



-

ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Procurador Aníbal Sebastián de la Torre

Título a obtener: Abogado

-

Facultad de Ciencias Jurídicas

Septiembre de 2004

INDICE

Introducción	3
La importancia del Derecho Internacional Privado	4
La importancia actual del Derecho Internacional Privado en la restitución internacional de menores	6
Análisis de la normativa vigente en nuestro país	11
1) Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay	11
2) Convención sobre los derechos del niño	13
3) Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores	16
4) Convención interamericana sobre restitución internacional de menores	31
5) Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores	34
6) Decisiones del Mercosur	37
Conclusión	39
Bibliografía	41
Apéndice legislativo	42
1) Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay	43
2) Convención sobre los derechos del niño	46
3) Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores	50
4) Convención interamericana sobre restitución internacional de menores	63
5) Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores	73
6) Decisiones del Mercosur	83
Apéndice de fallos	92
1) Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela	93
2) Muller, Volker c/ García Bastista, Margarita	120
3) Andreasen, Lía Alexandra s/ Exhorto	131
4) Arias Uriburu	142

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos adentraremos en el estudio de los aspectos civiles de la restitución internacional de menores como consecuencia del traslado o retención ilícitos de los mismos.

No trataremos la problemática a nivel nacional, ya que mucho se ha escrito al respecto y nos interesa analizar la situación en el aspecto internacional por la complejidad que representa.

Para tal fin, haremos una breve referencia a la importancia del derecho internacional privado frente a esta problemática, para seguidamente ocuparnos del estudio pormenorizado de los Convenios y Convenciones referentes al tema que nos vinculan con diversos países.

La normativa a analizar será la siguiente:

- 1) Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay, Montevideo, 1981.
- 2) Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989.
- 3) Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 14ta. Sesión de la Conferencia de La Haya, 25 de octubre de 1980.
- 4) Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, México, 18 de marzo de 1994.
- 5) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo, 15 de julio de 1989.
- 6) Decisiones del Mercosur.

Sumado a ello, haremos referencia a los diversos fallos que han aplicado en nuestro país la normativa internacional, analizando principalmente el “caso Osswald” por su importancia para nuestra materia.

Finalmente, encontraremos un apéndice conteniendo la totalidad de la normativa internacional analizada, y otro conteniendo los fallos citados.-

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La importancia del Derecho internacional privado surge con el cosmopolitismo del hombre; esté donde esté debe encontrarse en condiciones de realizar su vida jurídica, ya manteniendo sus derechos adquiridos, ya adquiriendo nuevos derechos. Su persona, su libertad y su vida civil en general deben serles reconocidas y protegidas en cualquier parte del mundo.

A consecuencia de la vida moderna el hombre es parte de una sociedad universal; ya no pertenece más a pequeñas comunidades reducidas.

La naturaleza cosmopolita del hombre y la variedad de leyes estatales motivaron el nacimiento de las relaciones comprendidas en el Derecho internacional privado. El comercio internacional y la diversificación legislativa son, en resumen, el fundamento de esta materia.

Pero mientras los sistemas legislativos eran autónomos los individuos se despreocupaban de las fronteras y comienzan a transponerlas, analizando los legisladores dicha situación como un simple conflicto de soberanía y por cortesía e interés hicieron mutuas concesiones. Pero ese deambular de los hombres hoy día es amplio y debe ser regulado por normas más satisfactorias que ese interés y esa cortesía. Es así que surge esta materia con la incorporación a las legislaciones estatales de normas de solución de conflictos, de concurrencia de leyes, etc. siendo tras esa evolución que el derecho internacional privado es receptado en todas partes y su importancia se acrecienta día a día.

No hay un derecho universal que rijan los asuntos o relaciones que ponen en contacto varios ordenamientos jurídicos con una autoridad superior a cada uno de los ordenamientos internos o del ordenamiento internacional, pero sin embargo se notan ciertos criterios o principios que solemos observar en los tratados o convenciones que diariamente se celebran entre los distintos países.

Estos principios o criterios nos dicen cómo integrar el derecho internacional privado. No es suficiente acudir automáticamente a la *lex fori* –ley nacional del juez- ante la ausencia o silencio de normas de derecho internacional privado. Contrariamente a ello, los jueces deben integrar el sistema recurriendo a la analogía y a los principios generales del derecho internacional privado, siendo uno de los principales el de la armonía internacional de las decisiones.

Descubrimos las virtudes del derecho internacional privado cuando nos topamos con los dos grandes sistemas que históricamente han signado la materia: la territorialidad y la extraterritorialidad, siendo este último el que rige nuestra materia.

Decimos que un caso es internacional cuando la vida internacional de las personas da lugar a conductas relacionadas con diversos territorios nacionales y, por ello, con diversos ordenamientos jurídicos, ya que resulta evidente que cada Estado organiza su propio derecho interno. Ahora, por la vinculación del caso con una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales, dicho caso termina siendo multinacionalizado.

Antonio Boggiano^[1] nos da una precisión del derecho internacional privado cuando sostiene que *“El D.I.Pr. es el sistema normativo destinado a realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales en el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad*

de jurisdicciones estatales o de una jurisdicción internacional. He aquí una concepción amplia del D.I.Pr., que considera todos los posibles métodos de soluciones justas para aquellos casos vinculados a una pluralidad de territorios jurídicos. Hay que huir de la confusión en que se incurre, paradójicamente por un exceso de geometría jurídica, cuando se identifica al D.I.Pr. con uno de sus métodos –el conflictualista, o cualquier otro–.

También Werner Goldschmidt^[2] nos aporta su concepto de derecho internacional privado, definiéndolo como “... *el conjunto de los casos jusprivatistas con elementos extranjeros y de sus soluciones, descritos los casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético-judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero*”.

LA IMPORTANCIA ACTUAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La problemática de la restitución internacional de menores originada en un traslado ilícito de los mismos se ha agudizado últimamente por el incremento de las separaciones y la facilidad de desplazamiento del domicilio de las partes.

Con Ignacio Goicoechea y María del Carmen Seoane de Chiodi^[3], podemos citar a grandes rasgos tres aspectos esenciales que dan lugar al conflicto.

“a) El gran desarrollo del transporte y las comunicaciones internacionales, que han facilitado un intercambio de personas en el ámbito internacional,

b) la facilidad con que hoy se cruzan las fronteras de los Estados, ya sea por la supresión de la utilización de visas mediante acuerdos bilaterales o multilaterales, así como también por la existencia de un menor control de los pasaportes en las fronteras, favorecido por la creación de zonas de integración económica, cuya finalidad es la de permitir la libre circulación de las personas físicas pertenecientes a los Estados que la componen.

c) asimismo podríamos destacar como un tercer factor las posibilidades de crecimiento o desarrollo que pueden adquirir las personas en otros Estados que tienen un nivel de vida mayor”.

Ello da paso a la constitución de nuevas relaciones familiares: aquéllas en que los padres residen en distintos países, a veces muy distantes, y los problemas que ello conlleva cuando el distanciamiento no ha sido fruto del consentimiento de las partes sino del accionar de hecho de una de ellas. He aquí nuestro tema, enfocado de manera amplia: la acción de hecho que suscita reclamaciones jurisdiccionales a nivel internacional.

La actualidad nos muestra el notable incremento de crisis y rupturas en la familia tal cual se la conoce tradicionalmente. Así, el derecho no puede ignorar esta creciente problemática que tiene importantes consecuencias sobre los miembros de la familia, fundamentalmente los hijos, que es el tema que nos convoca. En este punto, la función protectora del orden jurídico debe articular nuevas soluciones previsoras y paliativas para mantener o restablecer el bienestar del menor.

Para ello, los países últimamente han intensificado su labor legislativa tratando el problema en forma integral; se procura la igualdad de los cónyuges, regímenes de tenencias y de visitas, celeridad en los procesos de alimentos y, de interés en nuestro trabajo, muchos países han participado de la elaboración y posterior suscripción de diversos Convenios o Convenciones tendientes a lograr una pronta restitución de los menores frente a los casos de sustracción o retención ilícitas internacionales, como así también en los supuestos de tráfico internacional.

Nos parece importante lo expresado por José Carlos Arcagni^[4] en su comentario a la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. El citado autor nos dice: “*La realidad doméstica de los fracasos matrimoniales, ya de por sí conflictiva, se agrava cuando el matrimonio posee contacto con diversos territorios. La facilidad y celeridad del*

transporte internacional, como la realidad internacional interdependiente, facilitan el traslado de las personas, resultando normal la existencia de matrimonios entre cónyuges de diversas culturas, domicilios de origen lejanos, como la migración hacia otros países en la búsqueda de una mejor calidad de vida. Ante el conflicto matrimonial, el padre o madre desea retornar al país de su nacimiento o donde tenía su anterior domicilio, llevándose consigo a los menores bajo su tenencia. El desconocimiento de este traslado por parte del otro cónyuge o su oposición configuran el fenómeno de la sustracción. Por otra parte, la comisión de delitos aberrantes como el robo de niños o la búsqueda de jurisdicciones que permitan consolidar situaciones jurídicas irregulares con referencia a la custodia de menores, obligan a pergeñar instrumentos que permitan la rápida localización de los menores y su vuelta a su centro de vida, sin perjuicio de la necesaria y justa represión de los actos delictivos”.

Ante este tipo de problemas, el derecho internacional privado ha tratado de darles solución frente a la carencia o insuficiencia de las legislaciones internas de los países o por la imposibilidad de los mismos de solucionar casos con elementos internacionales.

Previo a adentrarnos en el desarrollo del presente trabajo, conviene precisar que los distintos Convenios o Convenciones apuntan a proteger el llamado “interés superior del menor”, por lo que seguidamente intentaremos calificar su concepto.

El interés superior del menor.

Podemos definirlo, junto a Luis Kamada^[5], como aquel universo de bienes jurídicos y fácticos que fenomenalizan y cualifican el estado actual de bienestar totalizante del menor y se proyecta en la dinámica de su sano crecimiento, conforme parámetros objetivos internacionales y subjetivos de naturaleza cultural del niño en concreto. Cabe, en este punto, hacer un breve examen de lo afirmado a fin de proporcionar sustento al concepto propuesto, en aras de una mayor clarificación de los términos empleados. El brindado es un concepto analítico. Sus aspectos salientes son los que siguen:

"Universo": vocablo que se utiliza por ser más abarcativo que el de "conjunto". Se apunta a ilustrar el aspecto totalizante del interés en cuestión.-

"Bienes jurídicos": contempla los valores protegidos por el ordenamiento jurídico vigente en razón de ser social e individualmente deseables y convenientes para el titular de los mismos.- Se encuentran identificados con los derechos reconocidos a todo ser humano, en general, y en particular al niño, a saber: a la vida; a la libertad; a la educación; a la identidad; etc..-

"Bienes fácticos": comprende las cosas en el sentido del Código Civil, por medio de las cuales se satisfacen las necesidades del sujeto. Por ejemplo, si bien es cierto que se prioriza el respeto al derecho a la vida, no es menos cierto de que nada se logra si no se proporciona al sujeto titular del mentado derecho los elementos materiales para su concreción, a saber, alimentación, protección sanitaria, entre otros.-

"Fenomenalizan": a través de los elementos señalados es como podemos visualizar que la existencia de la situación a describir debe manifestarse en el mundo exterior.-

"Cualifican": término utilizado a los fines de graficar que se otorga calidad en sentido positivo. Permite la gradación de los estados de vida del sujeto en función de la satisfacción de sus necesidades.-

"Un estado actual": expresado esto en tanto nos encontramos en presencia de una situación que se da hoy, aquí y ahora. Se trata de una realidad vigente en este mismo momento.-

"De bienestar ": se trata de un estado óptimo acorde a las circunstancias del sujeto.-

"Totalizante": determina una situación cuantitativamente absoluta, general, comprensiva de todos las aristas de la vida del sujeto.-

"Del menor": se hace específica referencia al mismo por ser el sujeto del derecho de menores, ámbito especializado de la ciencia jurídica en la que nos hallamos embarcados.-

"Se proyecta": completa el espectro temporal en el que el interés del menor busca su satisfacción, esto es, el futuro.-

"Dinámica": por oposición a estático o anquilosado. La vida misma del ser humano, máxime en esta etapa etaria de la que estamos hablando, implica el dinamismo que conlleva inherente un movimiento de un aquí y ahora hacia un allí mañana.-

"Sano Crecimiento": es el fin primero del ordenamiento jurídico nacional e internacional. El propósito de que el dinamismo referido precedentemente sea orientado en este sentido, es el que definirá la evolución y no la involución de la situación. Aporta el elemento valioso del movimiento.-

"Parámetros objetivos internacionales ": estos designan un promedio general, convencionalmente aceptados, fundado en estimaciones empíricamente demostradas y basados en interpretaciones de naturaleza científicamente objetivas.-

"Subjetivos de naturaleza cultural del niño en concreto ": flexibiliza la regla genérica, por cuanto atiende a características diferenciales de cada sujeto concreto, según las circunstancias de lugar y tiempo, sin descuidar que cada menor, con nombre y apellido, es una sumatoria de rasgos conscientes e inconscientes, físicos, espirituales y psicológicos de raíz ancestral vinculada con el peculiar entorno del niño en un momento histórico dado.-

Cabe agregar que la doctrina internacional no ha definido el concepto de interés del menor por entender que es un concepto que variará conforme al encuadre específico de cada cultura y cada país en particular.

También debe tomarse como posible la invocación del mismo por los tribunales del estado donde el menor se encuentra secuestrado o retenido para otorgar la custodia al secuestrador. En tal sentido el interés del menor está representado por el objetivo del mismo, es decir, consiste en la pronta restitución del menor a su residencia habitual por entender que es en este punto donde se logra la protección del menor en el plano internacional.

Finalmente, cabe acotar que no hay estadísticas precisas sobre sustracción y retención ilícitas de menores a nivel internacional, aunque en el Documento Preparatorio Nro. 2, de febrero de 1979, presentado por diversos países a la Conferencia de la Haya, se reflejaban las

siguientes cifras que, se evidencia, en la actualidad se han incrementado:

EE.UU.: Por año, tanto a nivel internacional como interestadual, se registran entre 25.000 y 100.000 traslados o retenciones ilícitas.

Australia: cada año salían de ese país 200.000 niños, y de dichas salidas el gobierno toma conocimiento de unos diez casos de secuestro.

Bélgica: Entre 1973 y 1979 el Ministerio de Relaciones Exteriores intervino en 74 casos de secuestros de menores hacia el extranjero. Los países que receptaron mayor cantidad de menores fueron Marruecos (12), España (11) y Túnez (10).

Dinamarca: Entre 1974 y 1978 registraron 32 casos que afectaron a cuarenta menores.

Francia: Es uno de los países que más colaboró históricamente con la problemática. Fundamento de ello, seguramente, son los números informados: en 1977 registraron 75 casos; en 1978 casi se duplicó esa cifra con 130 casos, y finalmente en 1981 se llegó a la cifra de 226.

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE EN NUESTRO PAÍS

1) CONVENIO SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES ENTRE ARGENTINA Y URUGUAY

El presente convenio, cabe aclarar desde un principio, rige únicamente para los Estados firmantes, esto es, la República Argentina y la República Oriental del Uruguay.

Como toda Convención de carácter internacional, fue el fruto de la evolución de diversos antecedentes, entre ellos el régimen de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 y el Código Bustamante de la Habana de 1928.

El Tratado de Montevideo de 1889 adoptaba un criterio subjetivo para asignar jurisdicción a los magistrados del Estado en el que se domicilian los representantes legales del menor; el defecto de ello consistía en que en el supuesto de niños sujetos a patria potestad, no quedaba definitivamente asegurada la intervención de los tribunales del centro de vida del menor. Como no había limitación para la fijación del domicilio por los titulares de la patria potestad, era posible que lo fijaran en un Estado diferente del que en realidad constituía el centro de vida del menor.

El Tratado de Montevideo de 1940 disponía un régimen de opción en cabeza del actor que permitía acudir por ante los jueces del Estado a cuyas leyes estaban subordinadas las relaciones jurídicas que se pretendían ejercitar o a los jueces del país del domicilio del accionado. Cualquiera de estas soluciones, al igual que el Tratado de 1889, podían dar lugar a ejercer la acción ante el juez de un domicilio distinto al del centro de vida del menor.

Por último, el Código Bustamante somete el debate a la ley personal del hijo o del tutelado, criterio que resulta inconvenientemente impreciso.

De lo expuesto surge que el gran punto a solucionar lo constituyó la necesidad de determinar una posibilidad única en orden a establecer el juez competente, lo que finalmente quedó fijado con el presente Convenio.

El objeto del Convenio se encuentra enunciado claramente en su artículo 1, que dice *“El presente Convenio tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que, indebidamente, se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte”*.

El artículo 2 nos define cuándo la presencia se considera indebida y también dice quiénes son las personas legitimadas para promover el reclamo –padres, tutores o guardadores-. Cabe aclarar que el concepto de guarda al que hace referencia el Convenio es empleado en sentido lato, por lo que resulta comprensible de los guardadores en sentido estricto, como de los simples tenedores por orden judicial.

Merece también una especial aclaración en este Convenio la delimitación del concepto de “centro de vida del menor”; éste es el concepto que en definitiva determina la conexión objetiva que deja de lado los criterios subjetivos sostenidos por los Tratados de Montevideo y el

Código Bustamante; se concluye que es competente el juez del Estado de residencia habitual del menor.

Los requisitos de procedencia de la solicitud se encuentran enunciados en el artículo 6 y son: legitimación procesal del actor, fundamento de la competencia del juez exhortante, fecha en que se entabló la acción y los datos acerca de la ubicación del menor en el Estado requerido. A su vez, el juez exhortado deberá, tras comprobar los precitados requisitos, tomar conocimiento de visu inmediato y sin más trámite del menor, ordenando su guarda provisoria, y procederá sin demora a su restitución, pudiendo retardar la misma solamente en los casos que ello signifique riesgo para la salud del menor.

El juez exhortado podrá admitir hasta el quinto día de haber tomado conocimiento de visu del menor, oposición a la solicitud de traslado cuando sea formulada por éste o por quien controvierta la restitución y se acompañen pruebas documentales, debiendo notificar de ello al juez exhortante. Pero en caso de reiteración del exhorto dentro de los sesenta días corridos, deberá ordenar la entrega sin más trámite.

Este Convenio regula además diversos plazos de caducidad. Si dentro de los cuarenta y cinco días corridos desde la comunicación al Estado requirente de la resolución por la cual se dispone la entrega el juez exhortante no arbitra las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedan sin efecto la restitución ordenada y las medidas adoptadas –artículo 9-.

No se dará curso a las acciones intentadas luego del año a partir de la fecha en que el menor se encontrare indebidamente fuera del Estado de su residencia habitual, salvo que su paradero haya sido desconocido. A partir de la fecha de conocimiento de dicho paradero, se comienza a computar el plazo de un año.

Es de destacar que el Convenio dispone la intervención de oficio de las autoridades de los Estados parte para actuar ante la toma de conocimiento de que en su jurisdicción se encuentra indebidamente un menor fuera de su residencia habitual. Ante ello deben adoptar inmediatamente las medidas conducentes para asegurar su salud física y moral y evitar su ocultación o traslado, dando noticia al Ministerio de Justicia del Estado de la residencia habitual del menor. Las medidas adoptadas quedarán sin efecto a los sesenta días de dicha noticia, sin perjuicio de que luego se reclame la restitución.

Especial atención merece la falta de uniformidad en la determinación de la mayoría de edad. Ello puede presentar un conflicto, ya que la diferencia de edades en cuanto a la mayoría, puede traer aparejado que una persona esté habilitada para ejercer sus derechos en un Estado, pero se encuentre imposibilitada en su ejercicio en otro. Nótese que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece su protección hasta los dieciocho años; el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hasta los dieciséis; y el Convenio Bilateral entre Argentina y Uruguay se basa en la legislación interna de cada país.

Finalmente, cabe agregar que el Convenio establece como competente para las solicitudes de restitución y localización a los Ministerios de Justicia de los Estados parte, disponiendo además que las solicitudes y la documentación anexa no necesitarán legalización. La tramitación de los exhortos y las medidas a que dieran lugar serán recíprocamente gratuitas.

2) CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y fue ratificada por nuestro país por Ley 23.849 en fecha 27 de septiembre de 1990.

Corresponde que resaltemos en primer término que esta Convención no tiene carácter meramente declarativo, sino que persigue que los Estados se comprometan a consagrar los derechos allí expuestos en su legislación interna.

El tema que nos convoca es tratado por esta Convención en los artículos 9 a 11.

“Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos

con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

A nuestro tema, podemos agregar que esta Convención presenta un tema relevante teniendo en cuenta los gobiernos de ipso que se sucedieron en nuestro país: los artículos 7 y 8 contienen el derecho a la identidad.

“Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Esto no resulta ajeno a nuestro tema, ya que la experiencia vivida en nuestro país durante la última dictadura militar mostró que muchos chicos sufrieron no sólo una violenta separación de sus padres –con todos los perjuicios mayoritariamente psicológicos que les ocasionó-, sino que en muchos casos no volvieron a reencontrarse con sus progenitores, siendo incluso entregados ilegítimamente a “nuevas familias” que no presentaban relación alguna con la biológica, sumando a ello la total ausencia de tramitación judicial alguna que justifique dicho obrar.

A nivel internacional, debemos tener presente el padecimiento diario de millones de niños a nivel mundial, ya sea por las migraciones debidas a cuestiones políticas, étnicas o

culturales o, aún peor, motivada por las constantes guerras.

3) CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Este Convenio se origina en una propuesta de Canadá formulada en 1976 y motivada en brindar una pronta solución a la gran cantidad de casos de menores trasladados o retenidos ilícitamente en el extranjero por uno de sus padres. La propuesta consistía en la creación de una organización que se encargara de solucionar estos casos.

Desde la propuesta canadiense hasta el año 1980 la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya envió a los Estados Miembros diversos cuestionarios sobre el tema con la finalidad de que fueran analizados.

Teniendo en cuenta las respuestas, la Conferencia preparó un informe con los puntos considerados importantes y organizó dos reuniones de expertos de los Estados Miembros en derecho de familia, para que elaboraran un proyecto de Convenio.

En las reuniones convocadas se estudiaron y discutieron los puntos principales y sus posibles soluciones, elaborándose un proyecto de Convenio que fue negociado y firmado en las sesiones de la Conferencia de Derecho Internacional Privado del 14 al 25 de octubre de 1980.

Nuestro país adhirió a este Convenio el día 1ro. de junio de 1991, por Ley 23.857.

La finalidad del Convenio.

La finalidad se encuentra en el Art. 1 del Capítulo I, “Ambito de aplicación”, el que dispone:

“La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante;

b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes”

El Convenio pretende dar soluciones a los intentos de hecho que, derivados del uso de la fuerza, pretenden establecer jurisdicciones internacionales ficticias en las cuales obtener una sentencia favorable al padre secuestrador.

El uso de la fuerza por el secuestrador se caracteriza por dos elementos:

a) El traslado ilícito del menor desde su residencia habitual a otro Estado Contratante, o bien la falta de restitución del mismo cuando ha salido con un permiso temporario – vacaciones, visitas familiares, etc.-

b) La persona que traslada o retiene ilícitamente a un menor desea obtener en el país de refugio una sentencia de custodia por parte de las autoridades judiciales o administrativas de dicho Estado de refugio con el fin de legalizar su conducta ilícita.

Este último es uno de los aspectos fundamentales que el Convenio de La Haya pretende evitar, ya que el padre que solicite la restitución se encuentra en desventaja respecto del que se llevó al menor, quien habría elegido el destino que más le convenga a sus pretensiones de lograr una sentencia de custodia pese a su obrar de hecho.

La posibilidad de que los padres secuestradores puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una resolución favorable presentaría siempre el problema de encontrarnos con otra resolución –dictada en jurisdicción de la residencia habitual del menor- que se le contraponga. Ambas resoluciones tendrán limitada espacialmente su validez y de esta manera se culminaría consagrando el accionar ilícito del secuestrador, situación ésta que ninguno de los dos sistemas jurídicos pretenden que ocurra.

Esta dificultad se planteó en el seno de la Conferencia cuando se intentó establecer una norma directa de jurisdicción que solucionara el conflicto. Por ello se fijó una regla indirecta atribuyendo competencia a los jueces de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención ilícita para resolver sobre el fondo del tema.

Estimamos que esta decisión es acertada, ya que estos jueces se encontrarán en mejor posición para decidir sobre los derechos de custodia o visita, ya que al situarse en el lugar en que el menor residía tendrán mayor facilidad para hacerse de la prueba necesaria para evaluar la vida que el menor llevaba hasta el momento del conflicto y resolver acerca de la aptitud de cada uno de los padres para cuidar de su persona.

Esta Convención presenta principalmente dos objetos: mientras por un lado la inmediata restitución del menor secuestrado o retenido ilegítimamente apunta a volver las cosas al estado anterior a la situación ilícita provocada por el secuestrador, por el otro se busca prevenir dicha situación ilícita, habida cuenta su importante aumento en los últimos años, respetando los derechos de custodia y visita reglamentados por los Estados Contratantes.

Ambito de aplicación.

En cuanto a su temporalidad, el artículo 38 expresa que *“Cualquier otro Estado podrá adherir al Convenio.*

El instrumento de adhesión será depositado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el primer día del tercer mes calendario después del depósito de su instrumento de adhesión.

La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia certificada a cada uno de los Estados contratantes.

El Convenio entrará en vigor entre el Estado que adhiere y el Estado que haya

declarado que acepta esa adhesión el primer día del tercer mes calendario después del depósito de la declaración de aceptación”.

El mismo artículo, para fomentar la ratificación, permite que los estados adherentes con anterioridad a la adhesión de un nuevo estado parte, puedan aceptar o no la adhesión de la nueva parte contratante. La distinción posibilita la existencia de países adherentes entre los cuales no esté en vigor la Convención por la falta de aceptación.

Además de ello, el artículo 35 especifica que la Convención se aplica a los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor.

El ámbito espacial de la Convención se determina principalmente a través de los artículos 4, 39 y 40. El factor de conexión “*residencia habitual*”, eje de la Convención, es el elemento fundamental para la aplicación de la misma. Por dicha residencia se entiende la que el menor tuvo inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos.

Los artículos 39 y 40 brindan solución al problema de los Estados que representan a varias unidades territoriales en el plano internacional o a aquellos Estados que poseen diversos sistemas de derecho en sus diversas unidades territoriales. El espíritu de los mismos radica en otorgar facultades a los Estados de ratificar, firmar o adherir al tratado, extendiéndolo a todo o parte de los territorios que representa.

Requisitos de fondo

El ámbito material de la Convención analiza los requisitos de fondo para que la misma se aplique. Dividiremos su análisis en cinco partes, aclarando que la ausencia de una de las mismas impedirá su aplicación.

1) *Derecho de custodia atribuido de acuerdo al derecho de la residencia habitual del menor.*

La Convención acepta que los derechos de custodia deben estar regidos por la ley de la residencia habitual del menor.

No existe un paralelo entre la atribución, la persona requirente y el país de la residencia habitual como requisitos necesarios y concurrentes. Ello por la amplia legitimación que otorga la Convención en cuanto a personas que pueden iniciar el funcionamiento de la misma.

La problemática está dada en la definición o marco del derecho de custodia, esto es, qué derecho y qué obligaciones están comprendidos en esa institución.

La Convención no interviene en este punto sino que se limita a entender que el mismo comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor y por tanto sobre el traslado del menor.

Presupone la Convención que en la mayoría de los casos estaremos frente a supuestos de patria potestad compartida y que el traslado o retención, si bien ilícitos, no configuran de por sí un delito sino un ejercicio abusivo de los derechos de patria potestad.

El derecho de custodia otorga a los padres o tutores la facultad de decidir consensuadamente la residencia del menor y obliga a no trasladar al menor o retenerlo sin el

concurso de la voluntad de ambos padres.

La Convención establece que el menor continúe en un determinado status quo, presumiendo que es la situación que más beneficia al menor, salvo que nos encontremos con los supuestos de excepciones, las cuales se encuentran taxativamente enumeradas.

El artículo 3 expresa que el derecho de custodia puede ser atribuido a una persona, a una institución o a un organismo, de manera separada o conjuntamente; o sea, dicho derecho puede surgir de una atribución de pleno derecho, de decisiones administrativas o judiciales, o de un acuerdo entre partes.

Para acreditar en el Estado requerido la existencia de un derecho de custodia atribuido al requirente, éste puede solicitar a las autoridades del Estado de residencia habitual del menor un certificado al respecto.

Artículo 15: *“Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era lícito en el sentido previsto en el Artículo 3º del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado.*

Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia a los demandantes para que obtengan una decisión o certificación de esa clase”.

Dicha certificación carece de requisitos formales, y en el caso de derechos de custodia que provengan de acuerdos o de decisiones judiciales, bastará con presentar los respectivos instrumentos.

2) Derecho de custodia ejercido en forma actual efectiva en el momento del traslado o de la retención del menor.

Como consecuencia de considerar la custodia como un derecho-deber, la sustracción sólo se configurará cuando se viole un derecho de custodia que fuera ejercido en forma efectiva y actual; sólo se perdona el hecho del ejercicio efectivo, cuando el derecho de custodia no pudo ser ejercido justamente por haberse producido el traslado o retención ilegítimos.

3) Residencia habitual del menor en el país requirente.

Para que el pedido de restitución del menor proceda es necesario que el mismo tenga residencia habitual en el país requirente; se trata de un requisito lógico que confirma la elección de competencia en las autoridades en donde el menor tiene su residencia habitual.

La problemática radica en la calificación de la residencia habitual. Para algunos es un concepto que no presenta problemas de interpretación y por ello no debe ser calificado o interpretado. La Convención argentino-uruguaya da una calificación autárquica definiéndola como el lugar donde el menor tiene su centro de vida.

La experiencia de aplicación de la Convención de La Haya ha demostrado que la determinación de la residencia habitual no es solamente una cuestión de prueba, sino que también es

una cuestión de calificación; o sea, deberá determinarse qué ley definirá el punto de conexión “residencia habitual”. En el caso de que se trate de una restitución solicitada judicialmente, la calificación deberá hacerse por la ley del juez, ya que es éste el que debe definir y clasificar los puntos de conexión.

Ahora, ¿cómo califica la fuente interna argentina la residencia habitual del menor?. Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 lo definen como el correspondiente a sus representantes legales; en caso de tutores, su domicilio es el del menor. Lo mismo ocurre cuando se trata de los padres del menor, pero aquí entran en juego los artículos 199 y 200 del Código Civil que disponen que los esposos deben convivir en una misma casa y que fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia. También, el artículo 265 establece que los hijos menores de edad están bajo la autoridad y el cuidado de los padres.

Resumiendo, quien ejerza la tenencia o custodia, en forma exclusiva, tendrá el derecho fijar la residencia habitual del menor, con el límite de no tornar ilusorio el cumplimiento de los derechos de visita del otro progenitor.

En el caso de hijos matrimoniales y de un ejercicio compartido de la patria potestad, la residencia habitual del menor deberá surgir del común acuerdo de los cónyuges al fijar el domicilio familiar.

En cuanto al domicilio, finalmente cabe que agreguemos que no puede considerarse habitual la residencia no permanente o sujeta a un plazo perentorio o determinado.

4) *Menor que no haya cumplido los 16 años.*

La Convención delimita su ámbito material a los menores que no hayan cumplido los 16 años de edad.

Sólo quedan dudas interpretativas en cuanto a cuándo debe considerarse que no corresponde la aplicación de la convención al utilizarse la expresión “*dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años*”. El punto refiere al supuesto en que se ha articulado la aplicación de la Convención y ha transcurrido el plazo sin llegar a una decisión final.

Es lógico que dicha limitación debe considerarse al momento de la iniciación de los trámites por ante la Autoridad Central requirente, y de ningún modo tras dicha iniciación; la postura contraria importaría vulnerar la materialización de los derechos de restitución, visita o acceso regulados por la Convención.

El supuesto de sustracción conjunta de hermanos menores y mayores de edad no está considerado; es un problema a normar en tratados de protección de menores y ante una futura revisión de esta Convención.

Resulta injusto que ante una sustracción internacional se pudiera proceder solamente a la restitución de aquellos menores que no hayan alcanzado los 16 años y negar la procedencia de la medida, si correspondiera, a sus hermanos que superen dicha edad. Se trataría de una medida que fragmentaría la unidad familiar.

5) *Traslado o retención ilícitos.*

El artículo 3 de la Convención califica los supuestos de traslado y retención ilícitos. Determina que los mismos son ilícitos cuando violen los requisitos precedentemente analizados en 1) y 2) (“*Derecho de custodia atribuido de acuerdo al derecho de la residencia habitual del menor*” y “*Derecho de custodia ejercido en forma actual efectiva en el momento del traslado o de la retención del menor*”); es decir, cuando se realizan en infracción de un derecho de custodia ejercido efectivamente, sea éste exclusivo o compartido, atribuido por el derecho de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención.

En el supuesto de ejercicio compartido de la patria potestad, el traslado o retención ilícitos por uno de los cónyuges se configura ante el supuesto de traslado o retención sin consentimiento expreso de ambos cónyuges.

Cabe acotar que el otorgamiento de autorizaciones para salir del país de residencia habitual de los menores no configura, por sí solo, un supuesto de autorización o consentimiento de traslado por parte del cónyuge otorgante.

Excepciones

Uno de los puntos destacables de la Convención es la existencia de excepciones al principio de restitución. Ante ellos, podemos concluir que no sólo deben darse los supuestos de procedencia de la acción, sino que además debemos, en su faz negativa, encontrarnos ante la ausencia de supuestos de excepción taxativamente enunciados que tornen improcedente el pedido.

Las excepciones previstas dejan en claro que la Convención no es un mero procedimiento de reconocimiento de sentencias o decisiones extranjeras, sino un mecanismo autónomo que posee elementos de análisis de fondo que impiden la restitución.

Las excepciones previstas son las siguientes:

a) *Falta de ejercicio de los derechos de custodia o consentimiento del traslado o retención* (art. 13 inc. a).

Como dijéramos anteriormente, la Convención entiende a los derechos de custodia como derechos y deberes y exige para la configuración del traslado o retención ilícitos que se de al mismo tiempo una infracción a derechos de custodia efectiva y actualmente ejercidos.

b) *Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a peligro físico o psíquico, o a una situación intolerable* (Art. 13 inc. b).

Es una de las excepciones que nos pone de resalto la importancia de la Convención si la comparamos con los procedimientos clásicos de restitución a través del reconocimiento de sentencias extranjeras, las que son dictadas en países en que la situación imperante en el mismo genera el peligro o situación intolerables determinados por la Convención.

En cuanto a la personería y legitimación para invocar esta excepción, la Convención faculta a cualquier persona, institución u otro organismo que se opongan a la restitución. Ello permite a las mismas comparecer al proceso y acercar las pruebas que demuestren la inconveniencia de la vuelta del menor a su residencia habitual.

Es de innegable importancia la prueba de esta excepción. La mera invocación del grave riesgo no basta para configurar su existencia. Quien se oponga a la restitución deberá aportar prueba clara, contundente y convincente de que el retorno del menor lo expondría a una situación de daño físico o psíquico o en una situación intolerable.

Ante el pedido de pruebas periciales o informativas, los magistrados deberán hacer lugar a las mismas previo a toda resolución sobre la procedencia de la restitución.

c) *Opinión del menor* (Art. 13 párr. 4to.).

Este artículo autoriza a negar la restitución cuando la autoridad judicial o administrativa *“comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones”*.

Se debe diferenciar el hecho de escuchar al menor del mérito otorgado a su opinión, que deberá analizarse en el contexto que fue brindada y en relación al grado de madurez y edad del menor.

Como la Convención no determina edad alguna para evaluar la validez de la opinión del menor, no deben realizarse interpretaciones que puedan desnaturalizar el espíritu y fines de la Convención. En cada caso particular, deberá el juez analizar si el menor posee un grado de madurez suficiente para evaluar su propio destino y su propio bienestar.

d) *Derechos humanos y libertades fundamentales* (Art. 20).

“La restitución del menor... podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”

La presente cláusula es de una amplitud tal que puede dar lugar a que se busquen argumentos para impedir la restitución. La misma se incluyó como sustituto del orden público internacional; su interpretación y extensión debe efectuarse prudentemente, caso contrario, siempre podría encontrarse motivo para denegar la restitución.

e) *“Aquerenciamiento”* (Art. 12, párr. 2do.)

La excepción que la Convención dispone cuando reconoce que si los procedimientos de restitución se hubieren iniciado luego de la expiración del plazo de un año después del acto de sustracción o retención, dicha restitución no corresponderá si queda *“demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio”*.

Si el menor se ha integrado a un nuevo medio no corresponde hacer lugar a la restitución. Pero para que ello ocurra deberá concurrir la desidia o inacción de la persona que sufrió la infracción a su derecho de custodia durante un año a partir de su conocimiento de la sustracción o retención ilícitas.

No se consolida la situación de hecho que favorece al cónyuge que cometió la sustracción o retención ilícitas el solo hecho del aquerenciamiento, sino que exige una inacción por

la parte que ha visto violado su derecho de custodia legalmente atribuido.

El procedimiento de restitución.

Con el fin de lograr una rápida restitución de los menores sustraídos, la Convención ha previsto un sistema procedimental especial; fundamental en el mismo son las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido, debiendo cada país ratificante de la Convención precisar qué autoridad se encargará de dicha función en su territorio a los fines de cumplimentar las obligaciones que la propia Convención le impone.

La Autoridad Central, ante el hecho de la sustracción, toma conocimiento de la misma a través de una solicitud que contendrá:

- a) Información y datos personales de la identidad del demandante, del menor y de la persona que ha sustraído o retenido al menor;
- b) La fecha de nacimiento del menor, cuando fuera posible obtenerla;
- c) Los motivos por los cuales reclama la restitución; y
- d) Información relativa a la presunta localización del menor y sobre las personas que se encuentran con el mismo.

Esta es la información mínima para que proceda la solicitud. Algunas Autoridades Centrales poseen formularios tipo que facilitan el inicio de los procedimientos.

Asimismo, el pedido de restitución puede estar acompañado por:

- a) Copia legalizada de toda decisión o acuerdo sobre custodia o asuntos pertinentes.
- b) Certificación o declaración jurada del derecho vigente en el Estado requirente donde el menor tiene su residencia habitual.

Aunque no es requerida, se recomienda aportar a la Autoridad Central la mayor cantidad de información con que se cuente.

La presentación del pedido de restitución es suficiente para iniciar los procedimientos pertinentes. Ello no es óbice a que la parte requirente obtenga una sentencia sobre la tenencia provisoria del menor y que la misma de mayor apoyatura al pedido en su carácter de prueba fehaciente.

Recibida la solicitud por la Autoridad Central del país en que se encuentre el menor, la analizará y si cumpliera con las condiciones requeridas por la Convención, la aceptará e iniciará la denominada fase previa voluntaria. Durante ésta, la Autoridad Central por sí misma o a través de quien designe, procederá a localizar al menor y arbitrará las medidas necesarias para que no sufra ningún tipo de daño, procurando obtener una solución amigable o la restitución voluntaria del menor.

Si no lograre dicho objetivo, se da inicio a la fase judicial, donde se iniciarán los procedimientos coactivos que lleven a asegurar la pronta restitución del menor.

Si bien no es necesario que se obtenga una decisión judicial en el extranjero para poner en marcha los mecanismos de la Convención, queda la posibilidad de que se reclame la restitución directamente a través de las autoridades judiciales de los países, tal como lo contempla el artículo 29 de la Convención.

Funciones de las Autoridades Centrales.

La Convención las establece minuciosamente para ambas fases de su actuación. Las Autoridades Centrales tienen como función primordial agilizar los trámites de auxilio internacional, para así poder lograr los objetivos de la Convención con mayor rapidez y seguridad.

Durante la fase previa voluntaria, tienen las siguientes obligaciones:

- a) La Autoridad Central del Estado requirente deberá transmitir la solicitud a la Autoridad Central del Estado en que se encuentre supuestamente el menor.
- b) Aceptar o rechazar la solicitud enviada por la Autoridad Central requirente. Transmitir la solicitud a la Autoridad Central donde sospeche que el menor se encuentre.
- c) Localizar o tomar las medidas conducentes para localizar a los menores sustraídos o retenidos.
- d) Realizar todo lo posible para conseguir la restitución voluntaria del menor.
- e) Facilitar una solución amigable entre las partes.
- f) Garantizar la restitución del menor sin ningún tipo de peligro.
- g) Adoptar o requerir la adopción de medidas provisionales que apunten a prevenir mayores daños en el menor o en las partes involucradas.

Durante la fase judicial, también la Autoridad central cumple un papel importante. Aquí, su accionar debe ser coadyuvante con la actividad judicial, con la limitación de respetar el equilibrio procesal de las partes; deberá ser cautelosa en su accionar cuando ambas partes hayan ofrecido sus alegatos y prueba, y su tarea debe limitarse a colaborar con el juez aportándole la mayor información y pruebas para la correcta aplicación de la Convención.

Las obligaciones de la Autoridad Central durante esta etapa son las siguientes:

- a) Facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor.
- b) Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado.
- c) Requerir se le expliquen las razones de la demora si los procedimientos se extendieran por un plazo mayor de seis semanas a partir de su inicio.
- d) Informar sobre la situación social del menor, a través de la Autoridad Central del Estado donde resida habitualmente el menor.
- e) Garantizar la restitución del menor sin peligro.

Rechazo de las decisiones de fondo.

La Convención no se inmiscuye ni resuelve los problemas de derecho aplicable y

jurisdicción en el tema custodia, sino sólo devuelve al menor a la jurisdicción de su residencia habitual. Es por ello que no trata el problema de fondo de la custodia de los menores.

El artículo 16 se refiere a una especie de obligación que se imponen las autoridades administrativas o judiciales de los países ratificantes.

“Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el Artículo 3º, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que hay a transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio”.

Otro supuesto contempla el artículo 17. Es lo que se ha denominado en derecho comparado *"efectos de las decisiones ex parte"*. El artículo determina que *“El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor...”*.

Se refiere el precepto legal a que usualmente se lleva al menor al país de origen de uno de los cónyuges y se logra una decisión judicial, sin el concurso del otro cónyuge, que le otorga la tenencia del menor con anterioridad a que los procedimientos de La Haya resultaren conocidos en el país requerido donde se encuentra el menor.

Finalmente, en cuanto a este punto, podemos agregar que el artículo 19 de la Convención posee ultraactividad una vez obtenida la decisión final en materia de restitución. Así, expresa *“Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia”*. De esta manera prohíbe al juez de la residencia habitual, al cual se le restituyó el menor, tomar como base de la decisión del derecho de custodia lo resuelto en el proceso de restitución en base a las disposiciones de esta Convención.

Este es, en definitiva, uno de los principios de la Convención: reintegrar al menor a su residencia habitual, no resolviendo ni deseando influir sobre la decisión que sobre guarda o tenencia pueda dictar el juez del Estado requirente.

Derechos de visita o acceso.

Las disposiciones de la Convención facultan a presentar demandas o solicitudes en los mismos términos que en los casos de sustracción o retención, y aconseja a las Autoridades Centrales a instaurar procedimientos que aseguren los derechos de acceso o visita. La Convención no sujeta la efectividad de los derechos de visita en los países ratificantes a que exista una problemática de sustracción internacional.

Contra aquellos que sostienen una postura restringida contraria a esta interpretación so pretexto de facilitar por sí misma una sustracción, las Autoridades Centrales deberán jugar un papel primordial para garantizar los plazos y condiciones de las visitas, por intermedio de un control

permanente y efectivo de los menores.

La presente Convención, cabe decir, es sin duda alguna la más aplicada hoy día; no debemos soslayar que ha sido ratificada hasta la actualidad por los siguientes países: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Belarus, Bélgica, Belice, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Canadá, Colombia, Costa Rica, Croacia, Chile, China (Hong Kong Región Administrativa Especial), China (Macau Región Administrativa Especial), Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Ex República Yugoslava de Macedonia, Fidji, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Latvia, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Moldova, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (isla de Man, islas Caimán, Montserrat, Bermuda), República Checa, Rumania, Saint Kitts y Nevis, Sri Lanka, Serbia y Montenegro, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Turkmenistán, Turquía, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela y Zimbabwe.

Un claro ejemplo de la correcta aplicación de la presente Convención en nuestro país por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo vemos en el fallo “Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, Gabriela (Fallos, 318-2, pág. 1269 y ss.), de fecha 14 de junio de 1995.

Hechos:

El 3 de diciembre de 1985 E. M. W. contrajo matrimonio con M.G.O. en la ciudad de Buenos Aires y arribaron a Canadá en marzo de 1986. Su única Hija, D., nació en Guelph, provincia de Ontario, Canadá, el día 6 de febrero de 1990.

La menor vivía junto a sus padres en una residencia universitaria para estudiantes casados, y asistía al jardín de infantes en su país natal.

El señor W. gozaba en Canadá de la residencia propia de su condición de estudiante, la que le fue renovada periódicamente durante ocho años, trabajando asimismo en la universidad hasta el presente.

El 11 de diciembre de 1993, la señora M.G.O. decide, con el consentimiento de su esposo, regresar a Buenos Aires junto a su hija, con el fin de “pasar las fiestas” con sus familiares, estando previsto el retorno de ambas para el 22 de enero de 1994.

El 6 de enero de 1994, el señor W. toma conocimiento de la decisión de la madre de no regresar a Canadá y permanecer con la menor en la República Argentina.

En febrero de 1994, el señor W. solicita asistencia de la autoridad central correspondiente a la Provincia de Ontario, Canadá, a efectos de reclamar la restitución de la niña, en los términos de la Convención de La Haya de 1980.

El 7 de marzo de 1994 se dicta una decisión judicial en la Corte de Ontario, atribuyendo la “custodia” al padre de D.

El 14 de marzo de 1994, la Cancillería Argentina recibe fax de la autoridad central canadiense, remitiendo la petición de restitución de la menor D. W., de acuerdo a lo estipulado en la

Convención de La Haya.

El 17 de marzo de 1994, la Cancillería Argentina da conocimiento a Interpol para que confirmara la localización de la menor en el domicilio suministrado por la autoridad central canadiense y solicita a esta última el envío de los originales para iniciar las acciones judiciales pertinentes.

El 21 de marzo de 1994 la autoridad central de la República Argentina presenta el pedido de restitución ante el juez local.

En noviembre de 1994 se dicta resolución ordenando la restitución de la menor D. W. a Canadá. El 1ro. de marzo de 1995 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, dicta sentencia confirmando la sentencia de 1ra. instancia y hace lugar al pedido de restitución de la niña instado por su padre.

Contra dicha decisión, la madre de la menor interpone recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja resuelta en la instancia extraordinaria.

El 14 de junio de 1995 la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace lugar a la queja, declara formalmente admisible el recurso extraordinario y confirma la sentencia pelada exhortando a la apelante a “*colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a efectos de evitar a la menor una experiencia aún más conflictiva*”.

El 2 de julio de 1995, los padres de D. acuerdan en Guelph, Canadá, lugar de residencia de la menor, un régimen provisorio de visitas hasta el inicio del juicio que tuvo lugar el 22 de enero de 1996.

Otro fallo más reciente, y con matices particulares, que demuestra la aplicación de la Convención de la Haya es el resuelto por la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, en los autos caratulados “Muller, Volker c/ García Batista, Margarita s/ Restitución de menor, tenencia y régimen de visitas”, que junto al fallo Wilner c/ Osswald pueden encontrarse en el apéndice de fallos del presente trabajo.

Además de dichos fallos, resulta de interés a nuestro tema los votos en disidencia de los Ministros de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dres. Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt y Guillermo A. F. López, en los autos caratulados “Andreasen, Lía Alexandra s/ Exhorto”.

En dicho fallo observamos una clara aplicación de las excepciones previstas por la Convención de la Haya.

En efecto, si bien el fallo de segunda instancia equivoca la naturaleza del planteo que se efectúa, los votos en disidencia valoran correctamente la excepción de “aquerenciamiento” que la menor requerida ya vivía en el país, con su contraparte ineludible, la falta de acción del requirente por más de un año.

Finalmente, corresponde hacer referencia al denominado caso Arias Urriburu (“Recurso de hecho deducido por el defensor público de menores en representación de C. Gay, A.

Gay, M. Gay, F. Gay, C. Gay y J. H. Pueyrredón, J. A. Uriburu, M. A. Uriburu y D. Arias Uriburu en la causa Gay, Camilo y otros c/ Shaban, Imad Mahmoud Mohammad y otro”), seguramente el que más difusión en los medios ha tenido en nuestro país.

En el mismo se pretende una orden de restitución de los menores instaurada por la madre, confirmando la Excma. Corte Suprema de justicia de la Nación la declaración de incompetencia resuelta en Segunda Instancia por haber tenido los menores reclamados su centro de vida en Guatemala, siendo el juez de este país el competente para entender en dicha petición.

4) CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La presente convención surge de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado celebrada en la ciudad de Montevideo el día 15 de julio de 1989 (CIDIP V), y fue ratificada por nuestro país por Ley 25.358.

En principio, corresponde señalar que la presente convención sigue los lineamientos principales de la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, aunque destacándose a primera vista que emplea una terminología más acertada, ya que hace alusión a la “restitución”. El fundamento de ello radica en que este texto normativo pone más el acento en la actividad que debe realizar el Estado parte frente a los traslados o retenciones ilícitas de los menores, y no en los actos ejecutados por los progenitores.

Ambito de aplicación.

El presente convenio rige dos aspectos principales: a) los casos de menores retenidos ilegalmente, y b) los casos de menores trasladados ilegalmente, siendo su finalidad hacer respetar los derechos de custodia y de visita asegurando la pronta restitución de los menores de 16 años que tengan residencia habitual en uno de los estados partes.

Conceptualiza los derechos de custodia y de visita al igual que la Convención de La Haya, en su artículo 3.

Asimismo brinda un concepto de lo que debe entenderse por “traslado o retención ilegal de un menor”, indicando que ello se configura “cuando se produce en violación a los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de residencia habitual del menor” (art. 4), regulando también un procedimiento para su operatividad.

Están legitimados para promover el reclamo los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, en ejercicio de sus derechos-deberes sobre el menor en cuestión al momento de producirse el hecho apartativo.

El reclamo puede formularse a modo de exhorto, de una solicitud a una autoridad central, o tramitarse por vía diplomática o consular.

El art. 9 establece el contenido de la solicitud, la documentación que debe acompañarse y las medidas a adoptar por la autoridad exhortada.

Artículo 9:

“1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener:

a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;

b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y

c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motiva; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;

b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;

c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y

e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

3. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central”.

En cuanto a los plazos, se establecen ocho días para formular oposición a la restitución, disponiendo la autoridad competente de sesenta días para resolver el planteo. Pasados cuarenta y cinco días sin que se hayan dispuesto medidas para el traslado, las previsiones ordenadas quedan sin efecto.

Al igual que la Convención de La Haya, la presente en su art. 14 determina que el reclamo procederá en tanto no haya transcurrido un año desde el traslado o la retención del menor fuera del Estado sede de su residencia habitual. Superado tal plazo, el niño puede ser restituido salvo que se haya integrado a su nuevo medio.

Los artículos 18, 19 y 20 refieren a la localización de menores, disponiendo:

Artículo 18

“La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado

Parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el Artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél”.

Artículo 19

“La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente”.

Artículo 20

“Si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del Artículo 19 podrán quedar sin efecto.

El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención”.

5) CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES

Esta Convención fue aprobada en la Cuarta Sesión Plenaria de la Organización de Estados Americanos, celebrada el día 18 de marzo de 1994, siendo ratificada por nuestro país por Ley 25.179.

Este instrumento, en concordancia con otros convenios sobre minoridad, resalta especialmente la importancia del interés superior del niño. Este carácter tuitivo queda consagrado desde el primer artículo, mediante una triple referencia que hace hincapié en dicho carácter.

Artículo 1:

“El objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.

En tal sentido, los Estados parte de esta Convención se obligan a:

- a) asegurar la protección del menor en consideración de su interés superior;*
- b) instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y*

c) asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.”

La Convención aporta un conjunto de conceptos destinados a facilitar su aplicación; así, expresa que menor es todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años.

Por tráfico internacional de menores debe entenderse *“la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención de un menor con fines ilícitos”*. Ello aporta una precisión más al concepto moderno, según el cual debe entenderse por tráfico un comercio más o menos clandestino, vergonzoso o ilícito.

Los propósitos ilícitos comprenden, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado. Dentro de los medios ilícitos se incluyen el secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor de encuentre.

El artículo 4 fija un sistema de cooperación de los Estados parte con aquellos que no lo son a los fines de prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores, y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito.

Al igual que la Convención de La Haya, el mecanismo de tramitación se encausa a través de Autoridades Centrales.

Respecto de la legitimación, el artículo 12 establece que *“la solicitud de localización y restitución del menor derivada de esta convención será promovida por aquellos titulares que establezca el derecho del Estado de la residencia habitual del menor”*.

Especial atención merece el hecho de que esta Convención permite un régimen de competencia opcional a favor de los reclamantes, quienes podrán impetrar la medida de restitución ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte de residencia habitual del menor o ante la del Estado parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido. En caso de urgencia, a juicio de los peticionantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito (artículo 13).

Las medidas previstas se orientan a iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y restitución del menor, así como a proveer la inmediata restitución, y de ser necesario asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional conforme a las circunstancias, e impedir de modo preventivo que el menor pueda ser trasladado indebidamente a otro Estado.

Artículo 14:

“La solicitud de localización y de restitución se tramitará por intermedio de las Autoridades Centrales o directamente ante las autoridades competentes previstas en el artículo 13 de esta Convención. Las autoridades requeridas acordarán los procedimientos más expeditos para hacerla efectiva.

Recibida la solicitud respectiva, las autoridades requeridas dispondrán las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y restitución del menor. Además, se adoptarán las medidas para proveer la inmediata restitución del menor y, de ser necesario, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, conforme a las circunstancias, e impedir de modo preventivo que el menor pueda ser trasladado indebidamente a otro Estado.

La solicitud fundada de localización y de restitución deberá ser promovida dentro de los ciento veinte días de conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícitos del menor. Cuando la solicitud de localización y de restitución fuere promovida por un Estado Parte, éste dispondrá para hacerlo de un plazo de ciento ochenta días.

Cuando fuere necesario proceder con carácter previo a la localización del menor, el plazo anterior se contará a partir del día en que ella fuere del conocimiento de los titulares de la acción.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las autoridades del Estado Parte donde el menor fuere retenido podrán ordenar en cualquier momento la restitución del mismo conforme al interés superior de dicho menor.”

El plazo determinado por la Convención para promover la solicitud es de ciento veinte días desde que fuera conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícitos del menor; pero si el pedido fuere efectuado por un Estado parte, éste dispondrá de ciento ochenta días.

Como todas las convenciones sobre la materia, no se exige legalización ni otras formalidades en las solicitudes. En el caso de peticiones de cooperación entre tribunales de la zona fronteriza de los Estado parte, tampoco será necesario el requisito de la legalización (artículo 15).

Finalmente, se regula el procedimiento a seguir por las autoridades de un Estado parte cuando constaten la presencia en su territorio de un menor víctima de una situación de tráfico, y se sanciona con la nulidad las adopciones y otras instituciones a fines otorgadas en un Estado parte cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores.

6) DECISIONES DEL MERCOSUR

Si bien nuestro país ha ratificado la más importante Convención acerca de los aspectos civiles de la restitución internacional de menores –la Convención de La Haya de 1980, a ella nos referimos- tanto por su gran valor legislativo como por ser la más ratificada a nivel mundial, creemos de suma importancia analizar la actualidad del tema a nivel MERCOSUR, tal vez la única forma de tener presentes las particularidades que nuestra región requiere.

Así, nos encontramos con que a nivel local no contamos con una normativa específica. Las diferentes Decisiones, que reseñaremos, se limitan a recomendar la ratificación de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores celebrada en Montevideo el día 15 de julio de 1989, y también diversos aspectos referentes a medidas cautelares.

1) Decisión Nro. 6, Las Leñas, 27 de junio de 1992.

Recomienda a los gobiernos ratificar la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores.

2) Decisión Nro. 27, Ouro Preto, 17 de diciembre de 1994. Protocolo sobre medidas cautelares.

Su art. 12 dispone que cuando una medida cautelar se refiere a la custodia de menores, el Juez o Tribunal del Estado requerido podrá limitar el alcance de la medida exclusivamente a su territorio, a la espera de una decisión definitiva del Juez o Tribunal del proceso principal.

En su art. 25 declara exentas de costas judiciales las acciones iniciadas por localización y restitución de menores

3) Decisión Nro. 9, Montevideo, 15 de diciembre de 1997. Acuerdo complementario al protocolo sobre medidas cautelares.

Dicho Protocolo no se encuentra internalizado por los países, aunque es de destacar que en sus anexos provee los formularios necesarios para el inicio de las medidas sobre la materia.

4) Decisión Nro. 6, Bs. As., 29 de junio de 2000 y Decisión Nro. 13, Montevideo, 20 de diciembre de 2001. Sobre complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación recíproca para la seguridad regional en materia de tráfico de menores.

Por su importancia, hemos decidido transcribirlas en el apéndice legislativo, ya que estable las medidas tendientes a solucionar la problemática en estudio.

Igualmente, es de destacar que las mismas aún no han sido internalizadas por los países miembros del MERCOSUR.

CONCLUSIÓN.

Consideramos, como colofón del presente trabajo, que se observan avances muy positivos a nivel internacional en cuanto a elaborar instrumentos legales que permitan una pronta restitución de los menores sustraídos o retenidos ilegítimamente a sus hogares.

Como reseñáramos, hoy día se nota un alarmante incremento de casos como el estudiado, de los que las únicas víctimas son precisamente los menores. Instrumentos como los traídos a estudio apuntan, con su búsqueda de la celeridad, evitar o minimizar los daños psicológicos teniendo en miras el interés superior del menor.

Creemos que no está todo hecho, que resta un buen camino para tener un control real sobre la situación. Esta no es fácil; los tratados y convenciones sólo buscan dar pronta solución a los hechos cuando éstos, obviamente, ya han ocurrido. Una solución integral que trate de evitar los problemas a nivel internacional es impensable por los variados motivos –económicos, culturales, políticos, familiares, etc.- que dan lugar a la misma.

También es de tener en cuenta la incomprensiblemente baja cantidad de adhesiones o ratificaciones que hasta la actualidad registra sin dudas la más importante Convención sobre restitución, esta es, la Convención de La Haya del año 1980. Si bien el listado acompañado, que refleja los países signatarios, parece abundante, si consideramos la gran cantidad de destinos posibles de los menores, es acertado pensar la indefensión a que podemos enfrentarnos ante un traslado o retención ilícitos a cualquiera de la gran cantidad de países no ratificantes o adherentes.

Especial mención requieren los países de Medio Oriente, los que por su concepción de la familia es dable entender que no ratifiquen tratados de este tipo. Un buen ejemplo de la situación que se vive con los mismos es el caso Arias Uriburu.

Como aporte final al tema, podríamos ensayar una sencilla enumeración de aspectos a reforzar su tratamiento. Los mismos serían:

1) Unificación de conceptos jurídicos. No es útil a la aplicación de las Convenciones las controversias que durante el trámite se suscitan acerca de qué se entiende por menor, por traslado o retención ilícitos, por interés superior del menor, por guarda o tutela y gran cantidad de conceptos más que encontramos en la materia.

2) Desarrollar políticas tendientes a la unificación de la legislación internacional. Si bien todo aporte es valioso para solucionar los conflictos, la unificación sería evidentemente simplificadora acerca de toda controversia que sobre la aplicación de la misma se pudiera dar.

3) De la mano de lo precedentemente expuesto, unificar los procedimientos internacionales tendientes a obtener la restitución de los menores.

4) Perfeccionar los sistemas de control de egreso e ingreso de menores en cada Estado.

5) Aceitar los procedimientos judiciales, evitando los formalismos carentes de sentido e implementando las modernas tecnologías existentes hoy en día para lograr el importante fin buscado.

6) Fomentar la participación de Estados no adherentes a las diversas convenciones

sobre la materia, tratando incluso de lograr, aunque sea, adhesiones parciales a las mismas.

7) Crear un canal principal de información sobre la sustracción y retención ilícitos a nivel mundial, volcando en el mismo la legislación vigente, la identidad de los niños buscados, los recursos disponibles, etc., a fin de lograr su mejor conocimiento y divulgación.

8) Procurar un definitivo avance del derecho internacional privado sobre las limitaciones que los ordenamientos internos imponen a la cuestión, fundándose en el remanido argumento del orden público.

BIBLIOGRAFÍA

Arcagni, J. La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Derecho internacional privado tuitivo. Buenos Aires : Editorial La Ley; 1995. Tomo 1995- D, pág. 1024.

Biocca, S, Feldstein de Cárdenas S, Basz, V. Lecciones de derecho internacional privado. Parte general. Reimpresión. Buenos Aires : Editorial Universidad; 1992.

Boggiano, A. Derecho Internacional Privado. Tomo I, 4ta. Ed. Actualizada. Buenos Aires : Editorial Abeledo-Perrot; 2000.

Boggiano, A. Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos. Ius Inter Iura. Buenos Aires : Editorial La Ley; 1997.

Fernández Arroyo, P. Derecho Internacional Privado Interamericano. Evolución y Perspectivas. Santa Fe : Editorial Rubinzal-Culzoni Editores; 2000.

Goicoechea, I, Seoane de Chiodi, M. Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Buenos Aires : Editorial La Ley; 1995. Tomo 1995- D, pág. 1412.

Hidalgo, S. Restitución internacional de Menores en la República Argentina. Buenos Aires : Editorial La Ley; 1996. Tomo 1996-C, pág. 1393.

Lazcano, C. Derecho Internacional Privado. Buenos Aires : Editora Platense; 1965.

Weinberg de Roca, I. Sustracción y restitución internacional de menores. Buenos Aires : Editorial La Ley; 1995. Tomo 1995-C, pág. 1281.

APÉNDICE LEGISLATIVO

1) CONVENIO SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES ENTRE ARGENTINA Y URUGUAY (Ley 22.546^[6])

Los Gobiernos de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay, en el marco de los Tratados de Montevideo, continuando la política de cooperación jurídica internacional, materializada a través de los sucesivos convenios bilaterales suscriptos y profundamente convencidos de la necesidad de proteger los intereses del menor han convenido lo siguiente:

1. El presente Convenio tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que, indebidamente, se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte.

2. La presencia de un menor en el territorio del otro Estado Parte será considerada indebida cuando se produzca en violación de la tenencia, guarda o derecho que, sobre él o a su respecto, ejerzan los padres, tutores o guardadores. Los titulares de la acción de restitución serán las personas mencionadas precedentemente.

3. A los efectos de este Convenio, se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida.

4. A los efectos de este Convenio, una persona será considerada menor de acuerdo con lo establecido por el derecho del Estado de su residencia habitual.

5. Para conocer en la acción de restitución de menores, serán componentes los jueces del Estado de su residencia habitual.

6. La solicitud de restitución deberá acreditar:

- 1) Legitimación procesal del actor,
- 2) Fundamento de la competencia del exhortante,
- 3) Fecha en que se entabló la acción.

Asimismo deberán suministrarse datos sobre la ubicación del menor en el Estado requerido.

7 El juez exhortado, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 6, de inmediato y sin más trámite, tomará conocimiento "de visu" del menor, adaptará las medidas necesarias para asegurar su guarda provisional las condiciones que aconsejen las circunstancias y dispondrá, sin demora la restitución del menor, pudiendo únicamente retardar la entrega en los casos en que ello signifique grave riesgo para su salud.

8 Con carácter de excepción y en los casos en que el juez lo entienda necesario hasta el quinto día desde que tomare conocimiento "de visu" del menor, podrá admitir la presentación de éste o de quien controvierta la procedencia de la restitución exhortada, sólo cuando el derecho en que se funde la oposición se justificare con la agregación de prueba documental.

El juez exhortado, si considerara atendible el derecho invocado, en el plazo de los tres días siguientes, lo comunicará al juez exhortante, acompañado copia íntegra de la oposición destacada y de la documentación pertinente.

En el caso de reiterarse al exhorto de restitución, el juez exhortado deberá ordenar,

sin demora, la entrega del menor.

Si dentro del plazo de sesenta días corridos desde que fuere transmitida la comunicación de oposición por el Ministerio de Justicia del Estado requerido, no se recibiere exhorto reiterando la solicitud de restitución, el juez exhortado ordenará sin más trámite el levantamiento de las medidas dispuestas.

9 Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días corridos desde que se comunicará al Ministerio de Justicia del Estado requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, el juez exhortante no arbitrare las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las medidas adoptadas.

Los gastos que demande este traslado, estarán a cargo de quien ejerza la acción.

10 No se dará curso a las acciones previstas en este Convenio, cuando ellas fueren entabladas luego de transcurrido el plazo de un año a partir de la fecha en que el menor se encontrare indebidamente fuera del Estado de su residencia habitual.

En caso de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará desde el momento en que fueren localizados.

11 El pedido o la entrega del menor no importará prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su guarda.

12 Los jueces de un Estado Parte a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 2 podrán requerir la localización de menores que residan habitualmente en su jurisdicción y presuntivamente se encuentren en forma indebida en el territorio del otro.

El pedido no necesitará ser acompañado de la documentación señalada en el artículo 6.

13 Las autoridades competentes de un Estado Parte que tuvieran conocimiento que en su jurisdicción se encuentra un menor indebidamente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas conducentes para asegurar su salud física y moral y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará por conducto de los respectivos Ministerios de Justicia.

14 Las medidas adoptadas en virtud del artículo anterior, podrán quedar sin efecto si no se solicitara la restitución del menor, dentro del plazo de sesenta días corridos contados a partir de que se comunicará la localización al Ministerio de Justicia del Estado de su residencia habitual.

El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución de acuerdo con los procedimientos establecidos en este Convenio.

15 Las solicitudes de restitución y localización serán transmitidas a través del Ministerio de Justicia del Estado requirente o al del Estado requerido, que las hará llegar al juez competente.

Las solicitudes y la documentación anexa no necesitarán legalización.

16 Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de las solicitudes no requerirán petición expresa ni la intervención de parte interesada, debiendo ser practicadas de oficio por el juez exhortado, lo cual no obsta a que las partes intervengan por sí o por

intermedio de apoderado.

17 La tramitación de los exhortos contemplados en el presente Convenio y las medidas a que dieren lugar, serán recíprocamente gratuitas.

Si el interesado en la ejecución del exhorto ha designado un apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgó no estarán a cargo de los Estados Parte.

18 El presente Convenio regirá indefinidamente y entrará en vigor por el canje de los respectivos instrumentos de ratificación que se efectuará en la ciudad de Buenos Aires.

Cualesquiera de las Partes podrá denunciar y cesarán sus efectos a los seis meses contados a partir de la recepción de la denuncia.

Hecho en la ciudad de Montevideo, a los treinta y un días del mes de julio del año mil novecientos ochenta y uno, en dos ejemplares en idioma español igualmente auténticos.

2) CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Ley 23.849^[7]).**Parte pertinente.****PREAMBULO**

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ha decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la

debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los

Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

La REPUBLICA ARGENTINA hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta.

Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

Con relación al artículo 24 inciso f) de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA, considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable.

Con relación al artículo 38 de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del artículo 41, continuará aplicando en la materia.

3) CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES (Ley 23.857^[8])

Los Estados signatarios del presente Convenio.

Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia.

Deseosa de proteger al menor en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita.

Han acordado concluir un Convenio a estos efectos, y convienen en las siguientes disposiciones:

CAPITULO I

AMBITO DE APLICACION DEL CONVENIO

Artículo 1

La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;

b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Artículo 2

Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

Artículo 3

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de plano derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

Artículo 4

El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

Artículo 5

A los efectos del presente Convenio:

- a) El "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;
- b) El "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

CAPITULO II

AUTORIDADES CENTRALES

Artículo 6

Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

Los Estados federales, los Estados en que estén vigentes más de un sistema de derecho, o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas, tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la Autoridad Central a la que deban dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la Autoridad Central competente en dicho Estado.

Artículo 7

Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración ente las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- a) Localizar a los menores trasladados o retenidos de manera ilícita;
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, par lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) facilitar información general sobre la Legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se organice o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

CAPITULO III

RESTITUCION DEL MENOR

Artículo 8

Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que con su asistencia quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

a) información relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor.

b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;

c) los motivos en que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor;

d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de las personas con la que se supone que está el menor;

La demanda podrá ir acompañada o complementada por:

e) una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes;

f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado;

g) cualquier otro documento pertinente.

Artículo 9

Si la Autoridad Central que recibe una demanda en virtud de lo dispuesto en el Artículo 8º tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la demanda directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado contratante e informará a la Autoridad Central requirente, o en su caso al demandante.

Artículo 10

La Autoridad Central del estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

Artículo 11

Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos el 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 la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al demandante.

Artículo 12

Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido

previsto en el Artículo 3º 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, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la demanda de restitución del menor.

Artículo 13

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

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

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

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor, proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

Artículo 14

Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del Artículo 3º, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya sean reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

Artículo 15

Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era lícito en el sentido previsto en el Artículo 3º del Convenio,

siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado.

Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia a los demandantes para que obtengan una decisión o certificación de esa clase.

Artículo 16

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el Artículo 3º, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que hay a transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio.

Artículo 17

El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

Artículo 18

Las disposiciones del presente capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

Artículo 19

Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

Artículo 20

La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

CAPITULO IV

DERECHO DE VISITA

Artículo 21

Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el Artículo 7º para asegurar el ejercicio pacífico de los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de esos derechos. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de esos derechos.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar

procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dichos derechos y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio de los mismos.

CAPITULO V

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 22

No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

Artículo 23

No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, ninguna legalización ni otras formalidades análogas.

Artículo 24

Toda demanda, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esto no sea factible, de una traducción al francés o al inglés.

No obstante, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el Artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda demanda, comunicación u otros documentos que se envíen a su Autoridad Central.

Artículo 25

Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen habitualmente en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

Artículo 26

Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las demandas presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al demandante ningún pago por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el Artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir ningún gasto de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por su sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

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

Artículo 27

Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la demanda carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la demanda. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente sus motivos al demandante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la demanda, según el caso.

Artículo 28

Una Autoridad Central podrá exigir que la demanda vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del demandante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

Artículo 29

El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o de los derechos de visita en el sentido previsto en los artículos 3° ó 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 30

Toda demanda presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes.

Artículo 31

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables en unidades territoriales diferentes:

a) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado.

b) toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente el menor.

Artículo 32

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado.

Artículo 33

Un Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores, no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de derecho.

Artículo 34

El presente Convenio tendrá prioridad en las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación sobre el "Convenio del 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de las autoridades y a la ley aplicable en materia de protección de menores", entre los Estados partes en ambos Convenios.

Por lo demás el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

Artículo 35

El presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

Si se hubiera formulado una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 ó 40, la referencia a un Estado contratante que figura en el párrafo precedente se entenderá que se refiere a la unidad o unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

Artículo 36

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían implicar esas restricciones.

CAPITULO VI

CLAUSULAS FINALES

Artículo 37

El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueron Miembros de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado en su decimocuarto período de sesiones. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Artículo 38

Cualquier otro Estado podrá adherir al Convenio.

El instrumento de adhesión será depositado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el primer día del tercer mes calendario después del depósito de su instrumento de adhesión.

La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio

después de una adhesión. Dicha declaración será depositada ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia certificada a cada uno de los Estados contratantes.

El Convenio entrará en vigor entre el Estado que adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el primer día del tercer mes calendario después del depósito de la declaración de aceptación.

Artículo 39

Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Convenio extenderá al conjunto de los territorios que representa en el plano internacional, o sólo a uno o varios de esos territorios. Esta declaración tendrá efecto en el momento en que el Convenio entre en vigor para dicho Estado.

Esa declaración, así como toda extensión posterior, será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

Artículo 40

Si un Estado contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas de derecho distintos en relación con las materias de que trata el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el presente Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración.

Estas declaraciones se notificarán al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos y se indicará en ellas expresamente, las unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

Artículo 41

Cuando un Estado contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las Autoridades Centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio, o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el Artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

Artículo 42

Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el Artículo 24 y en el tercer párrafo del Artículo 26, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 ó 40. No se permitirá ninguna otra reserva.

Cualquier Estado podrá retirar en cualquier momento una reserva que hubiera formulado. El retiro será notificado al Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos.

La reserva dejará de tener efecto el primer día del tercer mes calendario después de las notificaciones a que se hace referencia en el párrafo precedente.

Artículo 43

El Convenio entrará en vigor el primer día del tercer mes calendario después del depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los artículos 37 y 38.

En adelante el Convenio entrará en vigor:

1. Para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o adhiera con posterioridad, el primer día del tercer mes calendario después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión:

2. Para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido el Convenio de conformidad con el Artículo 39 ó 40, el primer día del tercer mes calendario después de la notificación a que se hace referencia en esos artículos.

Artículo 44

El Convenio permanecerá en vigor durante cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 43, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido. Si no hubiera denuncia se renovará tácitamente cada cinco años.

Toda denuncia será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, por lo menos, seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años. La denuncia podrá limitarse a determinados territorios o unidades territoriales a los que se aplica el Convenio.

La denuncia tendrá efectos sólo respecto al Estado que la hubiera notificado. El Convenio permanecerá en vigor para los demás Estados contratantes.

Artículo 45

El Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos notificará a los Estados Miembros de la Conferencia y a los Estados que hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 33 lo siguiente:

1) las firmas y ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que hace referencia el Artículo 37.

2) las adhesiones a que hace referencia el Artículo 33.

3) la fecha en que el Convenio entre en vigor conforme a lo dispuesto en el Artículo 43.

4) las extensiones a que hace referencia el Artículo 39.

5) las declaraciones mencionadas en los artículos 38 y 40.

6) las reservas previstas en el Artículo 24 y en el tercer párrafo del Artículo 26, y los retiros previstos en el Artículo 42.

7) las denuncias previstas en el Artículo 44.

EN FE DE LO CUAL, los infrascriptos, debidamente autorizados para ello, han firmado el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1930, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente fehacientes, en un solo ejemplar se depositará en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se enviará copia certificada por vía diplomática, a cada uno de los estados miembros de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en la fecha

de su decimocuarto período de sesiones.

Es traducción del inglés.

Buenos Aires, 14 de abril de 1987.

4) CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES (Ley 25.179^[9])

(Aprobado en la Cuarta Sesión Plenaria, 18 de marzo de 1994)

Los Estados Parte en la Presente Convención,

CONSIDERANDO la importancia de asegurar una protección integral y efectiva del menor, por medio de la instrumentación de mecanismos adecuados que permitan garantizar el respeto de sus derechos;

CONSCIENTES de que el tráfico internacional de menores constituye una preocupación universal;

TENIENDO EN CUENTA el derecho convencional en materia de protección internacional del menor, y en especial lo previsto en los artículos 11 y 35 de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989;

CONVENCIDOS de la necesidad de regular los aspectos civiles y penales del tráfico internacional de menores; y

REAFIRMANDO la importancia de la cooperación internacional para lograr una eficaz protección del interés superior del menor;

Conviene lo siguiente:

CAPITULO PRIMERO

NORMAS GENERALES

Artículo 1

El objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.

En tal sentido, los Estados parte de esta Convención se obligan a:

- a) asegurar la protección del menor en consideración de su interés superior;
- b) instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y
- c) asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Artículo 2

Esta Convención se aplicará a cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor.

Para los efectos de la presente Convención:

- a) "menor" significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años.
- b) "Tráfico internacional de menores" significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios

ilícitos.

c) "propósitos ilícitos" incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.

d) "Medios ilícitos" incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.

Artículo 3

Esta Convención abarcará, asimismo, los aspectos civiles de la sustracción, el traslado y la retención ilícitos de los menores en el ámbito internacional no previstos por otras convenciones internacionales sobre la materia.

Artículo 4

Los Estados Parte, en la medida de lo posible, cooperarán con los Estados no Parte en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito.

En tal sentido, las autoridades competentes de los Estados Parte deberán notificar a las autoridades competentes de un Estado no Parte, en aquellos casos en que se encuentre en su territorio a un menor que ha sido víctima del tráfico internacional de menores en un Estado Parte.

Artículo 5

A los efectos de la presente Convención, cada Estado Parte designará una Autoridad Central y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Un Estado Federal, o un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos, o un Estado con unidades territoriales autónomas, puede designar más de una Autoridad Central y especificar la extensión jurídica o territorial de sus funciones. El Estado que haga uso de esta facultad designará la Autoridad Central a la que puede dirigirse toda comunicación.

En caso de que un Estado Parte designara más de una Autoridad Central hará la comunicación pertinente a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 6

Los Estados Parte velarán por el interés del menor, procurando que los procedimientos de aplicación de la Convención permanezcan confidenciales en todo momento.

CAPITULO II

ASPECTOS PENALES

Artículo 7

Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores definido en esta Convención.

Artículo 8

Los Estados Parte se comprometen a:

a) Prestarse asistencia mutua en forma pronta y expedita por intermedio de sus Autoridades Centrales, dentro de los límites de la ley interna de cada Estado parte y conforme a los tratados internacionales aplicables, para las diligencias judiciales y administrativas, la obtención de pruebas y demás actos procesales que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos de esta Convención;

b) Establecer por medio de sus Autoridades Centrales mecanismos de intercambio de información sobre legislación nacional, jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional de menores en sus respectivos Estados; y

c) Disponer las medidas que sean necesarias para remover los obstáculos que puedan afectar en ellos la aplicación de esta convención en sus respectivos Estados.

Artículo 9

Tendrán competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores:

a) el Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita;

b) el Estado Parte de residencia habitual del menor;

c) el Estado parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y

d) el Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico.

Tendrá preferencia a los efectos del párrafo anterior el Estado Parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito.

Artículo 10

Si uno de los Estados Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición proveniente de un Estado Parte con el cual no ha celebrado tratado, o en caso de haberlo no lo contemple entre los delitos extraditables, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para concederla en caso de tráfico internacional de menores.

Asimismo, los Estados Parte que no supeditan la extradición a la existencia de un tratado reconocerán el tráfico internacional de menores como causal de extradición entre ellos.

Cuando no exista Tratado de extradición, ésta estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho interno del Estado requerido.

Artículo 11

Las acciones instauradas conforme a lo dispuesto en este capítulo no impiden que las autoridades competentes del Estado Parte donde el menor se encontrare ordenen en cualquier momento su restitución inmediata al Estado de su residencia habitual, considerando el interés superior del menor.

CAPITULO III

ASPECTOS CIVILES

Artículo 12

La solicitud de localización y restitución del menor derivada de esta Convención

será promovida por aquellos titulares que establezca el derecho del Estado de la residencia habitual del menor.

Artículo 13

Serán competentes para conocer de la solicitud de localización y de restitución, a opción de los reclamantes, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte de residencia habitual del menor, o las del Estado Parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido.

Cuando existan razones de urgencia a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

Artículo 14

La solicitud de localización y de restitución se tramitará por intermedio de las Autoridades Centrales o directamente ante las autoridades competentes previstas en el artículo 13 de esta Convención. Las autoridades requeridas acordarán los procedimientos más expeditos para hacerla efectiva.

Recibida la solicitud respectiva, las autoridades requeridas dispondrán las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y restitución del menor. Además, se adoptarán las medidas para proveer la inmediata restitución del menor y, de ser necesario, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, conforme a las circunstancias, e impedir de modo preventivo que el menor pueda ser trasladado indebidamente a otro Estado.

La solicitud fundada de localización y de restitución deberá ser promovida dentro de los ciento veinte días de conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícitos del menor. Cuando la solicitud de localización y de restitución fuere promovida por un Estado Parte, éste dispondrá para hacerlo de un plazo de ciento ochenta días.

Cuando fuere necesario proceder con carácter previo a la localización del menor, el plazo anterior se contará a partir del día en que ella fuere del conocimiento de los titulares de la acción.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las autoridades del Estado Parte donde el menor fuere retenido podrán ordenar en cualquier momento la restitución del mismo conforme al interés superior de dicho menor.

Artículo 15

En las solicitudes de cooperación comprendidas en esta Convención transmitidas por vía consular o diplomática o por intermedio de las Autoridades Centrales, será innecesario el requisito de legalización u otras formalidades similares. En el caso de solicitudes de cooperación cursadas directamente entre tribunales de la zona fronteriza de los Estados Parte tampoco será necesario el requisito de la legalización. Asimismo, estarán exentos de legalización en el Estado Parte solicitante los documentos que sobre el particular se devuelvan por las mismas vías.

Las solicitudes deberán estar traducidas, en su caso, al idioma o idiomas oficiales del Estado Parte al que se dirijan. Respecto a los anexos, bastará la traducción de un sumario que

contenga los datos esenciales de los mismos.

Artículo 16

Las autoridades competentes de un Estado Parte que constaten en el territorio sometido a su jurisdicción la presencia de una víctima de tráfico internacional de menores deberán adoptar las medidas inmediatas que sean necesarias para su protección, incluso aquellas de carácter preventivo que impidan el traslado indebido del menor a otro Estado.

Estas medidas serán comunicadas por medio de las Autoridades Centrales a las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del menor. Las autoridades intervinientes adoptarán cuantas medidas sean necesarias para que los titulares de la acción de localización y restitución del menor estén informados de las medidas adoptadas.

Artículo 17

De conformidad con los objetivos de esta Convención, las Autoridades Centrales de los Estados Parte intercambiarán información y colaborarán con sus autoridades competentes judiciales y administrativas en todo lo relativo al control de la salida y entrada de menores a su territorio.

Artículo 18

Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores.

En la respectiva acción de anulación, se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor.

La anulación se someterá a la ley y a las autoridades competentes del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate.

Artículo 19

La guarda o custodia serán susceptibles de revocación cuando tuvieren su origen o fin en el tráfico internacional de menores, en las mismas condiciones previstas en el artículo anterior.

Artículo 20

La solicitud de localización y de restitución del menor podrá promoverse sin perjuicio de las acciones de anulación y revocación previstas en los artículos 18 y 19.

Artículo 21

En los procedimientos previstos en el presente capítulo, la autoridad competente podrá ordenar que el particular o la organización responsable del tráfico internacional de menores pague los gastos y las costas de la localización y restitución, en tanto dicho particular u organización haya sido parte de ese procedimiento.

Los titulares de la acción o, en su caso, la autoridad competente podrán entablar acción civil para obtener el resarcimiento de las costas, incluidos los honorarios profesionales y los gastos de localización y restitución del menor, a menos que éstos hubiesen sido fijados en un procedimiento penal o un procedimiento de restitución conforme a lo previsto en esta Convención.

La autoridad competente o cualquier persona lesionada podrá entablar acción civil por daños y perjuicios contra los particulares o las organizaciones responsables del tráfico internacional del menor.

Artículo 22

Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para lograr la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor conforme a su derecho interno e informarán a las personas legítimamente interesadas en la restitución del menor de las defensorías de oficio, beneficios de pobreza e instancias de asistencia jurídica gratuita a que pudieran tener derecho, conforme a las leyes y los reglamentos de los Estados Parte respectivos.

CAPITULO IV

CLAUSULAS FINALES

Artículo 23

Los Estados Parte podrán declarar, al momento de la firma, ratificación o adhesión a esta Convención o con posterioridad, que se reconocerán y ejecutarán las sentencias penales dictadas en otro Estado Parte en lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores.

Artículo 24

Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, toda mención

- a) a la ley del Estado se entenderá referida a la ley en la correspondiente unidad territorial;
- b) a la residencia habitual en dicho Estado se entenderá referida a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado;
- c) a las autoridades competentes de dicho Estado se entenderá referida a las autoridades autorizadas para actuar en la correspondiente unidad territorial.

Artículo 25

Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.

Artículo 26

Los Estados Parte podrán declarar, al momento de la firma, ratificación o adhesión a la presente Convención o con posterioridad, que no se podrá oponer en juicio civil en ese Estado Parte excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por este delito, pronunciada en otro Estado Parte.

Artículo 27

Las autoridades competentes de las zonas fronterizas de los Estados Parte podrán acordar, directamente y en cualquier momento, procedimientos de localización y restitución más

expeditos que los previstos en la presente Convención y sin perjuicio de ésta.

Nada de lo dispuesto en esta Convención se interpretará en el sentido de restringir las prácticas más favorables que entre sí pudieran observar las autoridades competentes de los Estados Parte para los propósitos tratados en ella.

Artículo 28

Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 29

Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 30

Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigor. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 31

Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas y que no sea incompatible con el objeto y fines de esta Convención.

Artículo 32

Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las Partes.

Artículo 33

Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 34

Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.

Artículo 35

El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las

firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.

EN FE DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención.

En el momento de ser depositado el Instrumento de Adhesión, se deberán efectuar las siguientes declaraciones:

a) La REPUBLICA ARGENTINA declara que, conforme a lo dispuesto en el artículo 23, se reconocerán y ejecutarán las sentencias penales dictadas en otro Estado Parte en lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores.

b) La REPUBLICA ARGENTINA declara asimismo que, conforme a lo establecido en el artículo 26, no se podrá oponer en juicio civil en zonas sometidas a su jurisdicción, excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por ese delito, pronunciada en otro Estado Parte.

5) CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (Ley 25.358^[10])

AMBITO DE APLICACION

Artículo 1

La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Artículo 2

Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.

Artículo 3

Para los efectos de esta Convención:

- a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;
- b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Artículo 4

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

Artículo 5

Podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el Artículo 4.

Artículo 6

Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención.

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo.

AUTORIDAD CENTRAL

Artículo 7

Para los efectos de esta Convención cada Estado Parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

En especial, la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención.

Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención.

PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCION

Artículo 8

Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, de la siguiente forma:

- a. A través de exhorto o carta rogatoria; o
- b. Mediante solicitud a la autoridad central, o
- c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

Artículo 9

1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener:

a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;

b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y

c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motiva; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;

b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;

c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y

e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

3. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la

presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

Artículo 10

El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor.

Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Artículo 9 y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del menor.

Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

Artículo 11

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o

b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

Artículo 12

La oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene.

Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte.

Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la

autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.

Artículo 13

Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

Los gastos del traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

Artículo 14

Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Artículo 15

La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

Artículo 16

Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del Artículo 4, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

Artículo 17

Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

LOCALIZACION DE MENORES

Artículo 18

La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el Artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el

solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél.

Artículo 19

La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

Artículo 20

Si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del Artículo 19 podrán quedar sin efecto.

El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención.

DERECHO DE VISITA

Artículo 21

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

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 22

Los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso.

Artículo 23

La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación.

Si los interesados en la tramitación del exhorto o solicitud hubieren designado apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgue, estarán a su cargo.

Sin embargo, al ordenar la restitución de un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución.

Artículo 24

Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, y no requieren intervención de parte interesada. Lo anterior no obsta para que las partes intervengan por sí o por intermedio de apoderado.

Artículo 25

La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

Artículo 26

La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.

Artículo 27

El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma.

Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 28

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 29

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 30

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 31

Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas, y que no sea incompatible con el objeto y fines de esta Convención.

Artículo 32

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que

especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 33

Respecto a un Estado que tenga en materia de guarda de menores dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes:

- a. Cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;
- b. Cualquier referencia a la ley del Estado de la residencia habitual contempla la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.

Artículo 34

Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención.

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.

Artículo 35

La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia.

Artículo 36

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 37

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Parte.

Artículo 38

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués, son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el Artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las

firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en los artículos pertinentes de la presente Convención.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE MONTEVIDEO, REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, el día quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

DECISIONES DEL MERCOSUR (Partes pertinentes)**A) DECISIÓN Nro. 6 - COMPLEMENTACIÓN DEL PLAN GENERAL DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN RECÍPROCA PARA LA SEGURIDAD REGIONAL EN MATERIA DE TRÁFICO DE MENORES**

BUENOS AIRES - 29 de Junio de 2000

VISTO

El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, la Decisión N° 22/99 del Consejo del Mercado Común y el Acuerdo N°1/00 de la Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR.

CONSIDERANDO

Que se suscribió el Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional, por Decisión CMC N° 22/99.

Que es necesario complementar el Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en materia de Tráfico de Menores.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN

DECIDE:

Art. 1 - Aprobar la Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en materia de Tráfico de Menores entre los Estados Partes del MERCOSUR, elevada por la Reunión de Ministros del Interior como Acuerdo N° 1/00, que consta como Anexo y forma parte de la presente Decisión.

ANEXO A: COMPLEMENTACION AL PLAN GENERAL DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN RECÍPROCA PARA LA SEGURIDAD REGIONAL EN MATERIA DE TRÁFICO DE MENORES

CAPITULO II

Ambito Delictual

Sección 3ra

Tráfico de Menores

Acciones:

1. Los Estados Partes y Asociados reafirman la plena vigencia de las disposiciones de la Convención Sobre los Derechos del Niño y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, comprometiéndose a realizar todas las acciones necesarias tendientes a su

efectivo cumplimiento. Aquellos Estados Partes o Asociados que no hubieren ratificado alguna de ellas, deberán realizar las acciones internas para su pronta ratificación y vigencia.

Disposiciones Complementarias

a. A los efectos de este Plan la Menor Edad será la que determine la legislación interna de cada Estado Parte o Asociado, del lugar de residencia habitual del menor.

b. El presente acuerdo comprenderá también a aquellos menores que hayan traspasado las fronteras nacionales en forma legítima, y que se vean impedidos de regresar por motivos ilícitos, que los hagan víctimas en su ser físico, moral y psicológico.

2. Extremar la fiscalización policial y de migración en la revisión de la documentación legal de menores de edad, en especial cuando viajen sin la compañía de sus padres o responsables legales, a fin de garantizar que éstos no estén vinculados a ninguna forma de tráfico de menores.-

3. Los Estados Partes y Asociados mantendrán una estrecha coordinación entre las Fuerzas de Seguridad y/o Policiales de la región, a fin de brindarse apoyo recíproco cuando se detecte una situación irregular que se presuma tráfico de menores, con la finalidad de adoptar todas las medidas de resguardo y protección del menor.

4. Difundir la información sobre menores buscados, desaparecidos y/o extraviados, intercambiando la información que al respecto posean los organismos de Control Migratorio, Fuerzas de Seguridad y/o Policiales de la región, a fin de procurar y facilitar su ubicación en oportunidad de los controles que se realicen, entre otros, en el ámbito de los Pasos Internacionales, Aeropuertos, Estaciones Ferroviarias, Terminales de Omnibus y Puertos, con el propósito de detectar posible tráfico de menores.

5. Reforzarán los servicios policiales preventivos especializados en los Pasos Internacionales, Aeropuertos, Estaciones Ferroviarias, Terminales de Ómnibus y Puertos, con el propósito de detectar posible tráfico de menores.

6. Procurarán la formación de una base de datos con los menores que viajen al extranjero, con el propósito de facilitar su posterior seguimiento y verificación de destino. De igual manera, preparar y disponer de un archivo centralizado con antecedentes, características, "modus operandi" y perfil psicológico de quienes hayan cometido delitos sexuales contra menores. Los Estados Partes y Asociados cumplimentarán esta medida de conformidad a su legislación interna.

Se pondrá especial atención al diseño de la base de datos, a fin de que ésta contemple la información básica para todos los países de la región, además de la posibilidad de ser complementada con la información que cada Estado Parte o Asociado desee agregar conforme a su realidad específica.

7. Pondrán en conocimiento de los Estados Partes y Asociados, con la mayor brevedad posible, la información correspondiente a la detección de un "modus operandi" innovador, a fin de que los mismos puedan adoptar los recaudos y medidas de orden interno que estimen oportunas.

a. El intercambio de información referido, y en su caso la información

correspondiente como consecuencia de la ubicación física del menor en cuestión, se concretará por intermedio del SISME. Mientras tanto y como medio alternativo hasta la puesta en funcionamiento del mencionado Sistema, el intercambio se hará efectivo vía Fax o E-mail entre las respectivas Secciones Nacionales.

b. La conformación de la base de datos denominada "Información sobre Tráfico de Menores" a ser implementada en el SISME, complementará las acciones previstas en esta Sección.

8. Procurarán a partir de la información disponible en los Organismos competentes en la materia, la determinación de lugares y la identificación de personas y organizaciones delictivas que, bajo diferentes modalidades, se dedican a la captación de menores para su explotación y perversión.

9. Motivarán, a través de la cooperación, la continuidad de las tareas de investigación iniciadas por las Fuerzas de Seguridad y/o Policiales de un Estado Parte o Asociado, por sus similares de los restantes Estados, a los fines de desarticular el accionar de asociaciones ilícitas dedicadas a la venta y comercialización de material pornográfico infantil.

10. Incentivarán a la comunidad mediante campañas publicitarias u otro medio de difusión para que, ante situaciones que merezcan dudas por desaparición de niños o niñas, informen en breve tiempo a la autoridad competente.

11. Motivarán campañas preventivas de autocuidado, para brindar seguridad personal a niños y niñas frente a un desconocido.-

12. Promoverán la formación y capacitación tendiente a la especialización de personal policial en materia de menores, a fin de que las fuerzas policiales de la región puedan intercambiar informaciones y procedimientos en un lenguaje común.

B) DECISIÓN Nro. 13 - COMPLEMENTACION Y ADECUACION DEL PLAN GENERAL DE COOPERACION Y COORDINACION RECIPROCA PARA LA SEGURIDAD REGIONAL, ENTRE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR (MODIFICACION DE LA DEC. CMC N° 22/99)

MONTEVIDEO - 20 de Diciembre de 2001

VISTO

El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto y las Decisiones N° 7/96 y 22/99 del Consejo del Mercado Común.

CONSIDERANDO

Que mediante Acuerdo N° 13/99 (VI RMI - Montevideo, 17/XI/99) se suscribe el Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional, aprobado posteriormente por la Decisión CMC N° 22/99 (XVII CMC - Montevideo, 07/XII/99);

Que es pertinente la complementación y adecuación de las acciones originalmente previstas en el referido Plan de Seguridad Regional, en vista a los acontecimientos y consecuencias

derivadas de los recientes atentados terroristas que impactaron gravemente, directa o indirectamente a la comunidad internacional.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMUN
DECIDE:

Art. 1 - Aprobar el conjunto de Acciones operativas que sustituyen el actual Capítulo II "Ambito Delictual" de la Decisión CMC N° 22/99 "Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional", que constan como Anexo I y forman parte de la presente Decisión.

Art. 2 - Aprobar el conjunto de Acciones operativas que sustituyen el actual Capítulo VII "Ambito del Terrorismo" de la Decisión CMC N° 22/99 "Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional", que consta como Anexo II y forma parte de la presente Decisión.

Art. 3 - Aprobar la sustitución del Numeral 7 del Capítulo IV "Ambito Migratorio" de la Decisión CMC N° 22/99 , en los términos siguientes:

"Realizar el intercambio de estadísticas sobre refugio, diferenciadas por región de procedencia, que se hubieren producido en los distintos Estados Partes, respecto de las solicitudes aceptadas, rechazadas e infundadas, mencionando en este último caso el modus operandi utilizado, como también toda aquella información que manejen los Estados Partes acerca de las situaciones objetivas existentes en las posibles regiones generadoras de refugiados.

Los Estados Partes se comprometen asimismo a conservar la confidencialidad de los datos suministrados."

Art. 4 - La presente Decisión no necesita ser incorporada a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o funcionamiento del MERCOSUR.

ANEXO A: ANEXO I COMPLEMENTACION Y ADECUACION DEL PLAN GENERAL DE COOPERACION Y COORDINACION RECIPROCA PARA LA SEGURIDAD REGIONAL, ENTRE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR (MODIFICACION DE LA DEC. CMC N° 22/99)

CAPITULO II
Ambito Delictual

Sección 2da.

Tráfico de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, y Tráfico de Migrantes Ilegales

Acciones

1. Realizar las acciones necesarias tendientes al efectivo cumplimiento de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Aquellos Estados Partes que no hubieren ratificado alguna de ellas, deberán realizar las acciones internas para su pronta ratificación y vigencia.

2. Intercambiar regularmente informes acerca de grupos delictivos que estén siendo investigados o hayan sido desbaratados dedicados al tráfico de personas y tráfico ilícito de migrantes, indicando nacionalidad de los involucrados y modus operandi utilizado.

Disposiciones complementarias

a. Conforme a lo acordado en los Protocolos sobre "Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños" y "Tráfico Ilegal de Migrantes", firmado en el marco de la Naciones Unidas en Palermo - Italia - Nov/ 2000 -, se entenderá por:

- Tráfico de Personas: la actividad cometida intencionalmente tendiente a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al uso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación.

Esta explotación incluirá, entre otras la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos.

- Tráfico Ilícito de Migrantes: la actividad cometida intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material, que posibilita o facilita el tráfico ilícito de migrantes:

* La creación de Documento de Identidad o de viaje falso.

* La facilitación o suministro o la posesión de tal documento.

* El transporte y cruce de fronteras de migrantes que no cuentan con la documentación habilitante.

b. A los efectos del presente Plan Minoría Edad será la que determine la legislación interna de cada Estado Parte. Comprenderá también a aquellos menores que hayan traspasado las fronteras

nacionales en forma legítima, y que se vean impedidos de regresar por motivos ilícitos, que los hagan víctimas en su ser físico, moral y psicológico.

3. Extremar la fiscalización policial y de migración en la revisión de la documentación legal de menores de edad, en especial cuando viajen sin la compañía de sus padres o responsables legales, a fin de garantizar que éstos no estén vinculados a ninguna forma de tráfico de menores.

4. Mantener una estrecha coordinación entre las Fuerzas de Seguridad y/o Policiales de la región, a fin de brindarse apoyo recíproco cuando se detecte una situación irregular que se presuma tráfico de menores, con la finalidad de adoptar todas las medidas de resguardo y protección del menor.

5. Difundir la información sobre personas, especialmente menores, buscadas, desaparecidas y/o extraviadas, intercambiando la información que al respecto posean los organismos de Control Migratorio, Fuerzas de Seguridad y/o Policiales de la región, a fin de procurar y facilitar su ubicación en oportunidad de los controles que se realicen, entre otros, en el ámbito de los Pasos Internacionales, Aeropuertos, Estaciones Ferroviarias, Terminales de Omnibus y Puertos, con el propósito de detectar tráfico de personas.

6. Reforzar los servicios policiales preventivos especializados en los Pasos Internacionales, Aeropuertos, Estaciones Ferroviarias, Terminales de Ómnibus y Puertos, con el propósito de detectar posible tráfico de personas.

7. Procurar la formación de una base de datos con los menores que viajen al extranjero sin los padres o tutores, con el propósito de facilitar su posterior seguimiento y verificación de destino. De igual manera, preparar y disponer de un archivo centralizado con antecedentes, características, "modus operandi" y perfil psicológico de quienes hayan cometido delitos sexuales contra menores. Los Estados Partes cumplimentarán esta medida de conformidad a su legislación interna.

Atribuir al Grupo de Trabajo Especializado "Informática y Comunicaciones" el asesoramiento al Grupo de Trabajo Especializado "Delictual" en la configuración técnica de la base de datos que a los fines citados precedentemente se integrará al SISME; asimismo se pondrá especial atención al diseño de la base de datos, a fin de que ésta contemple la información básica para todos los países de la región, además de la posibilidad de ser complementada con la información que cada Estado Parte desee agregar conforme a su realidad específica.

8. Poner en conocimiento de los Estados Partes, con la mayor brevedad posible, informes acerca de grupos nacionales o transnacionales que estén siendo investigados o hayan sido desbaratados, consignando modus operandi y nacionalidades de los involucrados.

El intercambio de información referido, y en su caso la información correspondiente como consecuencia de la ubicación física de la persona en cuestión, se concretará por intermedio del SISME. Mientras tanto y como medio alternativo hasta la puesta en funcionamiento del mencionado Sistema, el intercambio se hará efectivo vía Fax o E-mail entre las respectivas Secciones Nacionales.

9. Procurar a partir de la información disponible en los Organismos competentes en la materia, la determinación de lugares y la identificación de personas y organizaciones delictivas que, bajo diferentes modalidades, se dedican a la captación de personas para su explotación y perversión

10. Motivar, a través de la cooperación, la continuidad de las tareas de investigación iniciadas por las Fuerzas de Seguridad y/o Policiales de un Estado Parte, por sus similares de los restantes Estados, a los fines de desarticular el accionar de asociaciones ilícitas dedicadas a la venta y comercialización de material pornográfico infantil.

11. Incentivar a la comunidad mediante campañas publicitarias u otro medio de difusión para que, ante situaciones que merezcan dudas por desaparición de personas, especialmente niños o niñas, informen en breve tiempo a la autoridad competente.

12. Motivar campañas preventivas de auto-cuidado, para brindar seguridad personal a niños y niñas frente a un desconocido.

13. Promover la formación y capacitación tendiente a la especialización de personal policial en materia de tráfico de personas, especialmente menores, a fin de que las Fuerzas de Seguridad y/o Policiales de la región puedan intercambiar informaciones y procedimientos en un lenguaje común.

APÉNDICE DE FALLOS

1) WILNER, EDUARDO MARIO C/ OSSWALD, MARÍA GABRIELA [\[11\]](#).

Buenos Aires, 14 de junio de 1995.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó lo resuelto en la instancia anterior e hizo lugar al pedido de restitución de la niña D. W. instado por su padre, el señor Eduardo Wilner, mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños. Contra dicha decisión, la madre de la menor interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que la apelación, no obstante las serias deficiencias de fundamentación que presenta -que no pueden subsanarse en la queja (Fallos: 296:291; 307:1035)-, resulta admisible por cuanto, mínimamente, presenta dos agravios federales que abren la competencia del Tribunal.

En efecto, por una parte, la recurrente invoca hallarse en estado de indefensión frente a una sentencia extranjera violatoria de su derecho de defensa, y la decisión ha sido adversa a los argumentos que sustentó directamente en el art. 18 de la Constitución Nacional. Además, también suscita cuestión federal el agravio relativo a la aplicación que los jueces de la causa han hecho de la Convención de La Haya, reglamentaria del principio del interés superior del niño contenido en un tratado internacional de jerarquía constitucional, como es la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 11 de esta Convención), en el cual fundó su pretensión la apelante, lo que entraña la necesidad de interpretar las normas federales en juego.

3º) Que, en tales condiciones, conviene recordar que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de la partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647, entre otros).

4º) Que las circunstancias relevantes de la causa son las siguientes: Los padres de la niña se casaron en Buenos Aires el 3 de diciembre de 1985 y llegaron al Canadá en marzo de 1986. La menor, de 4 años de edad al tiempo del acto que dio origen al litigio, nació en Guelph, Provincia de Ontario, Canadá, el 6 de febrero de 1990 (fs. 16). La niña vivía con sus padres en una residencia universitaria para estudiantes casados y asistía al jardín de infantes. Este último dato es corroborado en la entrevista de fs. 194/ 197, que da cuenta de que la menor tenía recuerdos positivos de ese período de su vida, "lazos afectivos con personas, objetos y ámbitos a los que permanece ligada" (fs. 196). En la presentación de fs. 117/120, la señora Osswald cuestionó el encuadramiento jurídico de la estadía de ella y del señor Wilner en Canadá, pero no el hecho de esa misma estancia. El relato que aquélla efectuó ante la asistente social (fs. 350/351) ratifica estos datos. En cuanto al padre, consta que gozaba de la residencia propia de su condición de estudiante, que le fue renovada periódicamente durante ocho años, y que trabajaba en la universidad, percibiendo una remuneración que, según la versión de la demandada, ascendía a U\$S 382,76 por quincena (fs. 118). En la entrevista de que da cuenta el informe de fs. 351, la madre de la niña afirmó que a fines del año 1993

decidió venir a Buenos Aires a pasar las "fiestas" con su familia, información coincidente con las manifestaciones de Eduardo Wilner (fs. 6). El padre sostuvo -sin que se opusiera contradicción- que tomó conocimiento el 6 de enero de 1994 de la decisión de la madre de no regresar al Canadá y de permanecer con la niña en la República Argentina. En febrero de 1994 el señor Wilner solicitó la asistencia de la autoridad central correspondiente a la Provincia de Ontario, para reclamar la restitución de la menor en los términos de la Convención de La Haya. El 7 de marzo de ese año se dictó una decisión judicial en la Corte de Notario (fs. 9/11), que atribuyó la custodia de la niña a su padre.

Finalmente, consta que el 21 de marzo de 1994 la autoridad central de la República Argentina presentó el pedido de restitución ante el juez local (fs. 30).

5º) Que corresponde, en primer lugar, tratar el agravio federal que la apelante sustenta en el artículo 18 de la Constitución Nacional, relativo a que la negativa de la cámara a valorar la sentencia dictada por la Corte de Ontario la ha colocado en estado de indefensión con grave lesión a la garantía del debido proceso, puesto que ha soslayado la verificación de los requisitos necesarios en jurisdicción argentina para el reconocimiento de una decisión extranjera y, en los hechos, esa prescindencia ha implicado dar efecto a un pronunciamiento dictado por un juez incompetente en un trámite donde no tuvo posibilidad de defenderse.

6º) Que el reproche revela desconocimiento de la materia debatida en el presente litigio, esto es, un pedido de retorno de la menor mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, adoptada en la Conferencia de La Haya del 25 de octubre de 1980, aprobada por ley 23.857, vigente en la República Argentina a partir del 1 de junio de 1991, y que tiene por finalidad "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante" (art. 1, a).

No se trata, en el caso, de la ejecución de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las llamadas "autoridades centrales" de los estados contratantes. Dicho procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.

7º) Que, consecuentemente, la circunstancia de haberse dictado el recordado fallo por la Corte de Ontario -que en copia se ha agregado como documentación adjunta a la solicitud de restitución- es irrelevante a los fines de este litigio (confr. Salzano Alberto, *La sottrazione internazionale di minori*, Milán, Giuffrè editore, 1995, pág. 87) y sólo demuestra una práctica común de los jueces consistente en otorgar automáticamente la custodia provisoria del menor al progenitor que reclama protección frente al que ha desplazado o retenido indebidamente al hijo.

El derecho del padre de obtener el regreso de la menor al lugar de la residencia habitual anterior a la retención ilícita, "preexistía a toda decisión judicial y no necesitaba de ninguna manera la intervención de un magistrado" (conf. Tribunal de grande instance de Toulouse, 2ème. Chambre civile, 20 de marzo de 1987, "Ministère public c/ C. en présence de Mme. G. épouse C."),

Revue Critique de Droit International Privé, 1988, pág. 67 y sgtes., esp. pág. 71).

8º) Que, y por un análogo orden de ideas, resulta infundado oponer en este litigio el reproche de fraude a la jurisdicción argentina, pues, como se ha dicho, la iniciación del procedimiento convencional ante la autoridad central requirente no necesita una acción judicial que la preceda y su admisión depende de la configuración de las circunstancias que permiten el encuadramiento del caso en el ámbito de aplicación material y personal del tratado, cuestión que sí debe resolverse con el debido contradictorio ante la autoridad judicial o administrativa requerida (conf. art. 13 de la Convención de La Haya). Por otra parte, no cabe emitir pronunciamiento sobre la jurisdicción internacional para discutir la atribución de la tenencia de la niña, ya que excede la materia debatida.

Tampoco se trata de juzgar incidentalmente si el acto judicial extranjero reúne las exigencias de los arts. 517 y 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Nada corresponde juzgar al respecto, incluso a los limitados efectos que contempla el art. 17 de la Convención.

9º) Que el segundo agravio que suscita materia federal es la alegada contradicción entre el principio consagrado en el art. 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño - aprobada por ley 23.849, que reviste jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, según el art. 75, inciso 22, párrafo segundo, de la Constitución Nacional-, y el modo en que los jueces de la causa han aplicado la Convención de La Haya, que, a juicio de la recurrente, importó un total desconocimiento de los principios que en materia de menores integran el orden público internacional argentino.

El precepto que la apelante considera violentado expresa: "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 organismos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño).

10) Que el mandato transcrito se dirige a los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento del sub lite, y orienta la interpretación que deba darse a un convenio internacional que, como la Convención de La Haya, fue suscripto, ratificado y aplicado por el Estado Nacional en el profundo convencimiento de que "los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia". Esa declaración, incluida solemnemente en el preámbulo de la Convención de La Haya, inspira el procedimiento instaurado en su texto, destinado a implementar una exigencia que la comunidad internacional formuló en la década de los años setenta: la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio habitual de vida familiar y social. La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos (conf. Jörg Pirrung en J. Von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13º Edición, 1994. Dieter Henrich, Jan Kropholler y Jörg Pirrung, Berlín, 1994, parágrafo 683, pág. 272).

La jerarquización de intereses -con preeminencia del interés superior del niño- que

propugna la recurrente, es respetada en la Convención de La Haya. A su vez, la República Argentina, al obligarse internacionalmente con otros países por este convenio, acoge la directiva del artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes". Adviértase que esta Convención también dirige a los padres la exhortación de tener como preocupación fundamental el interés superior del niño (art. 18, párrafo 1). En tales condiciones, es evidente que en el derecho internacional la Convención de La Haya armoniza y complementa la Convención sobre los Derechos del Niño.

11) Que, precisamente, la Convención de La Haya preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen. La regla cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestre que, ante una situación extrema, se impone, en aras del interés superior del niño, el sacrificio del interés personal del guardador desasido. Por ello, corresponde pronunciarse sobre las condiciones que sustentan la regla general y que son la definición convencional de la residencia habitual de la menor y del acto de turbación, en su aplicación a las circunstancias particulares del caso.

12) Que la expresión "residencia habitual" que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores (conf. Von Oberbeck Alfred, *La Contribution de la Conférence de La Haye au développement du Droit International Privé*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1992-II- págs. 9/98, esp. pág. 55; conf. art. 3º del Convenio sobre protección internacional de menores suscripto con la República Oriental del Uruguay el 31 de julio de 1981, aprobado por ley 22.546).

Es, pues, errónea la interpretación de la apelante que hace depender la residencia de la niña a los fines del artículo 3, párrafo primero, "a", de la Convención de La Haya, del domicilio real de sus padres. Desde su nacimiento, cabe reiterarlo, la menor desarrolló su vida en Guelph, Provincia de Ontario, donde estaba su ámbito familiar y social, lo cual basta para tener por configurado el presupuesto del art. 4º.

13) Que consta en autos que el traslado de la menor con su madre a la República Argentina el 11 de diciembre de 1993 -al solo fin de pasar las "fiestas"- fue consentido por el padre, quien ha sostenido (fs. 6) -sin que la demandada lo negara en su defensa de fs. 117/120- que el retorno estaba previsto para el 22 de enero de 1994.

Es evidente, pues, que ese consentimiento paterno no tiene los efectos previstos en el art. 13, inciso "a", de la Convención toda vez que fue la negativa de la madre a restituir la niña al lugar de su centro de vida habitual lo que configuró típicamente el acto de retención ilícito en el sentido de los arts. 1, "a", 3 y 4 del Convenio (conf. Adair Dyer, *International Child Abduction by parents*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t.168, 1980-III- págs. 231/268, esp. pág. 248). Los padres están contestes en que, con anterioridad al acto de retención, no se había

dictado ninguna decisión relativa a la tenencia o guarda provisoria o definitiva de la niña.

Tampoco se han desconocido recíprocamente la cotitularidad de la custodia -sea cual fuere su específico contenido- a la luz del derecho canadiense, lo cual configura precisamente la hipótesis prevista en el art. 3º, "a", de la Convención. Por lo demás, la residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia, que no es el caso de autos, en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho.

14) Que la tutela del interés superior de la niña en el desarrollo de un procedimiento que, si bien ha sido íntegramente concebido para tutelar sus derechos, concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido, entraña asimismo la necesidad de interpretar las causales que las autoridades judiciales o administrativas de dicho país pueden invocar para negar la restitución.

15) Que la tensión entre los principios del orden público interno de un Estado contratante y el sacrificio que es lícito exigir al padre desposeído por las vías de hecho, en aras del interés del niño, se resuelve en el precepto contenido en el art. 20 de la Convención de La Haya, que dice: "La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". El texto está inspirado en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales -que se hallaba en vigor en un número considerable de estados miembros de la Conferencia de La Haya al tiempo de la discusión de la Convención en examen- y fue incorporado en la reunión final de octubre de 1980, como solución de compromiso para evitar que la introducción de una cláusula -o de una reserva- por la que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la restitución, frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado (Actes et Documents de la Quatorzième Session, t.III, págs. 306/307; rapport E. Pérez Vera, pág. 434; Adair Dyer, *International Child Abduction by parents*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t. 1980-III- esp. pág. 262).

16) Que, precisamente, esta resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño y, a la vez, que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos.

En el sub lite cabe excluir que el regreso de la menor al Canadá con su padre importe la violación o el peligro de violación de un derecho humano fundamental de la niña, habida cuenta de los informes sociológicos y psicológicos reunidos en la causa, que dan cuenta de la regularidad de los factores externos y de la calificación de ambos progenitores para garantizar la protección física y el respeto de los derechos de la niña, incluido el derecho de visita del progenitor

que, en ocasión de tomarse la decisión sobre el fondo, no reciba la tenencia.

17) Que en atención a que el procedimiento se puso en marcha frente a un acto que la Convención de La Haya califica de ilícito, es fundamental la rapidez que se imprima al trámite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integración del menor a un nuevo medio. En este sentido, el pedido que la autoridad central argentina formuló en la audiencia del 18 de mayo de 1994 (fs. 121/121 vta.) y que responde al imperativo contenido en el art. 11 de la citada Convención: "Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de menores". Especial atención ha de ponerse a esta directiva -máxime dado las características del sistema judicial argentino-, a fin de que el paso del tiempo no desvirtúe el espíritu del tratado puesto que la integración del menor al nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, aun cuando el segundo desplazamiento fuese conflictivo.

18) Que el art. 13, párrafo primero, inciso "b", libera de la obligación de ordenar la restitución cuando: "b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable". El texto denota que en la jerarquía de valores que sustentan la Convención, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho.

Ningún término contenido en el precepto es casual. Las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o situación intolerable), revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad de la Convención. La causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente -en el sub iudice, inexistente-, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Está claro que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución (conf. Amtsgericht Darmstadt del 22 de julio de 1993 Fam RZ 1994, 184; Jöng Pirrung en J. von Staudingers, obra citada en considerando 10, párrafo 683, pág. 272).

19) Que la información sobre la situación social del menor que pudiera lograrse en el país requirente, no constituye una limitación sino una ampliación de las posibilidades probatorias de que dispone quien se opone a la restitución. En este orden de ideas, constan los estudios ambientales y psicológicos llevados a cabo en esta República (fs. 194/197; 343/345 y 350/351), cuya ponderación es materia ajena al recurso extraordinario, máxime cuando no se advierte irrazonabilidad en las apreciaciones que efectuó la titular de la asesoría de menores n° 6, en su intervención de fs. 353/354 vta., el asesor de menores ante la cámara, a fs. 408/414, y que fueron compartidas por los jueces de la causa. Esa conclusión abarca las consideraciones que se formularon en el dictamen psicológico en carácter de "inferencia pronóstica", puesto que no alcanzan a justificar un apartamiento de la regla general.

20) Que, por otro lado, no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado", circunstancia satisfecha en el sub lite dada la intervención del Asesor de Menores en ambas instancias. El tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados (art. 13, párrafo segundo, de la Convención de La Haya; art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). De los informes de la psicóloga y de la asistente social, surge que se trata de una niña "psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta" (fs. 196), que atraviesa por un estado de "confusión afectiva... por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres" (fs. 345). Ello permite concluir que hace a su interés superior el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres.

Por lo demás, en ningún momento del proceso la recurrente solicitó a los jueces que mantuvieran una entrevista personal y directa con la niña; dicho planteo fue introducido con motivo del recurso extraordinario ante esta Corte, lo que lleva a considerarlo como fruto de una reflexión tardía. Asimismo, en lo que interesa, la posibilidad del segundo párrafo del art. 13 de la Convención de La Haya se abre ante la oposición del niño a ser restituido, es decir, ante su vehemente rechazo a regresar (conf. Oberlandesgericht Celle sentencia del 13 de noviembre de 1991 AZ 18 UF 185/91; Amtsgericht Ludwigshafen sentencia del 13 de diciembre de 1992 AZ 5d F 223/91), determinación que no ha sido de ningún modo detectada en los estudios psicológicos efectuados en esta causa.

21) Que, una vez armonizada la interpretación de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños con los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y despejada toda colisión, le corresponde a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a que el país está vinculado (confr. Causa G.342 XXVI "Girolidi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93", fallada el 7 de abril de 1995) a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento, y en la convicción de que el ejercicio de la misión de los magistrados de decir el derecho vigente aplicable a los supuestos fácticos alegados, es la contribución propia del Poder Judicial a la realización del interés superior de la comunidad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. El Tribunal exhorta a la apelante a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a efectos de evitar a la menor una experiencia aún más conflictiva. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR (en disidencia) - CARLOS S. FAYT (en disidencia) - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - RICARDO LEVENE (H) - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ (en disidencia) - GUSTAVO A. BOSSERT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUARDO MOLINE O'CONNOR Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al confirmar la de primera instancia, accedió el pedido de restitución de la menor Daniela Wilner, formulado por su padre mediante el procedimiento establecido en el "Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" (ley 23.857), interpuso recurso extraordinario la madre de la niña, cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2º) Que suscita cuestión federal el agravio relativo a la aplicación que los jueces de la causa efectuaron del tratado internacional en que la recurrente funda su derecho, por lo que el recurso extraordinario deducido resulta formalmente procedente (Fallos: 306:1312).

En tal sentido, cabe recordar que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a normas de naturaleza federal, este Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647, entre otros).

3º) Que cabe puntualizar, en primer término, que en autos no obra un requerimiento de restitución de la menor emanado de un tribunal canadiense, y tampoco se pretende la ejecución de una sentencia extranjera. Trátase de una presentación de carácter administrativo, formulada por el padre de la menor ante la Autoridad Central canadiense para la aplicación de la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y transmitido a la Autoridad Central de la República Argentina, sin que ninguna autoridad canadiense, judicial o administrativa, se haya pronunciado acerca de su procedencia, ni menos aun requerido el envío de la niña. La petición fue acompañada por un resumen de los hechos invocados por el denunciante, los formularios presentados con tal motivo, y diversas constancias relacionadas con una causa seguida ante un juzgado de Ontario para obtener la tenencia provisoria y definitiva de la niña.

4º) Que la menor, nacida en Canadá el 6 de febrero de 1990 y cuyos progenitores son argentinos, viajó con su madre a la República Argentina en el mes de diciembre de 1993 con el propósito de pasar las fiestas de fin de año con su familia. En el transcurso del mismo mes lo había hecho su padre, quien se hallaba de acuerdo con tal viaje. Las desavenencias se produjeron cuando - en el marco de una separación matrimonial- la madre de la niña resolvió no retornar a Canadá y mantener a su hija con ella. En el mes de febrero de 1994 el Sr. Wilner solicitó la asistencia de la Autoridad Central de la Provincia de Ontario para lograr la restitución de su hija en los términos de la Convención de La Haya antes citada, pedido que fue presentado por la Autoridad Central de la República Argentina ante el juez local.

5º) Que la Convención de La Haya de 1980 (ley 23.857) prevé un rápido procedimiento para obtener la restitución de menores al lugar de su residencia habitual, cuando hubiesen sido ilícitamente retenidos fuera de ella.

Su objetivo primordial ha sido la protección del menor y en especial evitar los efectos perjudiciales que podría ocasionar un traslado o una retención ilícita. Para el logro de ese

objetivo, sus disposiciones articulan un procedimiento tendiente a garantizar la restitución del menor (conf. Preámbulo, arts. 1 y 2), a cuyo efecto los Estados contratantes están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios los objetivos propuestos, debiendo recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan (art. 2).

6°) La procedencia del trámite de restitución se encuentra supeditada a que se haya producido un traslado o retención ilícita de un menor según los términos del art. 3. También es requisito para su aplicación que el menor haya tenido su residencia habitual en un Estado parte, inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita y que no se haya alcanzado la edad de 16 años (art. 4). El cumplimiento de las obligaciones que se imponen está a cargo de las autoridades centrales que se constituyan en cada uno de aquellos.

7°) Que el procedimiento tiene por finalidad garantizar la inmediata restitución del menor a su residencia habitual con el propósito de restablecer la situación anterior que fue turbada. Sobre la persistencia de estos tres elementos se sustenta el trámite autónomo previsto por la Convención de La Haya, de modo que si alguno de ellos no subsiste o es modificado, toda la estructura procedimental desaparece, carente de virtualidad.

8°) Que la requisitoria formal presentada por la Autoridad Central de Canadá (fs. 19/20 del expediente principal) no consta en la causa debidamente traducida. No obstante tal defecto -que, en el caso, afectaría la regularidad de la pretensión incoada por el denunciante, conforme a lo dispuesto en el art. 123 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- cabe puntualizar que sólo comunica a la Autoridad Central de la República Argentina la existencia del pedido formulado por el padre de la menor, para su consideración por las autoridades nacionales. En tal sentido, se limita a transmitir algunas de las circunstancias en que se funda la solicitud, sin hacerse cargo de ninguno de los argumentos expuestos por el peticionante ni asumirlos como propios. Previene, asimismo, que las autoridades judiciales o administrativas argentinas deberán abstenerse de decidir acerca de la procedencia de los derechos de custodia de la menor, hasta tanto no sea resuelto que ésta no deba ser restituida según las normas de la Convención, o hasta que haya transcurrido un período razonable sin que se haya radicado una solicitud (art. 16 de la Convención de La Haya).

9°) Que lo expuesto resulta relevante en orden al tratamiento de la cuestión que han efectuado los tribunales de la causa, que se asemejó al de una rogatoria que debe ser cumplida. En realidad, el requerimiento debió haber sido examinado como una solicitud de un ciudadano argentino transitoriamente establecido en Canadá, que pretende que su hija continúe viviendo en ese país a pesar de que la madre de la niña resolvió poner fin a su estadía en el extranjero. Esa petición se encuentra sometida a consideración de las autoridades argentinas, que son las únicas que deben expedirse acerca de las cuestiones propuestas, conclusión estrictamente acorde con lo dispuesto por la Convención de La Haya (arts. 13, 15, 16 y concs.) y con lo peticionado por la Autoridad Central de Canadá (fs. 19/20 cit. supra), que reconoce la competencia de las autoridades argentinas para resolver al respecto.

10) Que cabe señalar que existe discordancia entre el texto de la requisitoria formal de la Autoridad Central de Canadá (fs. 19/20) y el contenido de los formularios completados por el

Sr. Wilner para obtener la restitución de la menor (fs. 4 a 6), lo que no aparece salvado ni aclarado en los documentos anexos a la petición.

En efecto, en el pedido transmitido a la Autoridad Central de la República Argentina se solicita la restitución de Daniela Wilner en virtud de un supuesto traslado ilegítimo que habría sido realizado por su madre, sin consentimiento ni conformidad del denunciante. Esa hipótesis no fue alegada por el padre de la menor, quien sólo sostuvo que la niña había sido ilícitamente retenida en este país.

11) Que ese defecto que presenta el pedido transmitido a las autoridades argentinas, bastaría para desestimarlos, en razón de que impide a la parte a quien se atribuye haber infringido un derecho de custodia, conocer cual es la irregularidad que se le imputa, lo cual claramente obsta a que pueda invocar y probar lo que hace a su derecho en los términos de los arts. 3 y concs. y 13 y concs. de la Convención de La Haya.

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta el procedimiento judicial seguido, el tiempo transcurrido desde que fue presentado el pedido de restitución y, fundamentalmente, la protección del interés de la menor, se examinará la procedencia sustancial de la solicitud.

12) Que la Convención de La Haya define en el art. 3º inc. "a" el concepto de traslado o retención ilícitos, y declara que se considerarán tales: "Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención."

13) Que la citada Convención contiene diversas normas que complementan ese concepto. Así, en el art. 8, inc. "f", establece que la solicitud del peticionante de la restitución podrá incluir "una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado". El art. 14 establece que, para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del art. 3, las autoridades del país requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones dictadas en el Estado de la residencia del menor, sin necesidad de recurrir a procedimientos concretos para probar su vigencia. Por otra parte, el art. 15 prescribe que, antes de emitir una orden de restitución, el Estado requerido podrá pedir que el demandante obtenga del Estado de la residencia del menor, una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito.

14) Que, según surge de las normas mencionadas, el procedimiento reglado por la Convención sólo resulta aplicable cuando el menor haya sido retenido en infracción a la legislación vigente en el lugar en que residía antes del hecho investigado. En el caso, no resulta controvertido que el lugar de residencia habitual de la niña era Canadá, por lo que las autoridades del Estado requerido –la República Argentina– deben determinar si la retención de la niña se ejerció en transgresión de las normas que sobre el punto rigen en el país mencionado en primer término.

15) Que resulta evidente de lo expuesto que, en casos como el presente y dentro del marco de la Convención de La Haya, constituye un requisito previo a dar curso a un pedido de restitución de menor, la comprobación de que su retención es ilícita según las normas del Estado de

la última residencia del niño. Para facilitar ese cometido a las autoridades del Estado requerido -que son las que deben resolver acerca de la procedencia de la solicitud (confr. arts. 3 y 15)- la Convención establece con flexibilidad los procedimientos que posibilitan conocer el derecho aplicable.

16) Que, desde esa perspectiva, el pedido de restitución formulado por el Sr. Wilner aparece desprovisto de todo fundamento legal, ya que ni ante las autoridades canadienses que recibieron su solicitud, ni durante el transcurso del largo procedimiento seguido ante los tribunales argentinos, invocó o probó, en modo alguno, la existencia de legislación vigente en Canadá que diera razón a su afirmación de que la madre de la niña la había retenido en forma ilícita.

17) Que no se encuentra controvertido que, en el momento en que se produjo la desavenencia entre los padres de la menor, ambos compartían su custodia y ejercían conjuntamente la patria potestad. En esas condiciones, y dado que no existió traslado ilícito de la niña -único supuesto recogido por la autoridad canadiense como agravio del padre, sin hacerlo propio en el documento que emite-, ya que su viaje a la República Argentina fue consentido por el padre, deben sólo juzgar las autoridades argentinas si la madre obró en infracción a la legislación canadiense al disponer que su hija permaneciera con ella, sin retornar al Canadá.

18) Que, en tal sentido, se observa una clara falencia en el razonamiento seguido por los tribunales de la causa que, al omitir toda consideración del aspecto que constituye el eje para la aplicación de la Convención de La Haya, emitieron una decisión carente de apoyo jurídico.

19) Que el fiel cumplimiento de los tratados internacionales conforme al principio de la buena fe (art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), impone a las autoridades encargadas de su aplicación la cuidadosa revisión de los requisitos previstos en sus disposiciones. En el sub lite, los recaudos exigidos -incumplidos por el peticionante- preservan la armonía del orden jurídico internacional, en cuanto constriñen al Estado requerido a considerar la legislación de otro Estado para sustentar la decisión que deben adoptar. Si las autoridades argentinas admitieran una petición infundada, por la mera circunstancia de haberse invocado en ella un tratado internacional -cuyas disposiciones el solicitante no acató-, estarían en realidad, bajo la apariencia de cumplir un compromiso internacional, lesionando las normas que son producto de la voluntad concurrente de los Estados signatarios.

20) Que, en las condiciones descriptas, el pedido de restitución sub examine sólo traduce un conflicto entre la voluntad del padre de la menor, que pretende reunirse con su hija, y la de su madre, quien sostiene idéntica pretensión en su favor. Ausente todo elemento que permita juzgar como ilícito el comportamiento de la madre a la luz de la legislación canadiense -condición sine qua non, según el art. 3 inc. a, de la aplicación del tratado-, y sin haberse accedido a los medios que prevé la Convención para justificar la procedencia del pedido, no cabe sino concluir que éste no puede ser admitido.

21) Que cabe agregar que la acción promovida ante el tribunal de Ontario para obtener la custodia de la niña, fue iniciada con posterioridad a los hechos que fundan el pedido de restitución, por lo que la decisión dictada por el juez interviniente carece de relevancia a los efectos del pronunciamiento que aquí se persigue. Es del caso añadir que el art. 17 de la Convención

establece que una sentencia con ese alcance no podría ser invocada para denegar la restitución del menor y la posibilidad que admite de que sea evaluada su motivación no puede concretarse en el sub lite, dado que ésta no ha sido expresada en el fallo canadiense (ver fs. 2 y 10/11).

22) Que no puede dejar de señalarse que la Convención no se limita a establecer parámetros meramente formales para resolver acerca de la suerte de un menor en las lamentables circunstancias que su contenido regula. Como no puede ser de otra manera, considera, evalúa y pondera los efectos que las medidas provisionales puedan arrojar sobre el menor, sometido a tan durísimas experiencias. En efecto, la admisión de un pedido de restitución reconoce excepción para el Estado requerido cuando se demuestre por una de las partes que "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable" (art. 13 inc. b). Asimismo debe considerarse que el art. 12 prevé que superado el plazo de un año entre el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y la demanda, la autoridad ordenará la restitución "salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio".

23) Que, en el caso, el informe pericial de la licenciada María Elena Chicatto, obrante a fs. 194/197, advierte que: "la eventual separación y distanciamiento entre la menor y su madre generaría un nuevo impacto psíquico de posibles consecuencias dañosas en el marco de un estado básico de vulnerabilidad emocional y de un proceso de elaboración de la crisis familiar y del desarraigo afectivo acontecido".

Esto le generaría un nuevo proceso de duelo por la figura materna, fracturando la díada básica y el proceso identificatorio normal propio de la etapa de la primera infancia." Señala que: "Se trata de una menor lúcida e inteligente, psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta"; que en la actualidad "no se detectan alteraciones en el vínculo materno-filial, el cual es de características contenedoras." "La menor sufre proceso de duelo por ruptura parental, por el distanciamiento de la figura paterna y vivencias larvadas de desarraigo, lo cual constituye un manifiesto impacto psíquico. Se encuentra en estado de elaboración de la crisis familiar y ambiental que afronta". "Una nueva separación, con posible fractura de la díada madre-hija se insertaría en un momento de plena elaboración del duelo sufrido, sobrecargando una lábil y vulnerable organización psíquica, generando así un nuevo impacto emocional en la menor". "Se recomienda apoyo terapéutico inmediato". Se añade que "debido a su corta edad, el estado de vulnerabilidad psíquica de la menor es considerable, debiendo afrontar en este marco de situación las pérdidas afectivas y los cambios ambientales", "en este proceso se aferra al vínculo maternal encontrando allí un refugio y contención" (dictámenes de fs. 194/197 y 313).

24) Que esos exámenes psicológicos de naturaleza pericial, efectuados por profesionales altamente calificados, cuya objetividad no ha sido cuestionada, son el resultado de la exploración de la personalidad de Daniela, mediante un conjunto de datos que surgen de su evolución psíquica conforme a su edad, historia personal y ambiental y constelación parental. Tomando como base sus cinco años de edad, han establecido la dinámica de los factores de riesgo que ofrece el colapso de la etapa yoica -de formación del yo- en que la menor se encuentra y la

prognosis de las consecuencias dañosas que desencadenaría la destrucción de la díada materno-filial por causa de su separación de la madre.

La privación del afecto materno en este momento de su evolución y desarrollo, tendría consecuencias de tal gravedad que no sólo perturbarían su conducta y personalidad en esta etapa de su vida, sino que desorganizaría su evolución afectiva y mental posterior. Los avances de la psicología en el conocimiento de la influencia de los factores psicógenos en la conducta infantil, así como su proceso de maduración, -en términos del profesor Nicolás Tavella- "contribuyen a la diagnosis y enfoque terapéutico" y permiten elaborar una prognosis sobre la base de elementos proporcionados por la psicología clínica y la psicopatología (confr. Tavella, Nicolás M., "Aplicación de los test al estudio de los problemas psicológicos", en Telma Reca y otros, "Problemas Psicológicos en Pediatría", Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1977, pág. 85)

25) Que esa prognosis asume grados de certidumbre apenas se advierte que el eventual regreso de la menor tendría por escenario una situación muy diferente de la anterior, no sólo por la ausencia de la madre, sino por la presencia de una mujer extraña en el que fue su hogar, incorporada por el padre. Esta situación de absoluto desamparo en que quedaría la menor pone de relieve la arbitrariedad de las decisiones de primera y segunda instancia y de qué modo mal interpretaron la letra y el espíritu que anima a la Convención de La Haya, que ha consagrado, como valor talismático, el principio según el cual el niño es sujeto y no objeto de derechos y que sus intereses son de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Y que el procedimiento articulado para el retorno de un niño, es sólo un medio instrumental que debe ceder ante cualquier duda razonable de dañar la formación de su yo, perjudicar su evolución y desarrollo, sin advertir que su medio habitual de vida se ha modificado, con la formación de una nueva y auténtica constelación parental, todo lo cual destruye y hace añicos la presunción de que "el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos", sin el examen y valoración de sus efectos de acuerdo con su edad, evolución, desarrollo e integración a sus nuevos ámbitos de vida.

26) Que, en relación de correspondencia con lo expuesto, se desprende del informe ambiental (fs. 350/351) que "toda la familia de Daniela, salvo su padre, está en Argentina y la menor está en contacto permanente con todos", que concurre a un jardín de infantes sin que "presente ningún tipo de problemas" y que "está muy bien adaptada e integrada con sus compañeros". En sentido concordante señaló que "existe un vínculo afectivo muy fuerte entre Daniela y su madre" y que "la menor sufriría mucho una separación". Este cúmulo de circunstancias debe privilegiarse en interés del menor, tal como lo consagra el art. 3 de la "Convención sobre los Derechos del Niño", al disponer que en todas las medidas que tomen los tribunales y que conciernan a éstos se atenderá al "interés superior del niño". Tal mandato ha sido firmemente asumido por esta Corte al establecer que los menores -a más de la especial atención que requieren de quienes están obligados a su cuidado, de los jueces y de la sociedad toda- sólo pueden ser sujetos y nunca objetos de derechos de terceros (Fallos: 310:2214).

27) Que, en lo que atañe a la cuestión precedentemente expuesta, la sentencia recurrida exhibe una ostensible carencia de fundamentación. Ello es así porque el a quo, no sólo no

se hizo cargo de la falta de sustento jurídico del pedido de restitución, sino que prescindió de toda consideración seria del informe pericial psicológico, pese a su incuestionable valor decisivo para dar una respuesta adecuada al problema suscitado, dentro de las pautas inequívocamente establecidas por la Convención de La Haya. Del mismo modo, el pronunciamiento resistido muestra su mayor debilidad de fundamento en la falta de ponderación del factor tiempo en relación con la estabilidad psíquica y emotiva de la menor, pues pese a que la cámara admitió la trascendencia que en el caso revestía ese factor, vinculado con la justificada dilación del procedimiento, sólo se limitó a ordenar que esa circunstancia fuera puesta en conocimiento de las autoridades canadienses simultáneamente con la restitución, sin medir prudencialmente las consecuencias nocivas que el cumplimiento de ese mandato podría acarrear a la niña.

28) Que constituye asimismo una circunstancia relevante a considerar la de que, por obra del padre, se ha modificado la situación anterior, es decir el pretense *statu quo*. No resulta discutible entonces que la restitución de la menor importaría "grave riesgo psíquico", conforme lo prevé la Convención de La Haya. En este sentido es falaz, como se insinúa en autos, que la oposición a la restitución signifique premiar al autor de una conducta indebida o reconocer el imperio de los hechos consumados.

El diseño del Convenio no autoriza -ni en forma directa ni oblicua- a incriminar el comportamiento de los adultos ni a establecer sistema alguno de recompensas, de los cuales puedan ser prenda los menores, inocentes y siempre acreedores del quebranto en las relaciones de los mayores.

29) Que, en atención a que la Convención de La Haya se inscribe dentro del marco de los tratados internacionales que persiguen la más amplia protección de los intereses de los niños menores de edad, y a que idéntico fin persigue la Convención sobre los Derechos del Niño, que reviste jerarquía constitucional en orden a lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, corresponde puntualizar que la decisión que se adopta no ampara una conducta ilegítima para la legislación argentina. Esa aclaración se formula al solo efecto de ratificar la atención primordial que merece el amparo de los niños menores de edad, que dichos tratados imponen como directiva general y que exigen que este Tribunal verifique en grado máximo la regularidad de las decisiones que dentro de su marco se adopten.

30) Que, en tal sentido, no puede dejar de considerarse que la conducta de la madre de la niña en la emergencia, no sólo no aparece manifiestamente reprochable, sino que se inserta en un contexto en que no cabe presumir una potestad exclusiva del padre para decidir la residencia de la menor, en un momento en que ambos progenitores ejercían su custodia en forma conjunta.

En primer lugar, porque ante la separación de los padres, opera como necesaria consecuencia que los hijos quedan en poder de uno u otro de los progenitores, sin que esa circunstancia, que es un hecho irremediable e insuperable, pueda ser considerada en principio como ilegítima.

En segundo término, como mero ejemplo de que la facultad ejercida no es una conducta en si misma reprochable para la legislación argentina, -dado que es aplicable la ley canadiense- y si debiera juzgarse según su contenido, cuando ambos progenitores comparten la patria

potestad, el menor no puede salir del país sin la autorización de ambos (art. 264, quater, inc. 4º del Código Civil), y si uno de los padres no diera su consentimiento, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar (art. cit. in fine). Antes del dictado de una resolución en tal sentido, -en principio- no podría calificarse como ilícita la conducta de ninguno de los padres. A esa evaluación no habría de resultar ajena -en un caso como el sub examine- la pauta prevista en el art. 206 del Código Civil, que establece que en caso de separación, los menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. No hay, pues, ante la falta de conocimiento de la ley aplicable ni siquiera indicios de que el comportamiento de la madre pudiera ser manifiestamente reprochable máxime ante una niña que tenía tres años cuando se produjeron los hechos. Conviene resaltar que el debate acerca del discernimiento de la patria potestad en favor del padre -seguido ante el tribunal de Ontario- aparece en el caso como la consecuencia de un conflicto que llevó al matrimonio a una separación de hecho, y que el desacuerdo que motiva el pedido de restitución constituye un hecho enmarcado en ese contexto, pero anterior en el tiempo y susceptible del tratamiento previsto en el citado art. 264 quater del Código Civil para la legislación argentina.

31) Que, en conclusión, no hay requerimiento de entrega de la menor por parte de autoridad extranjera, que la actuación de ésta se limita a poner en conocimiento del gobierno argentino la denuncia del padre de la niña, para que en esta sede se resuelva la procedencia de la restitución al lugar de residencia habitual; que la condición exigida por la Convención para su aplicación requiere determinar la ilicitud del acto conforme la legislación canadiense, recaudo que no se ha cumplido en la especie; que aunque esa omisión bastaría para excluir la entrega exigida, también se ha acreditado el grave riesgo que ello implicaría para la menor comprometida, todo lo cual excluye la procedencia de la petición intentada

32) Que es por ello que la claridad de las normas de derecho internacional en que se encuadra el pedido de restitución sub examine determina que caiga, sin remedio, la pretensión unilateral del padre de la menor, por carecer de los recaudos mínimos que permitan calificar como ilícita la pretensión de la madre de continuar viviendo junto a su hija en la República Argentina, elemento cuya concurrencia exige sine qua non la Convención de La Haya para la admisibilidad del pedido de restitución. La decisión consulta, asimismo, el interés de la menor en orden a la preservación de su equilibrio psíquico en las actuales circunstancias y la normalidad de su evolución futura, así como el proceso de integración a un nuevo ambiente y universo parental, a la vez que la modificación de su situación anterior -a la que ya no podría ser restituida- por haber su padre constituido una familia nueva. Es deber de este Tribunal velar por el puntual cumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado Argentino al suscribir dicha Convención, a la vez que asegurar el cumplimiento de los tratados que, como la Convención de los Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional e imponen garantizar el bienestar de los menores de edad.

33) Que, en ese orden de ideas, no puede concebirse que el propio instrumento destinado a proteger al menor se vuelva contra él, ni tolerarse la indiferencia de los jueces frente a tal comprobación. Sus decisiones no afectan tanto a éstos como a las partes mismas, particularmente en el sub lite, en que el destino de una niña menor de edad se encuentra comprometido. Se sigue, pues,

atendiendo a las circunstancias comprobadas de la causa, a las normas establecidas en el Convenio y a los principios que lo inspiran, que corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y, en uso de las facultades que confiere el art. 16 de la ley 48, denegar la restitución de Daniela Wilner.

Por ello, se declara procedente la queja, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia recurrida, y se rechaza el pedido de restitución de Daniela Wilner. Agréguese la queja al principal, notifíquese y remítase.

EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUILLERMO A. F. LOPEZ

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó la dictada en primera instancia en cuanto había ordenado la restitución a Canadá de la menor Daniela Wilner, en los términos de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la madre de la niña, María Gabriela Osswald, dedujo el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a esta queja.

2º) Que, según constancias del expediente principal (cuya foliatura se citará en lo sucesivo), las actuaciones se iniciaron con una presentación de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs. 30/31).

Dicho organismo actuó en su carácter de Autoridad Central de la Convención mencionada. La finalidad de la presentación fue poner en conocimiento del juzgado interviniente el pedido de restitución de la menor Daniela Wilner, formulada por la Autoridad Central de Canadá. Se adjuntó, en esa oportunidad, copia de una sentencia de la Corte de Ontario, del 7 de marzo de 1994, que otorgó la custodia de la menor a su padre, Eduardo Mario Wilner.

3º) Que, después de celebrada la audiencia señalada a los fines del art. 36, inc. 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de practicado el peritaje psicológico a la menor y de requerida la opinión de los funcionarios del Ministerio Público correspondientes, la juez de primera instancia dictó sentencia disponiendo el cumplimiento de la rogatoria diplomática, decisión que fue apelada por la demandada.

4º) Que, sustanciado el recurso y evacuadas las vistas conferidas al Asesor de Menores y al Fiscal de Cámara, el a quo emitió su pronunciamiento (fs. 430/433). Su línea argumental partió de la base de que no correspondía evaluar el instrumento de auxilio judicial internacional con las previsiones del exequatur pues debía atenderse prioritariamente a la vía administrativa autorizada por la Convención de La Haya, aplicable en función de la residencia habitual de la menor, extremo éste último que, en el caso, no había sido discutido. Desde esa perspectiva desechó los planteos tendientes a objetar la regularidad de la decisión judicial que sustentó el pedido de restitución, fundados, por una parte, en la virtual incompetencia del tribunal

canadiense y, por otra, en la presunta vulneración del derecho de defensa de la demandada. Acerca de este último aspecto enfatizó que la documentación acompañada con la solicitud inicial permitía afirmar que prima facie la defensa de la madre de la menor le estaba garantizada respecto de una materia que, según la legislación argentina, es insusceptible de reunir efectos de cosa juzgada y que resulta modificable según las exigencias y comprobaciones que, en definitiva, sean más convenientes para la seguridad y salud física o espiritual de los hijos. En otro orden, advirtió que aunque la restitución fue requerida de inmediato, todo el tiempo que corrió hasta el dictado de la sentencia fue necesario para conocimiento del tribunal de las consecuencias incidentales para la menor. Sin perjuicio de ello, entendió que la demora no configuró excepción a las disposiciones del Convenio, por lo menos de modo fehaciente, como para impedir el progreso inmediato del reintegro. No obstante, dada la trascendencia de esos extremos -que la parte afectada podría hacer valer ante la jurisdicción de los tribunales requirentes- decidió que debían ser comunicados a la autoridad canadiense juntamente con el cumplimiento de la restitución solicitada.

5º) Que, en su apelación federal, la recurrente reedita su planteo atinente a que la sentencia extranjera que se intenta ejecutar ha violado el derecho de defensa en juicio. Afirma que, frente a ello, no es viable siquiera la medida cautelar ordenada. Alega, asimismo, que es errónea la consideración del a quo respecto de que el último domicilio conyugal fue Canadá dado que este país habría considerado a los cónyuges como "visitantes" con autorización de permanencia por tiempo limitado. Destaca, también, que la sentencia ha desatendido específicas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención de La Haya, en especial, con respecto a ésta última, las que en determinadas circunstancias autorizan la oposición a la restitución requerida. Por último, arguye que se ha prescindido de la prueba que acredita que la menor está actualmente integrada a la comunidad argentina.

6º) Que existe cuestión federal bastante para habilitar la competencia de esta Corte en tanto la materia del pronunciamiento apelado se halla vinculada con el alcance de determinadas cláusulas contenidas en un tratado internacional

(Fallos: 306:1312). Asimismo, como tiene establecido el Tribunal, lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos de esta vía extraordinaria (confr. art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y lo resuelto, entre otras, en la causa registrada en Fallos: 314:1324, considerando 3º) y, en tales condiciones, no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto controvertido (art. 16, segunda parte, de la ley 48 y Fallos: 308:647 y sus citas, entre otros).

7º) Que el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ratificado por la República Argentina mediante ley 23.857, ha tenido por finalidad la protección del menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita. Para el logro de dicho objetivo, sus disposiciones prevén un ágil procedimiento de carácter administrativo tendiente a garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita (confr. su preámbulo y arts. 1 y 2). Al efecto, los Estados contratantes están

obligados a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos propuestos, debiendo recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan (art. 2). La procedencia del trámite de restitución se encuentra supeditada a que se haya producido un traslado o retención ilícita de un menor cuyos presupuestos de configuración se determinan en el art. 3. También es requisito para la aplicabilidad de la Convención que el menor haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante, inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita y que no haya alcanzado la edad de dieciséis años (art. 4). El cumplimiento de las obligaciones que se imponen está a cargo de autoridades centrales de los Estados contratantes (art. 6).

8º) Que, la solicitud de restitución puede ser promovida por toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia. El interesado debe dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución (art. 8). Se prevé un plazo de un año desde producida la sustracción o retención para efectuar el requerimiento (art. 12). La tramitación deberá desarrollarse sin demoras (art. 11). Se prohíbe al Estado requerido juzgar sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un lapso razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud del Convenio (art. 16).

El examen de las disposiciones mencionadas, consideradas desde un punto de vista eminentemente técnico, permite concluir que, según los lineamientos de la Convención, la protección perseguida se asimila a una acción de carácter posesorio, cuyo objeto no es reorganizar el ejercicio de la autoridad parental sino encauzar la reacción ante una vía de hecho configurada por el desapoderamiento impuesto a quien ostentaba en forma personal o compartida la guarda de un menor, obviamente, contra su voluntad (confr. Bertrand Ancel, *Conflicts de jurisdictions*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 82 [4], oct.-déc. 1993, pág. 658).

9º) Que, los presupuestos que autorizaban la iniciación del trámite de restitución, de conformidad con las directivas del Convenio -mencionadas en los considerandos precedentes- se han verificado en la especie, tal como lo han entendido los jueces de la causa. Baste señalar, al respecto, que no ha sido materia de debate que, hasta el momento del traslado de la menor Daniela, ambos progenitores ejercían sobre la pequeña los derechos inherentes a la patria potestad.

Tampoco se controvertió la configuración de la retención de la menor por parte de su madre ni la temporalidad del pedido de restitución formulado por su padre. Además, la formalización de la solicitud ante la autoridad Central de Canadá aparece justificada por el hecho de haber sido ese país el lugar de residencia habitual de la niña. Cabe precisar, acerca de este punto que, dentro del diseño del Convenio, lo determinante para viabilizar su aplicación no es el último domicilio conyugal sino el lugar en que el menor ha permanecido en forma estable hasta el momento en que se produjo el traslado. En tal sentido cobra especial relevancia la circunstancia de que, en el caso, no se ha discutido que la menor vivió en Canadá desde su nacimiento hasta el momento del traslado, cuando ya había alcanzado la edad de cuatro años, lapso más que suficiente para cubrir la

exigencia de habitualidad a que se refiere la norma. Frente a ese hecho resulta irrelevante que, como se alega, la estadía del matrimonio en Canadá no haya revestido en su inicio carácter definitivo o que las autoridades de ese país sólo hayan autorizado su permanencia por tiempo limitado.

10) Que, por otra parte, cabe reparar en que las únicas causas que autorizan a denegar el pedido de restitución son las taxativamente determinadas por el art. 13 de la Convención. En lo que al caso interesa, la cuestión se centra en los alcances que cabe atribuir a la disposición del inciso b) del mencionado artículo en cuanto establece que la autoridad del Estado requerido podrá oponerse a la procedencia del reclamo si "...existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable".

11) Que para una correcta inteligencia de la cláusula aludida es preciso destacar la preeminencia que corresponde asignar al interés del menor en la toma de decisión sobre su restitución. En tal sentido es incuestionable que la disposición examinada imparte una directiva precisa: el derecho del niño a no ser desarraigado de su residencia habitual cede ante el interés que posee, como toda persona, a no ser expuesta a un daño físico o psíquico o ubicada en una situación intolerable. Dicho postulado primordial sobre la preeminencia del interés del menor, pese a no figurar explícitamente en el texto del articulado de la Convención, está establecido de manera expresa y solemne en el preámbulo como pauta orientadora para la interpretación. Allí se destaca, en lo pertinente, que "...los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia". También el mencionado interés superior ha sido objeto de especial atención en la Convención sobre los Derechos del Niño -hoy con jerarquía constitucional; art. 75, inc. 22 de la Carta Magna-, cuyas disposiciones fueron expresamente invocadas por la apelante. A la luz de la directiva mencionada, fuerza concluir que aun cuando el interés personal del guardador desposeído debe prevalecer sobre el del autor de la vía de hecho, se desdibuja y cede ante el interés superior del niño.

12) Que, en resguardo del mencionado interés superior y con el fin de determinar la virtual existencia de causas que justificaran la negativa a la restitución, se imponía efectuar en el caso un exhaustivo examen de la situación psicofísica de la menor y discernir cuáles serían las consecuencias que derivarían del reclamado retorno a Canadá. Acerca de este aspecto cabe destacar que, si bien en la economía de la Convención aplicable se procura un regreso inmediato del niño y se tiende con ello a dar un cierto carácter de automaticidad a la medida, tal mecanismo no debe conducir a que se confiera al menor un tratamiento asimilable al de una cosa disputada entre copropietarios. De tal modo, al momento de adoptar una decisión, no es posible obviar que la naturaleza humana del objeto de la discordia imprime al modelo posesorio de restitución un cierto número de alteraciones significativas que deben ser necesariamente sopesadas. En tal sentido, el órgano judicial no puede ser un sujeto inanimado que, al decir de Montesquieu, resulte "ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley" (Del Espíritu de las Leyes, Ed. Claridad, 1922, pág. 124). Por el contrario, su función, lejos de ser meramente reproductiva, debe orientarse a formular una interpretación creativa de la norma tendiente a asegurar el valor justicia.

13) Que, en lo que concierne a la cuestión precedentemente expuesta, la sentencia recurrida exhibe una ostensible carencia de fundamentación. Ello es así pues el a quo, sin expresar razón alguna, prescindió de la consideración del informe pericial psicológico, pese a su incuestionable valor decisivo para dar una adecuada respuesta al problema suscitado. Esa circunstancia autoriza a que el Tribunal haga excepción en el caso a la regla según la cual, lo atinente al examen de la prueba es materia ajena al recurso extraordinario y, en consecuencia, proceda a valorar el peritaje preterido (fs. 194/197). De él se desprende que la niña tiene conocimiento de la imposibilidad de reunir a sus padres nuevamente frente a lo cual se plantea otras alternativas para solucionar el problema como ser, pasar períodos con cada uno de ellos. Se señala, asimismo, que la niña se encuentra cursando un síndrome específico a raíz de la crisis familiar y está elaborando la angustia que este proceso le genera. En todo este devenir -prosigue- se aferra al vínculo maternal encontrando refugio y contención. Concluye que de esta manera se configura una situación para cuya resolución se torna prácticamente imposible no engendrar algún efecto sintomático en la menor, reiterando que una nueva separación afectiva podría recargar su organización psíquica ya afectada.

14) Que, al contestar las aclaraciones requeridas (fs. 343/345), la psicóloga forense enfatizó que "la fractura de la díada madre-hija y del proceso identificatorio normal, propio de la etapa de la primera infancia, podría afectar la personalidad de la menor de manera dañosa. Este efecto dañoso es producto de la confusión afectiva a la cual la menor está sometida al sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres, lo cual es una problemática de muy difícil tramitación psíquica, especialmente para una niña de tan corta edad".

Para una evaluación integral de la situación actual de la menor -que el pronunciamiento del Tribunal no puede desconocer- debe tenerse en cuenta que, como también surge del informe examinado y de las demás constancias de la causa, la menor ha permanecido en la Argentina, donde tiene familiares directos, por más de un año y medio y que durante ese lapso se integró en un jardín de infantes sin inconvenientes, ni siquiera con el idioma pues posee una dicción clara del castellano (fs. 194/197).

15) Que, frente al cuadro fáctico descripto, no es ocioso remarcar que la restitución internacional, materia de la Convención aplicable, procura devolver inmediatamente al menor al país del cual fue irregularmente alejado para evitar que se profundicen o agraven los perjuicios sufridos por esa ruptura abrupta del medio donde estaba viviendo. En tal sentido, cobra especial significación la regla que determina que el reclamo debe ser articulado dentro del año de acaecido el traslado o la retención (art. 12 de la Convención). Pero, aun en los casos en que -como ocurre en el sub lite- la solicitud ha sido presentada en forma tempestiva, no puede prescindirse de la ponderación del factor tiempo en relación con la estabilidad psíquica y emotiva del menor, máxime cuando existen evidencias de su ulterior arraigo a un nuevo medio, producto de su permanencia por un período mayor al estipulado en la norma, en razón de la tramitación de los procesos administrativos o judiciales.

16) Que en la valoración del extremo recientemente mencionado el pronunciamiento resistido muestra su mayor debilidad de sustento pues, pese a que la cámara admitió la trascendencia que en el caso revestía el factor tiempo, vinculado con la justificada dilación

del procedimiento, sólo se limitó a ordenar que esa circunstancia fuera puesta en conocimiento de las autoridades canadienses simultáneamente con la restitución, sin medir prudencialmente las consecuencias nocivas que el cumplimiento de ese mandato podía acarrear a la niña.

17) Que, en definitiva, a juicio de esta Corte las conclusiones periciales, evaluadas conjuntamente con la situación actual de la menor ya descritas, revelan claramente que un nuevo desarraigo se traducirá necesariamente en un daño cierto para su salud psíquica. En consecuencia, ante el deber que imponen las disposiciones internacionales aplicables de resguardar el interés superior de la niña, corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y denegar la restitución requerida en los términos del art. 13 de la Convención de la Haya.

La decisión a que se arriba torna innecesaria la consideración de los restantes planteos articulados por la apelante.

Por ello, se declaran procedentes la queja y el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se deniega la restitución solicitada en la rogatoria con que se iniciaron estas actuaciones. Sin costas, en razón de la índole de las cuestiones debatidas. Agréguese la queja al principal, notifíquese, hágase saber al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y, oportunamente, remítase.

GUILLERMO A. F. LOPEZ.

2) "MULLER, VOLKER C/GARCIA BATISTA, MARGARITA s/ RESTITUCION DE MENOR, TENENCIA Y REGIMEN DE VISITAS"^[12].

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los días del mes de agosto del año dos mil, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. ROLAND ARAZI, GRACIELA MEDINA y MARIA DEL CARMEN CABRERA DE CARRANZA, para dictar sentencia en los autos "MULLER, VOLKER C/GARCIA BATISTA, MARGARITA S/RESTITUCION DE MENOR, TENENCIA Y REGIMEN DE VISITAS", y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y art. 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: DRA. GRACIELA MEDINA, ROLAND ARAZI y CARMEN CABRERA DE CARRANZA, resolviéndose plantear y votar la siguiente cuestión:

CUESTION:

1) ¿Debe modificarse la sentencia apelada?

VOTACION:

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. GRACIELA MEDINA DIJO:

1. Que contra la resolución dictada a fs. 273/279 la demandada Margarita García Batista interpone recurso de apelación a fs. 280, el que es concedido a fs. 281; en tanto el accionante lo hace a fs. 290, siendo proveído a fs. 291.-

2. En primer término, he de analizar la apelación concedida a fs. 280, mediante la cual se agravia la accionada en cuanto el pronunciamiento atacado hace lugar a la restitución de la menor Mara Elena Müller a la República Federal de Alemania, otorgando la tenencia al Sr. Volker Müller, al sólo efecto del pertinente traslado y sometimiento a la jurisdicción de los Tribunales de Familia de Berlín. Expresa que tal decisorio resulta arbitrario e incongruente, contrariando las directivas del art. 163 inc. 4 del Código procesal. Agrega que el mismo no trata la cuestión atinente a la retención indebida de la menor, y al ejercicio de su custodia, requisitos que entiende indispensables a los fines de la aplicación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscripto en La Haya en 1980, y consecuente admisión de la acción instaurada. Asimismo se queja en cuanto se ha producido un apartamiento de lo dispuesto por el art. 5 inc. a de la Convención citada, contrariándose el fallo del Tribunal de 2da. Instancia alemán que sostiene que no se ha producido una salida subrepticia de Alemania, reconociendo que la residencia habitual de la menor se encuentra en la Argentina, y que los tribunales de nuestro país son competentes para resolver las cuestiones atinentes a la tenencia de la niña.-

El Asesor de Menores e Incapaces interviniente, dictamina a fs. 314, coincidiendo plenamente con los fundamentos vertidos por la demandada en su presentación de fs. 282/288.-

3. Antecedentes fácticos

El Sr. Volker Müller, de nacionalidad alemana, y la Sra. Margarita García Batista, argentina, contrajeron matrimonio en el Reino de Dinamarca, el día 4 de febrero de 1994; el 27 de

abril de igual año nace la hija menor de ambos, Mara Elena Müller.

Mara Elena Müller nace en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina; la menor, amén de la nacionalidad argentina, cuenta con la carta de ciudadanía alemana en razón al origen de su padre y haber procedido éste a inscribirla como tal en la Embajada de la República de Alemania.

El matrimonio, transcurridos cuatro meses del nacimiento de la menor, se radica definitivamente en la ciudad de Berlín, República de Alemania.

Desde agosto de 1994 hasta enero de 1996 ambos progenitores convivieron en igual domicilio. En enero de 1996 se produce la separación de hecho. En tal oportunidad la Sra. García Batista se retira del domicilio conyugal, con la hija menor, y continua su residencia en la ciudad de Berlín, donde solicita la tenencia de su hija.

Después que el Tribunal de Primera instancia le otorgó la tenencia de la menor, durante el mes de julio de 1997 la madre viaja a la Argentina donde reside su familia, conjuntamente con la niña. Finalmente, el 20 de agosto de dicho año, la madre informa a su letrada patrocinante su decisión de radicarse con Mara Elena en nuestro país, procediendo su abogada a comunicar tal circunstancia al Tribunal de Familia interviniente en Alemania.

Sentado ello, es menester efectuar una reseña de las actuaciones llevadas a cabo ante los tribunales alemanes. De las constancias de marras, surge que el 26 de enero de 1996, frente a la separación de hecho de las partes, se inicia ante la Corte de Familia de Berlín, una acción tendiente a resolver la cuestión atinente a la tenencia y custodia de Mara Elena.

La sentencia de Primera instancia, dictada por el Tribunal de Instrucción de Tempelhof-Kreuzberg el 27 de junio de 1997, acuerda la custodia exclusiva de la menor a su madre. Dicho fallo es recurrido por el Sr. Müller, ante el Tribunal Cameral de Berlín. Con fecha 5 de noviembre de 1997, este órgano jurisdiccional resuelve revocar la tenencia acordada a la madre, rechazando al mismo tiempo el pedido que el Sr. Müller efectuara para que la custodia exclusiva de Mara Elena le fuera transferida a su favor. Entiende el tribunal actuante que la resolución impugnada debe ser derogada, en virtud de no estar facultados los tribunales alemanes para tomar una decisión respecto de la custodia de la niña, dado que no se cuenta con la competencia internacional a los fines de entender en la cuestión planteada. Señala al efecto, que que la residencia habitual, y actual, de Mara Elena ha quedado fijada en la República Argentina, conforme decisión adoptada por su progenitora, en ejercicio de la custodia exclusiva acordada mediante sentencia dictada por el tribunal de Primera Instancia. Destaca asimismo, que el recurso impetrado por el padre, no modifica las circunstancias apuntadas, ya que carece de efecto dilatorio.

4. Ahora bien, antes de ocuparme del núcleo central del recurso precedentemente reseñado, dado que la parte actora ha solicitado en la contestación del memorial que se declare desierto el recurso por no cumplirse con los requisitos exigidos por el art. 260 del Código Adjetivo, entiendo que tales recaudos se encuentran reunidos, por lo cual corresponde proceder al tratamiento y resolución de la cuestión traída a mi conocimiento.-

5. Fin de La Convención. Restitución inmediata de menores trasladados de manera ilícita.

En cuanto al primero de los agravios, es menester destacar que la Convención de La Haya de 1980, a la cual adhiriera nuestro país mediante sanción de la Ley 23.857, y que fuera invocada por el accionante en su demanda (ver fs. 54/64), tiene por finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante; como así también el velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados parte de la convención (art. 1º). En este contexto, forma parte del denominado Derecho Internacional tuitivo o de protección, cuyo campo de acción es proveer la tutela del menor, estableciendo procedimientos adecuados y ágiles a los fines de cumplir con su cometido.

De la lectura de su articulado se advierte que la Convención contempla una serie de requisitos de fondo, que resultan ineludibles y cuya ausencia obsta a su aplicación. Entre ellos, interesa subrayar la necesidad de que se haya producido un traslado o retención ilícitos, formulando una calificación autárquica de tal comportamiento en su artículo 3. Así se establece que se considerará que el traslado o retención revisten tal calidad “cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separadamente o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”, y/o “cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención” (art. 3) (ver ARCAGNI, JOSE CARLOS, “La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Derecho internacional privado tuitivo”, LL T. 1995-D, Sec. doctrina, pág. 1026).

Del análisis de las circunstancias de autos, surge que tal como lo pone de manifiesto el Tribunal de 2da. Instancia alemán, la residencia habitual de la menor se encuentra actualmente en la Argentina (ver fs. 136/160). Al respecto creo menester recordar que a partir de la Conferencia de La Haya de 1894, en la sesión del año 1900, se sustituyó en materia de tutela el concepto de domicilio por el de *residencia habitual*; criterio seguido por los sucesivos tratados y convenciones internacionales, entre ellas la Convención de La Haya de 1980 (art. 4). Bien es sabido que “la residencia habitual constituye un punto de conexión sociológico, a diferencia del domicilio, de carácter normativo. Se trata, por ende, del lugar donde el menor desarrolla sus actividades, donde está establecido, con un cierto grado de permanencia, el centro de sus afectos y vivencias...La expresión “residencia habitual” se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y para ello, no cabe tener en cuenta el consenso parental ni aun la incidencia de factores causales, aunque éstos determinaran una residencia de índole forzada” (Cám. Nac. Civ., sala Y, 14-9-95, causa 088448) (WEINBERG DE ROCA, INES M. “Domicilio de Menores Adultos”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Bs. As., 1999, págs. 499 y ss.). Resulta oportuno destacar que la convención citada presupone que los Estados parte de la misma coinciden en determinar que, en principio, a los fines de resolver las cuestiones atinentes al derecho de custodia y/o de visita de los menores, resultan competentes los tribunales del lugar de residencia habitual del menor, sin que ello implique una unificación de sus normas conflictuales (ver ARCAGNI, LL ob.

cit., pág. 1026). En efecto, “los expertos de los países que intervinieron en la elaboración del Convenio eligieron la residencia habitual del menor para atribuir la competencia, en razón de ser éste un concepto que tendía a dar mayor seguridad jurídica al tratamiento de la restitución, por el hecho de que serán los jueces en donde el menor desarrollaba su vida los que se encuentran en mejores condiciones para merituar la cuestión de fondo” (GOICOCHEA-SEOANE DE CHIODI, “Convenio de La Haya sobre los Aspectos civiles ...”, LL, T. 1995-D, Sec. doctrina, pág. 1416).

Sentado ello, no obstante no desconocerse que con anterioridad la menor tuviera su residencia en la ciudad de Berlín -Alemania-, tal situación se vió modificada por decisión de su madre, quien ejercía en dicha oportunidad la tenencia de Elena Mara Müller. En tal sentido, el tribunal alemán resolvió que “De acuerdo a los principios básicos la residencia habitual de Elena se encuentra en Buenos Aires y ya no en Berlín. Porque la madre, es en base al pronunciamiento impugnado la única titular de la tenencia. En razón de la cual ella tomó una justa determinación sobre la residencia para la niña donde únicamente fue decisoria su voluntad como titular de la guarda. En esto tampoco cambia en nada el hecho de que el padre haya interpuesto recursos legales contra la resolución de primera instancia, debido a que esto no tiene un efecto suspensivo (art. 24 de la Ley sobre asuntos de jurisdicción voluntaria)” (ver fs. 138/vta.). Interesa subrayar que el tribunal entendió que la nacionalidad alemana de la menor no modificaba la situación expuesta, toda vez que no es posible partir de la precedencia de la nacionalidad alemana en casos de doble nacionalidad cuando la relación del ciudadano con su estado patrio extranjero es esencialmente más estrecha que aquella con el territorio alemán (ver fs. 140). Ello amén de hacerse eco de la doctrina de la preferencia de la competencia territorial adecuada (forum conveniens) -que en el caso se encuentra en la Argentina-; y de la no aplicación de la perpetuo fori, dada la mayor proximidad física del tribunal argentino.

En base a tales fundamentos, concluye que ha operado la supresión de la jurisdicción internacional de los tribunales alemanes para la regulación de la tenencia de la menor Elena Mara Müller, dejando sin efecto la resolución de primera instancia que concediera la misma a la madre aquí demandada; y rechazando la solicitud de su padre en igual sentido.

Como corolario de lo expuesto, siendo que al momento de trasladarse y radicarse en la Argentina la Sra. Margarita García Batista, conjuntamente con la hija menor de ambos litigantes, la primeramente nombrada no sólo tenía la tenencia de hecho, sino que ejercía la misma en virtud de sentencia dictada por los tribunales alemanes -ya se señaló que el recurso interpuesto por el Sr. Müller contra tal decisorio carece de efectos suspensivos-, considero que no es dable calificar su traslado y posterior radicación en el país como ilícita (art. 3 de la Convención citada).

Por otra parte, el accionante carecía del derecho de custodia atribuido a su favor conforme el Derecho alemán, ni ejercía el mismo en forma actual y efectiva en tal oportunidad (art. 3 y 13 inc. 1 de la convención). En otros términos, entiendo que no resulta posible considerar ilícito el traslado y radicación de la menor en la Argentina, no encontrándose por ende reunidos los recaudos de aplicación que prevé el artículo 3 del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya (1980). A su vez, cabe puntualizar que el artículo 5 de dicho

documento internacional dispone que a los efectos de la misma, “el derecho de custodia”, que era ejercido en tal oportunidad por la Sra. García Batista, comprende no sólo el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, sino también y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia habitual.

Dadas tales circunstancias, queda sin sustento la orden de restitución de la menor que dispusiera el Juez de Primera Instancia, y entrega de la tenencia al padre al sólo efecto del pertinente traslado y sometimiento a la jurisdicción de los Tribunales de Berlín, quienes ya se han pronunciado por su incompetencia para entender en la cuestión planteada, siendo que careciendo de jurisdicción internacional al efecto, la eventual sentencia que pudieren dictar se vería privada de efectos fuera del territorio alemán, no pudiendo ser objeto de reconocimiento y ejecución en otros Estados (ver GOLDSCHMIDT, WERNER, “Derecho Internacional Privado”, Edit. Depalma, Bs. As., 1990, pág. 481 y s.). Basta señalar que a los fines del reconocimiento y ejecución de los pronunciamientos judiciales emanados de tribunales extranjeros resulta indispensable que la sentencia de que se trate emane de un tribunal competente en la órbita internacional (art. 517 inc. 1 del C.P.C.C., su doc.).

6. Privación de justicia

A estas alturas, resulta pertinente traer a colación la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, in re “Vlasov” del 25/03/1960, por cuanto en la hipótesis de marras el traslado de Mara Elena Müller a Berlín a los fines de su sometimiento a la decisión de sus tribunales, produciría un desamparo jurisdiccional de la misma toda vez que el órgano judicial de dicho país ya se ha pronunciado desestimando su jurisdicción al efecto. En dicho pronunciamiento, nuestro máximo tribunal mantiene que la privación de justicia constituye un ataque a la garantía constitucional del debido proceso en su aspecto adjetivo. Así sostuvo que su intervención en cuestiones de competencia entre autoridades de distinta jurisdicción y en conflictos insolubles entre jueces “para evitar una efectiva privación de justicia, además de su evidente fundamento constitucional, tiene firme base constitucional, desde que la garantía de defensa en juicio supone elementalmente la posibilidad de ocurrir ante algún órgano constitucional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones de índole procesal o de hecho”, agregando que “el concepto de privación de justicia puede ser referido a las circunstancias en que se lo invoca, en cuanto de ellas resulte que lo decidido y apelado prive al ejercicio del derecho en debate de toda razonable utilidad”. Werner Goldschmidt, al comentar dicho fallo expresa que el mismo “no se ocupa sólo del hecho de que las partes dispongan de un tribunal competente, si según el Derecho argentino se diese la jurisdicción internacional de sus tribunales, sino que contempla también la situación internacional en su totalidad y se preocupa del hecho de que las partes tengan a su disposición un tribunal argentino, aunque tal vez no se dé la jurisdicción internacional argentina de acuerdo al Derecho de la República, con tal que tampoco haya jurisdicción internacional viable en otro país de la comunidad internacional y las partes o por lo menos una de ellas tenga un contacto indudable con la argentina” (La Ley, t. 98, p. 287).

Creo que en el supuesto en tratamiento, amén de los fundamentos ya expuestos que me llevan al rechazo de la acción entablada por el Sr. Müller, examinado el panorama internacional

planteado, carece de sustento ordenar la restitución de la menor a Alemania a los fines de su sometimiento a la jurisdicción de dicho país, cuando sus tribunales ya se han expedido mediante sentencia del Tribunal de Apelación de Berlín sobre la ausencia de jurisdicción al efecto.

7. Tenencia

Lo así resuelto, no resulta impedimento para que, por la vía procesal pertinente, los padres puedan discutir la tenencia de la menor, en la cual han de entender los tribunales argentinos. No puede soslayarse que estamos frente a una decisión provisoria, ya que el objetivo de la Convención es precisamente evitar la solución de la tenencia a través de las vías de hecho, sustrayendo el caso a sus jueces naturales (WEINBERG DE ROCA, INES M. “Sustracción y restitución internacional de menores”, La Ley, Tomo 1995-C, Sec. doctrina, pág. 1285). En tal sentido, se ha dicho que la Convención no resuelve las problemáticas de derecho aplicable y jurisdicción en el tema custodia, sino sólo devuelve al menor, de así corresponder, a la jurisdicción de su residencia habitual. En efecto, el art. 19 del documento mentado dispone que “una decisión adoptada en virtud del presente convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia”, resaltando de este modo el objeto de la misma que no es sino el reintegro del menor a su residencia habitual, debiendo el conflicto sobre la tenencia ser resuelto por el juez de dicha residencia. Asimismo, va más allá, tratando de eliminar cualquier consecuencia negativa de la decisión de la restitución sobre la cuestión definitiva acerca de la cuestión de fondo de la custodia del menor (ver ARCAGNI, JOSE CARLOS, LL ob. cit., pág. 1034).

8. Interés del menor

Consideración especial merece la situación actual de Mara Elena Müller, quien desde el año 1997 se encuentra radicada en el país, en forma estable y con cierto grado de permanencia, conviviendo en la actualidad con su medio-hermano y su madre, y concurriendo al Colegio de la localidad de Olivos. Tales circunstancias, permiten afirmar en coincidencia con lo resuelto por el Tribunal de 2da. Instancia alemán, que el centro de gravedad de sus afectos y vivencias, en otras palabras el centro de vida actual de la menor, encuentra su sede en nuestro país.

Se impone hacer referencia a las normas internacionales relacionadas al caso planteado. Específicamente, la Convención de los Derechos del Niño, que fuera aprobada mediante la sanción de la Ley 23.849, y cuyo rango constitucional resulta incuestionable a la luz de lo normado por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. De su articulado, surge la priorización de los derechos e intereses del menor por sobre toda otra razón de orden familiar (art. 3).-

Tal como lo sostiene el prestigioso constitucionalista Dr. Bidart Campos, dicha Convención, si bien había sido incorporada al Derecho interno antes de la reforma constitucional de 1994, a partir de ésta última, y mediante su inclusión dentro de la lista de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, “se ha elevado al vértice de nuestro ordenamiento en el mismo nivel de la constitución”. Ello no sólo implica el reconocimiento por parte del estado de los derechos en la misma enumerados, sino que genera la obligación hacia éste de no dictar normas que la contradigan, de no aplicar normas violatorias de la convención, ni omitir su cumplimiento, y por último, de adecuar su derecho interno infraconstitucional a sus disposiciones (ver BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Edit. Ediar, Tomo

III, págs. 619 y ss.). Y es así que la Convención en tratamiento, reza en forma expresa en su artículo 3 numeral 1ro. que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Todo lo expresado conlleva a la obligación de interpretar los preceptos legales desde una perspectiva o “prisma constitucional” -tal como lo señalara el Dr. Carnota, citado por la Dra. Kemelmajer de Carlucci.-

Consecuentemente, no pudiendo pasar por alto que en la materia en análisis ha de prevalecer el primordial interés del menor comprometido, en un todo de acuerdo con las directivas que emanan del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, que goza de rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), siendo los tribunales argentinos los que habrán de decidir a quien corresponde otorgar la tenencia de Mara Elena Müller, cuya residencia actual se encuentra en el país desde julio de 1997, es mi opinión que disponer su restitución a la República de Alemania para que allí se resuelva sobre su tenencia, contraría los intereses y bienestar de la misma, cuando los tribunales del citado país se han declarado incompetentes a los fines aludidos.

Ante tal perspectiva, de adoptarse una decisión en contrario, resultaría indudablemente perjudicial para la menor verse una más separada de su entorno cotidiano, para ser enviada a un país que ya declaró su incompetencia para resolver lo atinente a su custodia. Por ello, amén de entender que no se encuentran reunidos los requisitos que autorizan la aplicación de la Convención invocada como fundamento de la presente acción, y derivada orden de restitución de la niña al país en que residiera con anterioridad (art. 3 de la Convención), a mi entender el eventual reintegro a la República de Alemania, en el estado actual de las desaveniencias suscitadas entre los progenitores de la menor, no puede vislumbrarse como un destino permanente o estable para la misma, ya que se encontraría supeditado a lo que se resolviera respecto del otorgamiento del derecho de custodia pertinente.

En igual orden de ideas, la Convención de La Haya de 1980 señala en su preámbulo que “los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”, a lo que se suman las previsiones del artículo 13 de la Convención de La Haya de 1980 ya citada, el cual dispone que la autoridad judicial del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera ponga al menor en una situación intolerable”, y es indudable que un nuevo traslado de la misma, en tales condiciones, habrá de acarrearle un daño que es posible evitar a la espera de la solución definitiva del caso. Los comentaristas de esta última norma han explicitado que en la apreciación de los hechos determinantes del rechazo, de lo que se trata es de apreciar un posible riesgo y no, como en el orden jurídico penal, de probar la existencia de maltrato o la tentativa de su perpetración” (“Restitución Internacional de Menores. Boletín del Instituto Interamericano del Niño” Nro. 232, p. 37, citado por HIDALGO, SORAYA NADIA en “Restitución Internacional de menores en la República

Argentina”, ...T. 1996-C, Sec. doctrina, pág. 1399). En definitiva, un nuevo desarraigo que en modo alguno puede calificarse de definitivo o permanente, por quedar el mismo supeditado a la resolución que quepa dictar respecto de la tenencia de Mara Elena, habrá de traducirse necesariamente en un daño cierto para la salud psíquica de la nombrada.

Merituando tales circunstancias, analizados los requisitos de aplicación de la Convención de La Haya de 1980; visto que la residencia actual de la menor Mara Elena Müller se encuentra en el país; sumándose a ello que a los fines de dilucidar la tenencia definitiva nuestros tribunales gozan de jurisdicción internacional al efecto, en tanto los órganos judiciales alemanes han declinado la misma; teniendo siempre en miras el primordial interés y protección de Mara Elena Müller, el cual se vería contrariado de ser mandada la misma a un país que ya declaró su incompetencia, considero se impone la revocación del fallo cuestionado, lo que así propongo.-

9. En relación a la apelación deducida por el accionante respecto de la imposición de costas que efectuara el magistrado de primera instancia, merituándose la forma en que quedara resuelto el recurso de su contraria, corresponde su adecuación al resultado de la demanda en análisis. Consecuentemente, en cuanto a la demanda por restitución y tenencia provisoria promovida por el Sr. Volker Müller, propongo se impongan las mismas al actor que resultara vencido (art. 68 del C.P.C.).

Asimismo, en lo atinente a las costas por la tercer cuestión planteada en autos, a saber la fijación de un régimen de visitas provisorio a favor del actor, importa subrayar que ésta ha sido objeto de decisión por el Juez ad quo a fs. 168/171, quien con posterioridad procediera a homologar el acuerdo al que arribaran las partes a fs. 203, tal como surge del auto dictado a fs. 206. Ello sin perjuicio de destacarse, que agotado el acuerdo sobre visitas reseñado, con fecha 19/05/1999 se procedió a la formación de incidente por separado, tendiente a regular las cuestiones que se susciten en torno al derecho de visita del padre de la menor (ver nota de fs. 239). Por consiguiente, advirtiéndose que en las resoluciones de fs. 168/171 y 203 se ha omitido el pronunciamiento acerca de la imposición de costas, considero que en la hipótesis en tratamiento ha de entrar a jugar la uniforme y reiterada jurisprudencia que sostiene que “si una resolución no contiene decisión expresa en cuanto a las costas y no se ha pedido aclaratoria al respecto, debe entenderse que han sido impuestas en el orden causado” (Cám. 2º, Sala III, La Plata, causa B-38.083, reg. int. 291/74) (CSJ , 12-3-81, IA IEY, 1981, V. c, P.658, 35.936-s; 23-7-81, FALLOS, V. 303, P. 1041) (ver MORELLO-SOSA-BERIZONCE, “Códigos...”, Edit. Platense-Abeledo Perrot, Tomo II-B, Bs. As., 1985, pág. 76 y 126).

En mérito a lo expuesto, visto lo dictaminado por la Asesoría de Menores e Incapaces a fs. 166, 247 y 262; en orden a los fundamentos vertidos, voto por la AFIRMATIVA.

Por iguales consideraciones a las señaladas por la Dra. MEDINA, los señores jueces DR. ARAZI y DRA. CABRERA DE CARRANZA votaron por la AFIRMATIVA.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A:

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso impetrado por la Sra. Margarita García Batista, revocándose la sentencia apelada dictada a fs. 273/279 en todo lo

que fue materia de agravios. En consecuencia, se desestima la acción instaurada por el Sr. Volker Müller reclamando la restitución de su hija menor Mara Elena Müller a la República de Alemania y entrega de la tenencia provisoria al efecto, con costas a cargo del vencido (art. 68 del C.P.C.);

Asimismo, se desestima la apelación deducida por el Sr. Volker Müller, con costas al vencido (art. 68 ya citado), adecuándose las mismas al resultado de la apelación de su contraria. Y en lo atinente a la imposición de costas por el régimen de visitas resuelto por el magistrado de Primera instancia (fs. 186/187, 206 y 239), por los fundamentos expuestos en el punto 9, entiéndese que las mismas han quedado fijadas en el orden causado.

Regístrese, notifíquese y devuélvase a la Instancia de origen.-

3) ANDREASEN, LÍA ALEXANDRA S/ EXHORTO [\[13\]](#).

Buenos Aires, 29 de agosto de 1995.

Vistos los autos: "Andreasen Lía Alexandra s/ exhorto".

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario. Notifíquese y remítase.

JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR (en disidencia) - CARLOS S. FAYT (en disidencia) - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ANTONIO BOGGIANO – GUILLERMO A. F. LOPEZ (en disidencia) - GUSTAVO A. BOSSERT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUARDO MOLINE O'CONNOR Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON GUILLERMO A. F. LOPEZ

Considerando:

1º) Que contra la sentencia dictada por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que ordenó la restitución de la niña menor de edad Lía Alexandra Andreasen, en los términos del "Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" (ley 23.857), interpuso recurso extraordinario la madre de la niña, que fue concedido por el a quo.

2º) Que suscita cuestión federal el agravio relativo a la aplicación que los jueces de la causa efectuaron del tratado internacional en que la recurrente funda su derecho, por lo que el recurso extraordinario deducido resulta formalmente procedente y fue bien concedido por el a quo (Fallos: 306:1312 y W.12.XXXI. "Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald María Gabriela", fallada el 14 de junio de 1995). En tal sentido, cabe recordar que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a normas de naturaleza federal, este tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647, entre otros).

3º) Que cabe puntualizar, en primer término, que en autos no obra un requerimiento de restitución de la menor emanado de un tribunal español, y tampoco se pretende la ejecución de una sentencia extranjera, como equivocadamente afirma el tribunal a quo en la sentencia recurrida (fs. 720/ 720 vta.). La gravedad de ese error basta para descalificar el fallo, pues traduce el claro apartamiento de la ley en que ha incurrido el tribunal al efectuar el juzgamiento, desde que ha supuesto que debía limitarse a otorgar el exequátur a una decisión judicial extranjera, cuando en realidad fue llamado a resolver una cuestión propuesta ante la justicia argentina conforme con la mencionada convención internacional.

4º) Que, en virtud del defecto señalado, que obstó a la comprensión de los términos en que se hallaba planteado el litigio, la cámara de apelaciones abdicó de su potestad jurisdiccional, lo que se traduce en grave afectación de la garantía constitucional del debido proceso. Así, atribuyó a una inexistente sentencia extranjera "fuerza ejecutoria" (fs. 720, primer párrafo) y creyó que sólo debía verificar los extremos de los arts. 12, 13 y 14 de la mencionada convención (ver fs. 720 vta. primer párrafo), con lo que prescindió absolutamente de seguir el procedimiento establecido en dicho tratado, que -como se verá- exige, en primer término, examinar si el traslado o la retención del menor han sido ilícitos. Del mismo modo, obvió todo examen de los restantes recaudos de admisibilidad del pedido, que se encuentran expresamente previstos en el tratado internacional de referencia.

5º) Que, en el caso, trátase de una presentación de carácter administrativo, formulada por el padre de la menor ante la Autoridad Central del Reino de España para la aplicación de la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y transmitido a la Autoridad Central de la República Argentina, sin que ninguna autoridad extranjera, judicial o administrativa, se haya pronunciado acerca de su procedencia, ni menos aún requerido el envío de la niña. La petición fue presentada ante los tribunales argentinos por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, autoridad de aplicación del tratado mencionado (fs. 56/57), acompañada por los formularios presentados por el padre de la niña con tal motivo y diversas constancias relacionadas con las causas seguidas ante los tribunales españoles por ambos progenitores, agregándose asimismo un certificado expedido en los términos del art. 15 de la convención, con el propósito de acreditar la ilicitud del traslado de la menor (fs. 15).

6º) Que la Convención de La Haya de 1980 (ley 23.857) prevé un rápido procedimiento para obtener la restitución de menores al lugar de su residencia habitual, cuando hubiesen sido ilícitamente retenidos fuera de ella. Su objetivo primordial ha sido la protección del menor y en especial evitar los efectos perjudiciales que podría ocasionar un traslado o una retención ilícita. Para el logro de ese objetivo, sus disposiciones articulan un procedimiento tendiente a garantizar la restitución del menor (conf. Preámbulo, arts. 1 y 2), a cuyo efecto los Estados contratantes están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios los objetivos propuestos, debiendo recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan (art. 2).

7º) Que la procedencia del trámite de restitución se encuentra supeditada a que se acredite la ilicitud de un traslado o retención ilícitos de un menor, ilicitud que consiste en la infracción a la ley vigente en el estado de la residencia habitual del niño. Así, conforme al régimen establecido en la Convención de La Haya, el juez competente para decidir la procedencia o improcedencia de la restitución es el del lugar donde se encuentra el menor requerido, en tanto la ley aplicable es la vigente en el lugar de su residencia habitual. También es requisito para la aplicación de la convención que el menor haya tenido su residencia habitual en un Estado parte, inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita y que no haya alcanzado la edad de dieciséis años (art. 4º). El cumplimiento de las obligaciones que se imponen está a cargo de las autoridades centrales que se constituyan en cada uno de aquellos.

8º) Que el procedimiento tiene por finalidad garantizar la inmediata restitución del

menor a su residencia habitual con el propósito de restablecer la situación anterior que fue turbada. Sobre la persistencia de estos tres elementos se sustenta el trámite autónomo previsto por la Convención de La Haya, de modo que si alguno de ellos no subsiste o es modificado, toda la estructura procedimental desaparece, carente de virtualidad.

9º) Que la Convención de La Haya define en el art. 3º inc. a, el concepto de traslado o retención ilícitos, y declara que se considerarán tales: "Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención" y "Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención" (inc. b).

10) Que la citada convención contiene diversas normas que complementan ese concepto. Así, en el art. 8º, inc. f, establece que la solicitud del peticionante de la restitución podrá incluir "una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado". El art. 14 establece que, para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del art. 3º, las autoridades del país requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones dictadas en el Estado de la residencia del menor, sin necesidad de recurrir a procedimientos concretos para probar su vigencia.

Por otra parte, el art. 15 prescribe que, antes de emitir una orden de restitución, el Estado requerido podrá pedir que el demandante obtenga del Estado de la residencia del menor, una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito.

11) Que, desde otra perspectiva, que atiende a respetar primordialmente el interés del niño aun ante el accionar ilícito de cualquiera de sus progenitores, establece la Convención de La Haya que el Estado requerido podrá negar la restitución del menor cuando hubiese transcurrido más de un año entre los hechos que motivan la denuncia y el inicio de los procedimientos, si resulta demostrado "que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio" (art. 12, segundo párrafo).

12) Que tampoco será ordenada la restitución del menor si se demuestra que quien "se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención" o "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable" (art. 13 incs. a y b).

13) Que, según surge de las normas mencionadas, el procedimiento reglado por la convención sólo resulta aplicable cuando el menor haya sido trasladado o retenido en infracción a la legislación vigente en el lugar en que residía antes del hecho investigado. En el caso, no resulta controvertido que el lugar de residencia habitual de la niña era el Reino de España, por lo que las autoridades del Estado requerido -la República Argentina- deben determinar si la retención de la niña se ejerció en transgresión de las normas que sobre el punto rigen en el país mencionado en primer

término.

14) Que, en tal sentido, asiste razón a la recurrente cuando se agravia de que la cámara de apelaciones haya obviado toda consideración acerca del cumplimiento de los requisitos de procedencia del pedido de restitución, según lo dispuesto en la Convención de La Haya, por lo que tales agravios serán objeto de examen por este Tribunal.

15) Que, tal como lo alega la recurrente, ha transcurrido un lapso superior a un año entre el traslado presuntamente ilícito de la menor a la República Argentina y la iniciación del procedimiento de restitución por el padre de la niña. Ello surge con toda evidencia de la presentación efectuada por el peticionario, quien con fecha "enero de 1993" (fs. 11) denuncia que el traslado tuvo lugar "en Madrid, a finales de verano de 1991" (fs. 10). En la mejor de las hipótesis para el actor, los hechos se habrían producido en septiembre de 1991, por lo que manifiestamente dejó transcurrir un año y cuatro meses antes de iniciar reclamo alguno por la ausencia de su hija.

16) Que ese tiempo se vio incrementado por la prolongada tramitación de esta causa, de modo que la niña vivió en la República Argentina cuatro años, antes de que el a quo dispusiera su "restitución" a un país y un medio con el que la menor -de siete años de edad- había perdido contacto desde largo tiempo atrás. Durante esos años la niña asistió al colegio, tuvo su vida social y familiar en este país y amplió su universo parental con los abuelos maternos. El informe presentado por el instituto donde asistía al curso pre-escolar, expresa que la menor "se halla totalmente integrada al grupo, realiza correctamente las tareas, acepta consignas, evidencia una conducta equilibrada de acuerdo con su edad". Da cuenta, asimismo, de que ha desarrollado buena amistad con niños y personal del colegio (fs. 377/378).

17) Que la perito psicóloga designada de oficio por la jueza de primera instancia elevó un informe psicodiagnóstico (fs. 260/275), ampliado en fs. 431/432, del cual surge que la niña Lía Alexandra ha vivido situaciones de conflicto familiar "donde los vínculos afectivos deben ser cristalizados para no desestructurarse, utilizando mecanismos defensivos de negación y anulación que al momento le son eficaces, pero que llevan el costo de congelar su desarrollo psicosocial". El diagnóstico formulado por la profesional se concreta en la detección de "Trastorno afectivo-familiar-mecanismos de anulación que bloquean el proceso de maduración psicosocial". (fs. 275).

18) Que, al ser requerida por la jueza acerca de los efectos que podría causar en la niña la restitución a su padre, si ese acto podría exponerla a un peligro físico, psíquico o moral, y si se hallaba integrada en el medio familiar en el que entonces participaba, expresó la psicóloga que: "no fue lo más adecuado para el sano desarrollo de Lía Alexandra, los sucesivos cambios ambientales a los que se la expuso". Indicó también como probable que la menor se adaptase al medio ambiente de su padre, anulando el resto, pero que debía tenerse en cuenta: "que la niña convivió siempre con su madre y tiene un estrecho vínculo con ella", "que el vínculo con el padre fue cortado y anulado hace más de dos años", "que si bien el encuentro con su padre tuvo un logro exitoso, sería perjudicial que la recuperación de ese vínculo, sea a costa de la pérdida del vínculo con su madre.

Allí sí puede haber un daño".(fs. 431). Añadió que el señor Andreasen no mostraba características que hicieran temer que la niña corriera a su lado un riesgo físico, psíquico o moral,

pero "que sí considero que puede haber daño psíquico y/o moral, si bruscamente se la desprende de su madre para entregársela a su padre". Finalmente, puntualizó que la niña "se encuentra adaptada al medio familiar del que participa actualmente", aunque "adaptación no es lo mismo que integración.

Y que al momento del examen, no se observa que Lía pueda integrarse sin realizar un tratamiento psicoterapéutico adecuado que permita lograr una sana dinámica a su crecimiento" (fs. 432).

19) Que en virtud del trámite que la cámara de apelaciones impuso a esta causa, y con motivo de implementar un régimen de visitas en favor del padre de la niña, se produjeron otros informes de carácter psicológico y ambiental. En fs. 618/619 la psicóloga de la Asesoría de Menores de cámara expresa que ninguno de los padres de la niña presenta una patología severa, señalando que en razón de las características de su madre, se confunden en Lía Alexandra los roles, percibiendo la niña que tiene que cuidar y proteger a su progenitora. Como consecuencia de las evaluaciones realizadas por una psicóloga y una asistente social, se eleva un "informe social" en el que se concluye que el padre de la niña "aparece como alguien más estructurado y con capacidad para contener a su hija y orientarla en su educación". Por ello piensan "como necesaria para la salud psíquica de la menor, la convivencia con su padre, que es quien sí permite y facilita el contacto con la madre y el respeto hacia su figura" (fs. 620/622).

20) Que, según se advierte de lo expuesto, y a pesar de la valoración que efectúa el asesor de menores de cámara de tales dictámenes (fs. 687/700), resulta claro que concurren en el sub lite los elementos previstos en la Convención de La Haya como impedimentos a la restitución de la menor. En efecto, el transcurso de un año y cuatro meses sin que se iniciara el procedimiento de restitución y, en total, de cuatro años de la vida de la niña que transcurrieron en la República Argentina, revelan que no existe el presupuesto que funda la aplicación del rápido trámite destinado a mantener el medio habitual de vida familiar y social del menor. En el caso, mal puede siquiera suponerse que Lía Alexandra habrá de reencontrar en España una situación concluida largo tiempo atrás, donde ya no existe el que había sido su hogar, por lo que se verá en un país para ella extraño, privada de la presencia de su madre y con la innovación introducida por su padre de una mujer a quien no conoce y de otros niños con quienes habría de convivir.

21) Que la distinción efectuada por la psicóloga designada por la jueza de primera instancia entre la "adaptación" de la niña y su "integración" al medio, reposa en causas de índole psicológica que impiden ese proceso, por lo que se indica repararlas con un tratamiento idóneo "que permita lograr una sana dinámica a su crecimiento" (fs. 432). Cabe añadir que la madre procuró ese tratamiento para la niña y que es evidente que, siendo una causa de origen psicológico la que dificulta la "integración", no es el abrupto traslado a otro ámbito geográfico, humano y social, el medio idóneo para superarla. Por lo demás, el propósito exhibido por el art. 12 de la Convención de La Haya es, manifiestamente, no perturbar el arraigo del menor, situación ampliamente configurada en el sub lite por la "adaptación" de la niña al medio en que se desarrolló su vida durante cuatro años, aunque la "integración" en el sentido técnico empleado por laperito no se hubiese logrado en plenitud.

22) Que, por otra parte, el dictamen de la psicóloga fue concluyente respecto del severo daño que puede sufrir la menor al verse abruptamente separada de su madre. Esa conclusión, fundada en un informe psicodiagnóstico realizado con seriedad, no ha sido desvirtuada por otros dictámenes obrantes en la causa, que no se han hecho debido cargo del significado de esa traumática experiencia para una niña de tan corta edad, ni de lo desaconsejable que sería para ella recuperar el vínculo con su padre, a costa de la pérdida del vínculo con su madre.

23) Que cabe añadir a lo expuesto, que los informes presentados ante el tribunal de alzada, reconocen un objetivo diferente del previsto en la Convención de La Haya.

En efecto, las evaluaciones realizadas -en un contexto tendiente a facilitar la recuperación del vínculo de la niña con su padre- se centraron en las características psicológicas de la madre de la menor -a la que, por otra parte, no se sometió a examen alguno que autorizara a pronunciarse en esos términos- para concluir en una opinión ajena al objeto de este litigio y propia de la acción de fondo relativa a la tenencia de la niña. Así, no se trata de dilucidar en el marco de la Convención de La Haya si conviene más a la menor vivir con su padre que con su madre, sino determinar si procede restituirla al lugar que había sido su residencia habitual, teniendo en cuenta la concurrencia de causas que pudieran impedir la adopción de tal decisión.

24) Que este Tribunal no puede dejar de subrayar las particularidades del trámite seguido en segunda instancia, promovido por el asesor de menores de la cámara y consentido por el tribunal, que demoró en más de un año el dictado de decisión en la causa. En el curso de ese procedimiento se adoptaron numerosas medidas de prueba, no sólo extrañas por su naturaleza y finalidad a la letra misma del tratado -que en sus artículos 16 y 17 separa claramente las decisiones que deben adoptarse dentro de su ámbito, de las que corresponden a la cuestión de fondo de los derechos de custodia- sino que con su celebración resultó afectada la regularidad del proceso. En efecto, esas medidas fueron dirigidas a establecer cuál era el progenitor más apto para cuidar de la niña -cuestión totalmente ajena a esta litis y que, obviamente requiere debate en su ámbito natural y ante los jueces competentes-, y además se realizaron sin control de la recurrente, cuyo pedido de que los exámenes fueran practicados por los médicos forenses -como hubiese correspondido- no fue siquiera atendido por el tribunal (ver fs. 635/637). Finalmente, cabe puntualizar que las conclusiones de esos informes producidos en segunda instancia son producto de afirmaciones meramente conjeturales y carentes de respaldo científico -ver, en este aspecto, lo expresado en fs. 618 vta. y 619 y la nítida diferencia que existe respecto del fundado dictamen emitido por la psicóloga designada en primera instancia, fs. 260/275-, todo lo cual descarta su aptitud para influir en una decisión que no tiene vinculación alguna con las circunstancias allí evaluadas.

25) Que tales consideraciones llevan a la conclusión de que, en el sub lite, el a quo ha mal interpretado la letra y el espíritu que anima a la Convención de La Haya, que ha consagrado, como valor talismático, el principio según el cual el niño es sujeto y no objeto de derechos y que sus intereses son de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Y que el procedimiento articulado para el retorno de un niño, es sólo un medio instrumental que debe ceder ante cualquier duda razonable de dañar la formación de su yo, perjudicar su evolución y desarrollo, sin advertir que su medio habitual de vida se ha modificado, con la formación de una nueva y

auténtica constelación parental, todo lo cual destruye y hace añicos la presunción de que "el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos", sin el examen y valoración de sus efectos de acuerdo con su edad, evolución, desarrollo e integración a sus nuevos ámbitos de vida.

26) Que el art. 3 de la "convención sobre los derechos del niño" dispone que en todas las medidas que tomen los tribunales y que conciernan a éstos se atenderá al "interés superior del niño". Tal mandato ha sido firmemente asumido por esta Corte al establecer que los menores -a más de la especial atención que requieren de quienes están obligados a su cuidado, de los jueces y de la sociedad toda- sólo pueden ser sujetos y nunca objetos de derechos de terceros (Fallos: 310:2214). En tal sentido, el pronunciamiento resistido exhibe falta de ponderación del factor tiempo en relación con la estabilidad psíquica y emotiva de la menor, pues no fueron medidas prudencialmente las consecuencias nocivas que la restitución podría acarrear a la niña cuando ha sido radicalmente modificada la situación anterior, es decir el pretense statu quo. No resulta discutible entonces que la restitución de la menor importaría "grave riesgo psíquico", conforme lo prevé la Convención de La Haya. En este sentido la oposición a la restitución no significa premiar al autor de una conducta indebida o reconocer el imperio de los hechos consumados.

El diseño del convenio no autoriza -ni en forma directa ni oblicua- a incriminar el comportamiento de los adultos ni a establecer sistema alguno de recompensas, de los cuales puedan ser prenda los menores, inocentes y siempre acreedores del quebranto en las relaciones de los mayores.

27) Que lo expuesto conduce a la desestimación del pedido unilateral de restitución formulado por el padre de la niña, sin perjuicio de lo cual cabe formular algunas consideraciones acerca de la invocada ilicitud del traslado. En tal sentido, el pedido de restitución fue acompañado por un certificado expedido por la jueza que, en España, tramitaba las acciones seguidas entre los cónyuges por divorcio y tenencia de Lía Alexandra (fs. 15). Según surge de autos, con fecha 23 de abril de 1991 se dictaron por ante ese juzgado extranjero diversas medidas provisionales, entre las cuales se hallaba la atribución de la guarda y custodia de la menor en favor de la madre, quien compartiría la patria potestad con el padre (ver fs. 22). Se fijó asimismo un régimen de visitas para el padre de la niña, que tuvo concreción en el acuerdo que en copia obra en fs. 24. En la misma audiencia se dispuso que "a efecto de que ambos progenitores no pretendan salir con la niña del territorio nacional. Se les requiere a los dos, para que entreguen los pasaportes".

28) Que, según surge de la petición que en autos se examina, la salida de la niña y de su madre del Reino de España se produjo bajo ese régimen legal, siendo que precisamente debido a la ausencia de ambas y a la incomparecencia de la madre frente a las citaciones del tribunal, se modificaron las medidas provisionales. Por decisión dictada el 3 de junio de 1992 (fs. 17/19) se asignó la guarda y custodia de la niña al padre y se mantuvo el régimen de patria potestad compartida.

29) Que, en las condiciones descriptas, no resulta clara la infracción que se atribuye a la madre de la menor, ya que el mencionado certificado de fs. 15 no aclara cuál es la vigencia temporal de "las medidas adoptadas en sentencia firme dictada en autos de Separación 31/91", pues

en la fecha en que se habría producido el traslado, la madre gozaba de la custodia de la niña. Sólo cabe inferir que el depósito de los pasaportes suponía que la niña no podía salir de España sin autorización judicial, lo que no resulta de autos y habría afectado, en definitiva, el derecho de visita del padre y no el de custodia, del que no gozaba entonces.

30) Que, desde esa perspectiva, no resulta acreditada la ilicitud del traslado conforme al régimen vigente en el país en que tenía la menor su residencia habitual. Ello, por cuanto la Convención de La Haya –como se dijo supra- califica como ilícito el traslado cuando se haya producido en infracción a un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente con arreglo a la legislación del Estado de la residencia habitual del menor -hipótesis que no se configura en el sub lite, ya que la custodia había sido diferida únicamente a la madre- y además exige que el derecho del afectado se hubiese ejercido en forma efectiva en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado, lo que tampoco aconteció en el caso (art. 3º, inc. a y b de la mencionada convención).

31) Que, en síntesis, no ha mediado requerimiento de entrega de la menor por parte de autoridad extranjera, sino que la actuación de ésta se limita a poner en conocimiento del gobierno argentino la denuncia del padre de la niña, para que en esta sede se resuelva la procedencia de la restitución al lugar de residencia habitual; que la petición fue realizada excedido el año desde que sucedieron los hechos que la motivan, que la menor ha residido durante cuatro años en la República Argentina de modo que se encuentra arraigada en su medio geográfico, familiar y social; que la separación de la niña de su madre le ocasionará graves trastornos psicológicos, lo que entraña grave riesgo para su salud y desenvolvimiento futuros; y que no ha sido acreditada la ilicitud del traslado conforme a la legislación española, todo lo cual excluye la procedencia de la petición intentada.

32) Que es por ello que la claridad de las normas de derecho internacional en que se encuadra el pedido de restitución sub examine determina que caiga la pretensión unilateral del padre de la menor, por carecer de los recaudos mínimos cuya concurrencia exige sine qua non la Convención de La Haya para la admisibilidad del pedido de restitución. La decisión consulta, asimismo, el interés de la menor en orden a la preservación de su equilibrio psíquico en las actuales circunstancias y la normalidad de su evolución futura, así como el proceso de integración al que durante cuatro años ha constituido su ambiente y universo parental, a la vez que la modificación de su situación anterior -a la que ya no podría ser restituida- por haber su padre constituido una familia nueva. Es deber de este Tribunal velar por el puntual cumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado argentino al suscribir dicha convención, a la vez que asegurar el cumplimiento de los tratados que, como la Convención de los Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional e imponen garantizar el bienestar de los menores de edad.

33) Que, en ese orden de ideas, no puede concebirse que el propio instrumento destinado a proteger al menor se vuelva contra él, ni tolerarse la indiferencia de los jueces frente a tal comprobación, particularmente cuando sus decisiones comprometen el destino de una niña de corta edad, como acontece en el sub lite. Se sigue, pues, atendiendo a las circunstancias comprobadas de la causa, a las normas establecidas en el convenio y a los principios que lo inspiran, que corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y, en uso de las facultades que confiere el art. 16 de la ley 48,

denegar la restitución de la niña Lía Alexandra Andreasen.

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia recurrida, y se rechaza el pedido de restitución de Lía Alexandra Andreasen.

Notifíquese y devuélvase. EDUARDO MOLINE O'CONNOR – CARLOS S. FAYT - GUILLERMO A. F. LOPEZ.

4) RECURSO DE HECHO DEDUCIDO POR EL DEFENSOR PÚBLICO DE MENORES EN REPRESENTACIÓN DE C. GAY, A. GAY, M. GAY, F. GAY, C. GAY Y J. H. PUEYRREDÓN, J. A. URIBURU, M. A. URIBURU Y D. ARIAS URIBURU EN LA CAUSA GAY, CAMILO Y OTROS C/ SHABAN, IMAD MAHMOUD MOHAMMAD Y OTRO ^[14].

Buenos Aires, 19 de agosto de 1999.

Vistos los autos: Recurso de hecho deducido por el defensor público de menores en representación de C. Gay, A. Gay, M. Gay, F. Gay, C. Gay y J. H. Pueyrredón, J. A. Uriburu, M. A. Uriburu y D. Arias Uriburu en la causa Gay, Camilo y otros c/ Shaban, Imad Mahmoud Mohammad y otro, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la sentencia de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de la juez de primera instancia en cuanto se inhibió de seguir entendiendo en las presentes actuaciones, decretó la incompetencia territorial del juzgado a su cargo y dispuso que los actores debían ocurrir ante la justicia de la República de Guatemala. Contra tal pronunciamiento el Defensor Público de Menores e Incapaces de cámara interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación motivó la queja en examen.

2º) Que, según surge de autos, el señor titular de la Asesoría de Menores e Incapaces n° 2 de la Capital Federal, en nombre de sus representados Camilo, Agustina, María, Florencia, Catalina Gay, José Honorio Pueyrredón, Juana, Magdalena y Damacia Arias Uriburu, interpuso demanda contra Imad Mahmoud Mohammad Shaban y contra Graciela Arias Uriburu, padres de los niños Abed El Karim, Zahira y Shariff Shaban Arias Uriburu -primos de los demandantes- a fin de que se establezca un régimen de comunicación y visitas entre parientes y se resguarde la identidad en sentido pleno de los niños cuyo vínculo se quiere mantener.

3º) Que, a los fines de una adecuada comprensión de la causa cabe señalar que -según invoca el presentante- Imad Mahmoud Mohammad Shaban y Graciela Arias Uriburu contrajeron matrimonio en la República de Guatemala, lugar en el que nacieron sus tres hijos. El 13 de noviembre de 1997 el señor S. se presentó ante la justicia de Guatemala y requirió el arraigo de su esposa y sus hijos a fin de evitar que su cónyuge los sacara del país. El 9 de diciembre del mismo año la justicia guatemalteca otorgó la tenencia de los tres hijos a la madre. Sin embargo, al día siguiente, el padre desapareció con los menores, sin que hasta la fecha se tenga certeza del lugar en que se encuentran, y resultaron infructuosos los esfuerzos para encontrarlos, pese a las acciones penales y civiles deducidas.

Posteriormente, el padre solicitó ante el Juzgado Canónico de Amman, Jordania, la tutela o tenencia de los hijos y formuló oposición para que salgan de ese reino. Con sustento en el concepto de "familia ampliada", definida en distintos ordenamientos nacionales e internacionales, el representante de los menores actores solicita que se salvaguarde el derecho de comunicación y visita entre primos, de modo tal que se preserve la identidad intercultural de los niños Shaban-Arias

Uriburu.

4º) Que para decidir como lo hizo, la cámara entendió que el derecho de comunicación y visita reclamado, lo era respecto de niños que habían sido sustraídos. Por tal razón consideró que cabía dar prioridad a las normas que mejor protejan el interés de éstos y, por lo tanto, correspondía atenerse al lugar de su residencia habitual -es decir, Guatemala-, de acuerdo con lo dispuesto por el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Sobre esa base sostuvo que resultaba improcedente tramitar el litigio ante los jueces del domicilio de los actores.

5º) Que si bien, como regla, los pronunciamientos que resuelven cuestiones de competencia no constituyen sentencia definitiva a los fines del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a dicho principio cuando la decisión impugnada importa -como en el caso- privar al apelante de la jurisdicción de los tribunales argentinos para hacer valer sus derechos y, por consiguiente, de obtener el eventual acceso a la instancia federal por agravios de naturaleza constitucional (Fallos: 310:1861).

6º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente procedente pues los agravios conducen a la interpretación y aplicación de normas de jurisdicción internacional y la decisión ha sido contraria a la pretensión que la apelante fundó en ellas (Fallos: 293:455; 321:48 y causa E.347.XXXII "Exportadora Buenos Aires Sociedad Anónima c/ Holiday Inn's Worldwide Inc.", sentencia del 20 de octubre de 1998).

7º) Que es preciso recordar que ante la existencia de cuestión federal, el Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 318:1269 y sus citas, entre muchos otros).

8º) Que, en primer término, cabe señalar que entre la República Argentina y la República de Guatemala, no existen tratados vigentes que regulen la jurisdicción internacional en controversias sobre régimen de visitas.

9º) Que, en tales condiciones, cabe acudir a las disposiciones de jurisdicción internacional específicas del derecho interno o, ante la ausencia de éstas, a normas de competencia territorial y a la jurisprudencia de esta Corte concerniente a la resolución de esas cuestiones de competencia.

10) Que el art. 227 del Código Civil (t.o. ley 23.515), establece que: "Las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado". Tal precepto se erige no sólo como regla de competencia territorial sino también de jurisdicción internacional. Puede considerarse como norma analógicamente aplicable al caso por conexidad material.

11) Que a la misma solución se llega por aplicación de la norma de competencia territorial interna aplicable por analogía. En este sentido, el art. 6 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que a falta de otras disposiciones, será competente: "...3º En la exclusión del cónyuge, tenencia de hijos, régimen de visitas, alimentos y litisexpensas, el del juicio

de divorcio o de nulidad de matrimonio, mientras durare la tramitación de estos últimos. Si aquéllos se hubiesen iniciado con anterioridad, pasarán a tramitar ante el juzgado donde quedare radicado el juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio. No existiendo juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio en trámite, y no probado dónde estuvo radicado el último domicilio conyugal se aplicarán las reglas comunes sobre competencia".

12) Que esta Corte ha establecido que cuando se reclama la tenencia de hijos y el régimen de visitas compete a los jueces otorgar el conocimiento del proceso en el marco del art. 227 del Código Civil (t.o. ley 23.515), a los magistrados con jurisdicción en el último domicilio conyugal o en el domicilio del demandado, de acuerdo con la solución que mejor convenga a la situación del menor (Fallos: 315:16).

13) Que a igual resultado se llega por aplicación analógica de las normas de jurisdicción internacional del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, que vincula a la Argentina, Paraguay y Uruguay y cuyo art. 59 establece: "Los juicios sobre nulidad de matrimonio, divorcio, disolución y, en general, sobre todas las cuestiones que afecten a las relaciones de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal. Si el juicio se promueve entre personas que se hallen en el caso previsto en el art. 9º, será competente el juez del último domicilio conyugal".

14) Que, en las circunstancias del caso, ha de asegurarse el mayor interés de protección de los menores que han sido aparentemente sustraídos de su residencia habitual. A tal fin cabe recordar que la más autorizada tendencia en la materia somete las relaciones entre padres e hijos a la jurisdicción de los jueces de la residencia habitual de los hijos (v.gr. ley italiana del 31 de mayo de 1995 n. 218 reforma del sistema italiano de derecho internacional privado art. 36 y F. Moscone, *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Parte Speciale, 1997 p. 76).

15) Que, en este contexto, puede recurrirse también por analogía -aun cuando no sean parte ni Jordania ni Guatemala-, a la Convención de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, aprobada por la ley 23.857, a los fines de determinar el lugar de la residencia habitual de los menores presumiblemente sustraídos.

16) Que, si tal convención fuese aplicable, y es razonable hacerlo con criterio analógico integrador en un caso de presumible secuestro, regiría su art. 3º, inc. a, en cuanto asigna particular relevancia a la residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado o retención.

17) Que, en el caso, como claramente se advierte, coinciden el lugar del último domicilio conyugal y el de la residencia de los menores en jurisdicción de Guatemala, pese a que han sido presumiblemente secuestrados y han sido trasladados a Jordania.

18) Que, aun así, los jueces de Guatemala, por aplicación analógica del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado por la Conferencia de la Haya de 1980, podrían considerar en su momento que los menores se han incorporado a un nuevo medio y, de este modo, han adquirido nueva residencia habitual por actos propios (art. 12, segundo párrafo).

19) Que, a mayor abundamiento, cabe agregar que admitir la jurisdicción del domicilio de los actores conduciría a aumentar los foros exorbitantes o abusivos en el caso, pues,

además del eventual foro de Amman, Jordania, se abriría el de Buenos Aires, agravándose la posibilidad de conflictos de jurisdicción en los cuales este último foro parece todo menos el más efectivo.

20) Que, en las particulares circunstancias del caso, los tribunales argentinos son incompetentes para entender en la acción deducida por los actores. Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia.

Notifíquese y remítase. JULIO S. NAZARENO – AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT.

[1] Boggiano, A. Derecho Internacional Privado. 4ta. edición actualizada. Buenos Aires : Ed. Abeledo-Perrot; 2000. Pág. 16

[2] Goldschmidt, W. Derecho Internacional Privado. 8va. edición. Buenos Aires : Ed. Depalma; 1992. Pág. 3.

[3] Goicoechea, I., Seoane de Chiodi, M. Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Ley 23.857). Buenos Aires : Ed. La Ley; 1995. Tomo 1995-D, Pág. 1412.

[4] Arcagni, J. La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Derecho internacional privado tuitivo. Buenos Aires : Ed. La Ley; 1995-D, Pág. 1024.

[5] Kamada, L. La restitución de menores en el derecho internacional. Posgrado de Derecho de Familia. Disponible en: <http://infanciajuvenitud.com/anterior/academic/academic11c.html>.

[6] Anales de Legislación Argentina, 1982-A, pág. 14.

[7] Anales de Legislación Argentina, 1990-C, pág. 2699.

[8] Anales de Legislación Argentina, 1990-C, pág. 2714.

[9] Anales de Legislación Argentina, 1999-D, pág. 4250.

[10] Anales de Legislación Argentina, 2000-D, pág. 4528.

[11] Fallos. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 318-2, pág. 1269.

[12] Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Disponible en http://www.scba.gov.ar/noticias/fallos/REStitucion_menores.doc

[13] Fallos. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 318-2, pág. 1676.

[14] Fallos. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 322-2, pág. 1754.