30 de julio de 1981; el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, aprobado por Argentina mediante Ley 23.857, sancionada el 27 de Setiembre de 1990, promulgada el 1 de octubre de 1.990 y publicada en el Boletín Oficial el 31 de Octubre de 1990; y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), dada en Montevideo el 15 de julio de 1989, ratificada por Argentina el 15 de febrero de 2001, por ley 25.458.

III.- Desafíos del procedimiento de restitución internacional de menores

i.- La urgencia en el trámite.

El propio Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante CH 1980), en su artículo 3º define el traslado o retención ilícitos de un menor, disponiendo que se configura: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”.

De allí se colige que el mecanismo de reintegro opera siempre que el traslado o la retención merezcan la calificación de ilícitos. Dicha cualidad ha de determinarse coordinando el tenor de la custodia conforme al derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente anterior a la ocurrencia del evento, con la directiva que emana del art. 5º inc. a) del Convenio, según la cual cualquier custodia -para ser tal en el sentido del CH 1980- debe comprender necesariamente, no sólo la prerrogativa atinente al cuidado de la persona del menor sino, y en particular, la de decidir sobre su lugar de residencia.

Atento las características de la sustracción y las consecuencias que tal conducta puede acarrear en el niño, la acción de restitución debe tramitarse con la mayor premura. Es así que el CH 1980 destaca que la finalidad del Convenio es “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante” (art. 1. a), y luego en su artículo 2 impone a los Estados Contratantes la obligación de adoptar las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan los objetivos del Convenio, debiendo al efecto recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan. De este modo se intenta proteger el interés superior del menor, restituyéndolo de forma inmediata al lugar donde residía con anterioridad al traslado ilícito. Por tal motivo se ha instaurado “un procedimiento sumario regido por el principio de celeridad en las actuaciones y limitado única y exclusivamente a conseguir el retorno sin entrar, bajo ningún concepto, a analizar la cuestión de fondo relativa a decidir sobre el derecho de custodia con respecto al menor”(3).

En el artículo 11 se establece que, si la autoridad competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la Autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Si bien no se estipula expresamente un plazo para resolver la acción, el término de seis semanas al que alude el artículo citado se ha entendido en dicho sentido, habiendo sido receptado de esa manera en las sucesivas normativas decretadas sobre el tema bajo estudio. Ello, a nuestro entender, ha sido acertado, dado que la redacción del art. 11 se entiende “como una mera declaración pragmática de deseable cumplimiento, ya que, si no se cumpliera por razones justificadas, ese retraso quedaría convalidado” (4).

En efecto, el Reglamento (CE) nº 2019/1111 establece que “los órganos jurisdiccionales de primera instancia, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, dictarán resolución como máximo seis semanas después de la iniciación del procedimiento” (art. 24, apartado 2).

Del mismo modo, el art. 778 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al referirse a las acciones sobre restitución internacional de un menor que se encuentre en España, en su inciso 5to., dispone que: “el procedimiento tendrá carácter urgente y preferente. Deberá realizarse, en ambas instancias, si las hubiere, en el inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible”.

El tratamiento preferencial y urgente encuentra sustento en el entendimiento de que el retraso en el dictado de una sentencia puede acarrear consecuencias contrarias al espíritu del CH 1980. Es que “la convivencia del menor con el progenitor sustractor y, acaso, con familiares próximos a ambos, en el nuevo Estado de destino, durante un periodo de tiempo razonable, puede ocasionar una paradójica integración y adaptación al medio tal que resulte, muy a pesar de la ilicitud del traslado y la retención, improcedente, inconveniente e, incluso, inviable el retorno” (5).

ii.- Causas de oposición a la restitución

1.- Derecho de custodia

El ya reseñado artículo 3 del CH 1980, al definir la ilicitud de un traslado, relata que el mismo debe producirse lesionando un derecho de custodia otorgado en el estado en que el niño tenía su residencia habitual, con la condición de que dicho derecho se ejerciera de forma efectiva con anterioridad al traslado. Es decir que, si quien solicita la restitución no se encuentra en pleno ejercicio de la patria potestad sobre el niño sustraído, no puede aplicarse el contenido del CH 1980.

Sobre este punto y a fin de corroborar los extremos alegados por el accionante, “el artículo 14 del Convenio permite que las autoridades judiciales –o administrativas- del Estado requerido tengan en cuenta, de forma directa, legislación y decisiones judiciales –o administrativas-, ya estén reconocidas oficialmente, o no, en el Estado de residencia habitual del menor y sin tener que recurrir a procedimientos que prueben la vigencia de

la legislación o decisiones extranjeras –los cuales, en otro caso, serían aplicables-, y sin perjuicio de exigir, antes de resolver la restitución del menor, de las autoridades del Estado donde éste tenía su residencia habitual, una decisión o certificación que acredite que su traslado o retención fueron ilícitos según el artículo 3 del Convenio” (6).

El CH 1980 no proporciona una definición del derecho de custodia; tal omisión se ha visto clarificada en el Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores desarrollado por Elisa Pérez Vera, quien reseña que “la disposición se refiere de forma expresa al cuidado de la persona del menor; así pues, si se compara el texto con el de la definición del derecho de custodia recogida en el artículo 5, se puede llegar a la conclusión de que existe custodia efectiva cuando su titular se encarga del cuidado de la persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles en cada caso concreto (enfermedad, estancia de estudios, etc..). En consecuencia, la determinación del carácter efectivo o no de la custodia de un menor debe decidirse por el juez en cada supuesto (...). Por otra parte, la conducta del titular del derecho puede asimismo alterar la calificación de la acción del "secuestrador" en el caso de que hubiese dado su consentimiento o aprobación con posterioridad al traslado, al que ahora se opone” (7).

A su turno, el Reglamento nº 2019/1111 define el derecho de custodia en similares términos en el artículo 2, apartado 2).9., resaltando que el derecho de custodia incluye, en especial, el derecho a decidir sobre la residencia del niño.

Tal excepción o defensa la encontramos en el artículo 13.a) del CH 1980, que señala que la autoridad del Estado no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que la persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

2.- Residencia habitual

Quien se opone a la restitución intentada suele alegar que el país en donde se encontraba el niño con anterioridad a ser trasladado no constituía su residencia habitual, de modo que no resultaría aplicable el CH 1980, en tanto no ha existido un traslado ilícito. El Convenio no define lo que se entiende por residencia habitual, tampoco lo hace el

Reglamento nº 2201/2003, ni el Reglamento nº 2019/1111. Es así que queda bajo la órbita de la autoridad competente –esencialmente los órganos judiciales- llevar luz sobre el concepto y su contenido, y, en última instancia, evaluar su configuración en el caso concreto.

Resulta imperioso delimitar el concepto, toda vez que en base a él se clasifica la licitud o ilicitud del traslado, así como la competencia de los tribunales que habrán de intervenir en las cuestiones de fondo atinentes a la patria potestad o responsabilidad parental.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) se ha expedido sobre este concepto en distintas sentencias. Haremos alusión al caso conocido como “Mercredi”. Allí, en oportunidad de analizar la residencia habitual a los efectos de los artículos 8 y 10 del Reglamento 2201/2003 a fin de determinar la competencia, el TJUE señaló que el concepto de residencia habitual debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar, siendo competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar ese lugar teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso. El Tribunal sostuvo que entre los criterios a cuya luz incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar el lugar de residencia habitual del menor deben señalarse en especial las condiciones y razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro, así como su nacionalidad; y que para determinar la residencia habitual del menor, además de la presencia física de éste en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional (8).

3.- Grave riesgo respecto del menor

Esta excepción se encuentra prevista en el artículo 13.b) de la CH 1980, estipulando que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si se demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del niño lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La excepción ha sido recogida en el articulado del Reglamento nº 2019/1111, tornándola aún más excepcional, al prever que no puede resolverse en forma contraria a la restitución con fundamento en el artículo 13.b) del

CH 1980, cuando se puedan adoptar medidas en el Estado de origen tendientes a garantizar la integridad y el bienestar del niño.

En la práctica jurisdiccional se advierte que, “establecida la ilicitud del traslado o retención ilícita, ésta defensa es la más utilizada, ya sea para archivar, o bien retrasar, la determinación del caso, y/o para provocar una serie de medidas de protección en la forma de promesas jurídicas por parte del demandante” (9).

La existencia de este riesgo o situación intolerable, “invocada por el presunto sustractor, a modo de defensa, frente al progenitor custodio, que reclama, desde el Estado de residencia habitual del menor, su retorno, habrá de ser apreciada, por los Tribunales de Justicia, conforme a parámetros de ponderación, proporcionalidad, razonabilidad y justicia. El presunto sustractor podrá tener una consideración del <<riesgo>>, del <<peligro físico o psíquico>>, así como de la <<situación intolerable>> ajustada a la realidad o, en otro caso, distorsionada. Serán, pues, los Tribunales de Justicia quienes valoren, en el caso concreto, conceptos jurídicos tan indeterminados como el grave riesgo, la peligrosidad y la intolerabilidad” (10).

En la Guía de Buenas Prácticas, parte VI, elaborada en el marco de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en el año 2016, cuyo propósito es orientar a jueces, Autoridades Centrales, abogados y otros profesionales que trabajan en el ámbito del derecho internacional de familia y que se enfrentan a la aplicación del artículo 13(1)(b) del Convenio, se indica que “la palabra “grave” califica al riesgo y no al daño hacia el niño. Indica que el riesgo debe ser real y alcanzar un cierto nivel de seriedad para ser caracterizado como “grave”. En cuanto al nivel del daño, este debe representar una “situación intolerable”, esto es, una situación que no se debería esperar que un niño tolere. El nivel relativo de riesgo necesario para poder constituir un grave riesgo puede variar, no obstante, dependiendo del carácter y de la seriedad del daño potencial hacia el niño. La letra del artículo 13(1)(b) también indica que la excepción es de carácter “prospectivo” ya que centra la atención en la situación del niño tras su restitución y en si dichas circunstancias lo expondrían a un grave riesgo. Por ende, mientras que el examen de la excepción de grave riesgo suele requerir un análisis de la información/pruebas provistas por la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución del niño (en la mayoría de los casos, el padre o madre sustractor), no debe limitarse solamente a un análisis de las circunstancias anteriores o vigentes al

momento del traslado o de la retención ilícitos. Por el contrario, requiere mirar hacia el futuro, esto es, a las circunstancias que existirían si el niño fuera restituido inmediatamente. El examen de la excepción de grave riesgo también debería comprender, si se estimare necesario y apropiado, la consideración de la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual” (11).

Esta tarea de valoración que queda en manos de los jueces no puede ser apresurada al encontrarse en juego la integridad psicofísica del niño, de modo que habitualmente es articulada como una maniobra tendiente a enlentecer el proceso, cuya comprobación, o en su caso desestimación, requerirá de un tiempo que en la práctica es difícil de conciliar con los plazos urgentes que impone el CH 1980. Cabe agregar que se admiten probanzas que quizás no se encuentren acompañadas a la causa al momento de alegar la excepción, resultando imperioso contar con las mismas con carácter previo a resolver, trámite que insume tiempo y, en general, el juzgador no puede prescindir de dichas pruebas, debiendo proveer lo necesario para su obtención y/o producción.

4.- Restitución contraria a principios fundamentales relativos a los derechos humanos y libertades fundamentales del Estado requerido

Esta causa de oposición, cuya advertencia y valoración corresponde a las autoridades del Estado requerido a más de lo que pudieran manifestar las partes, debe interpretarse con un carácter de extrema excepcionalidad, dado que permite denegar el retorno “conforme a argumentos jurídicos del derecho interno del Estado requerido frente a razonamientos de diversa índole –entre otros, por razón de raza, religión, opinión, etc.-, que no siempre deberían tener cabida en este tipo de procesos orientados, en exclusiva, a satisfacer el interés superior del menor. La denegación del retorno por esta causa conlleva, en el fondo y a mayor abundamiento, una desconfianza, del Estado requerido, en las autoridades judiciales del Estado requirente, lo que puede generar inconvenientes conflictos entre ambos Estados” (12).

En el Informe Explicativo del CH 1980, en lo atinente a este punto se expone que: “la norma no se refiere a los desarrollos alcanzados en el plano internacional; muy al contrario, sólo se refiere a los principios admitidos en el derecho del Estado requerido, ya sea por vía del derecho internacional general o convencional, ya sea por vía legislativa interna. En consecuencia, para poder denegar un retorno sobre la base de este

artículo, será preciso que los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan; no basta con que el retorno sea incompatible, o incluso claramente incompatible, con dichos principios. En segundo lugar, la invocación de tales principios no deberá en ningún caso ser más frecuente ni más fácilmente admitida de lo que lo sería para resolver situaciones puramente internas (...). Ahora bien, el estudio de la jurisprudencia de los distintos países demuestra que la aplicación por parte del juez de la legislación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales se lleva a cabo con una prudencia que cabe esperar se mantenga respecto a las situaciones internacionales cubiertas por el Convenio” (13).

Es dable señalar que no es una causa de oposición que se alegue o configure habitualmente; en la práctica se puede ver corroborada la extrema excepcionalidad de la aplicación de este precepto.

5.- Integración al nuevo medio

Conforme reza el artículo 20 del CH 1980, “cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. *La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio...*”.

Retomando el informe explicativo, allí se indica que “en el apartado primero, el artículo presenta una solución única al problema planteado por la determinación del período durante el cual las autoridades deben ordenar el retorno inmediato del menor. El problema es importante puesto que si el retorno del menor debe decidirse en su propio interés, es cierto que cuando está integrado en un nuevo ambiente, su retorno sólo debería tener lugar tras un análisis del fondo del derecho de custodia, lo que nos situaría fuera del objetivo convencional. Ahora bien, las dificultades que encuentra cualquier intento de traducir el criterio de la integración del menor en una norma objetiva han llevado a la fijación de un plazo, tal vez arbitrario, pero que constituye la respuesta

"menos mala" a las preocupaciones expresadas en este punto"; agregando que la consagración del plazo único de un año, abstracción hecha de las dificultades encontradas en cuanto a la localización del menor; que obligación de devolver al menor desaparece si se llega a probar que "el menor ha quedado integrado en su nuevo medio", indicando que la disposición no precisa en absoluto quién debe probar este extremo; no obstante, parece lógico pensar que esa tarea le corresponde al secuestrador o a la persona que se opone al retorno del menor, sin perjuicio del poder de apreciación de las autoridades internas al respecto (14).

Esta excepción al retorno del menor sólo operará en el caso de que haya transcurrido más de un año desde que se produjo el traslado o retención ilícitos, por lo que en dicho supuesto cabrá denegar el retorno del menor al Estado de origen si resulta probada la integración del menor en su nuevo medio, es decir, en el Estado requerido (15).

Por regla general, debe operar la restitución inmediata del menor; en este supuesto y frente al transcurso del tiempo, se evaluará si se ha configurado un nuevo centro de vida respecto del niño, que por tanto desaconseje su restitución al Estado requirente, siempre en miras a su interés superior.

iii.- El derecho del menor de edad a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Tanto el CH 1980, como el Reglamento n° 2019/1111 prevén la audiencia con el niño que ha sido sustraído o retenido ilegalmente.

Si bien no se menciona en concreto la fijación de una audiencia con el niño con carácter previo a resolver, el CH 1980 en su artículo 13, cuarto párrafo, estipula que la autoridad competente podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio niño se opone a su restitución, siempre que haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

“La excepción no fija una edad determinada y lo deja a la libre valoración del juez en cada supuesto concreto, quien tendrá que resolver sobre su opinión, consciente de los supuestos de utilización de los menores por los adultos de su entorno, así como de los conflictos de lealtades en que se sitúa a los menores. La necesidad de ayudarse de especialistas para una valoración correcta del interés del menor y su oposición en su

caso al retorno se hará conforme al derecho interno de cada Estado y sin que dilate el plazo existente para resolver” (16).

Por su parte, el Reglamento n° 2019/1111 sí habla de audiencia con el niño, otorgándole mayor fuerza al derecho del niño a ser oído. Es así que en el artículo 21 se dispone que: “...los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, darán a los menores que tengan capacidad para formarse sus propios juicios la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones, bien directamente bien a través de un representante o un organismo apropiado. 2. Cuando el órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones de acuerdo con el presente artículo, prestará la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez”; replicándolo luego en el capítulo III relativo a la sustracción internacional de menores (artículo 26).

Esta nueva redacción se adapta a las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente su artículo 12; así como a lo plasmado en la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, que desarrolla el “derecho a ser oído”. Este tema bien podría ser objeto autónomo de otro trabajo, dada su importancia y extensión, tanto a nivel normativo, como también jurisprudencial y doctrinal. De allí que, sin intención de extendernos, desarrollaremos brevemente el derecho a ser oído, cuestión que resulta de vital importancia para los jueces al momento de sentenciar sobre cualquier asunto que involucre a personas menores de edad, como sin dudas lo es el tema bajo estudio.

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra este derecho en su artículo 12, del siguiente modo: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”. Aquí cabe remitirse a la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño (20/06/2009), que se aboca al derecho a ser oído, plasmado en el art. 12 CDN y

desarrolla el concepto, de modo de otorgar lineamientos de actuación a las autoridades de los Estados contratantes con el objeto de garantizar debidamente el ejercicio de este derecho.

Se encuentra asimismo contenido en el art. 24.1 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez”.

La protección de los derechos del niño ha avanzado considerablemente frente al cambio de paradigma respecto de su condición jurídica; ha dejado de ser únicamente objeto de protección, siendo considerado como sujeto de derechos, merecedor de una tutela especial ante su condición de vulnerabilidad. Es así que se garantiza su participación en los procesos que lo atañen, como verdadero sujeto de derechos.

Resulta claro que la audiencia con el niño obedece a un derecho consagrado en la Convención –de la que tanto España como Argentina forman parte-, que debe ser garantizado por los jueces en los procesos sobre restitución. Ahora bien, es dable destacar que nos encontramos frente a un derecho y no una obligación; el juez deberá ofrecer al niño la posibilidad de expresar sus opiniones en un ámbito apto al efecto, pero el niño no se encuentra obligado a hacerlo.

De todos modos, este derecho a efectivizarse mediante el acto procesal de audiencia y de vital relevancia, impacta en el trámite de restitución y obliga al juzgador no sólo a oír al niño, sino también a evaluar su opinión de acuerdo a su edad y grado de madurez. Cabe resaltar que, así como el niño puede negarse a expresar su opinión o ello resulte desaconsejable y –en consecuencia- no se lleve a cabo audiencia con el menor, también hay supuestos en los que este derecho es ejercido en más de una oportunidad, de acuerdo a las características particulares del caso concreto.

iv.- El principio rector del interés superior del niño.

Entre todos los principios que brotan de la normativa nacional e internacional, éste es, a nuestro entender, el más importante y que opera –o debe operar- como norte de toda decisión judicial respecto de derechos de personas menores de edad.

Su principal vertiente la encontramos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3 dispone: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, *una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (...)”.

Este principio se encuentra receptado en España a nivel nacional en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, con los cambios introducidos por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; concretamente en el artículo 2: “1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos *legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

En el acápite 2do, se reseñan pautas interpretativas del interés superior, entre las que están su protección psicofísica; la consideración de sus deseos, opiniones y sentimientos en función de su capacidad progresiva; la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, priorizando la permanencia en su familia de origen y preservando el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor; entre otras.

En el ámbito internacional, a más de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece en su artículo 24.2 que: “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”.

Puede “considerarse que el interés superior del menor es, en la medida en que se integra con otros principios (...) un principio (a veces se sostiene que es general) que impregna toda decisión que afecte a los menores. Águeda Rodríguez estima que el interés del menor <<tiene un sentido sustantivo, interpretativo y procedimental, destacándose el carácter dinámico del concepto al deber ser concretado en cada contexto, dado que varía de un menor a otro y, en el mismo menor, de un momento a otro, debiendo ser respetado siempre>>. Aunque se hayan destacado ventajas e inconvenientes en el uso de los conceptos jurídicos indeterminados, es cierto que su indeterminación convierte en compleja y difícil, no sólo su interpretación, sino también su aplicación, pues realmente no existe un interés superior del menor en abstracto, sino en cada caso concreto. En este sentido, la STS 13 de febrero 2015, en un litigio sobre guarda y custodia de un menor, afirma que el interés del menor en abstracto no es suficiente, conclusión a la que llega considerando que el interés prevalente del menor está constituido por una suma de distintos factores, y que el interés que prevalece es el <<de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso>>, concluyendo que el interés en abstracto no basta” (17).

El Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la esencial tarea que despliega, se ha referido a este principio en la Observación General N° 14 del 29 de mayo de 2013, desarrollándolo extensivamente.

Este principio, como adelantáramos, se erige como el pilar de la actividad jurisdiccional en todos los casos llevados a su conocimiento y que involucren derechos de personas menores de edad. Es innegable que la tarea de valoración del interés superior debe llevarse a cabo en todo procedimiento, sin excepciones. Es decir, en las acciones sobre restitución internacional de menores, si bien es imperioso actuar con celeridad a fin de dar efectividad al espíritu del CH 1980, tal actuación se verá atravesada por la valoración del interés superior del niño en el caso particular, que deberá primar por sobre cualquier otro interés legítimo.

IV.- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Numerosos son los casos sobre restitución internacional que han llegado al conocimiento del TEDH en los últimos años. Puede advertirse que el criterio sentado por el Tribunal no ha sido uniforme, variando el alcance de la interpretación otorgada a

las disposiciones del CH 1980 y su vinculación con los derechos contenidos en el Convenio para la Protección de Derechos y Libertades Fundamentales, denominado Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

1.- Sentencia TEDH, Gran Sala, Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza, del 6 de julio de 2010

Resumiendo los hechos del caso, se trata de un matrimonio compuesto por una mujer de nacionalidad suiza y un hombre de nacionalidad israelí, que tuvieron un hijo nacido en Israel y quien contaba con la doble nacionalidad de ambos progenitores. Ante la ruptura de la pareja, se otorgó la custodia del niño a la madre, fijándose un régimen de visitas a favor del progenitor; asimismo, se dictó una medida que prohibía trasladar al niño fuera de Israel. Sin perjuicio de ello, el 24 de junio de 2005 la madre abandonó Israel y se trasladó con el niño a Suiza, de donde ella era originaria. En cuestión de días el padre contactó con la Autoridad Central israelí, pudiendo dar con el paradero del niño en mayo de 2006 y el 22 de mayo se interpuso demanda de restitución en Suiza, comunicada a la Autoridad Central.

Tras denegarse la restitución en las primeras instancias con motivo de la excepción contemplada en el art. 13.b del CH 1980, el Tribunal Federal suizo anuló la sentencia anterior y ordenó la restitución del niño. Destacó que las excepciones debían ser consideradas con carácter restrictivo, sin pasar a valorar las capacidades parentales, dado que ello será cuestión del correspondiente proceso de custodia, valoración excluida por el CD 1980. El 23 de septiembre de 2007 la madre dedujo recurso ante el TEDH, que decidió suspender provisoriamente la ejecución de la sentencia de restitución.

Al resolver el caso, la Gran Sala resaltó que el CEDH debe ser interpretado conjuntamente con los principios que emanan de la normativa del derecho internacional y de una manera armónica. En los supuestos de sustracción internacional de menores, el TEDH adujo que las obligaciones emanadas del art. 8 del CEDH (respeto a la vida privada y familiar) debían interpretarse conjuntamente con los principios del CH 1980.

Sostuvo que “la restitución inmediata no puede ordenarse automática o mecánicamente; el interés superior del menor depende de una serie de circunstancias relacionadas con su desarrollo personal, como su edad, madurez, presencia o ausencia de uno u otro o ambos padres, su entorno y experiencias. Ello exige un **estudio individual de cada**

caso, que corresponde realizar a las autoridades nacionales, que, entre otras cosas, gozan del beneficio del contacto directo con los individuos en cuestión (...). A este propósito debe juzgar si las autoridades nacionales llevaron a cabo un examen exhaustivo o completo de las circunstancias de la familia y de otros aspectos de naturaleza psicológica, médica, o material, haciendo un balance y una evaluación razonable de los intereses de cada persona, y siempre juzgando cuál sería la mejor solución para el menor sustraído en el caso en que se solicitase su restitución (párrafo 139 de la sentencia)”(18).

La Gran Sala entendió que la sentencia recurrida que ordenaba la restitución del niño, infringía el derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH, y que la restitución no podía identificarse con el interés superior del niño.

Esta sentencia marcó unos parámetros interpretativos que fueron objetados por la comunidad internacional, en tanto se requería una valoración exhaustiva del caso y de las circunstancias que rodean al niño antes de resolver sobre la procedencia de la restitución, lo que se contraponía al espíritu del CH 1980, cuyo objetivo es obtener el inmediato reintegro del menor a su país de origen. Con posterioridad al caso Neulinger, fueron dictadas dos sentencias y una decisión que confirmaban ese criterio para los casos sobre sustracción (Raban c. Rumania, Šneerson y Kampanella c. Italia y MR y LR c. Estonia).

Pareciera contradictorio requerir “a los tribunales hacer un estudio detallado y exhaustivo de las circunstancias, y al mismo tiempo, que estos de forma expedita dentro de las 6 semanas, término no obligatorio según el CH 1980 aunque sí recomendado, tomen una decisión. Esta exigencia deja a los tribunales nacionales ante una compleja posición al tener que aunar exhaustividad en el análisis y celeridad en la toma de decisiones” (19).

2.- Sentencia TEDH, Gran Sala, asunto X c. LETONIA, del 26 de noviembre de 2013

En el origen del asunto se encuentra una demanda interpuesta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra la República de Letonia el día 8 de mayo de 2009 por la ciudadana del citado Estado, Sra. X ("la demandante"), al amparo del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos. La demandante alegaba que fue víctima de una vulneración a su derecho a la vida familiar del artículo 8 del Convenio

como consecuencia de una resolución judicial de Letonia en la que se acordó la restitución de su hija a Australia en aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Los antecedentes de hecho son los siguientes: La demandante es ciudadana letona y en 2007 obtuvo la nacionalidad australiana; inició una relación con T. a principios del año 2004 y se mudó a su piso a fines de ese año, aunque seguía casada con otro hombre, de quien se divorció el 24 de noviembre de 2005. El 9 de febrero de 2005 dio a luz a una niña, en la partida de nacimiento no se indica el nombre del padre y no se realizó ninguna prueba de paternidad. Posteriormente, la demandante, que seguía viviendo con T., comenzó a recibir prestaciones en concepto de ayudas a familias monoparentales. Pese a que su relación con T. se deterioró, siguió viviendo en la casa de éste como arrendataria. El 17 de julio de 2008 la demandante se marchó de Australia con destino a Letonia con la niña, que entonces tenía tres años y cinco meses. Ante esta situación, T. inició demanda solicitando la restitución de la niña a Australia.

Mediante sentencia de 19 de noviembre de 2008, el Juzgado australiano falló a favor de T. y ordenó la restitución inmediata de la niña a Australia en un plazo de seis semanas a partir la resolución. En la motivación de la sentencia consta que las autoridades judiciales australianas determinaron que la demandante y T. ejercían conjuntamente su responsabilidad parental y que entendían que los tribunales de Letonia no podían volver a examinar esta cuestión ni interpretar o aplicar el derecho australiano. Consideraban igualmente, en aplicación de los artículos 1 y 14 del Convenio de La Haya, que los tribunales letones no tenían competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad parental de T. respecto a la niña, sino únicamente sobre el traslado de ésta desde Australia y su posible retorno. Afirmaban que el traslado de la niña fue ilegal y que se efectuó sin el consentimiento de T. Por último, el Tribunal australiano descartó la alegación de que hubiera un riesgo de peligro físico para la niña en el caso de restitución, posibilidad que consideró infundada.

Tal decisión fue recurrida por la progenitora. El 6 de enero de 2009 el Juzgado del Distrito, a quien se dirigió la demandante, ordenó que se suspendiera la ejecución de la decisión de restitución mientras se examinaba el recurso. Se basó en el preámbulo del Convenio de La Haya al considerar que debía prevalecer el interés del niño sobre la restitución inmediata, que la niña estaba unida a su madre y que, según el informe

psicológico que aportaba, una brusca interrupción del contacto con ella le produciría un trauma. El 26 de enero de 2009, tras una vista en presencia de la demandante y de T., el Tribunal Regional de Riga confirmó la sentencia de primera instancia; entendió que la demanda de T. era conforme al CH 1980 y confirmó los breves plazos que establecía la misma constatando que para reconocer la decisión de la jurisdicción australiana, no hacían falta ninguna formalidad ni análisis.

La Sra. X se negó a cumplir la orden de restitución. El 14 de marzo de 2009, T. se encontró por casualidad cerca de un centro comercial con la demandante y con E. y aprovechó la situación para marcharse con la niña y emprendió con ella el viaje de vuelta a Australia. Posteriormente, la demandante presentó una denuncia por sustracción de menores que fue archivada, así como un recurso disciplinario contra las autoridades de Letonia y una petición de suspensión que quedó sin objeto. En septiembre de 2009 el Juzgado de Familia de Australia invalidó todas las decisiones anteriores relativas a los derechos de los padres y estableció que el único que tenía la responsabilidad parental de la niña era T.

Ante el TEDH, la Sra. X manifiesta que es víctima, debido a la resolución de la decisión de los tribunales de Letonia en la que se ordenó el retorno de su hija a Australia, de una vulneración de su derecho al respeto a la vida familiar a efectos de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio, que reza: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

La Gran Sala comparte el criterio de la Sala según el cual la decisión que ordenaba el retorno tenía el fin legítimo de proteger los derechos y libertades de T. y de E., algo que las partes no discutieron en este procedimiento. El TEDH sostiene que no se puede interpretar el Convenio de forma aislada, sino en consonancia con los principios generales del derecho internacional.

En lo tocante a la cuestión concreta de la relación entre el CEDH y el CH 1980, el Tribunal reitera que en lo relativo a la sustracción internacional de menores las obligaciones que el artículo 8 impone a los Estados miembros se deben interpretar a la luz de las obligaciones impuestas por el Convenio de La Haya. El Tribunal reitera que hay un amplio consenso -también en derecho internacional - respecto a la idea de que debe primar su interés superior en todas las decisiones relativas a niños; idea que subyace en el Convenio de La Haya que liga este interés al restablecimiento del *statu quo* al acordar el retorno inmediato al país de residencia habitual en caso de sustracción ilícita, pero teniendo en cuenta que el que no se restituya a un menor puede estar justificado basándose en razones objetivas que obedezcan al interés del niño.

El Tribunal estima que el artículo 8 del Convenio impone en este asunto una obligación procedimental a las autoridades nacionales: al examinar la demanda de retorno del menor, los jueces no sólo deben examinar las alegaciones sobre la existencia de un "grave riesgo" para el menor en caso de retorno, sino que deberán pronunciarse sobre el particular mediante una decisión especialmente motivada atendiendo a las circunstancias del caso. En este punto se destaca que, pese a las innegables consecuencias que el retorno de un menor puede tener respecto a los derechos de los padres, **el artículo 8 no exige un control estricto, por parte de las autoridades judiciales o extrajudiciales del Estado demandado, de la situación familiar en cuestión entendida en su conjunto**; señalando también que dicho artículo impone a las autoridades nacionales del Estado demandado que se ocupen de un procedimiento en relación con el artículo 13 b) del Convenio de La Haya, que examinen cualquier acusación razonable de que en caso de retorno el menor se verá expuesto a un "grave riesgo" y, si concluye que esta acusación no se puede probar, resolverá desestimando la misma mediante una decisión suficientemente motivada.

Respecto a la necesidad de respetar los breves plazos previstos por el Convenio de La Haya, el Tribunal reitera que dicho tratado efectivamente prevé en el artículo 11 que las autoridades judiciales procederán urgentemente, hecho que no les exime de realizar un examen efectivo de las acusaciones de una parte que se basen en una excepción expresamente prevista, en el artículo 13.b en el presente caso.

Por todo ello, el Tribunal considera que la demandante ha padecido una injerencia desproporcionada en su derecho al respeto de su vida familiar ya que el proceso de toma

de decisiones a nivel nacional no ha cumplido con las exigencias en cuanto a procedimiento propias del artículo 8 del Convenio, pues el Tribunal Regional de Riga debió examinar efectivamente las acusaciones de la demandante relativas al artículo 13 b) del Convenio de La Haya.

En la reseñada sentencia se produce un cambio respecto del criterio oportunamente sentado en el caso Neulinger. En efecto, casi por unanimidad, los jueces “estuvieron de acuerdo en que el artículo 8 del CEDH no obliga a los jueces nacionales a hacer un examen exhaustivo de la totalidad de la situación familiar y de toda una serie de elementos de orden fáctico, afectivo, psicológico, material y médico, si han apreciado de manera equilibrada y razonada los intereses de cada una de las personas, con la preocupación constante de determinar cuál sería la mejor solución para el niño sustraído en el contexto de una solicitud de restitución a su país de origen” (20).

V.- Análisis comparativo respecto de la República Argentina

i.- Procedimiento de restitución

Como anticipáramos, en Argentina, a nivel local, el procedimiento de restitución lo recepta brevemente el artículo 2.642 del Código Civil y Comercial de la Nación, que remite a las Convenciones internacionales ratificadas por la República Argentina, reiterando algunas previsiones en ellas contenidas.

En lo atinente a la restitución internacional de Menores, a más de la Convención de la Haya de 1980, se aplica a nivel internacional el Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay (celebrado el 30 de julio de 1981), y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), dada en Montevideo el 15 de julio de 1989, ratificada por Argentina el 15 de febrero de 2001, por ley 25.458.

El Convenio entre Argentina y Uruguay no merece mayores comentarios, atento su acotado marco de aplicación. Es así que nos referiremos brevemente a la CIDIP IV. El citado instrumento reproduce las disposiciones contenidas en el CH 1980 que le ha servido de antecedente; mantiene la edad de 16 años respecto de los menores sustraídos y a quienes se aplican las disposiciones de la Convención (artículo 2); refiere que son competentes para entender en el proceso de restitución las autoridades del Estado donde el menor tenía su residencia habitual previo al traslado, pudiendo excepcionalmente y a

elección del demandante iniciar la causa ante las autoridades del Estado donde se encuentre el menor (artículo 6); prevé la audiencia con el menor (artículo 10); mantiene las excepciones del CH 1980 (artículos 11 y 14); impone la brevedad del trámite, estableciendo que la oposición debe presentarse dentro de los ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciera saber a quien lo retiene; debiendo dictarse resolución definitiva dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición; aclarando que la restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda (artículo 15).

La Convención avanza en términos procedimentales en comparación con el CH 1980, estableciendo la modalidad de tramitación de la acción de restitución con mayor claridad. Sobre este punto, en Argentina contamos con un Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños. El protocolo, aprobado el 28 de abril de 2017 en el marco de la Reunión Anual de la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se encuentra dirigido a Jueces, operadores judiciales y demás organismos e instituciones que intervienen en los procesos de restitución internacional de menores; otorgando pautas de actuación. Marca como principios rectores el interés superior del niño, la participación en el proceso y el derecho a ser oído, el Juez como director del proceso y el abordaje integral en el conocimiento y tratamiento de la cuestión. Se impone el trámite sumarísimo (el más breve a nivel nacional), plazos exiguos para los actos procesales; prevé audiencia con el niño y las partes; y dispone que –cuando la causa se encuentre en condiciones de resolver y previa vista a los Ministerios Públicos, el Juez dictará sentencia en el plazo más breve posible, procurando que no exceda los 5 días. El protocolo es orientativo, toda vez que aún no se ha plasmado en una ley que le otorgue obligatoriedad.

ii.- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1.- Caso "G. A., D. I. c/ M., J. s/ restitución internacional de menores", CIV 18885/2017/C, fallo del 11 de septiembre de 2018 (21)

Reseña de los hechos: la pareja conformada por J.M., de nacionalidad argentina, y D.LG.A., natural de la República del Perú, se estableció en este último país, domicilio que perduró después de contraer matrimonio; en mayo de 2012 nació su hijo, LG.M.,

quien habitó ininterrumpidamente junto a los padres en su ciudad natal (Lima), hasta el 14 de julio de 2016, fecha en la cual la Sra. M. se trasladó con el niño a la Argentina, utilizando un permiso de salida con vencimiento el día 29 de ese mismo mes y año. Luego, en agosto de 2016, ambas partes confeccionaron una nueva autorización, por instrumento público, para que L. pudiera viajar a Perú, sin límite temporal, en la que sindicaron como domicilio propio y de su hijo la ciudad de Lima. Hasta ese momento, las partes convivían y la vida familiar se desarrollaba en la ciudad de Lima, de manera que -según la ley peruana- la elección del domicilio del hijo menor de edad, requería de la voluntad concurrente de ambos padres, quienes ostentaban conjuntamente el ejercicio de la responsabilidad parental. En ese mismo sentido, la salida del país exigía la autorización de ambos progenitores. Ante la negativa de la Sra. M. de retornar al Perú junto al hijo en común, el Sr. GA. inició el pedido de restitución antes de cumplirse el año del desplazamiento.

Tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal de Apelación denegaron la restitución, al considerar que se encontraba acreditada la conformidad del progenitor con el cambio de residencia del niño.

La Corte, con remisión al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación, puntualizó que la persona respecto de la cual se alega que ha retenido al niño tiene la carga de demostrar la concurrencia de los supuestos de excepción, entre ellos, la conformidad del titular de la solicitud de restitución con relación al cambio de residencia. A su vez, remarcó que a fin de realizar dicho análisis debe tenerse en cuenta que el tratado en cuestión establece como principio la inmediata restitución del menor y, por lo tanto, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del Convenio, destacando también "el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa" y que, que, aun cuando pueden verificarse tácitamente, la existencia de consentimiento o de anuencia con posterioridad al traslado o retención, debe ser inequívoca. Ello, conforme jurisprudencia reiterada del Máximo Tribunal.

Es así que, teniendo como premisa que el interés superior del niño debe orientar y condicionar las decisiones judiciales en el cumplimiento del CH 1980 y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y que este se resguarda -esencialmente- con "una solución de urgencia y provisoria" que cese la vía

de hecho, la Corte revocó la decisión impugnada e hizo lugar a la demanda de restitución, exhortando al juez de grado a extremar las medidas a su alcance a fin de procurar que el retorno del niño se cumpla en forma urgente, sin que una eventual negativa de la madre a acompañar a su hijo obste a su cumplimiento, desde que el magistrado podrá adoptar las diligencias que estime pertinentes para lograr el regreso seguro del menor a su residencia habitual.

2.- Caso "Recurso de hecho deducido por C. R. S. y por sí en representación de su hija menor de edad en la causa V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños", CIV 62230/2019/1/RH1, fallo del 22 de octubre de 2020 (22)

Hechos: M. V., de nacionalidad francesa, y C. R. S. Y., de nacionalidad chilena y residente en Argentina desde los 12 años, se conocieron en la ciudad de Buenos Aires en el contexto de un viaje que en el año 2016 M. V. realizó a la Argentina. Mantuvieron un vínculo a distancia y el 28 de abril de 2017 el actor regresó a Buenos Aires para comenzar una relación de pareja. Contrajeron matrimonio en Argentina en marzo de 2018 y el 11 de abril de 2018 nació N. L. S. V. En la ciudad de Buenos Aires, M. V. se desempeñó laboralmente, mientras que C. R. S. Y. trabajó en una embajada hasta el mes de junio de 2018. El 22 de septiembre de 2018 los tres viajaron a Europa, recorrieron distintas ciudades y finalmente llegaron a Burdeos, ciudad de residencia de la familia de M. V., donde estuvieron aproximadamente un mes y algunos días. La pareja planificó que en el mes de enero de 2019 la niña y su madre viajarían por dos meses a la Argentina y a Chile, y que luego de su retorno a Francia, viajarían todos juntos a Vietnam. Suscribieron las autorizaciones de salida del país el 9 de enero de 2019, con regreso a Francia el 12 de marzo de 2019. Esto último no ocurrió, lo que motivó el pedido de restitución internacional que fue iniciado antes de cumplirse el año del desplazamiento.

En primera instancia se rechazó el pedido; la Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de la anterior instancia y, con sustento en el CH 1980, ordenó la inmediata restitución internacional de la niña N. L. S. V. a Francia. Para decidir así, consideró acreditado que su residencia habitual era en aquel país. En este escenario, la progenitora dedujo recurso extraordinario, alegando que alega que la interpretación otorgada por la cámara a las cláusulas contenidas en el CH 1980 violenta las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención

Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y que se resolvió desconociendo los criterios interpretativos básicos sobre “residencia habitual”.

Al resolver, la Corte liminarmente señala que la expresión residencia habitual que utiliza el CH 1980 hace referencia a “una situación de hecho que presupone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores”; que en los procesos de restitución de niñas, niños y adolescentes la determinación del lugar de residencia habitual resulta de suma relevancia pues constituye el punto de conexión con la normativa aplicable a los efectos de evaluar el derecho de custodia y así concluir si puede calificarse de ilícito el traslado o la retención por infringir tal derecho. También es el elemento que establecerá la jurisdicción ante la cual deberán, en definitiva, debatirse las cuestiones de fondo que se encuentran excluidas de tratamiento en este tipo de procesos. Añade que, dada la importancia de las consecuencias que irradia su correcta determinación, no cabe tenerla por configurada a partir de un concepto de “simple residencia”; y que las notas de estabilidad y permanencia que deben caracterizar a la “residencia”, deben tener necesariamente un grado suficiente de continuidad que permita otorgarle el exigido carácter de “habitual”, esto es, que habilite a concluir que en dicho lugar el niño desarrollaba con naturalidad su vida, para luego concluir que tal extremo no se encuentra configurado en el caso, resolviendo rechazar la solicitud de restitución requerida por no configurarse un supuesto de retención ilícita.

3.- Caso “A. G., L. I. c/ R. M., G. H. s/ restitución internacional de menores”, CSJ 982/2021/CS1, fallo del 28 de octubre de 2021 (23)

Hechos: la pareja conformada por L.I.A.G. y G.H.R.M., ambos ciudadanos argentinos - aunque este último cuenta también con ciudadanía española-, se conocieron en la República Argentina en 1992, contrajeron matrimonio en el año 2013 y fruto de esa relación nacieron sus dos hijas: A.R., el 5 de junio de 2006, en España, y N.R., el 14 de enero de 2010, en Argentina. La pareja residió en España en dos ocasiones, primero entre los años 2006 y 2009, luego retornaron a Argentina hasta abril de 2014, fecha en la que la pareja resolvió establecerse nuevamente en España, hasta el 30 de julio de 2016, fecha en la cual el padre trasladó a las niñas a la Argentina, comunicándose telefónicamente con la actora haciéndole saber que las niñas se encontraban en

Argentina y que no pretendía regresar. Ello motivó el pedido de restitución de las niñas dentro del plazo legal.

En primera y segunda instancia se hizo lugar a la restitución. Frente al recurso extraordinario deducido por el progenitor, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires revocó la sentencia de cámara y rechazó el pedido de restitución internacional de las niñas A. y N. R. A. a la ciudad de Palafolls, Barcelona, España, con sustento en la oposición de estas a regresar a dicho país.

La Corte Suprema de la Nación, al analizar el caso, expuso que, en relación a la oposición de las niñas a regresar a su país de residencia habitual (art. 13, penúltimo párrafo, del CH 1980), como ya fuera sido señalado por el Máximo Tribunal en reiteradas ocasiones, por la singular finalidad del convenio que rige el asunto, no cabe adherir a una sumisión irrestricta respecto de la opinión que pudiese haber expresado el infante. La posibilidad de negar el regreso fundado en ese supuesto particular solo se abre frente a una voluntad calificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino e irreductible a regresar. La mera invocación genérica del beneficio del niño, o los perjuicios que pueda aparejarle el cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución.

Continúa refiriendo que, en esa línea de razonamiento, la integración conseguida en el nuevo ambiente no constituye un motivo autónomo de oposición ni resulta decisivo para excusar el incumplimiento de la obligación internacional asumida, ceñida únicamente a evitar que se concreten sustracciones ilícitas en infracción al derecho de custodia de uno de los progenitores. Que no obstante lo manifestado, el Tribunal estima conveniente reafirmar que el objetivo del CH 1980 radica en garantizar el regreso del niño no solo inmediato sino también seguro, y, a tal efecto, el magistrado a cargo del proceso, de acuerdo a las particularidades del caso, determinará la forma, el modo y las condiciones en que deberá llevarse a cabo el retorno, procurando siempre decidir por aquellas que resulten menos lesivas para las niñas.

Por todo ello, la Corte declara procedente el recurso extraordinario, revoca la sentencia apelada y, en los términos señalados, hace lugar a la demanda de restitución internacional.

V.- Conclusión

No puede negarse que el procedimiento sobre restitución internacional de menores es de carácter complejo. El tratamiento de toda cuestión que se suscite en el ámbito familiar, la esfera más privada de la vida de las personas, debe realizarse con prudencia. Ello cobra mayor fuerza cuando en la problemática se ven involucradas personas menores de edad, cuyos derechos deben ser garantizados de una forma primordial.

El trámite urgente que se prevé en toda la normativa desarrollada precedentemente sobre el tema, encuentra fundamento en la gravedad de la sustracción internacional de menores y la necesidad de restablecer la situación de hecho en la que se encontraba el niño inmediatamente antes del traslado o retención ilícito, en resguardo de sus derechos y entendiendo que ello garantiza su interés superior, al reintegrarlo rápidamente al lugar donde tenía su centro de vida con anterioridad al hecho ilícito.

No es nuestra intención cuestionar la mentada urgencia, muy por el contrario, lo ideal es actuar con la mayor premura posible en este tipo de casos. En esa línea se han dictado las normas de derecho interno así como las internacionales, resultando acertado el procedimiento abreviado en estos casos.

Ahora bien, reconociendo que los exiguos plazos deben cumplirse con el objeto de resguardar al niño y garantizar sus derechos, lo cierto es que los jueces se enfrentan a una ardua tarea cada vez que deben conocer un pedido de restitución internacional de menores. Es que la actuación urgente en ocasiones colisiona con los planteos que se formulan en la causa.

Al alegarse una situación de riesgo para el menor, los jueces se hallan ante un escenario por demás complejo; por un lado, deben dar efectivo cumplimiento a las previsiones del Convenio de la Haya de 1980, en su caso de la Convención Interamericana, en el supuesto de España se agrega a la regulación procesal interna lo previsto por los reglamentos; y por otro lado, se hace presente con primacía la obligación de velar por el interés superior del niño, cumpliendo con el principio de la tutela judicial efectiva y garantizando los derechos plasmados en la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que los contemplan.

La Corte Suprema argentina, en su jurisprudencia ya reiterada, ha dejado claro que las autoridades deben cumplir con la obligación internacional contraída al momento de

ratificar el CH 1980, actuando con celeridad y evitando entrar en un análisis profundo que se confunda con el fondo de la cuestión, que habrá de ser resuelto –en su caso- por los jueces del lugar de residencia habitual del niño.

Las dilaciones que operan en el procedimiento son consecuencia de las incidencias procesales que se plantean, muchas veces con intención de enlentecer el proceso. Frente a tales planteos, los jueces deben valorar los extremos invocados bajo la óptica del interés superior del niño. Podría decirse que, desestimar los planteos con el sólo argumento de dar efectividad a la urgencia prevista en los tratados internacionales, podría catalogarse de arbitrario.

En este sentido se expidió el TEDH en el caso Neulinger, al señalar que las autoridades judiciales intervinientes debían realizar un estudio individual de cada caso concreto bajo la óptica del interés superior del niño, resaltando que el examen debía ser exhaustivo. No pretendemos con lo dicho convalidar las conclusiones arribadas por el TEDH en el caso precitado, que han merecido amplias críticas en el ámbito internacional, sino poner de resalto que las vicisitudes procedimentales y las demoras que ellas generan fueron en su oportunidad evaluadas por el Tribunal Europeo, reconociendo la ardua tarea que tienen por delante los jueces en este tipo de procesos.

Es cierto que tal criterio fue luego modificado por el TEDH, conciliando la CDN y el CEDH con los preceptos que emanan de la CH 1980, al establecer que el análisis debe realizarse en consonancia con los principios generales del derecho internacional; aclarando que el artículo 8 del CEDH no exige de las autoridades intervinientes en el caso un control estricto de la situación familiar.

Consideramos que las deficiencias descritas tienen su origen en la falta de una normativa procesal, concreta y concisa, que regule el trámite de la acción de restitución internacional. En Argentina, si bien contamos con un protocolo de actuación, el mismo es meramente orientativo, toda vez que sus previsiones no han sido trasladadas a una ley, como debió suceder. Ante esta ausencia y las dificultades prácticas de cumplir con la restitución en el plazo que prevén los Convenios internacionales, ciertas voces del ámbito judicial se alzaron sosteniendo que una alternativa posible sería la de recurrir por la vía de ejecución de medidas cautelares, en aplicación de la “Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas preventivas” (Montevideo, 8 de mayo de 1979), a fin de llevar a cabo la ejecución de las medidas cautelares que, decretadas

por órganos judiciales competentes en la esfera internacional y vinculadas por esa fuente, tengan por objeto garantizar la seguridad de las personas y de los bienes, debiendo únicamente corroborar la competencia del órgano requirente previo al cumplimiento de la medida que se pretende ejecutar. Ello, claro está, en el ámbito interamericano.

En España, con el Reglamento nº 2019/1111 de la Unión Europea, que entró en vigencia en el mes de agosto del 2022, se avanzó hacia un procedimiento bien regulado y que permite dar verdadera efectividad al CH 1980, con apoyo asimismo en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 778 quáter a sexies).

Se ocupa de la celeridad del trámite administrativo, estableciendo que la Autoridad Central requerida tiene un plazo de cinco días hábiles para dar acuse de recibo a una solicitud de retorno (art. 23.2). En el artículo 24 estipula que en cada instancia el plazo para resolver será de seis semanas, y prevé un plazo de seis semanas desde el inicio de los trámites para la ejecución, lo que hace un término total de dieciocho semanas, que se adecúa a la realidad de la práctica judicial en estos procedimientos. Se ocupa también del trámite posterior a la resolución que deniega la restitución.

Asimismo, establece que las decisiones ejecutivas dictadas en un Estado de la Unión se ejecutan en los demás Estados sin declaración previa de ejecutividad, aboliendo el exequátur, si bien se mantiene la posibilidad de oposición al reconocimiento, propia de los procesos de ejecución. Cabe destacar que las resoluciones dictadas por el Estado requirente (donde el niño tenía su residencia habitual) gozan de tratamiento privilegiado, en tanto no puede ser desconocida su fuerza ejecutoria. Ahora bien, a pesar de lo expuesto, el art. 56.4 prevé que en casos excepcionales pueda disponerse la suspensión de la ejecución, si ella expone al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la ejecución haya sido dictada o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias. Este punto, a nuestro entender, significa una contradicción con la fuerza ejecutoria dada a las sentencias de otros Estados contratantes y abre la posibilidad a nuevos planteos a fin de resistir la restitución.

De allí se colige la necesidad, en nuestro país, de contar con una reglamentación concreta y concisa que no permita mayores incidencias en los procesos de restitución, a la par que determine modalidad del procedimiento y plazos específicos, facilitando la

tarea del juzgador al momento de llevar adelante este tipo de casos. En este sentido, entendemos que el Reglamento n° 2019/1111 contiene disposiciones que mejor se adaptan al espíritu del CH 1980 y permiten a los jueces desplegar su tarea en cumplimiento con las obligaciones internacionales contraídas por los Estados de los que son miembros, bajo el principio rector del interés superior del niño. Un buen ejemplo normativo que, a nuestro pensar, debería ser replicado en Argentina.

(*)María Agustina Oropesa es abogada graduada de la Pontificia Universidad Católica Argentina y se desempeña desde el año 2006 en el Poder Judicial de la Nación, en el fuero de familia.

(1) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. B.O.E. <https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/1>.

(2) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. B.O.E. <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1>.

(3) MONGE FERNÁNDEZ, Antonia “La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar”, Editorial Bosch, febrero 2019, p. 110.

(4) FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Carmen, “La sustracción internacional de menores: el retorno del menor en el ámbito del Convenio de la Haya de 1980 y del Reglamento (CE) n° 2201/2003”, Editorial Colex S.L., 1ª edición 2020, p. 45.

(5) CALAZA LÓPEZ, Sonia, “Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”, Editorial La Ley, junio 2015, p. 103.

(6) MARÍN PEDREÑO, Carolina, “Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor”, Editorial Ley 57, año 2015, p. 48.

(7) PÉREZ VERA, Elisa, “Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Editorial Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, año 1982, párrafo 115.

(8) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010. Barbara Mercredi contra Richard Chaffe. Petición de decisión prejudicial: Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - Reino Unido. Asunto C-497/10 PPU.

(9) MARÍN PEDREÑO, Carolina “Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor” op. citado, p. 58.

(10) CALAZA LÓPEZ, Sonia. “Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” op. citado, p. 119.

(11) Guía de Buenas Prácticas, parte VI, art. 13(1)(b), Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Año 2021, párrafos 34 a 36.

(12) CALAZA LÓPEZ, Sonia, “Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” op. citado, p. 127.

- (13) PÉREZ VERA, Elisa, “Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” op. citado, párrafo 118.
- (14) PÉREZ VERA, Elisa, “Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” op. citado, párrafos 107 a 109.
- (15) FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Carmen, “La sustracción internacional de menores: el retorno del menor en el ámbito del Convenio de la Haya de 1980 y del Reglamento (CE) n° 2201/2003” op. citado, p. 51.
- (16) GONZÁLVEZ VICENTE, María del Pilar, “Cambio de residencia de los progenitores con hijos menores y sustracción internacional de menores. Aspectos procesales y sustantivos”, Encuentro de Jueces de Familia: Protección del menor en el proceso de familia. Especial referencia a los problemas transfronterizos. Cuadernos digitales de Formación, N° 44, año 2015, p. 20.
- (17) MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar” op. citado, p. 201.
- (18) MARÍN PEDREÑO, Carolina. “Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor” op. citado, p. 113/114.
- (19) CELIS AGUILAR, María Mayela. El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia. Dialnet. Recepción: 09 Febrero 2019. Aprobación: 17 Noviembre 2019. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.8476>, p. 220.
- (20) CELIS AGUILAR, María Mayela. “El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” op. citado, p. 224.
- (21) Portal de la CSJN, consulta de jurisprudencia, Fallos: 341:1136, enlace: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7475562>.
- (22) Portal de la CSJN, consulta de jurisprudencia, Fallos: 343:1362, enlace: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7613101>.
- (23) Portal de la CSJN, consulta de jurisprudencia, Fallos: 344:3078, enlace: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7706104>.