



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

Restitución Internacional de Menores

2012

Tutor: Dra. Andrea Strazziuso

Alumna: Graciela M. Patriarca

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: Agosto de 2012

Dedicatorias y Agradecimientos

Este trabajo lo dedico a mi mamá que siempre me alentó y a la memoria de mi papá que se hubiera sentido orgulloso de mi logro.

Agradezco a mi familia que me apoyaron siempre, a las Dras. Alejandra Pasquet, Stella Maris Sciretta y Verónica Castro por su buena disposición para ayudarme a solucionar los inconvenientes surgidos en el decurso de mi carrera.

Mi reconocimiento para mi tutora la Dra. Andrea Straziuso y el Dr. Marcelo Truco que con su don de gente y profesionalismo me guiaron en la realización de este trabajo.

Simplemente gracias a todos.

Resumen

El tema que nos ocupa en este trabajo en la actualidad va in crescendo, debido al fenómeno de la globalización, el auge de las comunicaciones y el aumento de familias multiculturales originadas por afluencia de inmigrantes provenientes de países, que en muchos casos no han firmado tratados referente al tema en cuestión o cuyo derecho está regido por normas religiosas,(tal es el caso de países islámicos), formando las mismas, parte del orden público interno y son consideradas como sustento en las cuales se basan para denegar la restitución del menor.

Creemos conveniente un encuadramiento del tema desde el Derecho Internacional Privado, describiremos someramente la responsabilidad del estado en ciertos casos de restitución, sin entrar a la esfera del Derecho Internacional Público. Dentro del Derecho Internacional Privado nos dedicaremos a los efectos civiles, no nos detendremos en el Tráfico Internacional de Menores, (aspectos penales), acogido también por tratados internacionales.

Pensaremos a la Sustracción Internacional de Menores y a la Restitución como dos caras de una misma moneda. Previamente conoceremos la cuestión de la sustracción, para dedicarnos posteriormente al fenómeno de la restitución. Tenderemos a pensar siempre a la sustracción cuando existe una violación a un derecho de guarda o custodia.

Pasaremos a continuación a realizar una sumaria descripción de los capítulos y los temas que se ilustran en los mismos. En el primer capítulo estudiaremos la Doctrina de la Protección Integral del menor, la Internacionalización del Derecho de familia, su relación con los derechos humanos. Desarrollaremos “El Interés Superior del Niño” principio consagrado dentro del Derecho De Familia y principio rector tanto en las Convenciones Internacionales referente al tema en cuestión como en las decisiones

judiciales cuando el Estado que se ve involucrado como parte, no ha firmado Convenciones Internacionales sobre la Sustracción Internacional de menores. Abordaremos su evolución, su relación con otros principios, su interpretación, como lo trata la jurisprudencia. Pasaremos a describir en forma breve varios institutos del Derecho Internacional Privado involucrados con el tema en cuestión, lo estudiaremos solamente en su relación con el tema de los aspectos civiles de la Sustracción, sin explayarnos en su desarrollo ya que sería imposible dedicarnos a su estudio en este trabajo. Consecuentemente haremos referencia a: Foro conveniente y no conveniente, denegación de justicia, su tratamiento en el Derecho Argentino, jurisprudencia relacionada, su trato en la Convenciones Internacionales, posteriormente nos enfocaremos en el Orden Público Internacional y las tendencias contemporáneas, su tratamiento por la jurisprudencia, luego pasaremos al exequátur y lo diferenciaremos del proceso de restitución, (su supresión en el ámbito europeo). Finalizaremos el capítulo con conclusiones.

Nuestro segundo capítulo estará dedicado a las Convenciones y Tratados Internacionales relacionados con la Sustracción -Restitución Internacional de Menores. Nos dedicaremos brevemente a la Responsabilidad del Estado y a los Deberes que debe asumir, conceptualizaremos Menor, término que ha sido reemplazado por niño, derecho de custodia y derecho de visita, todos términos calificados en las Convenciones. Con referencia a los tratados primeramente daremos un vistazo a groso modo de los existentes a nivel mundial, centrándonos con más detalle en las Convenciones y Tratados regionales. Dentro de este capítulo analizaremos también el fenómeno de la sustracción, causas, prevención, leyes, tratados, doctrina, jurisprudencia.

Analizaremos las ventajas y desventajas de los Tratados teniendo consideración en la Conferencia de La Haya de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, diferencias, ámbito de aplicación, características

comunes, procedimiento autónomo que regulan. Luego desarrollaremos los elementos tipificantes de la sustracción, excepciones al reintegro y por último la creación de Instituciones relacionadas con el tema, con la finalidad de mejorar la aplicación de estas convenciones. A modo de ejemplo mencionaremos la guía de buenas prácticas, formación de redes de jueces, la importancia del juez de enlace, la mediación, Comunicaciones Judiciales Internacionales Directas. Seminarios Judiciales y el Boletín de los Jueces, la base de datos Incadat, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescente. Analizaremos la temática de lo beneficioso de la aplicación de una Ley Modelo. Consideraremos de valor vital la Cooperación entre estados en el tema de la restitución del menor, aprenderemos su funcionamiento, su evolución y propuestas para su mejoramiento.

La Restitución Internacional de Menores se encuadrará en un marco convencional que es el que nos ocupará en los dos primeros capítulos, observaremos en el tercer capítulo de nuestro trabajo la problemática encontrada cuando los estados involucrados en la restitución del menor no han firmado tratados multilaterales, ni bilaterales que se ocupen del problema. Daremos trato a las relaciones bilaterales entre países de tradición Islámica y países occidentales. Tomaremos como ejemplo la “Convención entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Democrática Argelina relativa a los niños de parejas mixtas separadas franco-argelinas. Consideraremos al caso Gabriela Arias Uriburu. Nos ocuparemos de Japón y la problemática de normas del derecho de familia, la no ratificación de tratados y la situación que evidencia que muchas veces los menores quedan secuestrados por uno de sus padres, muchas veces con el apoyo del gobierno. Concluiremos con soluciones propuestas por Child Rights Information Network (CRIN); la Red de Información sobre los Derechos del Niño (CRIN) es una red global dedicada a difundir y compartir información, así como a actuar en defensa de los derechos del niño.

En el cuarto capítulo, estudiaremos el tratamiento del tema en la República Argentina, comenzaremos con los derechos del niño, basados en el Interés Superior del niño y en el marco de la Doctrina de la Protección Integral, haremos mención en forma austera a los Tratados Internacionales que se aplican en relación a la Sustracción Internacional de menores, ya que fueron objeto de estudio en el segundo capítulo, analizaremos el procedimiento de las autoridades centrales argentina, cuando actúan como autoridad requerida o requirente y sus funciones, nos referiremos al derecho de custodia para entender quien tiene el poder de decisión frente a un traslado al exterior. Abogamos por la existencia de un programa de prevención de la sustracción de menores y su restitución,

En el quinto capítulo nos referiremos a la jurisprudencia argentina, estudiaremos los fallos de los jueces en relación al tema en cuestión, analizaremos los precedentes de la Corte Suprema de Justicia en el caso Oswald.

Finalmente en nuestro último capítulo concluiremos con propuestas tratando de inyectar recomendaciones a un tema tan sensible para la familia y la sociedad misma.

Estado de la cuestión

Actualmente el tema se vivencia desde dos perspectivas, desde un marco convencional y uno extraconvencional. Pasaremos primeramente a ocuparnos del marco convencional, en donde encontramos a aquellos países que han ratificado o se han adherido a Tratados Internacionales en los cuales se ha jerarquizado el Interés Superior del Niño, como Principio rector al momento de decidir la procedencia de la restitución. El derecho del menor se ha internacionalizado y se aplica la Doctrina de la Protección Integral, considerándose al niño como sujeto pleno de derecho, considerándose a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como el marco regulatorio general. Así, se observa que las convenciones aprobadas en el seno de la Conferencia de La Haya y de la Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, señalan expresamente a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño como su marco general.

En la actualidad los derechos del niño se aplican en forma igualitaria; constituyen un conjunto de derechos y garantía, representando, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En definitiva, el interés del niño inspira a los legisladores y para el juez es un factor fundamental en sus decisiones. Está considerado este principio como un elemento de progreso y de unificación del Derecho Internacional Privado que fundamenta la interpretación de los convenios que protegerán al niño en sus relaciones privadas. En Argentina la Corte Suprema de Justicia ha invocado en sus fallos al interés superior del niño como paradigma que orienta nuestra legislación. El interés superior del niño faculta al juez, en el análisis del derecho aplicable y la jurisdicción competente, para hacer las adecuaciones que la complejidad de los casos con elementos de extranjería representa o plantea. Así, el juez puede dejar de aplicar el derecho declarado

competente, o declarar su jurisdicción o la falta de ella, tomando como base de su análisis el interés superior del niño.

Se evidencia en estos tiempos la trascendencia del principio de cooperación y de la confianza y el respeto por el sistema jurídico del otro Estado., hay una evaluación positiva en la experiencia adquirida en la aplicación de los tratados, señalando que en las resoluciones administrativas y las decisiones judiciales se encuentra una mayor comprensión de la naturaleza de estos procedimientos de cooperación.

La tendencia es transformar los instrumentos de cooperación procesal internacional en medios que contribuyan a la vigencia de los derechos fundamentales de los niños y lograr que la mayor cantidad de países ratifiquen y se adhieran a tratados internacionales o bilaterales. La posibilidad de realizar reservas y/o declaraciones interpretativas a los convenios hace que se debilite en algunos puntos la unificación del derecho.

Las redes de cooperación internacional están surgiendo como estructuras nacionales e internacionales con el preferente objetivo de lograr la mejora de la asistencia judicial internacional. También las redes de información contribuyen a dicha labor. De igual modo nos encontramos con los jueces de enlace, cuyo objetivo es facilitar la comunicación y cooperación entre jueces a nivel internacional y ayudar a asegurar el mecanismo de la restitución, llevando a cabo, su actuación a nivel interno e internacional. Asesoran a colegas, capacitan a magistrados, transmiten conclusiones de reuniones de expertos, colaboran estrechamente con la Autoridad Central, alientan a los jueces nacionales a participar en comunicaciones judiciales directas con jueces extranjeros, contribuyen con la base de datos INCADAT, obtienen información de novedades de la Conferencia de La Haya. Los jueces de enlace realizan tareas académicas, reseñan jurisprudencia y conforman una red nacional.

También las reuniones de los jueces (Seminarios Judiciales) de diferentes jurisdicciones mejoraran el entendimiento internacional, promueven la cooperación judicial y ayudan a difundir prácticas y precedentes útiles a través de las jurisdicciones. La Conferencia de La Haya creó la base de datos sobre la sustracción internacional de niños (Incadat), que permite acceder a decisiones destacadas sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores, así como también otras decisiones relevantes sobre sustracción internacional de niños. La base se actualiza en forma permanente y es utilizada constantemente por jueces, autoridades centrales, abogados, investigadores, y también cuenta con una sección relativa a la jurisprudencia de la Convención Interamericana. Puede accederse a la base en www.incadat.com.

Este prestigioso organismo cuenta también con el trabajo realizado por las Comisiones Especiales sobre el funcionamiento práctico del Convenio que brindan informes, conclusiones y recomendaciones a los mismos fines, y otras publicaciones periódicas, como "El boletín de los jueces sobre la protección internacional del niño", que permite a los magistrados transmitir y difundir sus experiencias. Todos estos documentos se encuentran disponibles en www.hcch.net.

Asimismo, en el ámbito americano resulta destacable la labor del Instituto Interamericano, puesto que es un organismo especializado de la Organización de Estados Americanos (OEA), que se ha encargado de promover el estudio de los temas relativos a la niñez, la adolescencia y la familia en las Américas, de generar instrumentos técnicos que ayuden a solucionar los problemas que los afectan y a prevenirlos. En este marco, se ha desarrollado el Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres.

En el año 2009 y dadas las dificultades que se presentan en la práctica al aplicar la Convención de La Haya y la CIDIP IV sobre restitución, ya que lamentablemente no

se respetan los plazos estipulados en las mismas (art. 11 y art. 12 in fine, respectivamente), tornando ilusorio el cumplimiento de sus objetivos, se encuentra proyectada una ley modelo sobre procedimiento de sustracción internacional de menores¹, que busca dar una solución a esta problemática, que se repite en muchos países, (tales como Brasil, Paraguay, España).

La razón de respetar los plazos tiene que ver con que la restitución internacional, se trata de una medida de naturaleza cautelar que devuelve al niño a su lugar de residencia habitual. Uno de los objetivos de la ley modelo es la inmediata restitución del niño a su país de residencia habitual para que sea el juez natural el que decida la cuestión de fondo sobre custodia o visitas.

En otros países también se está tratando de corregir el incumplimiento de los plazos previstos en los Convenios internacionales que venimos analizando. En Brasil se discute el ajuste procesal interno. En República Dominicana ya se aplica un procedimiento propio, según la Resolución 480/08. Ecuador intenta resolver cuestiones procesales. México tiene previsto redactar una norma federal que contemple un procedimiento acotado. Perú proyecta modificar el Código de la Niñez e incorporar un procedimiento especial.

Cuando nos adentramos en el marco extraconvencional de la problemática de la Restitución Internacional de Menores, nos encontramos con la situación que los menores sustraídos no tienen residencia habitual en un Estado del Convenio o son ilícitamente sustraídos hacia Estados fuera del ámbito del Convenio de La Haya o retenidos en ellos, la respuesta legal variará considerablemente según la jurisdicción que entienda en el caso. Se han concluido acuerdos regionales y bilaterales, que ofrecen

¹El convenio es la vía usual, pero quizás la más rígida, de ahí que haya surgido un nuevo método de reglamentación, la ley modelo, que simplemente trata de servir de ejemplo orientativo a los legisladores nacionales. No obstante, en los países cuyo derecho interno no permite la unificación nacional, las vías hacia la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado tendrán que ser distintos, y en buena medida corresponderá a los profesores y especialistas en esta disciplina el ir marcando las rutas para tales objetivos. Se observa de este modo un cambio en el modus operandi de la CIDIP el cual va de la utilización de técnicas de codificación rígidas, tal y como la denominamos, a técnicas de codificación "blandas".

recursos generales y, en ciertas circunstancias, muy específicos luego de la sustracción de un menor. En algunos Estados ha habido una evolución de una respuesta de common law altamente desarrollada a los casos de sustracción de menores fuera del ámbito del Convenio de La Haya.

Asimismo, se han celebrado reuniones de jueces y encargados de diseñar políticas públicas tanto a nivel regional como bilateral, que han redundado en declaraciones de buenas prácticas y memorandos de entendimiento con respecto al tratamiento de casos de sustracción de menores fuera del ámbito del Convenio de La Haya.

La Oficina Permanente continúa el trabajo que ha comenzado en relación al desarrollo de la cooperación entre los Estados Islámicos y otros Estados para resolver problemas de sustracción de menores y derecho de visita transfronterizo, incluyendo el análisis y revisión de varios convenios bilaterales y arreglos existentes, así como la exploración del potencial de un enfoque multilateral, incluyendo como uno de los instrumentos el uso de los Convenios de La Haya existentes.

Nos enfrentamos muchas veces a la imposibilidad de obtener la ratificación o la adhesión de los países de tradición islámica a las convenciones multilaterales relativas al derecho de custodia o a restituciones frente a desplazamientos o retenciones ilícitas. No obstante, los Estados occidentales con fuerte inmigración de personas de tradición musulmana han elaborado instrumentos bilaterales de cooperación que se limitan a objetivos muy concretos: por ejemplo, asegurar que el niño sea trasladado periódicamente a visitar a su “familia ampliada” en el país islámico y garantizar jurídica y diplomáticamente que el niño sea restituido al país de su residencia habitual al término de la visita.

La conciliación también suele ser intentada en los otros países cuando se les requiere la restitución de un niño. En estos casos, la Autoridad Central presta su

colaboración para la realización de llamadas en conferencia con las partes y sus abogados, en el intento de llegar a una solución amistosa, apelando a veces también a la intervención de sus Consulados en el extranjero, para arribar a un acuerdo extrajudicial

Marco Teórico

En esta materia es preciso distinguir dos ámbitos de actuación para enfocar el problema; el marco convencional y el extraconvencional.

1) Dentro de los estados que forman parte de los convenios de cooperación, existe una nueva corriente doctrinaria, jurisprudencial y legislativa que ha revalorizado la persona del menor como sujeto de derecho.

El instituto de la restitución internacional de menores es parte integrante del sistema de cooperación jurídica global. El entramado convencional interestatal se asienta en la abdicación de aplicar principios territorialistas frente al reconocimiento de la vigencia del orden público internacional, en pos de la instauración de una correlativa articulación legal supranacional a la que los Estados se sometan voluntariamente.²

2) Clásicamente se ha entendido que el derecho Internacional Privado “se caracteriza porque pretende realizar la tolerancia con lo ajeno, resolver casos con elementos extranjeros decisivos en virtud del derecho extranjero.”³

Cuando en la restitución del menor no se pueden aplicar convenios porque un estado no es parte y se involucran, más que meras diferencias jurídicas, diferencias culturales profundas, la sola posibilidad del ejercicio de la tolerancia se ve constreñida a partir de posiciones más o menos intransigentes, repercutiendo tales caracteres en el derecho Internacional Privado mismo, al menos desde su concepción clásica. Es que, cuando se presentan en juego cuestiones valorativas relativamente intransigentes, fruto de diferencias sociológicas pronunciadas, el abuso de la utilización del instituto del orden público puede generar el fracaso rotundo de las soluciones previstas en el derecho que la norma de conflicto considere aplicable.⁴

² Kamada Luis Ernesto “Restitución de menores” (En línea). Disponible en www.infanciayjuventud.com.

³ Goldschmidt Werner, “El S.O.S. del Derecho Internacional Privado Clásico” Editorial Belgrano ,Buenos Aires.1979

⁴ Bentolila José “Jornada el niño y el multiculturalismo”, 29 de septiembre de 2005.

Es que los estados siempre defendieron la posibilidad de inaplicar el derecho Internacional cuando éste conculca los más elementales principios del orden público interno y, claro está, ese orden público siempre estará definido por el estado en cuestión⁵ quien podrá repeler la internacionalidad bajo el reclamo de la soberanía. No negamos la necesidad de la existencia del orden público interno, pero una excesiva utilización de tal institución, sólo puede generar respuestas nacionalistas exacerbadas, que no configuran una adecuada tolerancia y respeto al elemento extranjero involucrado.

Cuando estamos ante países de destino que no son partes, toda la labor jurídica y procesal allí la hace la parte y de acuerdo a las normas procesales y de derecho interno foráneas.

No en todos los estados existe la posibilidad de exequátur, no en todos ellos rigen sistemas jurídicos con filosofías del derecho conciliables.⁶

Encontramos dos posiciones, mientras los países firmantes de tratados impulsan la creación de mecanismos apropiados de control del fenómeno para remediar con rapidez sus consecuencias, tratando de diluir la relevancia de las fronteras políticas⁷ los países no firmantes frenan aquellos ímpetus, recordando continuamente las singularidades derivadas de la identidad de cada país.

Nosotros adherimos al criterio que propone, propiciar la paulatina desaparición de la invocación al orden público interno como obstáculo a la aplicación de la norma internacional, en beneficio del reconocimiento al orden público supraestatal.

⁵ Goldschmidt, Werner, "Derecho Internacional Privado", Editorial Depalma -2ª ed. Buenos Aires .1974.

⁶ Caravajal Adolfo. Chamorro Alonso. Nuria "El Secuestro Interparental de menores en los Matrimonios Mixtos. Revista aequalitas. (En línea). Disponible en http://karenmariayjosemariaperez-guardia.blogspot.com.ar/2008/05/el-secuestro-interparental-de-menores_29.html Última consulta 17/07/2012.

⁷ Boggiano, Antonio, "Curso de Derecho Internacional", Editorial, Abeledo-Perrot –Buenos Aires -1993, págs. 419 y ss.; En esta publicación hace una amplia referencia al la situación actual en Argentina; el convenio sobre protección internacional de menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, suscrito en Montevideo el 31.07.1981, la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de fecha 25.10.1980, y la Convención de la CIDIP IV, de fecha 07.07.1989, que se inspira en la Convención de la Haya pero con ciertos particularismos regionales. en cuanto a la fuente interna, en nuestro país se sancionó a ley 22.546 que aprobó el convenio con la República Oriental del Uruguay. en lo atinente a la jurisprudencia, en la república argentina se ha decidido (juzgado en lo civil y comercial de la 5ta. nominación de Córdoba, 20.11.1980, cit. por Boggiano, op. cit., pág. 420), en precedente relacionado, que la tenencia de los hijos debe ser sometida a la jurisdicción y al derecho de la efectiva residencia del menor.

Así, el interés superior del niño debe ser la consideración primordial a tomar en cuenta en los casos del derecho internacional privado, incluso frente a las pocas y raras excepciones de los Estados que no han ratificado convenios.

Introducción

El tema que nos ocupa está ubicado en el Derecho Privado y Derecho Internacional.

El mismo fue de mi interés por la problemática presentada, por el aumento de casos que se dan en la actualidad, por la falta de normas uniformes que acojan el problema: dentro del marco convencional la cantidad de tratados y la libre interpretación que puedan tener los estados al aplicarlos; fuera del ámbito convencional la dificultad encontrada en la restitución. Es un tema sensible que afecta a muchas familias que sufren por el incumplimiento de plazos establecidos en los tratados para la restitución; generando el arraigo muchas veces del niño al nuevo medio de vida y la pérdida del contacto tanto físico como afectivo, del progenitor que ha sufrido la sustracción.

El problema de la temática de la restitución internacional de menores surge cuando los países no han firmado tratados referentes al tema de estudio y aquí nos hacemos el siguiente cuestionamiento: ¿Es factible la restitución en países que no han celebrado tratados?

La hipótesis que intentaremos demostrar es que ante la falta de regulación específica del tema, proponemos que los estados signatarios de tratados incorporen recomendaciones y propuestas para buscar una posible solución al tema de restitución de menores en países no signatarios.

Por consiguiente con lo referido ut-supra tendremos como objetivos en general realizar un análisis de las fortalezas y debilidades de los tratados internacionales sobre restitución internacional de menores. Comparar el comportamiento de los países que se rigen por normas convencionales, con aquellos que no están adheridos a este sistema. Fundamentar criterios a tener en cuenta para una futura reforma de los

instrumentos internacionales, para tratar de adherir a ellos a los países no signatarios de tratados.

Asimismo analizaremos los tratados internacionales referentes al tema y la posibilidad de aplicarlos por analogía, los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales a nivel nacional como así también en el derecho comparado.

Capítulo I

DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL. SU REPERCUSION EN INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CON ESPECIAL REFERENCIA AL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES)

SUMARIO:1.Introducción.2. Doctrina de la Protección Integral. El menor considerado un Sujeto de Derecho. 2.1. Internacionalización del Derecho de Menores. 2.2. El Multiculturalismo y los Derechos Humanos. 3. Interés Superior del Niño. 3.1. Concepto. 3.2. Principio Rector y su relación con otros principios. 3.3. La evolución en los Tratados Internacionales y su tratamiento en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños. 3.4. Interpretación.Principio orientador en ausencia de ley y Derecho Garantía frente a la Acción del Estado. 3.5. Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. 3.6. Cooperación Internacional. 3.7. Jurisprudencia argentina. 4. Foro conveniente y Foro no conveniente. 4.1. Justicia del caso concreto. 4.2. Aplicación del principio rector “Interés superior del niño” en la temática jurisdiccional. 4.3. Equilibrio entre el Foro no conveniente y la Denegación de justicia. 4.4. ElForo no conveniente en el Derecho Argentino. Casos jurisprudenciales. 5.Orden Público Internacional. Tendencias contemporáneas y Jurisprudencia Argentina. 6 Exequátur. Su distinción con el Proceso de Restitución y suSupresión en el ámbito europeo. 6.1. Procedimiento Autónomo. 7. Conclusiones.

1. Introducción

El Principio que inspira la normativa internacional que da protección a la infancia tiene como eje al denominado interés superior del niño. El mismo es interpretado según el país o la sociedad en que se despliega, según los valores morales insertado en la misma. Este Principio inspira los instrumentos internacionales firmados por los diferentes estados y, además, se recoge en sus constituciones nacionales.

Es por ello muy importante que los estados suscriban convenios internacionales que tiendan a uniformar la aplicación del Derecho y que, en definitiva, responsabilicen al Estado de una aplicación más rigurosa de las leyes, siempre en beneficio del niño.

Las soluciones que se examinan deban ir encaminadas a proteger este interés de forma prioritaria, consiguiendo que todas las leyes que de él se deriven guarden en su preámbulo este valor.

“La variedad de situaciones de la vida cotidiana hace que los fenómenos sociales escapen de la regulación jurídica, y sea el juez quien en último lugar decida, sobre la base de la equidad, cómo se ha de interpretar una determinada norma para que cumpla su cometido. La misión del juez es, la de llenar de contenido una indeterminación jurídica, que se deberá sopesar en el momento de la aplicación de la norma”.⁸

El juez debe valorar el caso concreto y, según los elementos presentes en el mismo, determinar cuál es el resultado que respetará el Principio fundamental que está en la base del caso que se le ha planteado.

Por consiguiente el interés del niño no sólo debe inspirar a los legisladores, sino que también es un factor fundamental para el juez en sus decisiones, siendo un elemento

⁸Cadri.La protección de los niños y el Derecho Internacional. (En Línea) Disponible desde <http://www.cadri.org/?p=670>. Última consulta 07/07/2012.

de progreso y de unificación del Derecho Internacional Privado que va a fundamentar la interpretación de los convenios que protegerán al niño en sus relaciones privadas.

2. Doctrina de la Protección Integral. El Menor un Sujeto de Derecho.

Comenzaremos nuestro trabajo aseverando que prácticamente en todos los países se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad. “Tal transformación se conoce como la sustitución de la doctrina de la situación irregular por la doctrina de la protección integral, que en otros términos significa pasar de una concepción de los menores como objetos de tutela y protección a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho”.⁹

El Derecho de menores actualmente tiene como pauta la protección integral de los derechos de los menores y su interés superior. Este derecho tiene un carácter tuitivo, finalista y de orden público, conduciendo en la práctica, en el caso de conflicto de leyes, a preferir la norma específica sobre menores y siempre la interpretación que mejor proteja el interés del niño.

“En América Latina esta evolución también se deja ver en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo”¹⁰

⁹Beloff, Mary, “No hay Menores de la Calle”, en: Revista. “No hay derecho”, Buenos Aires, núm. 6, Junio de 1992

¹⁰Cillero, Miguel, “Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile” en Pilotti, Francisco (ed.), Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile Instituto Interamericano del Niño, Montevideo.1994, págs. 75-138.

2.2. Internacionalización del Derecho de menores.

Al presente existe uniformidad en el orden jurídico internacional de un criterio proteccionista de los menores. Estamos viviendo la internacionalización del Derecho de Menores y de Familia.

El propio régimen internacional ha avanzado en la consagración de la doctrina de la protección integral y en la consideración de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en adelante (CDN) como su marco regulatorio general. Así, se observa que las convenciones aprobadas en el seno de la Conferencia de La Haya y de la Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP relativas a la temática de la infancia, señalan expresamente a la CDN como su marco general.

2.3. El multiculturalismo y los derechos humanos.

Los propios Estados a pesar de las diferentes culturas han sabido construir estándares jurídicos comunes a todas las personas en relación a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos¹¹, avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Como refiere Miguel Cillero Bruñol¹² cuando hace alusión al estudio que dirigió Alston en 1994 de los diversos contextos culturales, y en atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior.

¹¹ Peces-Barba, G., Derecho Positivo de los Derechos Humanos, Debate, Madrid, 1987, p 112-115.

¹² Cillero Bruñol Miguel. "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño. (En Línea) Disponible en http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf. Última consulta 07/07/2012

Pese a que los diversos estudios analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores culturales, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos.¹³

3-Interés Superior del Niño

3- 1.Concepto

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos. El concepto de interés superior del niño manifiesta, justamente, a esta protección integral del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art.27.1 de la CDN). Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectarse por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos.

3.2.Principio rector y su relación con otros principios.

En las Convenciones más recientes, el término "menor" es sustituido por el término niño, y cada vez es más frecuente la referencia directa a su interés superior como norte en la aplicación e interpretación de sus normas.

¹³Ameghino Bautista Carmen Zoraid. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y Funciones Normativas del Interés Superior del niño. (En Línea) Disponible en www.uss.edu.pe/Facultades/derecho/revjuridica/ssias2/pdf/AmeghinoBautistaCarmenZoraida.pdf. Última consulta 07/07/2012.

El principio del interés superior del niño debe interpretarse conjuntamente con otros principios que conforma la doctrina de la protección integral, especialmente el principio de la prioridad, es decir aquél que establece que las decisiones gubernamentales deben tener como prioridad a la infancia, entendida ésta como el conjunto de niños y adolescentes.¹⁴

3.3. Evolución en los Instrumentos Internacionales y su tratamiento en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).

A partir del breve análisis efectuado precedentemente, desplegamos que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño, alcanzando un importante grado de desarrollo, (corresponde entonces) que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX. En

14 Guerra Hernández. Víctor Hugo. El Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado y el Interés Superior del Niño en el caso de Elián González. (En Línea) Disponible en www.analitica.com/va/internacionales/internacionales/5331189.asp. Última consulta 07/07/2012

la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños encontramos normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistémicamente y en forma y armónica; esto es importante para interpretar, aquellos principios que la Convención ha recogido del derecho de menores, como es el caso del "Interés Superior del Niño". Estimamos que a medida que se ha ido garantizando la protección en general de los derechos humanos paralelamente se han ido perfeccionando los instrumentos de protección de los derechos de los niños

En su artículo 3 la CDN establece que el interés superior del niño será considerado primordialmente 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. Señalamos que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, porque los niños tienen derechos que deben ser respetados, por lo tanto deben adoptarse las medidas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella.

Sigue sosteniendo Miguel Cillero Bruñol “De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención. Consideramos que las interpretaciones deben ser acordes con los derechos reconocidos por la convención.

A pesar de las diferentes culturas y la materia abordada, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social”.¹⁵ Argentina ha ratificado la misma mediante ley.

3.4. Interpretación. Principio orientador en ausencia de ley. Derecho garantía frente a la acción del Estado

Aceptamos que la única forma de interpretación del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la CDN. Afirmamos que aplicando este principio la protección de los derechos del niño prevalece por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro beneficio colectivo. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño. Como señala Miguel Cillero Bruñol, algunos autores como Parker sugieren que el "Interés Superior del Niño" puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas

¹⁵ Cillero Brunol Miguel Op cit Pag 2

legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

En definitiva, el interés del niño no sólo debe inspirar a los legisladores, sino que también tendrá que ser un factor fundamental para el juez en sus decisiones, siendo un elemento de progreso y de unificación del Derecho Internacional Privado que va a fundamentar la interpretación de los convenios que protegerán al niño en sus relaciones privadas.¹⁶

Finalmente, debemos señalar que el interés superior del niño se ubica en el eje central de la materia infancia. Principio, que sí quisiéramos otorgarle carácter vinculante podría decirse que el mismo goza en la comunidad internacional de la autoridad que las normas del *ius cogens*, como el *pacta sunt servanda*, tienen en la actuación de los Estados y demás entes supraestatales.

Los derechos del niño se aplican en forma igualitaria; constituyen un conjunto de derechos y garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. Al reconocer jurídicamente el "interés superior del niño" como "principio" se permite resolver conflictos de derechos en los que están involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca los derechos de los niños y su protección integral.¹⁷ La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto.

16Cadri. La protección de los niños y el derecho internacional. (En Línea). Disponible en <http://www.cadri.org/?p=670>. Última consulta 07/07/2012.

17 Cillero Bruñol Miguel. Op cit, pag 8.

3.5. Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

La Conferencia de La Haya, tomando como base los Convenios Universales de Naciones Unidas, protege a los niños mediante diferentes instrumentos. Sólo a título de ejemplo, destacan, entre otros, el Convenio de 1961 sobre competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores; el Convenio de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores y el Convenio de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Todos ellos persiguen como fin común el interés superior del niño.

En relación a la conclusión sobre los aspectos civiles de la restitución internacional de menores, la Relatora de dicha Convención, Elisa Pérez Vera, ha sostenido que "(...) la parte dispositiva el Convenio de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores no contiene ninguna alusión explícita al interés del niño, en tanto el criterio del objetivo convencional tiende a asegurar el retorno inmediato de los niños desplazados o retenidos ilícitamente. Sin embargo, no cabría deducir de ese silencio que la Convención ignora el paradigma social que proclama la necesidad de tomar en consideración el interés de los niños para regular todos los problemas que les conciernen (...). Por el contrario, en el preámbulo se desprende la intención de los Estados signatarios de interpretar y aplicar la normativa de la Convención teniendo en cuenta el interés superior del niño. Más aun, la Convención de La Haya establece que la restitución del menor puede denegarse cuando atenta contra los principios fundamentales del Estado requerido, en materia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20)".

Como se verá en el análisis de la Convención Interamericana, tales principios están directamente relacionados con el principio del interés superior del niño.

El interés superior del niño se identifica con su pronta restitución al lugar de su residencia habitual, salvo que se verifique algunas de las excepciones previstas por los tratados –también sustentadas en el interés superior del niño–, que han de ser interpretadas con criterio restrictivo. Conforme al art.11 de la Convención de los Derechos del Niño: “1.Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”. Para este fin, los Estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos preexistentes”. En el marco interpretativo desarrollado previamente, puede afirmarse que si bien el Convenio de La Haya no menciona en la parte dispositiva la expresión “interés superior del niño”, en el Preámbulo del tratado los Estados firmantes declaran estar “profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”: justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, ‘deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos’¹⁸

En el párrafo 24 del Informe Explicativo, la Dra. Elisa Pérez -Vera afirma que: “Esos dos párrafos del preámbulo reflejan de forma bastante clara cuál ha sido la filosofía del Convenio al respecto, una filosofía que se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona”. Se cita seguidamente el primer principio de la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa,

¹⁸ Informe explicativo al Convenio de La Haya. Dra. Elisa Pérez – Vera – párrafos 23 a 26 sobre “La importancia dada al interés del menor”. (En Línea) Disponible en www.villaverde.com.ar/archivos/File/publicaciones/isn.doc. Última consulta 07/07/2012.

según el cual "los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios"¹⁹

Sólo la restitución en los plazos establecidos realiza los fines de las convenciones; por lo que sentencias judiciales jurídicamente sólidas, pero dictadas en procesos desmadrados del acotado ámbito de conocimiento atentan "contra el correcto funcionamiento de las convenciones de restitución, que es a nuestro entender la demora en los procedimientos judiciales", "dado que el niño ya se adaptó al medio al que fue trasladado, probablemente tiene completamente desdibujada la imagen del progenitor"²⁰ con el que no tiene contacto hace meses, y entonces nos encontramos con que la ejecución de la sentencia producirá al niño un mal mayor del que se lo pretendía proteger²¹

Consideramos que la pronta restitución configura el interés superior del niño en la materia, salvo que se verifique en el caso concreto alguna de las situaciones contempladas como excepciones (arts. 13 Convenio de La Haya y 11 de la Convención Interamericana) a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita²², que han de ser apreciadas en forma restrictiva.

¹⁹Villaverde María Silvia "El Interés Superior del Niño en la Sustracción de Niños, Niñas y Adolescentes. (En Línea). Disponible en www.villaverde.com.ar/archivos/File/publicaciones/isn.doc. Última consulta 07/07/2012.

²⁰Recordar el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que se condenó en 2002 a Rumania por haber violado el derecho al debido proceso y la prohibición de injerencia indebida en la vida familiar (art.8 CEDH), con motivo de un procedimiento de restitución de dos niñas, en el que las autoridades de Bucarest habían demorado tres años en ejecutar la sentencia de un juez de primera instancia que había admitido, en 1994, la solicitud de restitución de dos niñas de 10 y 13 años. El Tribunal estimó que la demora injustificada en la efectivización de la sentencia que ordenaba la restitución había constituido la causa o concausa de la destrucción de la relación entre la madre y las hijas. Caso Ignaccolo-Zenide C/ Rumania (En Línea). Disponible en www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=943...

²¹Goicochea, Ignacio, "Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores", en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, dirigida por Cecilia Grosman, sobre Familia y Derecho Internacional Privado, Marzo-Abril 2005, LexisNexis, págs..68-69.

²²La Dra. Elisa Pérez -Vera considera que: "En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son más que manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia". (párrafo 25) Informe explicativo al Convenio de La Haya. párrafos 23 a 26 sobre "La importancia dada al interés del menor".

3.6. Cooperación Internacional

Desde el momento en que se inicia el pedido de restitución internacional, se pone en marcha el mecanismo de la cooperación. Las autoridades competentes que entiendan en la cuestión, necesitarán inevitablemente de la cooperación del otro Estado. Dicha cooperación va a ser de carácter jurisdiccional o extrajurisdiccional a elección del actor. En los hechos, la cooperación sucede cuando la autoridad competente de un Estado como consecuencia de un procedimiento iniciado en su jurisdicción, se ve precisado a solicitar la colaboración de la autoridad de otro país a fin de que lleve a cabo determinados actos en la institución bajo estudio, la restitución del menor a su lugar de residencia habitual- que cumplimentados, integrarán inequívocamente el procedimiento que tuvo sus orígenes en extraño país. Dicha cooperación a elección del actor va a ser de carácter extrajurisdiccional, la que se lleva a cabo a través de agentes diplomáticos o consulares y la vía jurisdiccional, la que se presta a través de funcionarios judiciales, o por medio de organismos administrativos, como son las autoridades centrales designadas por los Estados.²³ En la cooperación institucionalizada, ha recogido un gran protagonismo, las autoridades centrales, las que constituyen organismos encargados de tramitar las solicitudes de cooperación jurídica internacional, haciendo más ágil el auxilio jurisdiccional y evitando interrupciones a lo largo del procedimiento.

En este punto se evidencia la trascendencia del principio de cooperación y de la confianza y el respeto por el sistema jurídico del otro Estado. Najurieta²⁴ ha evaluado positivamente la experiencia adquirida en la aplicación de los tratados, señalando que en

²³La República Argentina ha designado Autoridad Central de aplicación del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional -Dirección General de Asuntos Jurídicos- del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

²⁴Najurieta, María S., en "La restitución internacional de menores y el principio del 'interés superior del niño'. Un caso de aplicación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", JA, 2006-I, fasc.10, 8/3/2006, pág.33.

las resoluciones administrativas y las decisiones judiciales se verifica “una mayor comprensión de la naturaleza de estos procedimientos de cooperación y una riqueza en los matices con que estos instrumentos son aplicados por las autoridades competentes, que se esfuerzan por priorizar el derecho del niño a ‘tener relaciones personales y constantes con ambos padres’ [...] dejando atrás una actitud penalizadora hacia el progenitor que ha desplazado o retenido al niño en violación del derecho de custodia vigente en su centro de vida y perfeccionar mecanismos que generen confianza y favorezcan contactos personales a través de las fronteras”

En este sentido, el Dr. Boggiano sostiene que si no existe una coordinación y cooperación de las autoridades nacionales de los diversos países que deciden los casos multinacionales, el fraccionamiento será un límite al perfeccionamiento de una solución del caso. La decisión debe ser siempre la misma, cualquiera sea el país donde la sentencia se hubiese pronunciado. De este modo, se alcanza el principio de uniformidad de solución del caso, llamado también "principio de armonía internacional de soluciones", "de mínimo de conflictos", "de seguridad". Según el mencionado autor, sólo este principio puede prevenir efectivamente la iniquidad del forum shopping, que permite a las partes especular con la elección de una jurisdicción nacional para sacar ventajas con la elección unilateral del derecho aplicable²⁵

3.11. Jurisprudencia Argentina

En Argentina la Corte Suprema de Justicia ha invocado en sus fallos al interés superior del niño como paradigma que orienta nuestra legislación.

Nos referiremos al caso Wilner, E. c/Osswald, M. G. por ser el fallo rector, cuya doctrina siguió luego la jurisprudencia.

²⁵ Boggiano, Antonio, "Derecho internacional privado en la estructura jurídica del mundo", 5ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, 2008, p. 29

“En este caso, entendemos que debe atenderse al "interés superior del niño", ya que constituye el paradigma que orienta nuestra legislación en materia de menores (art. 75 inc. 22 de la C.N.). "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 [...] La jerarquización de intereses -con preeminencia del interés superior del niño- [...] 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 art. 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 [...] 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 [...] 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" (C.S.J.N., W. 12. XXXI.4, in re, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa 'Wilner, E. c/Osswald, M. G.'").²⁶

²⁶Wilner, E. c/Osswald, M. G. C.S.J.N., W. 12. XXXI.4, in re, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa 'Wilner, E. c/Osswald, M. G. Buenos Aires, 14 de junio de 1995.

4. Foro conveniente y Foro no conveniente

4.1. Justicia del caso concreto

En el “foro no conveniente” se parte de la base de que un tribunal tiene competencia internacional, pero declina su jurisdicción porque considera inconveniente e inapropiado conocer del asunto. El tribunal se declara incompetente y a la par declara que otro tribunal extranjero es el foro más apropiado o conveniente. Se suspende el procedimiento por un plazo determinado, a la espera de que el juez extranjero acepte conocer del caso o hasta que el demandante acredite que dicho fuero no le garantiza un adecuado servicio de justicia.²⁷ Es necesario que el tribunal esté seguro que otro tribunal es competente y que aceptará entender en el caso, porque se corre el riesgo de una denegación de justicia. Y el riesgo es grande porque ningún juez puede imponer a otro juez de otro Estado, su jurisdicción, porque como funcionario público obedece (solamente) a sus propias leyes estatales que determinan su competencia judicial internacional directa.

En materia de derecho internacional privado, tradicionalmente, el método conflictual ha dictado la pauta para determinar el derecho aplicable, y por lo general, también ha utilizado criterios determinados expresamente para establecer la jurisdicción competente. Observamos, sin embargo, que en materia de infancia y dada la doctrina de la protección integral, tales situaciones estrictamente formales cambian o, al menos merecen una interpretación diferente. En otras palabras, no basta la aproximación formal de los problemas, la solución de éstos debe estar aparejada de la justicia del caso concreto, de la materialización del interés superior del niño y del adolescente.²⁸

27 Villaverde M.S Doctrina Del Forum non conveniens (En Línea) Disponible en www.villaverde.com.ar/doctrina-forum-non-conveniens.doc. Última consulta 07/07/2012.

28 Guerra Hernández. Víctor Hugo. “El sistema venezolano de Derecho Internacional Privado y el interés superior del niño en el caso de Elián González”. En Línea) Disponible en <http://www.analitica.com/va/internacionales/internacionales/5331189.asp> . Última consulta 07/07/2012.

De esta manera, la admisión de soluciones materiales, aparejada con el criterio de la justicia material o, como se ha dicho, solución del caso concreto, aproxima al operador jurídico, particularmente al juez, a una solución que satisfaga las justas expectativas de las partes tanto en lo relativo al derecho sustantivo, aplicable al caso concreto como, a la jurisdicción que deberá conocer y decidir del caso. En este último sentido, doctrinas como la del foro conveniente o no (*forum non conveniens* y *forum conveniens*), permiten analizar el funcionamiento el aparato jurisdiccional no sólo a partir de criterios objetivos y subjetivos predeterminados, sino también sí en el caso concreto el interés superior del niño o adolescente justifica el conocimiento y decisión del conflicto por parte de tales autoridades.²⁹

4.2. Aplicación del Principio Rector “Interés Superior del Niño” en la temática jurisdiccional.

El interés superior del niño faculta al juez, en el análisis del derecho aplicable y la jurisdicción competente, para hacer las adecuaciones que la complejidad de los casos con elementos de extranjería presentan. Así, el juez puede dejar de aplicar el derecho declarado competente, o declarar su jurisdicción o la falta de ella, tomando como base de su análisis el interés superior del niño. Este interés, como uno de los principios rectores del moderno paradigma en materia de infancia, la protección integral, es la herramienta que tienen nuestras autoridades para calibrar los criterios formales del método conflictual y las exigencias estrictas de los criterios atributivos de la jurisdicción, para producir resultados realmente justos.

“El juez puede declarar su jurisdicción para conocer y decidir de un caso, si el interés superior del niño así lo exige (*doctrina del forum conveniens*). Puede también el

²⁹Anzoategui. (En Línea) Disponible en <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2010/julio/1038-21-BP02-R-2010-000410-2007.html>

juez, desechar la aplicación de un determinado derecho o considerar la aplicación de cualquier otro, si el interés superior del niño así lo requiere. Y finalmente, puede reconocerle o no una eficacia extraterritorial a actos extranjeros cuando este interés superior del niño así lo imponga. Así, el interés superior del niño debe ser la consideración primordial a tomar en cuenta en los casos del derecho internacional privado, incluso frente a las pocas y raras excepciones de los Estados que no han ratificado la CDN.”³⁰

Mencionamos al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996³¹ Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, El Reconocimiento, y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, en materia de la jurisdicción si bien ésta se establece sobre la base del criterio de la residencia habitual del niño (art. 5), la Convención también consagra la doctrina del *forum non conveniens* y del *forum conveniens* (arts. 8 y 9). Estas últimas disposiciones permiten al juez alterar la regla general de jurisdicción, cuando así lo aconseje el interés superior del niño³²

4.3. Equilibrio entre el foro no conveniente y la denegación de justicia.

La doctrina del “foro no conveniente” se debe balancear con la doctrina que veda la “denegación de justicia”, porque modernamente, la doctrina recoge como un supuesto de “denegación de justicia” la declinación de la competencia por parte del foro.³³ En el ámbito convencional, la Convención de La Haya sobre competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento, Ejecución y Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de los Niños del 19 de octubre de 1996, permite al

³⁰ Guerra Hernandez. Victor. H. El sistema venezolano de Derecho Internacional Privado y el interés superior del niño en el caso Elián González. (En línea). Disponible desde www.analitica.com/va/internacionales/5331189.asp- Última consulta 07/07/2012.

³¹ Argentina no es parte de este convenio

³² Ubaldino Calvento Solari: Nota Explicativa al Convenio sobre Protección de Niños. Instituto Interamericano del Niño. Organismo Especializado de la OEA, 1996, PP. 5.

³³ . Ciuro Caldani, Una nueva concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado, en ED tomo 48-p. 5 a 23.

juez, que, aun cuando tuviere competencia, la decline a favor de otro Estado que estuviese en condiciones de apreciar el caso en mejor interés del niño (art.8).

En síntesis: la doctrina del “foro no conveniente” puede llegar a constituir un caso de “denegación de justicia”, y por tal motivo no resulta aconsejable su aceptación como principio general, debiendo ser constreñida a aquellos supuestos en que un foro extranjero se halla estrechamente conectado con los hechos de la causa, con conexiones muy fuertes, que la vinculación con el foro que declina su competencia sea muy débil comparado con los otros enlaces de jurisdicción y que el demandado no sufra un perjuicio inaceptable, incluyendo como tal la “sorpresa” de ser llevado ante un foro distinto al previsible. Además, y tal como resolviera el TJCE³⁴ en el caso “OWUSU”³⁵, no puede ser invocado ni aplicado por los jueces, cuando la competencia está contemplada en un tratado internacional o en un reglamento comunitario.

4.4.El “foro no conveniente” en el derecho argentino. Casos jurisprudenciales.

En el Derecho Argentino, no existe ninguna norma legal que consagre esta doctrina, si bien en algunos fallos se ha hecho aplicación de ella, cotejándola con la doctrina de la denegación de justicia.

También algunos autores opinan que los jueces pueden aplicar el “foro no conveniente”.

Boggiano dice que “... razones de justicia procesal son dominantes, el foro es apropiado o no para decidir un caso siempre que en él sea posible hacer justicia

³⁴Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

³⁵El TJCE declaró en su Opinión Consultiva que “El Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil... se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado contratante decline la competencia que le confiere el artículo 2 de dicho Convenio por considerar que un órgano jurisdiccional de un Estado no contratante constituye un foro más adecuado para conocer del litigio de que se trate, aun cuando la cuestión de la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante no se plantee o el litigio no tenga ningún punto de conexión con otro Estado contratante”.

razonablemente a todas las partes. La relación con los hechos controvertidos puede ser muy importante para la actividad probatoria. Los contactos procesales y sustanciales con el foro son decisivos de la jurisdicción internacional. El valor en juego es el debido proceso que ha de resguardarse en el caso multinacional ...una interpretación restrictiva por razones de conveniencia puede conducir a considerar que el foro carece de Jurisdicción internacional.”³⁶A su vez, Ciuro Caldani, sostiene que “... por razones de justicia puede aplicarse la doctrina del “foro no conveniente” ya que el funcionamiento de la norma jurisdiccional exige el rechazo de la denegación de justicia y de la intervención de un foro no conveniente porque son, sobre todo, maneras de plantear carencias dikelógicas que al menos tienen referencia “natural” aunque pueden poseer consagración positiva. El valor justicia exige que no se deniegue justicia y que no intervenga un foro no conveniente³⁷ Solamente se podrá acudir a esta doctrina en casos realmente excepcionales, porque en principio “declinar la jurisdicción” en contra de la ley que declara competente al juez del Estado, implica una “denegación de justicia. La Corte Suprema invocando su deber de asegurar el adecuado servicio de justicia, pudiera decidir en algún caso concreto, que los jueces nacionales no deban conocer del mismo, remitiendo su conocimiento a un tribunal extranjero, aunque reiteramos lo dicho antes, en cuanto al altísimo riesgo de que pudiera derivar en un conflicto negativo de jurisdicciones, esto es, en denegación de justicia internacional, lo que está vedado desde los tiempos de Grocio, y sería fuente de responsabilidad contra el Estado del juez por tal motivo (si el tribunal extranjero no admite su competencia y el particular se queda “sin juez”)³⁸

36 Boggiano, Antonio. Derecho Internacional Privado, T I- p. 232.

37 Ciuro Caldani, Una nueva concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado, en ED tomo 48-p. 5 a

³⁸Hooft Eduardo R. voces jurisdicción internacional el fórum nos conveniens 19-10-2006 cita MJD3015 (En línea) Disponible en <http://www.docstoc.com/docs/40579441/Doctrina-sobre-el-principio-del-forum-non-conveniens> Última consulta 07/07/2012.

En el Caso “MULLER” sobre Restitución de menores, la justicia alemana se había declarado incompetente para decidir sobre la tenencia de una niña menor de edad, porque la madre de la menor había trasladado legítimamente su residencia habitual desde Alemania para la Argentina (San Isidro). Y como quien ejerce la tenencia es quien fija la residencia, Argentina pasó a ser la residencia habitual de la menor, fijando así la jurisdicción internacional a favor de los jueces argentinos, por aplicación de la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores (ratificada por nuestro país y por Alemania). La Cámara de Berlín consideró que la justicia argentina tenía mayor conexidad con el caso, declinando su competencia internacional.

Frente a esta situación, la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, revocando el fallo del a quo, que había ordenado la restitución, decidió que debían conocer nuestros jueces, porque de lo contrario se corría el riesgo de denegación de justicia incompetencia alemana y argentina.

Este no fue el fundamento principal para la declaración de competencia de la justicia de San Isidro, sino que fue coadyuvante con el de la “residencia habitual de la menor”³⁹

Otro caso relevante que consideramos importantísimo que por primera vez, la República de China hizo lugar a un fallo judicial de la jueza María Cecilia Zavattieri de Olascoaga, del Tercer Juzgado de Familia, de Mendoza, Argentina. La decisión judicial decidió que un menor argentino que estuvo tres años en China regresara al país con un pasaporte provisorio.⁴⁰ La estadía ilegal del menor de 5 años que había ido de paseo un mes en enero del 2003, obedeció a que su padre, de origen chino pero nacionalizado argentino, tuvo un conflicto con su pareja y madre del menor. A raíz de eso retuvo el pasaporte del chico, impidiendo que saliera del país. Es un paso muy trascendente, China

³⁹ Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala 1ra., 31/8/2000, publicado en LexisNexis el 3 de octubre de 2001, comentado por Eduardo Hoof, “Restitución internacional de menores, p. 36.

⁴⁰ Vargas Cintia Diario Uno Digital. Mendoza, Miércoles 14 de Febrero de 2007.

no ha firmado tratados de cooperación internacional. Los tribunales chinos en primera y segunda instancias se declararon incompetentes, ya que adujeron que se trataba de una "contienda entre extranjeros", debido que el padre del menor se había nacionalizado argentino, perdiendo todos los derechos de su país de origen. El expediente se inició en el Tercer Juzgado de Familia de Mendoza, porque la mamá y el niño tenían su último domicilio legal en esa provincia. Los fundamentos de la jueza María Cecilia Zavattieri de Olascoaga, titular del Tercer Juzgado de Familia de Mendoza, se basan en un dictamen del abogado Roberto Stocco, titular del Departamento de Cooperación Internacional (DECI), dependiente de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. A fin de evitar una denegación de Justicia se trabajó con el concepto de "foro de necesidad", del derecho internacional privado. Este foro establece darle la competencia a un tribunal cuando originariamente no la tiene, siempre que existan ciertos presupuestos de conexidad con el país donde se aplique este principio, a fin de que no se caiga en una verdadera denegación de justicia, explicó la magistrada. Fabiana Quaini, abogada del caso, sostuvo que en esta cuestión se demarcan los presupuestos, ya que el primer punto tiene que ver con que haya imposibilidad de iniciar una acción en el extranjero, esto se cumple porque la Justicia china se declaró incompetente. El segundo presupuesto tiene que ver con que la causa tenga algún tipo de relación con el país donde se juzgará. En este caso lo tiene, ya que dos protagonistas son argentinos y el tercero, si bien es de origen chino, se nacionalizó en nuestro país. Y el tercer presupuesto tiene que ver con garantizar el ejercicio de defensa.⁴¹.

⁴¹Quaini Marcela Fabiana. Algunos casos de restitución de menores llevados por nuestro estudio. País requirente Argentina. País requerido China (En línea) Disponible en <http://www.estudioquaini.com.ar/casosrestitucion.htm>. Última consulta 07/07/2012.

5. Orden Público Internacional. Tendencias Contemporáneas. **Jurisprudencia Argentina.**

Podemos afirmar que en esta temática, continúa la tendencia a reducir la intervención del orden público internacional como excepción a la aplicación del derecho extranjero. No solamente la incompatibilidad de la legislación extranjera debe ser manifiesta, sino que se ha desarrollado una tendencia notable en la doctrina iusprivatista internacional actual en virtud de la cual se gradúa la reacción del orden público internacional según la conexión del caso con el foro.

Esta noción atenuada del orden público, aparece hoy en ámbitos diversos, fundamentalmente, en materias de derecho de familia y de derechos fundamentales. Esta tendencia pone en duda la afirmación tradicional, en el sentido de que el orden público internacional está constituido por principios de derecho privado de índole nacional. Pues bien, debemos enriquecer la noción con los derechos fundamentales del hombre, que afectan el funcionamiento tanto del conflicto de leyes como del conflicto de jurisdicciones, especialmente el reconocimiento de sentencias extranjeras, y da un matiz de “supranacionalidad” a una noción que originariamente fue concebida como patrimonio de un Estado concreto con el foro.⁴²

Destacamos que la tendencia actual en cuanto al tema que nos concierne es la reducción del concepto de orden público internacional, la graduación de la reacción según los lazos del caso con el foro y el enriquecimiento con un núcleo de validez universal que entronca con los derechos fundamentales del hombre, son características atinentes a un orden público internacional que integra como parte esencial un ordenamiento jurídico estatal concreto.

⁴²De Rosas Pablo Enrique: Ponencia Orden Público Internacional. Tendencias con temporáneas Orden Público en el ordenamiento del Mercosur (En línea) Disponible en <http://www.amedip.org/pdf/DeRosasPabloEnrique.PDF>. Última consulta 07/07/2012.

Por otra parte, creemos junto con la profesora argentina Adriana Dreyzin de Klor que asistimos al nacimiento de un incipiente orden público que expresa los valores originarios del proceso de integración⁴³ genera la concepción de un bien común regional, que sustenta la noción de un orden público autónomo.

El Derecho de familia constituye el ámbito por excelencia de la intervención del orden público, en razón de que las normas que regulan las instituciones reposan sobre concepciones a la vez sociales, morales y religiosas, sensibles frente a las leyes de países que pertenecen a civilizaciones diferentes.

Los trabajos de preparación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, sensibilizaron a los Estados, aún antes de su vigencia internacional, sobre los sacrificios que se justificaban en interés del niño. Esta orientación, plasmada en el art. 3, párrafo primero, de la Convención obligó a una reformulación del contenido del orden público internacional

Cuando la finalidad de un tratado es lograr un objetivo tuitivo concreto a favor del menor, en temas cuya solución sólo puede alcanzarse mediante una actuación concertada y solidaria de los Estados, la excepción del orden público internacional, que habilita a cada Estado parte a liberarse de su obligación convencional, se limita a su contenido mínimo tolerable, que es evitar la ofensa a los derechos humanos fundamentales del niño⁴⁴

En el marco de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se insertó una fórmula de compromiso entre dos corrientes opuestas: la de aquellos que deseaban incorporar una cláusula de orden público internacional de tipo clásica, y la de quienes entendían que si cada país podía liberarse de sus obligaciones invocando motivos jurídicos propios de su derecho interno, se derrumbaría todo el edificio de la Convención. El artículo 20 quedó

⁴³Dreyzin de Klor Adriana, El Mercosur, Ed. Zavalia, 1997, cap. 8, El orden público del Mercosur, pag. 323 y ss.

⁴⁴ Convención de los Derechos del niño Naciones Unidas 1980. Art 3 parr. 1 "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas

redactado así: “La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá negarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”⁴⁵.

En el ámbito americano también se discutió la opción entre la fórmula tradicional del orden público internacional o una fórmula más limitada, en ocasión de la IV Conferencia Interamericana (CIDIP IV) reunida en Montevideo en 1989. Creemos que la intención fue reducir el concepto, superar los límites de la legislación nacional e instituir un “orden público mejorado”, constituido por principios aceptados en la comunidad internacional 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.⁴⁶

Los tribunales argentinos hicieron aplicación de este concepto “reducido” del orden público internacional en el año 1995. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 14 de junio de 1995 dispuso, en el célebre caso “Oswald”, por mayoría, el retorno al Canadá de una niña de cinco años, retenida en Argentina por su madre en ocasión de una visita a Buenos Aires para pasar las fiestas de fin de año con los abuelos. El marco jurídico estaba dado por la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Dijo la Corte argentina: “...la resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida u eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones

45 Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (En línea). Disponible en http://www.iin.oea.org/sim/pdf/LOS_CONVENIOS_DE_LA_HAYA_SOBRE_LOS_NI%C3%91OS_s_%20mem.pdf

46 Gonzalo Aguilar Cavallo. El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (En línea). Disponible desde http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf. Última consulta 07/07/2012.

ilícitas en atropello de los derechos del niño...”⁴⁷. La tendencia del Caso Oswald, se mantuvo en ulteriores fallos del máximo tribunal.

6. Exequátur. Distinción con el Proceso de Restitución. Supresión del exequátur en el ámbito europeo.

Por último haremos referencia brevemente a la distinción entre el exequátur, procedimiento aplicable a la ejecución de sentencias extranjeras y el proceso de restitución mediante el sistema de autoridades centrales previsto en las convenciones sobre la temática. (CIDIP IV Y CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES).

Como está estipulado en las convenciones mencionadas anteriormente, la solicitud de retorno o restitución de un menor no necesita ser formulada por una autoridad judicial, pues basta la intervención de la autoridad central del país requirente para lograr una solución de urgencia con miras a evitar la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas. Es un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las llamadas `autoridades centrales' de los Estados contratantes, y que se circunscribe a restablecer la situación anterior jurídicamente protegida, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.

El concepto de favorecer la circulación de decisiones mediante la técnica de aligerar las condiciones exigidas tradicionalmente por los sistemas nacionales a fin de ejecutar decisiones extranjeras en la jurisdicción del juez requerido, aparece en el Convenio europeo de Luxemburgo relativo al Reconocimiento y Ejecución de

⁴⁷Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995, “W., E.M. c/O., M.G: s/Exhorto”, publicado en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1995-III-430 y ss.

resoluciones en materia de custodia de menores del 20 de mayo de 1980⁴⁸ También avanza en este sentido la Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996⁴⁹ relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de la infancia.⁵⁰ Según el art. 23, las medidas ordenadas por las autoridades de un Estado contratante se reconocen de pleno derecho en los otros Estados contratantes.

Sin embargo, si comportan actos de ejecución, deben ser declaradas ejecutorias en el Estado donde deben tener efecto, a pedido de parte interesada y por el procedimiento que conozca el derecho de este último Estado (art. 26). La concesión del exequátur no puede ser negada sino por los motivos que se especifican en el segundo párrafo del art. 23, y que son: autoridad de origen incompetente, falta de audiencia del niño o del adulto afectado, contrariedad al orden público del Estado requerido, todo ello tomando en consideración el superior interés del niño.

En el Reglamento CE n° 2201/03 del Consejo de Europa se mantiene el principio del reconocimiento de una resolución extranjera de pleno derecho en otro Estado, sin necesidad de procedimiento alguno (art. 21.1). Para la ejecución, se implementa una “solicitud de declaración de ejecutoriedad”, que se resuelve por el órgano jurisdiccional del Estado donde procede la ejecución (arts. 28.1 y 31). Este juez verifica de oficio la regularidad de la decisión tomada en otro Estado miembro, centrandolo en el carácter ejecutorio que debe tener en el Estado de origen, en la apropiada notificación en ese Estado, en la debida audición del niño, salvo situación de urgencia. En el Estado de la ejecución el procedimiento avanza con carácter unilateral en una primera etapa.

⁴⁸ Convenio vigente entre 32 Estados. El nuevo reglamento dictado por el Consejo de Europa, en ejercicio de las competencias otorgadas por el Tratado de Amsterdam en materia de cooperación judicial civil –conocido como Reglamento CE 2201/03– establece su preeminencia frente al Convenio de Luxemburgo. Puede verse el estudio de Mariana Herz, “Medidas preventivas y reparadoras de la sustracción interparental de menores en espacios integrados”, diario *El Derecho* del 12 de abril de 2006.

⁴⁹ Argentina no ratificó esta Convención, si lo hizo Uruguay en el año 2010.

⁵⁰ Convención en vigor desde el 1/1/2002.

Declarada la ejecución y notificada, la resolución puede ser apelada por cualquiera de las partes (art. 33.1)⁵¹.

6.2. Procedimiento autónomo

La gran originalidad del procedimiento de cooperación instaurado por la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980, fue haber concebido un proceso autónomo, independiente del contencioso sustancial sobre la custodia del niño y del trámite tradicional del reconocimiento de decisión extranjera en el foro⁵² que resultó inspirador de otros tratados posteriores como el Convenio argentino-uruguayo sobre Protección Internacional de Menores. No es requisito que la persona legitimada para requerir la restitución del menor cuente con una sentencia a su favor.

En Fallo de la SCBA, "C., C. v. L., M.E.", 2/9/2009, Causa C. 107.623, "C., C. v. L., M.E.Exequatur": En este caso un niño había sido desplazado en forma ilegal por su madre desde su residencia habitual en la ciudad de Barcelona, España (lugar donde el niño tenía su centro de vida), a la Provincia de Buenos Aires, República Argentina. El padre requirió la restitución de su hijo de nueve años a su residencia habitual en España, con fundamento en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (ley 23.857).

⁵¹Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (En línea) Disponible en http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133194_es.htm Última consulta 07/07/2012.

⁵² La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "W.E.M. c/O.M.G." del 14/6/95, sostuvo que "...no se trata, en el caso, de la ejecución de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las llamadas "autoridades centrales" de los estados contratantes. Dicho procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante" (Fallos 318: 1269, considerando 6°). En el mismo sentido, el doctor Ignacio Goicoechea, que formó parte de la Autoridad Central argentina para los Convenios de Restitución durante más de diez años –y es actualmente representante de la Conferencia de La Haya para América Latina– sostuvo que el actor debe probar determinados extremos para que se disponga la inmediata restitución, existiendo inclusive discrecionalidad de parte del juez para ordenar la ejecución de la medida en forma inmediata e *inaudita parte*. Goicoechea Ignacio, "Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores", en *Revista Derecho de Familia, Lexis Nexis 2005*, n° 30 (marzo/abril 2005), "Familia y Derecho Internacional Privado", pág. 65/75.

El tribunal de familia platense hizo lugar a la efectiva restitución del niño con sustento en su traslado ilícito. Fundó la resolución (luego de recordar que su ámbito de decisión quedaba limitado a dirimir si medió traslado o retención ilegal y que ello no se extiende al derecho de fondo de la guarda o custodia del menor), en que la residencia habitual del niño era en Barcelona y que existiendo una decisoria judicial que prohibía su salida de España, el traslado dispuesto había sido ilegal.

7. Conclusiones.

1. La protección internacional de la minoridad, comienza a ocupar lugares privilegiados en las agendas de las reuniones celebradas en foros subregionales, regionales y universales.

2. El Interés superior del niño es una herramienta jurídica que se ha introducido en estos últimos tiempos en el Derecho Internacional Privado, influye directa o indirectamente en la Interpretación, Calificación, Integración y sobre la Excepción del Orden Público Internacional. En cuanto al concepto, no existe un concepto universal, existen tantas nociones como ordenamientos jurídicos existan. No debe quedar librado a una interpretación discrecional, pues eso podría vulnerar el principio de legalidad. El niño tiene las garantías que la Constitución Nacional y las Convenciones Internacionales establecen para todos los ciudadanos.

3. Nuestro tiempo debe transformar los instrumentos de cooperación procesal internacional en medios que coadyuven a la vigencia de los derechos fundamentales de los niños. La cooperación jurisdiccional internacional en conflictos atinentes a los niños debe estar al servicio del respeto de los derechos fundamentales.

4. Los procedimientos autónomos como los contemplados en las convenciones vigentes en materia de restitución internacional de niños, han desplegado su eficacia en

la última década y las resoluciones judiciales argentinas muestran una excelente comprensión de su objeto.

5. Para lograr enfoques similares por parte de las autoridades competentes de distintos Estados, es imprescindible fomentar comunicaciones fluidas que generen una trama de confianza y permitan comprender las diferencias y las afinidades de las legislaciones. En cuanto a la consideración preeminente del interés superior del niño, el juicio debe hacerse en concreto, teniendo como mira el goce de los derechos fundamentales.

6. Los docentes y abogados debemos estar junto a los jueces, al Ministerio Público y a las autoridades administrativas para la mejor comprensión y aplicación de los instrumentos conocidos, para propiciar la elaboración de otros nuevos y para estimular la creatividad en la búsqueda de soluciones. La expectativa es grande si la cooperación se ve favorecida por los poderes implícitos de todo juez, por la flexibilidad de todo ordenamiento jurídico y por el sentido de la justicia de los protagonistas.

Capítulo II

MARCO CONVENCIONAL

SUMARIO. 1.Introducción. 2. Fenómeno de la sustracción. 2.1 Concepto. 2.2 Causales. 3.Fases en la sustracción internacional de menores. 4. Conflicto entre el derecho a la libre circulación y fijar domicilio y el derecho del niño al contacto con ambos padres. 5. Conceptos definidos en las convenciones. 5.1 Menor. 5.2. Derecho de custodia. 5.3 Derecho de visita. 5.4. Interés del Menor. 6. Panorama general de los Tratados Internacionales referidos al tema en cuestión. 6.1. Convenio de Luxemburgo” Sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de Custodia de menores 6.2. Convenio de La Haya de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental y Protección de los niños. 6.3. Convención Interamericana (CIDIPV)sobre tráfico internacional de menores. 6.4. Convenio de La Haya relativo a la protección del menor y a la cooperación en materia de Adopción Internacional. 6.5 Convención de los Derechos del niño. 7. La Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la Convención interamericana sobre Restitución Internacional de menores. 7.1. Diferencias entre ambas.7.2. Ámbito de aplicación. 7.3. Características comunes. 7.3.1. Procedimiento autónomo. 7.3.2. Autoridades centrales. 7.3.3. Bien jurídico tutelado. 7.3.4.Estado de residencia habitual. 8. Elementos que tipifican la figura de la sustracción de menores. 8.1. Actos ilegítimos de apartamiento. 8.2. Conducta ilícita. 8.2.1. Violación a una limitación geográfica impuesta por el tribunal. 8.2.2. Violación de acuerdos y autorizaciones. 8.3. Inminente daño al menor. 8.3.1. Estabilidad del ámbito vital. 8.3.2. Excepciones. 8.3.2. A. Exposición a un peligro físico, psíquico. 8.3.2. B. Arraigo al nuevo medio. 9. Cooperación internacional y Sustracción de menores. 10. Redes Judiciales. 11. Jueces de enlace y comunicaciones judiciales internacionales directas. 12. Seminarios judiciales y el Boletín de los jueces. 13. Incadat. 14. Guías de Buenas Prácticas. 15. Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes. 16. Responsabilidad del Estado. 17. Nuevo método de reglamentación; la Ley Modelo. 18. Conclusiones.

Marco Convencional

1. Introducción

Pretendemos en este capítulo hacer un estudio práctico de aplicabilidad de los instrumentos convencionales dedicándonos en especial al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Como bien señala la doctrina, la protección del menor y la prevalencia de su interés, aspectos afirmados a través de normas de origen convencional y de derecho nacional, sólo se consigue si está acompañado de una práctica judicial certera, la cual necesita indiscutiblemente de un atinado conocimiento de los instrumentos con los que contamos o podemos contar. En este sentido, debemos señalar que en la actualidad, nos enfrentamos a dos planos diferentes: el nacional y el internacional, y que deben estar preparados para jugar en ambos con la misma preparación⁵³

Los foros de La Haya adoptan una técnica de implementación de un sistema de cooperación entre autoridades y no ofrecen normas de conflicto para regular el derecho aplicable o normas indirectas para determinar la competencia de los jueces nacionales.⁵⁴ No analizaremos los convenios sobre derechos humanos, nos dedicaremos a aquellos instrumentos cuyo marco de protección es exclusivamente el menor y en la categoría que hemos mencionado, siendo su enfoque perteneciente al Derecho Internacional Privado. En el primer capítulo hicimos referencia al Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Debemos señalar que todos los

⁵³Sabido Rodríguez, M., “Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 736.

⁵⁴Rodríguez, Sonia. *La Protección de los Menores en el Derecho Internacional Mexicano*. (En línea) Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2197/6.pdf>

instrumentos que comentamos son creación de la política convencional multilateral, nos interesa el convenio en cuanto su contenido afecta inexorablemente a una situación jurídica privada con elemento de internacionalidad. Asimismo los instrumentos convencionales, logran superar las fronteras estatales y las barreras que pueda representar la legislación nacional y asentar conceptos y principios aceptados multilateralmente; conceptos “supranacionales”. Además destacamos que todos estos instrumentos materializan y ejemplifican el interés superior del menor, al tiempo que clarifican los principios fundamentales a tener en cuenta.

La posibilidad de realizar reservas y/o declaraciones interpretativas a los convenios hace que se debilite en algunos puntos la unificación del derecho. La cantidad de convenios puede hacer que la compatibilidad entre ellos no quede lo suficientemente clara y haga que cada juez de cada Estado interprete esta cuestión a su libre arbitrio, pudiendo ocurrir que cada Estado aplique un instrumento convencional diferente o, apliquen su normativa de Derecho Internacional Privado, generando responsabilidad internacional. En este último caso un Estado aplicaría la normativa que considera para un determinado caso, que no siempre coincidirá con la mantenida en una conferencia internacional. A pesar de la situación que se puede suscitar, debemos considerar que los convenios internacionales, son los únicos instrumentos que protegen en forma integral a los menores. Tampoco cabe desconocer el hecho de que un convenio no es un instrumento obligatorio hasta que se firma y ratifica por los Estados. Es más, y yendo más lejos, el que un Estado haya participado como “Estado negociador”⁵⁵ en un convenio no significa que esté obligado a positivizarlo en su ordenamiento; este Estado puede pasar a ser “tercer Estado”, sin sanción. En este sentido, y aunado a lo anterior, debemos unir la reticencia de algunos

⁵⁵De conformidad con el artículo 2o. del Convenio de Viena: se entiende por un “Estado negociador” un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado; f) se entiende por “Estado contratante” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado; g) se entiende por “parte” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor; h) se entiende por “Tercer Estado” un Estado que no es parte en el tratado”.

Estados a firmar y ratificar estos convenios. El mayor problema se encuentra con los países de tradición islámica con los que no nos une un solo instrumento convencional en materia de Derecho Internacional Privado.

Como acotación a esta introducción queremos reproducir literalmente las palabras de la profesora Vargas Gómez-Urrutia, quien señala que: “Todo trabajo jurídico que pretenda aportar algo nuevo en la materia de la protección internacional del menor se encuentra con dos dificultades previas. De un lado, la existencia de un cuerpo normativo denso y relativamente complejo dado su origen diverso, su desigual fuerza jurídica y sus diferentes ámbitos de aplicación. Y de otro lado, la necesidad de encuadrar los derechos del niño en el marco más amplio de protección de los derechos humanos”.⁵⁶

2. Fenómeno de la Sustracción

2.1. Concepto

Varias son las denominaciones con las que de manera indistinta se da a conocer esta figura; encontramos los términos “Restitución”, “Sustracción”, “Retención” o “Secuestro”. La doctrina en general, afirma que “Sustracción Internacional” hace referencia al caso de un menor cuya residencia habitual se encontraba en un Estado y fue trasladado ilícitamente a otro Estado diferente. El término secuestro, ha merecido críticas, porque se lo asimila al secuestro, vocablo que podría tener connotaciones penales; además hay quienes afirman que no puede hablarse de secuestro cuando es uno de los padres del niño quien lo traslada a otro Estado. Desde nuestro punto de vista, coincidente con los doctrinarios avocados al tema, el término “Sustracción” (y no Secuestro) parecería apropiado porque implica que uno de los padres aparta al menor, lo

⁵⁶ Vargas Gómez-Urrutia, M. La protección internacional de los derechos del niño. cit., p. 15. (En línea). Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2197/6.pdf>

separa, lo sustrae del lugar en el cual tiene su centro de vida, la “Sustracción” viene a representar el acto que realiza y materializa uno de los progenitores, en franca violación de los derechos de guarda, custodia y/o visita.

La internacionalidad de la sustracción del menor viene originada por la implicación de dos o más Estados (el de origen y el de destino) en ese acto jurídico ilícito. Puede llegar a intervenir un tercer Estado (Estado de tránsito); sin embargo, la internacionalidad de origina con la sola implicación de dos Estados, entes soberanos.

2.2. Causales

La globalización ha acelerado los movimientos migratorios⁵⁷, principalmente de carácter laboral, sea de individuos aislados o de grupos familiares completos, multiplicando los conflictos familiares internacionales. Así, conviene diferenciar entre familias multinacionales, esto es, familias conformadas por integrantes que ostentan diferente nacionalidad y que inclusive pueden pertenecer a diferentes grupos culturales y familias nacionales en un contexto multinacional, esto es, familias cuyos integrantes comparten una nacionalidad común pero que presentan la peculiaridad de que uno o la totalidad de sus integrantes se encuentra residiendo en un Estado extranjero.

Ambos tipos de familia son propicias para la sustracción internacional de niños cuando se produce la ruptura de la relación familiar, siendo lo más usual que los niños convivan con uno de los progenitores y, en el mejor de los casos, tengan un contacto con el otro. “Un buen acuerdo, que establezca un régimen de custodia y visitas aceptable para todos los actores constituye el mejor remedio contra la sustracción, ya que las partes satisfechas no pretenderán alterar el status quo”.⁵⁸

⁵⁷ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., Derecho de familia internacional, Madrid, Colex, 2003

⁵⁸ Herz Mariana. Mediación binacional: Experiencias positivas en casos de Sustracción Internacional Parenteral de Niños, Niñas y adolescentes (En línea). Disponible en <http://cecamarco.blogspot.com/2007/10/mediacion-binacional.html>

Un régimen de visitas inexistente o insuficiente sostiene Mariana Herz, puede motivar que el titular del derecho decida sustraer a los niños para conseguir que se le atribuya la custodia por los tribunales de otro Estado. La violencia doméstica, el incumplimiento de los deberes alimentarios o la imposibilidad de acceder al trabajo pueden motivar a su vez, que el progenitor conviviente considere más conveniente trasladarse a otro Estado en donde cuente con la contención de su grupo familiar y círculo de amigos.

Como segundo factor detonante de la figura de restitución encontramos lo que la doctrina española ha denominado “Conflicto de Civilizaciones”.⁵⁹ En este sentido, Fernández Rosas. J.C sostiene que los tribunales no suelen conceder la guarda y custodia del menor al progenitor extranjero cuando el otro es nacional del foro; lo anterior se agrava si estima el tribunal que está conociendo de la causa que el país de origen del progenitor extranjero tiene un nivel menor de desarrollo y civilización para el futuro del menor, lo que describe de “países calificados como de cultura parcialmente diferenciada”. Así, las decisiones adoptadas por los tribunales tienden a favorecer al nacional del foro a la hora de otorgar dichos derechos. Esta tendencia es lo que el profesor Calvo Caravaca ha denominado acertadamente como “nacionalismo judicial”.⁶⁰ En este orden de ideas, se afirma que estas decisiones judiciales no siempre son acatadas y respetadas por los progenitores siendo ésta la génesis de la sustracción del menor.

Como tercer factor señalamos que la restitución se ve favorecida por el fácil y rápido paso por las fronteras.

59 Fernández Rozas, J. C. “Derecho de la persona”, en Derecho Internacional Privado. Parte especial, 6a. ed., Madrid, Eurolex, 1995, p. 134.

60 Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. et al., Derecho internacional privado, 2a. ed., Granada, Comadres, 2000, vol. II, p. 161; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., Derecho de familia internacional, Madrid, Colex, 2003, pp. 279 y 280.

Como sostiene Mariana Herz ⁶¹, citando a Freeman, cualquiera sean las motivaciones, los estudios de casos⁶² demuestran que los efectos físicos y psíquicos sobre los niños víctimas de sustracción son negativos, profundos y permanentes y se agudizan en proporción directa al tiempo que dure la sustracción y la inestabilidad que le es inherente. La mediación se ha revelado como un instrumento útil en la resolución de controversias familiares ya que permite que las partes alcancen soluciones concertadas. Su utilización en los sistemas nacionales está bastante extendida, cualquiera sea la denominación que reciba y el carácter obligatorio o facultativo⁶³

3. Fases en la Sustracción Internacional de Menores

Los supuestos de sustracción internacional de menores, pueden verse en tres momentos diferenciados, cada uno de los cuales merece un remedio específico: la fase previa a la sustracción/retención, donde la amenaza requiere la adopción de medidas preventivas; la consumación de la sustracción/retención, que requiere enfocarse en la localización y, en atención al interés del niño, su restitución al Estado de residencia habitual del que fuera sustraído; y finalmente, la fase de restauración de vínculos, posterior a la restitución, que requiere una adecuada gestión de los derechos de custodia y visitas, en orden a prevenir futuras sustracciones, y un seguimiento de los adultos y los niños para asegurar la contención psicológica y material indispensable para quienes han sido expuestos a una situación traumática.⁶⁴

61 Magister en Derecho Comunitario por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora adjunta de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional del Litoral y la Universidad Católica Argentina (sede Paraná- Entre Ríos). Directora del Curso de Educación a Distancia "Medidas preventivas y reparadoras de la sustracción Internacional parental de niños, niñas y adolescentes (CEMED-UNL). Directora del Curso de Posgrado "Derecho de Infancia" (FCJS-UNL) y Codirectora del proyecto 026-255 CAI+D 2005 "Protección Internacional de Menores frente al Traslado y Retención Parental Indebidos" financiado por la UNL

62 Freeman, M. "International Child Abduction: the effects" Reunite Research Unit, mayo de 2006. Versión traducida y resumida por Mariana Herz en HERZ, M. "Medidas preventivas y reparadoras de la sustracción Internacional parental de niños, niñas y adolescentes" Santa Fe, UNL, 2007, p. 85-92.

63 La mediación en cuestiones vinculadas a los hijos de parejas separadas o divorciadas es obligatoria en Noruega y Malta según La Nota Sobre El Desarrollo De La Mediación, Conciliación Y Medios Similares Para Facilitar Soluciones Acordadas En Disputas Familiares Transfronterizas Relativas A Menores Especialmente En El Contexto Del Convenio De La Haya De 1980, redactada por Sarah Vigers, Doc. Prel. Nro. 5 de octubre de 2006 a la atención de la V Reunión De La Comisión Especial Sobre El Funcionamiento Del CLH80, p. 7

64 Herz, Mariana, "Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores", Revista El Derecho 14/11/2006 Nro. 11.635.

Si bien en la segunda fase es donde aparece con mayor urgencia la necesidad de la cooperación internacional de parte de diversas autoridades judiciales, administrativas, policiales y de migraciones, ésta puede ser igualmente útil en la primera y en la tercera

Las Convenciones Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV)⁶⁵ y de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores⁶⁶, de las que Argentina es parte, persiguen dar respuestas a los problemas planteados en la segunda fase pero, con al menos, dos clases de limitaciones. Por una parte, las que impone el alcance espacial de su ámbito de aplicación, el que pese a ser extenso, no cubre a países con los que Argentina tiene un flujo migratorio creciente. Por otro lado, las que imponen las transformaciones en el contexto social y legal que han tenido lugar en los últimos años, que plantean nuevos desafíos, para los que no existe respuesta uniforme.

4. Conflicto entre el derecho a la libre circulación y fijar domicilio y el derecho del niño al contacto con ambos padres.

Consideramos que hay una cuestión que nos parece de especial interés, surge un conflicto entre el derecho a la libre circulación de las personas y a fijar su domicilio, y el derecho del niño a tener un contacto con ambos padres. La tensión entre la custodia compartida y la libertad de circular y fijar residencia. Según algunos autores, los casos hipotéticos para los que los textos convencionales idearon respuestas, tienen por agente perpetrador de los ilícitos al padre de los niños que, ante la real o eventual pérdida del derecho de custodia en el Estado de residencia habitual, procede a sustraer o retener a los niños dificultando el ejercicio del derecho de custodia de la madre, vista como parte débil de la relación, necesitada de una protección especial.

⁶⁵Ley 25.358, sancionada el 01.11.2000 y en vigor desde el 12.12.2000

⁶⁶Ley 23.857, sancionada el 27.09.1990 y en vigor desde el 01.06.1991

“Las estadísticas muestran que en muchos casos la sustractora es la madre, como persona encargada con carácter primario del cuidado de los niños, persona que detenta la custodia física, pero con restricciones a la salida del niño del país de su residencia; o bien, y como consecuencia de la evolución del derecho de familia, que ha pasado de un paradigma nuclear a un paradigma binuclear, detenta una responsabilidad parental compartida, sea que la custodia física se distribuya por unidades de días o por fracciones de horas en un mismo día”.⁶⁷

Pese a que compartimos el mismo criterio de Mariana Herz, afirmado también por la jurisprudencia mayoritaria, en el sentido de que a la luz de los textos convencionales quien carece de la libertad para establecer la residencia del niño no es titular de un derecho de custodia en los términos de los tratados, y por ende no puede lícitamente trasladarlos al extranjero, esto no es óbice para considerar la colisión que provoca con el derecho a la libre circulación de la persona y a fijar domicilio⁶⁸, entendido como un derecho fundamental del padre /madre que no queda cubierto por la excepción del art. 20 LH/25 CIDIP toda vez que no es la restitución del niño la que lesiona los derechos si el padre/madre no queda obligado a volver con él.

Estudios prácticos realizados comprueban que, aún en casos extremos, ante la orden de restitución, la madre sustractora no abandona a sus hijos en el regreso, de modo que la pretendida opción por el no regreso en verdad no es tal, cuando obliga a elegir entre los hijos o permanecer en el Estado requerido.

Esta situación se agrava cuando el traslado de la madre con el niño, se haya realizado en busca de mejores condiciones de vida, por ejemplo una búsqueda laboral, o

⁶⁷ Herz, Mariana, "Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores", Revista El Derecho 14/11/2006 Nro. 11.635.

⁶⁸ Art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. VII Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por citar algunas normas que tienen rango constitucional para los argentinos y sin desconocer su inclusión en otros instrumentos internacionales.

cuando el padre no abone alimentos o estos sean insuficientes para la subsistencia de madre e hijo. Consideramos fundamental la prevención de las conductas antijurídicas, mediante la difusión y el conocimiento de los profesionales, padres, la gente común, acerca de los términos de las convenciones, porque muchas veces su desconocimiento, hace que se cometan transgresiones, mientras que su difusión puede ayudar a evitarlas.⁶⁹ En el caso concreto, la madre/padre puede solicitar la venia del otro padre/madre o en su defecto pedirla al juez, con mejores resultados sin dudas, ya que en muchos Estados la violación de una orden judicial de prohibición de salida del país implica la atribución casi automática de la tenencia del niño al padre no sustractor, y esto, no siempre responde al interés superior del niño.

En estos supuestos, quien solicita la restitución al estado de origen suele ser el padre que, o bien disfrutaba de la custodia compartida o bien goza de un derecho de visitas, aunque con garantías en cuanto a la imposibilidad de traslado no consentido del niño, situación esta última que ha dado lugar a una variable jurisprudencia.

La Conferencia de La Haya de 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en su artículo 5 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores adoptada en Montevideo el 15 de julio de 1989, en su artículo 3 definen el derecho de custodia por extensión, indicando las facultades que comprende, que son el cuidado de la persona del menor y en particular el derecho de decidir su residencia.

Si bien la mayor parte de la jurisprudencia que puede consultarse en INCADAT⁷⁰ ha reconocido que la limitación a la salida del país del niño, sin el

69 Herz, Mariana, "Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores", Revista El Derecho 14/11/2006 Nro. 11.635.

70 BASE DE DATOS SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS (INCADAT). La base de datos sobre la sustracción internacional de niños (INCADAT) ha sido establecida por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya para que las principales decisiones adoptadas por los tribunales cortes nacionales con respecto al Convenio de La Haya de 1980 sean accesibles. INCADAT es utilizada por jueces, Autoridades Centrales, abogados, investigadores y otras personas interesadas en el desarrollo rápido de este ámbito del derecho. INCADAT ya ha probado su utilidad sobre dos elementos esenciales de la aplicación del Convenio de 1980; la cooperación judicial y las buenas prácticas.

consentimiento del otro padre o, en su defecto, de la autoridad judicial, implica un derecho de custodia compartido, conviene tener presente la posibilidad de una interpretación contraria, tal cual la que fue sostenida en el caso Croll⁷¹

5. Conceptos definidos en las Convenciones.

5.1. Menor⁷²

El término Menor ha sido reemplazado por niño, niña o adolescente, igualmente delimitaremos este concepto mencionado en las convenciones.

Debemos comenzar señalando que no existe unanimidad terminológica convencional. En este sentido podemos distinguir dos categorías de tratados que sitúan la minoría de edad bien en los dieciséis años o bien en los dieciocho. Tanto la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (artículo 2o.) y el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (artículo 4o.) sitúan al menor en aquella persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.

5.2. Derecho de Custodia

Adiferenciadel término anterior, el concepto de “derecho de custodia o guarda” presenta una uniformidad conceptual en aquellos convenios que se detiene a precisar dicho término

71 Croll v. Croll 229 F. 3d 133, 144 (2nd. Cir. September 20, 2000); en igual sentido y citándolo como precedente González v Gutiérrez 311 F. 3d 942, (9th Cir. November 20, 2002). En este caso, se trataba la sustracción por parte de la madre de una menor de 9 años que durante toda su vida había vivido en Hong Kong. Los padres estaban separados, eran ambos de nacionalidad norteamericana y los tribunales de Hong Kong habían otorgado la custodia a la madre con un régimen de visita para el padre y una prohibición de salida de Hong Kong de la menor, sin autorización. Producida la sustracción, el padre inicia el pedido de restitución que en primer instancia se concede. Apelado el fallo por la madre y sin que se haya puesto en tela de juicio la residencia habitual de la niña en Hong Kong, la Corte de Apelación de 2do. Circuito se abocó a calificar el término “custodia”, para lo cual recurrió a los diccionarios Webster y Black como fuentes para construir la definición, haciendo caso omiso de las calificaciones contenidas en la Convención de La Haya, de la jurisprudencia, doctrina y del derecho del Estado de residencia habitual de la niña.

72 Respecto a esta falta de unanimidad convencional a la hora de establecer una edad para el término de “menor” se pronuncia Berraz, quien afirma: “estas diferencias de calificación, y, si se quiere, la carencia de un criterio uniforme respecto del tema, plantean una situación contradictoria y marcan una suerte de desprolijidad en la labor de las CIDIP... Más allá de tener presente lo arduo que resulta desarrollar una labor como la desempeñada, entendemos que el proceso de codificación encarado por las CIDIP deberían guardar uniformidad en cuanto a las calificaciones adoptadas. Ello, a pesar de entender que se trata de cuestiones distintas y de que, a nuestro criterio, la edad de dieciocho años resultaría la más apropiada”. Berraz, C., La protección internacional del menor..., cit., p. 56.

o. La inclusión de estas calificaciones o definiciones son enaltecidas por la doctrina; en este sentido, encontramos a Dreyzin de Klor, quien afirma que “contribuyen a la certeza, eficacia y celeridad requeridas en el instituto de la restitución de menores”⁷³

En este orden de ideas se entiende, de conformidad con la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, artículo 3.a), “el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia”. Similar definición encontramos en el artículo 5.a) de la Convención de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores.

5.3. Derecho de visita.

Igual que en el término anterior, el concepto de derecho de visita goza de una concepción convencional unívoca.

Conforme con la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores, artículo 3.b), se entiende “la facultad de llevar al menor por un periodo limitado a un lugar diferente a su residencia habitual”. Idéntica definición se encuentra en el Convenio de La Haya de Sustracción Internacional de Menor, artículo 5.b).

El derecho de visita viene a ser la contracara del derecho de guarda o custodia; si bien estos derechos se perciben legalmente como más estables, en el sentido de duraderos, aquél se ve, en contraposición, como un derecho de carácter transitorio. Una diferencia marcada es temporal que conlleva a quien no tenga a la guarda del menor a reclamar el derecho de visita.

⁷³Dreyzin de Klor. La protección internacional de menores cit.p.45 (En línea) Disponible en <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2197/6.pdf>

5.4. Interés del Menor

Este concepto⁷⁴ que actúa como un filtro de control para una adecuada y justa aplicación e interpretación de los instrumentos convencionales, ya fue objeto de estudio en nuestro primer capítulo, solamente mencionaremos que aparece recogido en los convenios que protegen al menor, como piedra angular y principio insustituible de dicha protección. En este sentido, encontramos, por ejemplo, los artículos 3.1, 9.1, 18.1, 20.1 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el Preámbulo, artículos 1.a) y 4.b) del Convenio sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional; artículos 14 y 19 de la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a las Adopciones Internacionales; Preámbulo, artículos 1o., 6o. y 11, del Convenio Interamericano sobre Tráfico Internacional del Menor; Preámbulo del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

6. Panorama general de los Tratados Internacionales referidos al tema en cuestión.

En este punto tenemos como objetivo analizar a grandes rasgos las distintas situaciones de apartamiento del menor de quienes tienen legalmente el derecho de guarda o custodia y como han sido recepcionadas estas circunstancias por los instrumentos internacionales, y por el orden jurídico interno. Este análisis, nos permitirá tener un panorama general del problema de la sustracción de menores y la solución

⁷⁴Estamos ante un concepto jurídico indeterminado y que, como bien señala la profesora Vargas Gómez Urrutia “es precisamente la aplicación in concreto al caso, lo que permite dilucidar su contenido”. Igualmente y coincidiendo con ella realizar una lista taxativa, *numerus clausus*, de situaciones en las que se deba proteger el interés del menor, sería tan inútil como innecesario. Cfr. Vargas Gómez-Urrutia, M., “El interés del menor...”, cit., p. 109, y Vargas Gómez-Urrutia, M., La protección internacional de los derechos..., cit., p. 95.

dada en los países signatarios de tratados, a fin de poder comparar con los ordenamientos jurídicos de aquellos países que a pesar de los grandes esfuerzos de la comunidad internacional, se mantienen al margen de este sistema convencional.

De ayuda también han sido la opinión de aquellos autores que se han avocado al estudio del tema como ser Ramón Teodoro Ríos⁷⁵ D'Antonio⁷⁶ Boggiano⁷⁷, y los fallos de nuestro Supremo Tribunal de Justicia.

Con esta breve introducción nos avocaremos a enunciar a grandes rasgos los tratados internacionales que se hacen eco de estas situaciones así tenemos.

6.1. El Convenio de Luxemburgo “Sobre Reconocimiento y Ejecución de decisiones en Materia de Custodia de Menores”⁷⁸

Este convenio contempla la posibilidad que las misma puedan ser reconocida y ejecutada en el Estado donde un niño ha sido trasladado ilícitamente, o en el que se niega el desarrollo del derecho de visita, la previsión de este procedimiento sumada a la escasa exigencia de formalidad exigida en relación a los procedimiento en general permite dar celeridad a este trámite.⁷⁹

En el marco de la Unión Europea, es obligada la cita del Reglamento (CE) n° 201/03,⁸⁰ relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Dicho Reglamento⁸¹ complementa al Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, y permite que en casos concretos y justificados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya

⁷⁵Ramón Teodoro Ríos ⁷⁵"Especialidad del Derecho de Menores", Rev. La Ley, N° 181 - Buenos Aires- 20/9/95

⁷⁶D'Antonio "Derecho de menores", Ed. Astrea -Buenos Aires-, p. 3)

⁷⁷ Boggiano Introducción al derecho", Pág.38 Editorial La ley- Buenos Aires

⁷⁸ Título II Art 7 al 12 Convenio de Luxemburgo (20/05/1980) (En línea) Disponible en judicatura.com. Última consulta 08/12/2009

⁷⁹ Argentina no es parte de este tratado.

⁸⁰ Reglamento (CE) N° 2201/2003 (En línea) Disponible en www.vademecumjuridico.org.

⁸¹ Argentina no es parte de este Reglamento.

sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor puedan oponerse a su restitución; dicha resolución puede ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícita. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, ésta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído. El Reglamento prima, en las relaciones entre los Estadosmiembros y en las materia reguladas por el mismo, sobre diversos Convenios y, enparticular, sobre el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961⁸² y el de 25 de octubre de 1980, e incluso sobre el Convenio europeo de 20 de mayo de 1980⁸³ relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia⁸⁴. En relación al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996. Este instrumento da prevalencia a la aplicación del Reglamento⁸⁵ cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio. El Reglamento aspira a disuadir actuaciones de sustracción parental de menores en los Estados miembros y, cuando esto ocurra, asegurar la rápida restitución del menor a su Estado miembro de origen. Quizás una crítica con respecto a este reglamento está dada por aquellos autores como Fabiana Marcela Quani⁸⁶, Boggiano⁸⁷, e Ines Weimberg⁸⁸ que consideran que los amplios plazos fijados por el reglamento, entre la resolución de no

⁸² Argentina no es parte de este convenio

⁸³ Argentina no es parte de este convenio.

⁸⁴ Art. 60 Reglamento (CE) N° 2201/2003 (En línea) Disponible en www.vademecumjuridico.org.

⁸⁵ Art.61 Reglamento (CE) N° 2201/2003 (En línea) Disponible en www.vademecumjuridico.org.

⁸⁶ Fabiana Marcela Quaini. "Restitución Internacional de Menores- Aspectos Civiles y Penales- 1989 (En línea) Disponible en www.lexaaustralis.com. Ultima consulta 05/10/2009

⁸⁷ Boggiano, "Introducción al derecho Internacional" -Editorial La Ley- Buenos Aires-

⁸⁸ Inés M Weimberg "Convención sobre los derechos del niño. Editorial Argentina. 1° Edición- 2002

retorno y la necesidad de enviar toda la documentación al estado de origen, puede dilatar la resolución del caso.

6.2. Convenio de La Haya de octubre de 1996⁸⁹ Sobre Responsabilidad Parental y Protección de los Niños,

Este convenio regula temas vinculados con la competencia⁹⁰, ley aplicable⁹¹, reconocimiento y ejecución⁹² y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

6.3. Convención Interamericana de 18 de marzo de 1994 (CIDIP V) Sobre Tráfico Internacional de Menores⁹³

El objetivo de esta Convención es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores⁹⁴, así como la regulación de los aspectos civiles⁹⁵ y penales⁹⁶ del mismo.

⁸⁹ Convenio de la Haya de octubre de 1996 (En línea) Disponible en www.iin.oea.org. Última consulta 09/12/2009

⁹⁰ Art. 5 al Art. 14 Convenio de la Haya de octubre de 1996 (En línea) Disponible en www.iin.oea.org. Última consulta 09/12/2009

⁹¹ Art. 12 al Art. 22 Convenio de la Haya de octubre de 1996 (En línea) Disponible en www.iin.oea.org. Última consulta 09/12/2009

⁹² Art. 23 al Art. 28 Convenio de la Haya de octubre de 1996 (En línea) Disponible en www.iin.oea.org. Última consulta 09/12/2009

⁹³ Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (En línea) Disponible en www.acnur.org. Última consulta 09/3/2012

⁹⁴ Art. 2 Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (En línea) Disponible en www.acnur.org. Última consulta 09/3/2012

⁹⁵ Art. 12 a 22 Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (En línea) Disponible en www.acnur.org. Última consulta 09/3/2012

⁹⁶ Art. 7 al 11 Art. 12 a 22 Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (En línea) Disponible en www.acnur.org. Última consulta 09/3/2012

6.-4 Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993⁹⁷ relativo a la protección del menor y a la cooperación en materia de Adopción Internacional

Implementa medidas que garanticen que la adopción internacional tenga en consideración el interés superior del niño y el respeto de los derechos fundamentales, establece la cooperación entre los estados contratantes para evitar y prevenir, la sustracción, venta o tráfico de menores, siendo su objetivo fundamental evitar las adopciones clandestinas con fines distintos al interés superior del niño.⁹⁸

6.5. Convención de los Derechos del Niño de 1989 de las Naciones Unidas⁹⁹

Esta convención atiende especialmente la materia y prevé que los Estados adopten medidas para luchar contra traslados y retenciones ilícitas de menores fuera del país de su residencia habitual, disponiendo a dichos efectos que los países promuevan acuerdos bilaterales o multilaterales o adhieran a los ya existentes.¹⁰⁰ . Importante es destacar que nuestro país al ratificar dicha convención ha efectuado reserva en cuanto esta establece el límite para considerar a una persona como niño el de dieciocho años¹⁰¹, pero se abstiene de determinar el punto a quo de minoridad , dado que para nuestro ordenamiento jurídico niño es todo ser humano desde el momento de su concepción; extendiendo la primacía del derecho del menor hasta el día en que este llega a la mayoría de edad¹⁰², dable es destacar que la reserva formulada por nuestro

⁹⁷ Argentina no es parte de esta Convención.

⁹⁸ Convenio de la Haya dl 29 de mayo de 1993 (En línea) Disponible en www.biblioteca.jurídica.org

⁹⁹ La convención fue aprobada por la Asamblea General de Naciones unidas el 20 de noviembre de 1989, y entro en vigor el 2 de septiembre de 1990, al haber alcanzado el número de ratificaciones exigidas por su art. 49 .1.Hoy la gran mayoría de los Estados la han aprobado. (En Línea) Disponible en www.iin.oea.org.

¹⁰⁰ Ver art. 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño (En línea) Disponible en www.unicef.org

¹⁰¹ Art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño (En línea) Disponible en www.unicef.org

¹⁰² Art. 128 párrafo 1 del Código Civil

país aparece como oportuna y prudente, habida cuenta de que se ajusta a la posición de nuestro ordenamiento jurídico nacional en cuanto otorga al nasciturus la calidad de sujeto del derecho , concediéndole una personalidad acorde a su condición.

7. La Conferencia de La Haya de 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores¹⁰³ y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores adoptada en Montevideo el 15 de julio de 1989¹⁰⁴

Podemos afirmar que estas convenciones son el producto de una construcción colectiva y, a su vez, permiten continuar en la tarea de afianzarlos a la "conciencia" de los operadores del derecho, para que se saque mayor provecho de las disposiciones convencionales, pero, sobre todo, para brindar apoyo a cuantos más niños podamos en la concreción de su interés superior¹⁰⁵

Estas convenciones se concentran esencialmente en las hipótesis de sustracción y retención irregular de niños por padres u otros familiares, situaciones que a través de los años han ido creciendo en número de casos , lo que ha dado lugar a la necesidad de dotar a los tribunales de una regulación apta para atender este tipo de situaciones de difícil tipificación como delito tanto por su relativa antijuridicidad cuanto porque aún tipificadas como conductas punibles, en tanto son llevadas a cabo por familiares cercanos al menor invocando razones de protección al niño , las sancionestienen a ser

¹⁰³ Conferencia de la Haya Sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (En Línea) Disponible en www.menores.gov.ar. Última consulta 15/11/2009

¹⁰⁴ La convención se encuentra vigente a la fecha entre Argentina , y Brasil (En Línea) Disponible en

¹⁰⁵ Rubaja, Nieve, "Actualidad y vigencia de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 1980", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, fasc. 2, p. 173.

mínimas y obstan en los hechos a la operatividad de institutos de la cooperación penal internacional como la extradición.¹⁰⁶

El Convenio N° XVIII de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 y la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores adoptada en Montevideo, Uruguay, en fecha 15 de julio de 1989 y adoptada por la cuarta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado, con entrada en vigor el 4 de noviembre de 1994 sirven de marco al Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus padres.¹⁰⁷ Nos avocaremos al estudio de estas dos convenciones, siendo parte Argentina en ambas.

7.1. Diferencias entre ambas Convenciones.

Como características distintivas entre una y otra convención podemos decir que la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores está rodeada de un alto grado de formalismo al establecer y definir expresamente el procedimiento que deberá observarse para requerir la restitución del menor, estableciendo plazos propios¹⁰⁸ regula previsiones de localización del menor¹⁰⁹

Limita la legitimación a instar el procedimiento a los padres, tutores o guardadores o cualquier institución que ejercieran individual o conjuntamente el

¹⁰⁶Argumentos vertidos en la reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres. Llevada a cabo en Montevideo, (Uruguay) el 12 y 13 de agosto de 2002 . Eduardo Tellechea Bergnan. Análisis de la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre restitución internacional de menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento. (En línea) Disponible en www.iin.oea.org . Última consulta fecha 08/10/2009

¹⁰⁷Dicho Programa fue aprobado en el año 2004 por Resolución AG/Res 2028/XXXIV/O/04 de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos

¹⁰⁸Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores. (En línea) Disponible en www.derhuman.jus.gov.ar última consulta 08/12/2011

¹⁰⁹Ver art. 18 a 20 Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores. (En línea) Disponible en www.derhuman.jus.gov.ar última consulta 08/12/2011

derecho de custodia o guarda¹¹⁰, prevé la intervención del Instituto Interamericano del Niño como organismo especializado, atribuyéndole funciones de coordinación de la autoridades centrales, y cooperación con otros Organismos Internacionales¹¹¹, establece la prioridad de aplicación de la presente Convención para aquellos estados que también sean miembro integrante de la Convención de la Haya sobre aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, salvo acuerdo bilateral en contrario celebrado entre sí por los distintos estados¹¹².

En cuanto a la legitimación para instar la restitución del menor, la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, no la limita al padre, tutor o curador, sino por el contrario amplía esta legitimación a toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención en violación al derecho de custodia.¹¹³

Ambos instrumentos internacionales, no restringen ni impiden el uso de otras normas internas o internacionales que puedan lograr los fines proclamados en ellos.

7.2. Ámbito de aplicación de ambas Convenciones.

Coinciden, sin embargo, en cuanto a la apreciación de la internacionalidad de la sustracción y al abordaje de la problemática desde el plano civil¹¹⁴. Si bien ambas convenciones coinciden en su finalidad y ello, a su vez, marca el ámbito de aplicación material de los textos convencionales, es decir, que se circunscriben a los

¹¹⁰ Art. 4 y 5 Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores. (En línea) Disponible en www.derhuman.jus.gov.ar Última consulta 08/03/2012

¹¹¹ Art. 27 Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores. (En línea) Disponible en www.derhuman.jus.gov.ar Última consulta 08/03/2012

¹¹² Art. 34 Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores. (En línea) Disponible en www.derhuman.jus.gov.ar Última consulta 08/03/2012

¹¹³ Art. 8 Convenio sobre los Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores .Convencion de la Haya 1980 (En Línea) Disponible en www.menores.gov.ar Última consulta 15/03/2012

¹¹⁴ Najurieta, María Susana, "Restitución internacional de menores", en Grosman, Cecilia P. (dir.) y Herrera, Marisa (coord.), "Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 403 y ss.

supuestos de traslados o retenciones ilícitos, cabe distinguir que éstos diferirán entre sí en cada texto convencional, en función de la configuración de la mencionada ilicitud.

Como invoca en su texto la Convención de La Haya considera que a los fines de la puesta en marcha del procedimiento diseñado en aquélla deberá configurarse la ilicitud del desplazamiento por haber sido violado el derecho de custodia del solicitante de la restitución, la Convención Interamericana contempla igualmente la posibilidad de tal configuración, inclusive si el violado fuera el derecho de visita del progenitor no conviviente. Por lo tanto, variará el ámbito de aplicación de cada una de las convenciones, resultando más amplia la posibilidad que brinda la última de las aludidas.

En relación con el ámbito de aplicación espacial, ambos convenios prevén la aplicación a casos que se susciten entre países contratantes, tanto el de residencia habitual del niño como el de refugio. Es decir que ofrecen soluciones en la medida en que cooperen y se presenten las autoridades de los Estados afectados en cada caso.

Finalmente, en cuanto al ámbito temporal, cabe realizar las siguientes distinciones. La Convención de La Haya, en el art. 35, dispone que el Convenio sólo se aplicará para supuestos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor "entre esos Estados".

El modo de entrada en vigencia de la Convención de La Haya está expresamente determinada en el art. 43, que dispone la entrada en vigor para cada Estado que la ratifique, acepte, apruebe o se adhiera, el primer día del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Asimismo, y para los casos de adhesión, el art. 38 dispone que "La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada, asimismo, por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio

después de una adhesión. Dicha declaración será depositada. El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el día uno del tercer mes siguiente al depósito de la declaración de aceptación". De todos modos y respecto del requisito "temporal" a que aludimos en relación con el art. 35, es dable mencionar que el propio Convenio en el art. 36, admite la posibilidad de que dos o varios Estados acuerden derogar tal disposición y, por lo tanto, que se aplique la Convención, entre ellos, incluso de modo retroactivo a su entrada en vigencia en aquellos Estados¹¹⁵

En el marco de la Convención Interamericana, el art. 37 expresa que ésta adquirirá vigencia internacional el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación, y para cada Estado ratificante o adherente, el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión. El estado de ratificaciones y adhesiones puede consultarse respectivamente en www.hcch.net y www.oas.org.

7.3. Características comunes de ambas Convenciones.

Generalmente las convenciones anteriormente enunciadas tienen características comunes entre ellas y al mismo tiempo distintivo lo que permite diferenciarla de los ordenamientos jurídicos internos como ser:

7.3.1. Procedimiento Autónomo:

Sin dudas, ésta es una de las ideas más novedosas y eficaces que introducen los regímenes convencionales, pues establece un proceso que no resulta identificable, dentro de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, a ningún otro

¹¹⁵Pérez Vera, Elisa, Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980", cit., pto. 145.

preexistente. Se trata de no sujetar el proceso a regulaciones locales sino a uniformar internacionalmente la vía por la que corresponde petitionar la restitución.

La importancia intrínseca, representada por la autonomía del procedimiento, se traduce en la concreción de un proceso único, con plazos semejantes, de objeto claramente circunscripto y con idénticos actores. Asimismo, el procedimiento se ve caracterizado por las notas de gratuidad, celeridad y ausencia de necesidad de legalización, lo que facilita el acceso al mismo, así como autoriza a superar los escollos que pudiesen residir en cualquier demora burocrática.

7.3.2. **Autoridades centrales:**

Se trata de un mecanismo de canalización de las peticiones de restitución, de índole unívoca, que permite un alto grado de agilidad en su tramitación. La libertad dejada a los Estados en cuanto a la elección de la naturaleza de la mentada autoridad, no empecé a la eficacia de su funcionamiento, habida cuenta de que lo que realmente interesa es la centralización de la vía y de su operador inmediato y no el carácter de la autoridad.

Como defensor de este sistema podemos encontrar a, Boggiano¹¹⁶ quien sostiene que la forma de hacer operativa el principio de cooperación internacional sería a través de la designación por cada país de una autoridad central que tenga por finalidad principal hacer cumplir los objetivos del tratado, facilitando las reuniones y acuerdos interjurisdiccionales de distintos magistrados nacionales bajo la superintendencia de la Cortes Supremas de Justicia de los estados miembros.

El régimen de autoridades centrales es, a nuestro modo de ver, un paso más en el sentido de la uniformidad del sistema de restitución que debe ser ponderado en su justa

¹¹⁶ Boggiano Antonio. "Introducción al derecho Internacional" Pag. 57 y ssgtes, Editorial La Ley- Buenos Aires-

medida, esto es, el primer capítulo en la creación y puesta en funcionamiento de un circuito rápido y eficiente de comunicación y operatividad de la restitución entre Estados.

7.3.3. **Bien jurídico tutelado**

Otro común denominador entre las convenciones aquí mencionadas es el bien jurídico tutelado, todas ellas hacen referencia al Interés Superior del Niño.

La normativa nacional e internacional así como la doctrina y la jurisprudencia cuando de regulaciones en materia de menores se trata han adoptado un sistema protectorio, tomando como punto de partida el interés superior del menor

La comunidad internacional sostiene que hay valores que atañen a la humanidad toda, sin distinción de raza, situación geográfica, historia, lengua, religión o nivel socio-económico. Por eso es necesario preservarlos allí donde son amenazados y restaurarlos en donde hayan sido violentados. Tal cúmulo de valores, pues, constituye ese orden jurídico ignorante de fronteras. En este sentido, y a guisa de principio orientador, cabe recordar que la Convención de Viena de 1969 sobre Los Derechos de los Tratados, establece que los estados miembros no pueden justificar el incumplimiento de un tratado con fundamento en base a disposiciones de su derecho interno¹¹⁷

Al referirse al tema Boggiano¹¹⁸ sostiene que debería implementarse como principio general el compromiso de los estados miembros de adoptar un sistema de derecho internacional privado respetuoso de la aplicación del derecho extranjero en sus territorios.

¹¹⁷ Convención de Viena de 1969, sobre Los Derechos de los Tratados Art 27 “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del cumplimiento de un tratado.” (En línea) Disponible en www.derhumanos.com.ar Última consulta 22/10/2011

¹¹⁸ Boggiano Antonio. “Introducción al derecho”, Pág.38 Editorial La ley- Buenos Aires

Nuestra Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado a favor de la obligatoriedad de las observancias de las normas internacionales por parte de los estados que ratificaron un tratado cuando los mismos contengan disposiciones concretas de los supuestos de hecho que se debaten, de manera que sea posible su aplicación inmediata¹¹⁹

7.3.4. Estado de residencia habitual:

La determinación de la residencia habitual entendida como el centro de vida del menor, que abarca el conjunto de elementos familiares, culturales, y afectivos, es de vital importancia porque es el elemento que determinará la competencia de los jueces¹²⁰

8. Elementos que tipifican la figura de sustracción de menores

8.1. Actos ilegítimos de apartamiento:

Como anteriormente hicieramos referencia el acto ilegítimo de apartamiento es abarcativo tanto de una sustracción como de una retención del niño, sin derecho a ello, que puede ser ejecutado por personas que, originalmente, haya tenido reconocido a su favor la atribución de desplazar al menor, luego puedan incurrir en tales conductas reprochables, por la sola mutación de la situación de hecho primigenia. Es decir que bien puede ocurrir que el acto sea inicialmente ilegítimo como que, habiendo nacido legítimo, pierda dicho carácter por obra u omisión del sujeto activo.¹²¹

¹¹⁹ Fallo Ekmekjian Miguel Ángel C/ Sofovich Gerardo – Buenos Aires – Julio 7 de 1992

¹²⁰ Mar Martín García “La sustracción de menores por sus padres. Editorial Tirant Llobregat 1ª edición- 09/2003, Convención de la Haya de 1980 (En línea) Disponible en www.iin.oea.org Última consulta 17/10/2009. la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño (En línea) Disponible en www.unicef.org. Boggiano, “Introducción al derecho Internacional” Pag. 57 y ss gtes, Editorial La Ley- Buenos Aires

¹²¹ Mar Martín García “La sustracción de menores por sus padres. Editorial Tirant Llobregat 1ª edición- 09/2003, Boggiano, “Introducción al derecho Internacional” Pag. 57 y ss gtes, Editorial La Ley- Buenos Aires

Importante es destacar que se ha ampliado notablemente el abanico de institutos susceptibles de ser vulnerados. Así, ya no sólo es dable hablar de la patria potestad o de la tutela, sino que, además, alcanza a la guarda en sentido lato, por lo que quedan comprendidas las más variadas modalidades tuitivas del menor, en tanto contengan la facultad de fijar el domicilio del niño¹²².

El concepto de marras es procesalmente útil a la hora de determinar la legitimación del reclamante.

8.2. **Conducta ilícita**

La determinación de la ilicitud de la conducta a efectos de solicitar la restitución de un niño constituye la llave que pondrá en marcha el mecanismo instaurado por las convenciones. Por ello, aunque la determinación de su contenido difiere en los textos internacionales en análisis, resulta de fundamental importancia conseguir la mayor uniformidad posible en su interpretación. Así, la Convención de La Haya establece en el art. 3 que para la configuración de la ilicitud se requerirá la presencia de un elemento jurídico y uno fáctico.

En este sentido, el Dr. Goicoechea ha sostenido la importancia de que el juez haga un esfuerzo por interpretar el caso teniendo en cuenta los aportes realizados por la doctrina y la jurisprudencia extranjera, dado que lo deseable es unificar internacionalmente la interpretación de todo convenio internacional, de manera que éste sea previsible, seguro y conocido por todos

Al respecto, el Dr. Boggiano asevera que cualquier declaración universalista meramente nacional sería abstracta sin una efectiva coordinación internacional. Por ello, a su juicio, el principio de efectividad no debe considerarse sólo como límite al

¹²²Convención de la Haya de 1980 (En línea) Disponible en www.iin.oea.org Última consulta 17/10/2011

principio de uniformidad, sino especialmente como su complemento necesario. El autor la denomina "la uniformidad efectiva", pues, de no haber efectividad en la solución uniforme, ésta no sería realizada¹²³

Por su parte, el Dr. Fernández Arroyo, afirma que los fundamentos actuales de la cooperación jurídica internacional no pueden cifrarse en la tradicional consideración de la obligación, más o menos natural, que tendrían los Estados de prestarse asistencia mutua. Según el mencionado autor, la actual internacionalización de la vida de las personas hace que los Estados deban ponerse de acuerdo para alcanzar mecanismos que permitan la protección de los intereses de aquéllas frente a las situaciones privadas internacionales. En definitiva, el derecho a ser tutelados judicialmente de manera efectiva va transformando en obligatorias las actitudes estatales otrora realizadas con una cierta espontaneidad¹²⁴

Se configura cuando se dan los siguientes elementos:

8.2 .A. Violación a una limitación geográfica impuesta por el tribunal

La modalidad de imponer una restricción geográfica al ejercicio del derecho de custodia o del derecho a mantener relaciones personales entre padres e hijos, es conocida en jurisprudencia extranjera y ha dado lugar a numerosas resoluciones por parte de los jueces argentinos. Se ha llegado incluso a preguntarse los tribunales al momento de decidir sobre el tema no incurren en un exceso de autoridad, al mantener el imperio sobre el niño en tanto se concluye el juicio de divorcio o separación, coartando en ocasiones el derecho de un adulto de entrar y salir de su propio territorio, de mudar de domicilio y de trabajar más allá de las fronteras.¹²⁵

¹²³ Boggiano, Antonio, "Derecho internacional privado...", cit., p. 30

¹²⁴ Fernández Arroyo, Diego P., "Derecho internacional privado...", cit., p. 71

¹²⁵ Mar Martín García "La sustracción de menores por sus padres. Editorial Tirant Llobançhe 1º edición- 09/2003 , Boggiano, "Introducción al derecho Internacional" Pág. 57 y cites, Editorial La Ley- Buenos Aires

Al momento de pronunciarse sobre el tema la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹²⁶ sala H, calificó como desplazamiento ilícito, la conducta de una madre que trajo a su hija a la Argentina desconociendo la orden impartida por un juez español, competente en el divorcio, de mantener la niña bajo la jurisdicción del tribunal hasta la decisión sobre la tenencia, ordenando el depósito de los pasaportes de ambos progenitores y el de la niña.

La misma sala¹²⁷ mantuvo igual criterio unos años más tarde al considerar ilícita la conducta del padre que había trasladado su hija a la República Argentina, en violación a una orden de arraigo dispuesta por un juez de menores de Santiago de Chile. Puesto que el juez competente de la residencia habitual había dispuesto que la niña no podía hacer abandono del país sin su autorización, en esta oportunidad el tribunal argentino consideró irrelevante averiguar si la madre había autorizado o no el viaje a la República Argentina que, de todos modos, no comprendía autorización para modificar el lugar de la residencia habitual de la niña dado que, en todo caso, la ilicitud consistía en desconocer la restricción del juzgado con competencia original.

8.2. B. Violación de acuerdos y autorizaciones.

La Convención de la Haya de 1980¹²⁸ establece que el derecho de custodia, cuya violación configura la conducta ilícita que justifica la demanda de restitución, puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado

¹²⁶ Cámara Nacional Civil, Sala H "A. L. A", de fecha 02/03/95, publicado en La Ley 1996-B-609 con nota de Sara Feldstein de Cárdenas y Victoria Basz. Puesto que la residencia habitual de la pequeña estaba en España, ese ordenamiento jurídico fue tomado como referencia por el juez argentino del Estado de refugio. La restricción geográfica emitida por el juez español, hizo que la conducta de quien ostentaba una tenencia provisoria se tornase ilícita a los ojos de la convención.

¹²⁷ Cám. Nac. Civil, Sala H, "M.V; M.L. c/ C. C.A.S S/ Mediadas Precautorias" Publicado en diario EL Derecho, de fecha 18/02/2004

¹²⁸ Art. 3, último párrafo, Convención de la Haya de 1980 (En línea) Disponible en www.iin.oea.org Última consulta 17/10/2009

En los países del common law¹²⁹ los compromisos informales que asumen los progenitores ante el tribunal, integran la decisión jurisdiccional y gozan, con ella, de fuerza ejecutoria¹³⁰

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil calificó ilícita la conducta de un padre, que violó un acuerdo formalizado ante un juez del Tribunal de Primera Instancia del Estado de Nueva York para el Condado de Kings¹³¹. Según tal acuerdo, los niños, que se hallaban bajo la custodia exclusiva de la madre, viajarían con ella a la República Argentina para tomar contacto con el padre y pasar con él la Pascua Judía. Cumplido este término, debían ser reintegrados a la madre para regresar con ella a su residencia habitual en Nueva York.

El acuerdo no fue cumplido por el padre, quien se negó a reintegrar sus hijos a la finalización de la estancia programada en la República Argentina. Entre los agravios que presentó impugnando la sentencia que ordenó la restitución inmediata, el padre sostuvo que los niños habían sido abandonados por la señora N.R.E. de D. en Ezeiza y que luego se integraron a la República Argentina. El tribunal de alzada no aceptó el argumento atento que la solicitud de restitución fue presentada por la madre en forma inmediata a la retención indebida y, por tanto, era irrelevante pretender probar la integración al nuevo medio durante el lapso de la retención ilícita¹³²

En el caso examinado, el acuerdo se había formalizado ante el juez extranjero y su violación configuró la conducta ilícita, todo ello con anterioridad a la decisión de otro juez norteamericano –miembro del mismo Tribunal que había intervenido en el

¹²⁹ Sobre los caracteres actuales del Common Law puede verse: Ghirardi Olsen A. "El common law de los Estados Unidos de Norteamérica (génesis y Evolución, (En Línea) Disponible en [www. Acader.unc.edu.ar](http://www.Acader.unc.edu.ar). Última consulta 05/10/2009

¹³⁰ En una importantísima conferencia el Dr. Hans Loon, Secretario General de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, ante la presencia de jueces de familia en la ciudad de Buenos Aires, el día 8 de junio de 2006, expuso la efectividad de procedimientos sencillos, como tomar juramento a un padre en presencia de la autoridad judicial y en forma previa a la salida del Estado de la residencia habitual del niño, a efecto de un período de ejercicio de relaciones personales en extraña jurisdicción.

¹³¹ Cám. Nac. Civ., Sala I, "E. de D., N.R. c/D., M.G. s/reintegro de hijo" de fecha 29/12/2004 publicado en *El Derecho*, diario del 13/5/05. Este conflicto dio lugar, asimismo, a la sentencia de la Cám. Nac. en lo Criminal y Correccional de la Capital, por su Sala VII, del 8/3/05 "D., M.G. s/sustracción de menores".

¹³² Dijo la Cámara: "...el aquerenciamiento de que hace mérito el recurrente no es motivo autónomo de oposición, salvo en el caso en que la restitución sea solicitada más allá del plazo de un año a que se refiere el art. 12 de la Convención, lo que no ocurrió en la especie".

acuerdo- de fecha 3 de septiembre de 2003, que declaró ilícita la retención de los niños y ordenó su inmediata restitución a los Estados Unidos de Norteamérica. Tal como hemos expuesto al presentar los esquemas de cooperación, no es esta última decisión la que se ejecuta en la República Argentina, sino que el juez argentino del Estado de refugio tiene la competencia para calificar de ilícita la conducta conforme al criterio de la Convención de La Haya de 1980 y tener la palabra final respecto del reintegro.

8.3. Inminente daño al menor

8.3. A. Estabilidad del ámbito vital

Ante la abrupta ruptura del ámbito convivencial del niño se presume una perturbación emocional que los tratados buscan restablecer de manera urgente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó en 1995¹³³ que el principio general establecido en la Convención de La Haya de 1980, que establece que “el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos...”¹³⁴. Debe ser interpretado teniendo en cuenta el interés superior del niño, y que esta 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.

El principio general de respeto por la estabilidad del ámbito vital del menor tiene excepciones que los tratados y jurisprudencia han receptado teniendo en cuenta el interés superior del niño excepciones, que a continuación haremos referencia

La Corte Suprema de Justicia ha interpretado que la obligación internacional de restituir un niño, debe estar fundado en dictámenes psicológicos o psiquiátricos, en la protección de derechos fundamentales como el derecho a la vida y en

¹³³ Fallo : Corte Suprema de Justicia de la Nación , causa “W. C.O – Buenos Aires 14 de junio de 1995

¹³⁴ Ver Art 13 Convención de la Haya (en línea) Disponible en www.iin.oea.org. Última consulta 12/12/2009

consideraciones que hacen al sentido común y al respeto por las relaciones familiares como aspecto que integra el derecho del niño a su identidad¹³⁵

8.3. B Excepciones

8.3. B. 1. Exposición a un peligro físico, psíquico

La Corte Suprema de Justicia al momento de expedirse sobre el tema ha aptado por realizar una interpretación restrictiva de las causales de oposición contemplada en la Convención de la Haya¹³⁶ y de la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de menores.¹³⁷

En el caso “W” fallado en diciembre de 2005, se consideró conveniente aceptar como válida las conclusiones emitidas por quien por su especialidad e inmediatez con el niño estaba mejor ubicado en cuanto a lo que se consideraba más conveniente para el niño en el caso concreto .

En el Caso S.A.G..A la corte acepto lo dictaminado por el Procurador General sustituto quien sostuvo que la recurrente no pudo demostrar con el grado certeza que es menester que la restitución de la menor pueda exponerla a un peligro físico o psíquico, En este marco el a quo ha sido razonable cuando entiende que su facultad para oponerse a la restitución requiere que el niño presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia de sus padres y que existe una situación delicada que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación del grupo convivencial.

¹³⁵ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, caso “S.L.I. v. A., E.A.” del 20/8/2004 publicado en *Revista de Derecho de Familia* N° 30, Pág. 231 y ss. con nota de Néstor E. Solari, “Un caso de restitución internacional de menores. Cuestiones sobre la residencia habitual”.

¹³⁶ Ver Art 13 Inc. de Convención de la Haya de 1980

¹³⁷ Convención interamericana sobre restitución de menores Art. 11 inc. b

Tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, han evitado incursionar sobre argumentos o apreciaciones propios de un juicio de tenencia, sin detenerse en apreciar las aptitudes de uno u otro progenitor para ejercer el cuidado del niño¹³⁸

6.3. B. 2Arraigo al nuevo medio.

Tras un desplazamiento o una retención ilícitos, la integración al nuevo medio no es motivo autónomo de oposición en la dinámica de los convenios, y ello no como castigo al progenitor que ha cometido la vía de hecho sino en exclusivo beneficio del niño, que en caso contrario estaría expuesto al riesgo de un constante desarraigo.

Quien reclama el regreso del niño, debe actuar con rapidez evitando la consolidación de la nueva situación, con daño a la estabilidad del menor. Por ello, los convenios internacionales establecen un plazo de un año¹³⁹ dentro del cual la presentación de la solicitud de restitución en el Estado de refugio suscita la obligación internacional de restituir.

Sin embargo, no debe interpretarse con la naturaleza de un plazo de caducidad¹⁴⁰, ya que la misma Convención de La Haya de 1980 en el párrafo segundo del Art. 12 establece que la autoridad administrativa o judicial, aun vencido el plazo a que hiciéramos referencia anteriormente ordenara la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

En un interesante caso fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones, sala I¹⁴¹ examinó un agravio del señor Asesor de Menores ante la cámara, relativo a los alcances

¹³⁸ Ver, en este sentido, el considerando VII del fallo de la Cám. Nac. Civil, Sala I, 29/12/2004 “E. de D.”, publicado en *El Derecho*, diario del 13/5/2005.

¹³⁹ La Convención de la Haya el plazo de un año es contado a partir del acto ilícito; En la Convención Interamericana a partir del momento en que el desposeído toma conocimiento de dónde se encuentra el niño.

¹⁴⁰ Arcagni José Carlos, “La Convención de La Haya...” en *La Ley 1995-D*-Pág. 1024.

¹⁴¹ Cám. Nac. Civil, Sala I, caso “S.Z.A.A.” del 14/9/1995, publicado en *El Derecho*, tomo 165- Mar Martín García “La sustracción de menores por sus padres. Editorial Tirant Loblanchc 1º edición- 09/2003, Boggiano, “Introducción al derecho Internacional” Pág. 57 y sgtes, Editorial La Ley- Buenos Aires

de un pedido de restitución por vía exclusivamente administrativa presentado luego de un año del establecimiento del niño A. y de su madre en la República Argentina. El tribunal de alzada ponderó que el pedido había arribado al Estado requerido por fax el 12 de abril de 2004, en tanto el traslado indebido a la República Argentina había ocurrido el 5 de mayo de 2003. La sentencia desestimo el pedido de rechazo del requerimiento de restitución fundado en la proximidad del plazo de vencimiento, invocado por la progenitora, agregando que aun vencido el plazo deberá ordenarse el retorno del menor, salvo que se haya integrado en su nuevo medio, apreciación que deberá hacer el juez de menores y familia según lo que más convienen al interés del menor

La misma Cámara, Sala E, ha dictado un reciente fallo¹⁴², en el que ponderó como circunstancia relevante el hecho demostrado de que, desde la fecha del traslado del niño por su madre desde Colombia a este país, hasta el momento en que el padre presentó el pedido de restitución, había transcurrido más de un año. En esas condiciones, el tribunal examinó el informe psicológico y social –que revelaba la integración del niño a su colegio y a un club deportivo-, así como las conclusiones de la entrevista llevada a cabo por la Defensoría de Menores, de la que resultaba la afectuosa convivencia del menor con su madre, su medio hermana, el esposo de su madre y los padres de este último, los que conformaban el grupo familiar del niño. La cámara negó la restitución, teniendo en cuenta la integración de M.A. a sumedio familiar y social, donde se encontraba perfectamente contenido.

Pág. 499/531.

¹⁴² Cám. Nac. Civil, Sala E, “B. S M. A. c. B. S. A.A. s/medidas precautorias” del 7/12/2005, publicado en *El Derecho*, diario del 30 de enero de 2006.

La Cámara con fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴³ estableció que la decisión fue adoptada teniendo en cuenta el interés superior del niño sin que ello signifique premiar a la autora de una conducta indebida.

En los años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la República Argentina, la jurisprudencia ha avanzado en una mayor conciencia respecto de la importancia de que el juez tome contacto personal y escuche al niño¹⁴⁴

En la actualidad existe la posibilidad concreta de seguir una audiencia que se lleva a cabo en el extranjero por videoconferencia, aporte tecnológico que favorece la inmediatez entre el niño, la autoridad competente y ambos progenitores.

9. Cooperación Internacional y Sustracción de Menores.

Bajo el amparo de la Conferencia de La Haya de 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores adoptada en Montevideo el 15 de julio de 1989, las comunicaciones judiciales directas pueden, sin duda, acelerar los procesos para su tramitación de forma urgente, conducir a acuerdos entre las partes, ayudar a remover obstáculos para el retorno y asegurar éste en las mejores condiciones de efectividad. Bajo el Convenio de 19 de octubre de 1996,¹⁴⁵ Sobre Responsabilidad Parental y Protección de los Niños, cabe incluso la colaboración en orden a transferir el conocimiento de un caso a un tribunal mejor situado para conocer del mismo en función del prevalente interés del menor.

¹⁴³ Ver Art 3 Convención de los derechos del Niño

¹⁴⁴ En este sentido, ver Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sentencia del 9/2/05 *in re* "B. de S., D. contra T.E. s/exhorto", especialmente voto del Dr. Pettigiani. Sobre el derecho constitucional del niño a ser oído, ver: Gil Domínguez Andrés, Fama Victoria, Herrera Marisa, Derecho Constitucional de Familia, obra citada en nota 3, tomo 1, especialmente Pág. 569/589.

¹⁴⁵ Argentina no es parte.

10. Redes Judiciales

Las redes de cooperación internacional están surgiendo como estructuras nacionales e internacionales con el preferente objetivo de lograr la mejora de la asistencia judicial internacional. También las redes de información contribuyen a dicha labor. De hecho, el Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de menores por uno de sus padres tiene como objetivo específico la puesta en práctica de la Red Interamericana de información y cooperación sobre la sustracción Internacional de Menores y desarrollar una red Interamericana de información y cooperación (REDIC)¹⁴⁶ con relación a la prevención y restitución de casos de sustracción internacional de menores. Son múltiples los motivos o condicionantes que justifican la existencia y desarrollo de las Redes de cooperación internacional. Se ha apreciado una considerable crecida del volumen de la cooperación judicial internacional, debido al fenómeno de la globalización, con lo que aumentan los procesos judiciales con presencia de elementos extranjeros. No hay límites geográficos para la operatividad de las redes de cooperación internacional. Es importante recalcar que el fenómeno de las redes, cuyo objetivo es la colaboración internacional, está ampliándose a distintos niveles y en ámbitos geográficos distintos.

En el cuarto encuentro anual de la Red europea civil y mercantil que tuvo lugar en Bruselas el 13 de diciembre de 2005, por ejemplo, se debatió el funcionamiento de tal red y las perspectivas de futuro. Fue objeto de análisis el cómo involucrar más a los jueces nacionales en el funcionamiento de la red, como conseguir una mejor distribución y análisis de los casos reales planteados y resueltos por la Red, cómo mejorar la Web de la red y como abrir la Red hipotéticamente a otras profesiones jurídicas relacionadas con la administración de justicia. Igualmente se debatió qué tipo

¹⁴⁶ (En línea) Disponible en <http://www.iin.oea.org/sim/pdf/programa.pdf>

de relación debía establecerse con otras redes como por ejemplo la red europea de escuelas judiciales o la red de Presidentes de Cortes Supremas de la Unión Europea. A escala europea se han creado distintas estructuras dirigidas a facilitar y coordinar el auxilio judicial internacional: En materia civil, la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil¹⁴⁷ (Redes Judiciales de Cooperación Eurojust). En materia penal y civil y dentro del ámbito Iberoamericano la Red Judicial Iberoamericana de Cooperación Judicial (Iber.Red).

11. Jueces de Enlace y Comunicaciones Judiciales Internacionales Directas.

Sobre esta materia, es de consulta obligada el documento preliminar 8 y su anexo elaborados por Philippe Lortie, para la Quinta Reunión de la Comisión especial respecto del funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 que se celebró en La Haya del 30 de octubre al 9 de noviembre de 2006. La idea de creación de una red internacional de jueces de enlace consta propuesta ya por vez primera en el seminario de De Ruwenberg en 1998 por el magistrado Lord Mathew Thorpe, y desde entonces se ha ido trabajando en este proyecto en diversos seminarios y conferencias internacionales llegándose a recoger las siguientes conclusiones y recomendaciones: Garantizar la cooperación reconociendo que la relación entre los jueces y las Autoridades centrales puede presentarse en formas diferentes. Animando a las Autoridades centrales a facilitar las comunicaciones judiciales directas. Alentando a la actuación conjunta y coordinada entre los jueces de enlace y las autoridades centrales.

Se reconoce que el funcionamiento efectivo del Convenio de La Haya de 1980 depende de la cooperación estrecha entre los Jueces y las Autoridades centrales, a niveles nacional e internacional. Reuniones en las que participan jueces y Autoridades

¹⁴⁷ (En línea) Disponible en http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/

centrales, a niveles nacional, bilateral o multilateral, constituyen un elemento importante para fortalecer esta confianza y pueden ayudar a intercambiar informaciones, ideas y buenas prácticas.

La Dra. Graciela Tagle, juez de enlace de la Provincia de Córdoba, República Argentina, señaló que los jueces de enlace sirven como canal de comunicación entre: a) Autoridad Central; b) Jueces dentro de la jurisdicción; c) jueces extranjeros.¹⁴⁸

El objetivo de los jueces de enlace, es facilitar la comunicación y cooperación entre jueces a nivel internacional y ayudar a asegurar la operatoria, llevando a cabo, su actuación a nivel interno e internacional. Asesoran a colegas, capacitan a magistrados, transmiten conclusiones de reuniones de expertos, colaboran estrechamente con la Autoridad Central, alientan a los jueces nacionales a participar en comunicaciones judiciales directas con jueces extranjeros, contribuyen con la base de datos INCADAT, obtienen información de novedades de la Conferencia de La Haya. Los jueces de enlace realizan tareas académicas, reseñan jurisprudencia y conforman una red nacional. Esta se lanzó en octubre de 2008, con jueces especialistas que prestan colaboración a jueces que tengan que resolver una restitución o régimen de visitas.

12. Seminarios Judiciales y el Boletín de los Jueces

Las reuniones de los jueces de diferentes jurisdicciones mejoraran el entendimiento internacional, promueven la cooperación judicial y ayudan a difundir prácticas y precedentes útiles a través de las jurisdicciones. La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya debe continuar permaneciendo activa en esta área, promoviendo asistencia en donde sea requerida, apoyando el desarrollo de la cooperación judicial y comunicaciones, tanto en lo general como en el contexto de casos

¹⁴⁸Ley modelo sobre sustracción internacional de menores.
(En línea). Disponible en <http://institutointernacionalprivado.blogspot.com.ar/2009/11/ley-modelo-sobre-sustraccion.html>

individuales en los que sea requerido y continuar la publicación del Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional de Menores.

13. **Incatat**

Con relación al desarrollo de una base de datos sobre el Convenio de La Haya de 1980, trabajaron conjuntamente la Oficina Permanente con el apoyo del Gobierno Canadiense y la WorldReach Software Corporation. La Oficina Permanente en cooperación con los Estados Contratantes y las Autoridades Centrales continúan con esta línea de trabajo. La Conferencia de La Haya creó la base de datos sobre la sustracción internacional de niños (Incatat), que permite acceder a decisiones destacadas sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores, así como también otras decisiones relevantes sobre sustracción internacional de niños. La base se actualiza en forma permanente y es utilizada constantemente por jueces, autoridades centrales, abogados, investigadores, y también cuenta con una sección relativa a la jurisprudencia de la Convención Interamericana. Puede accederse a la base en www.incatat.com.

14. **Guías de Buenas Prácticas**

En el marco de la Conferencia de La Haya, es dable mencionar la persistente labor de la Oficina Permanente, que ha dado a luz las "Guías de buenas prácticas", que a la fecha cuentan con 4 partes en relación con la práctica de las autoridades centrales, las medidas de ejecución y preventivas, y la ejecución propiamente dicha. Todas destinadas a la aplicación, la interpretación y el mejor rendimiento del texto convencional. También este prestigioso organismo cuenta con el trabajo realizado por las Comisiones Especiales sobre el funcionamiento práctico del Convenio que brindan informes, conclusiones y recomendaciones a los mismos fines, y otras publicaciones periódicas,

como "El boletín de los jueces sobre la protección internacional del niño", que permite a los magistrados transmitir y difundir sus experiencias. Todos estos documentos se encuentran disponibles en www.hcch.net.

15. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN)¹⁴⁹

Asimismo, en el ámbito americano resulta destacable la labor del Instituto Interamericano, puesto que es un organismo especializado de la Organización de Estados Americanos (OEA), que se ha encargado de promover el estudio de los temas relativos a la niñez, la adolescencia y la familia en las Américas, de generar instrumentos técnicos que ayuden a solucionar los problemas que los afectan y a prevenirlos. En este marco, se ha desarrollado el Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres, que fuera aprobado por resolución de la XXXIV Asamblea General de la OEA 2004 AG/res. 2028/XXXIV/O/04, cuyo propósito fundamental es fortalecer la cooperación entre los Estados americanos, alentándolos y asistiéndolos a tomar acciones concretas dirigidas a evitar que se produzcan situaciones de sustracción internacional de niños por uno de sus padres y a adoptar medidas eficaces para la pronta restitución de los menores sustraídos o ilícitamente retenidos a su país de residencia habitual, y no se vean vulnerados los derechos de visita, custodia o guarda. La Dra. Najurieta ha sostenido que la cooperación jurisdiccional internacional atinente a los niños no es neutra, sino que tiene por finalidad garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. Según la autora, para lograr este objetivo, los Estados facultan a sus autoridades para crear una trama destinada a lograr mayor respeto a la dignidad del niño como sujeto de derechos, mediante la comunicación y la solidaridad, aplicando a estos

¹⁴⁹(En línea) Disponible en <http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml>

fines el acervo formado durante años de cooperación procesal internacional¹⁵⁰ Así, hay ejemplos que demuestran que existen fórmulas nuevas o soluciones comunes a todo el corpus convencional: 1. La potenciación de la mediación, por ejemplo, en los litigios familiares internacionales; 2. La instauración de definiciones autónomas dirigidas a evitar interpretaciones divergentes o nacionalistas entre los Estados parte; 3. La incorporación, en diferentes etapas del iter convencional, de una serie de formularios modelo o estándar que simplifican la aplicación convencional, suprimiendo formalidades y costes; y 4. El establecimiento de órganos de seguimiento de los convenios que tienen doble función: contribuir a la interpretación y aplicación uniforme del convenio, y además mejorar, progresivamente, el funcionamiento convencional. No obstante lo anterior, cabe subrayar la existencia, por otra parte, de sombras en el sistema convencional, tanto dogmático como pragmático¹⁵¹. En ese sentido, como decimos, nos encontramos con obstáculos de voluntad política o simplemente obstáculos formales tales como la ausencia de ratificación de dichos convenios motivados por razones varias como puede ser el insistir, desafortunadamente, en las diferencias entre sistemas jurídicos que interactúan. En relación a la redacción, el mayor obstáculo es la consecución de un compromiso entre los Estados participantes en su elaboración, además de la incorporación de reservas que pueden poner en peligro la universalidad de un convenio determinado. Por último, y en conexión con lo anterior, en cuanto al proceso de aplicación convencional, la última sombra estructural enunciada, hay que destacar, en primer término, la necesidad de divulgar e informar sobre la existencia y funcionamiento de estos convenios en el que hay que comenzar por sus aplicadores, los

¹⁵⁰Najurieta, María S., "Cooperación jurisdiccional internacional en conflictos relativos a los niños (desplazamientos y retenciones ilícitos, obstáculos al mantenimiento de relaciones personales con los progenitores, cobro de alimentos)", presentado en las VI Jornadas de Derecho Internacional Privado dedicadas a la memoria del Dr. Alberto J. Pardo, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Internacional, del 4 al 5/8/2006, Mendoza, especialmente p. 5, en www.aadi.org.ar.

¹⁵¹ En relación a las ventajas y desventajas que presenta la normativa convencional, véase los comentarios vertidos en González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, "Capítulo primero. Derecho internacional privado. Disposiciones generales", en González Martín, Nuria (coord.) Lecciones..., cit., nota 1, p. 23. Concretamente, se marcan como ventajas convencionales, la unificación del derecho en los distintos Estados, así como la calidad técnica de los mismos, al estar realizados por expertos en la materia sobre la que versa dicho instrumento; por el contrario, entre las desventajas se marcan su anclaje a una realidad que se desfasa con facilidad, así como la confusión y complejidad que a veces se genera respecto a su compatibilidad.

órganos jurisdiccional¹⁵² y, por otra parte, incidir en su redacción que afecta de manera paralela a su aplicación, es decir, el recurso convencional a las excepciones de orden público o las denominadas "cláusulas de salvaguardia", recursos que son "sumamente peligrosos en su aplicación judicial, utilizables desde un punto de vista nacionalista, y que vienen restando eficacia a la obra convencional".

Además de todo ello, no se debe dejar de atender la problemática que se derivan de la multiplicidad de instrumentos jurídicos que abordan, en apariencia, un mismo tema, es decir, podemos estar en presencia de una diversidad de instrumentos internacionales en relación a un mismo tema, lo que puede dar lugar a un solapamiento de materias. Por regla general, pueden cubrir diferentes parcelas materiales, pero no es extraño encontrarse situaciones reguladas por varios instrumentos internacionales. No olvidemos, como acabamos de señalar, que el desconocimiento de la diversidad de dichos instrumentos puede provocar conflictos e inseguridad jurídica derivados de los propios aplicadores de la normativa convencional internacional.¹⁵³

16. **Responsabilidad del Estado**

Queremos manifestar que la firma y posterior ratificación de convenios internacionales por los países, da lugar a compromisos internacionales que no se pueden

151 La oficina del secretario general de la Organización de Estados Americanos (OEA) afirma que una vez aprobada una norma interamericana, la Organización muchas veces se ha desentendido de ella limitándose a la función de mera depositaria de las firmas y ratificaciones. "El derecho en un nuevo orden interamericano", Oficina del Secretario General, Washington, D. C., febrero de 1996, pp. 12, 62-64, citado por Siqueiros, José Luis, "El desarrollo del derecho internacional privado en el ámbito interamericano", en Comité Jurídico Interamericano, Curso de derecho internacional, XXV, 1998, Washington, Secretaría a General, 1999, p. 47. La difusión de los instrumentos aprobados debe suponer un mayor énfasis en la publicación y distribución de sus textos, en el conocimiento actualizado de sus estados de vigencia, etcétera. Muchos abogados en ejercicio, que en el curso de un litigio invocan la existencia de una Convención a favor de los intereses de su cliente, se sorprenden cuando la autoridad judicial manifiesta su desconocimiento sobre la existencia del instrumento (aun cuando la misma haya sido ya promulgada y publicada en el diario o periódico oficial).

153 No es fácil identificar el convenio que resulte aplicable en un caso concreto, además de que ante una diversidad de convenciones, en principio aplicables al caso, ¿cuál se debe de aplicar?, y de ahí para solventar la cuestión habría que verificar las cláusulas de compatibilidad incorporadas en los respectivos convenios en conflicto, que tal y como expone García Cano "por su vaguedad, no suministran criterios claros y definitivos",

eludir e incumplir. En este orden de ideas, señalamos que el incumplimiento o errónea aplicación de los cuerpos convencionales genera responsabilidad internacional.¹⁵⁴

Haremos una descripción somera de las conclusiones de Mariana Herz¹⁵⁵ en su trabajo *Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las Convenciones*. Sostenemos el mismo criterio de la autora mencionada, que son los órganos internacionales los encargados de custodiar el respeto por los derechos fundamentales incluidos el derecho a la vida familiar y al contacto parental, iluminados por el interés superior del niño, niña o adolescente y el papel que se acuerda a instrumentos específicos de derechos humanos que tratan parcialmente la protección de dichos derechos restitutorios.

La jurisprudencia que se va consolidando ayuda a desarrollar un cuerpo orgánico de decisiones que aceleran la depuración que persigue INCADAT¹⁵⁶ y permite fijar estándares internacionales de tratamiento. Sintetizaremos a continuación las obligaciones asumidas por los Estados y cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso acarrearán responsabilidad. En primer término podemos señalar al deber de celeridad que impone que todas las etapas del proceso restitutorio se cumplan rápidamente, sin demoras que no puedan justificarse respetando el plazo de 6 semanas que establece la Convención de La Haya de 1980 (CLH80). Este deber es considerado un estándar internacional de tratamiento exigible, inclusive en supuestos en que el

154 En este sentido nos parece acertado transcribir la experiencia española mencionada por la profesora Vargas Gómez-Urrutia. En este sentido afirma: "España fue exhortada en 1987 para que tomara sin demora medidas internas apropiadas con el fin de que se dieran a su autoridad central y a las autoridades judiciales y administrativas, los poderes necesarios y los medios adecuados para el cumplimiento del convenio. Se llegó incluso a considerar la posibilidad de exigir responsabilidad internacional al Estado español por incumplimiento del convenio. Las razones esgrimidas por los Estados miembros se referían fundamentalmente al transcurso excesivamente largo de los plazos para todo tipo de tramitación; el insuficiente cuidado en la forma de cumplimentar los trámites e incluso de presentar los datos; a que los casos no se resolvían, y sólo en un caso se había producido efectivamente la devolución en término de seis semanas; a la utilización de una vía incorrecta, por parte de las autoridades españolas, fruto de una interpretación errónea del artículo 14 del convenio que condujo a la utilización del procedimiento de exequátur". Cfr. Vargas Gómez-Urrutia, M., "El interés del menor como principio inspirado en el derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho Privado*, México, año 10, núm. 28, 1999, p. 118.

155 <http://www.reei.org/index.php/revista/num15/articulos/responsabilidad-estado-incumplimiento-convenciones-sobre-restitucion-internacional-ninos-ninas-adolescentes-proposito-jurisprudencia-corte-europea-derechos-humanos>. Mariana Herz. *Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las convenciones sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes*. A propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

¹⁵⁶ <http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&lng=3>

CLH80 no resulta aplicable¹⁵⁷ Debemos mencionar que los particulares pueden coadyuvar al Estado, pero su inacción no debe afectar la adopción de todas aquellas medidas tendientes al cumplimiento de los fines de las convenciones. El Estado no debe esperar que el peticionante impulse el proceso ni que solicite o requiera medidas que sus autoridades puedan adoptar. Tampoco recae sobre él el deber de informar de la existencia de un proceso restitutorio que obstaculice el pronunciamiento sobre la custodia (art.16 CLH80)

La falta de previsión de medidas apropiadas en el sistema legislativo local no sirve como causal exculpatoria y es un deber del Estado el dotarse de las herramientas jurídicas aptas para el mejor cumplimiento de sus obligaciones internacionales.¹⁵⁸ La protección de la vida familiar y el derecho al contacto involucran la defensa de las relaciones paterno filiales del padre que ostenta la custodia tanto como del titular de un derecho de visitas. El accionar del Estado ha de ser efectivo, adecuado y rápido en ambos casos. Las excepciones a la restitución previstas en los tratados se justifican sólo cuando el Estado que las aplica no ha sido el artífice de las circunstancias extraordinarias a que refieren, sea por acción u omisión.¹⁵⁹ La adopción de medidas coactivas es admisible en tanto razonable y proporcionada, a la luz del interés superior del niño. Cuando se ejerce sobre el padre conviviente, se justifica como reacción frente al quebrantamiento persistente de las órdenes legales que le imponen el deber de cooperar en la restitución. En la interpretación y aplicación del CLH80 tienen un papel destacado los propósitos enunciados en el preámbulo, el informe Pérez Vera y la práctica común de los Estados. Esta afirmación es muy interesante para contrastar con otros casos en donde las interpretaciones de los tribunales nacionales se han apartado de

¹⁵⁷ Ver el asunto Bajrami contra Albania decidido por la CEDH el 12 de diciembre de 2006 en que se eleva al art. 11 CLH80 al nivel de Standard internacional de protección que es exigible aún por los Estados no signatarios del CLH80 para cumplir con el art8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁵⁸ http://www.ciberjure.com.pe/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4518 Argentina: Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las Convenciones. Mariana Herz

¹⁵⁹ (En línea). Disponible en www.reei.org/index.php/revista/num15/archivos/MarianaHerz.pdf -

las fuentes interpretativas citadas recurriendo a otras, como ocurrió en el caso Croll¹⁶⁰ El reiterado incumplimiento no solo puede tener repercusiones en el plano diplomático sino, lo que es mucho más grave, puede perjudicar a los progenitores residentes en el Estado infractor puesto que las autoridades de los otros Estados Parte del CLH80 pueden sentirse tentadas a no librar órdenes de restitución de niños a dicho país e inclusive esto puede imponerse como una política de Estado¹⁶¹ así lo sostiene Mariana Herz¹⁶² Sus textos son claros y pueden servir como criterios interpretativos para otros órganos jurisdiccionales y orientativos del accionar de los operadores implicados en los procesos.

17. Nuevo método de reglamentación: La Ley Modelo

El convenio es la vía usual, pero quizás la más rígida, de ahí que haya surgido un nuevo método de reglamentación, la ley modelo, que simplemente trata de servir de ejemplo orientativo a los legisladores nacionales¹⁶³

De manera tangencial, debemos expresar que la codificación del Derecho Internacional Privado, a nivel nacional, tal y como la expone el profesor Siqueiros¹⁶⁴, a través de una ley especial parece ser una solución viable y tal vez óptima para los regímenes de derecho unitario que así solucionan las posibles dispersiones y falta de armonización en sus espacios internos, adecuando la nueva reglamentación a las

¹⁶⁰ En este caso, el tribunal recurrió a los diccionarios *Webster* y *Black* para construir la calificación de "custodia". Un comentario crítico puede verse en HERZ, M. "Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores", E.D., 14.11.2006, apartado 3, p.2

¹⁶¹ Esto estuvo a punto de ocurrir durante el 2000 en Estados Unidos a consecuencia de la negativa constante de Austria, Alemania y Suecia para restituir niños a dicho país. En concreto, el Congreso dictó una resolución exigiendo el pleno respeto a los términos de la convención y denunciando a los países mencionados y el gobierno inició investigaciones para determinar dichas irregularidades. - 162 Herz Mariana. Argentina responsabilidad del Estado por incumplimiento de las convenciones. (En línea). Disponible en http://www.ciberjure.com.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=4518&Itemid=9. Última consulta 3-05-2012

¹⁶³ Por ejemplo, los tratados multilaterales son muy difíciles de concertar y operar; además, sus resultados en el ámbito de la unificación del derecho son poco satisfactorios; por consiguiente, se diseñan formas alternativas de alcanzar ese objetivo, una de ellas podría ser la creación de leyes modelos, un método al que se ha recurrido con fines de unificación interna dentro del Commonwealth británico, y, en particular, en los Estados Unidos de América. Zweigert, Honrad y Kötz, Hein, Introducción al derecho comparado, México, Oxford University Press, 2001, colección de Estudios Jurídicos, pp. 27, 29 y ss.; Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, "La cooperación internacional como objeto del derecho internacional privado", Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1991, p. 187

¹⁶⁴ González Martín Nuria. La Conferencia especializada interamericana de derecho internacional privado y la modernización del derecho internacional privado latinoamericano. ¿Un cambio en el iter convencional hacia la ley modelo? (En línea). Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt21.htm>

corrientes más modernas en el derecho convencional, y adoptadas en foros regionales y universales abocadas a esta temática.¹⁶⁵ No obstante, en los países cuyo derecho interno no permite la unificación nacional, las vías hacia la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado tendrán que ser distintos, y en buena medida corresponderá a los profesores y especialistas en esta disciplina el ir marcando las rutas para tales objetivos¹⁶⁶ Se observa de este modo un cambio en el *modus operandi* de la CIDIP el cual va de la utilización de técnicas de codificación rígidas, tal y como la denominamos, a técnicas de codificación "blandas".¹⁶⁷ Cambio que puede venir motivado por los defectos congénitos que los instrumentos convencionales presentan y que pueden llegar a ser superados por otros instrumentos que igualmente persiguen y consiguen la unificación del derecho. En este sentido, encontramos las leyes modelo que vienen a representar un instrumento que supera las deficiencias mencionadas respecto a los instrumentos convencionales.

Al enumerar las características de las leyes modelo tenemos:

1) Como lo sostiene Nuria González Martín¹⁶⁸ la ley modelo, elaborada por expertos, de igual calidad técnica que las convenciones, se incorporan y positivizan en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados como parte de su normativa autónoma, común. De esta forma, el cambio y evolución que llegan a representar estos instrumentos mejoran las expectativas y la calidad "de vida" de las convenciones.

2) Sostenemos, en este orden de ideas, que una ley modelo no requiere ratificación por parte de los Estados interesados; ni un número determinado de ratificaciones para que ésta entre en juego. En este sentido, estos instrumentos tienen el

¹⁶⁵Son diversas las instituciones nacionales e internacionales que han sido creadas con el objeto de promover los estudios comparativos, así como la codificación y armonización del derecho, aspectos reflejados en sus estatutos, así, por ejemplo, tenemos, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral), las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP)

¹⁶⁶Siqueiros, José Luis, "Actualización de la metodología en la enseñanza iusprivatista", *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 29, 1999, p. 476.

¹⁶⁷FernándezArroyo, Diego P., "La CIDIP VI...". nota 42, p. 170.

¹⁶⁸Doctora en derecho por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Investigadora titular definitiva de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Directora del Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias.

propósito de ser tenidos en cuenta a la hora de modificar y/o legislar sobre una determinada materia.

3) Se originan como soft law¹⁶⁹ para su eventual aceptación e incorporación por aquellos Estados que gusten y quieran.¹⁷⁰

4) Además, su anclaje a una realidad superada es más difícil desde que el Poder Legislativo de cada uno de los Estados que decidieron acogerla puede introducirle tantas modificaciones como estime oportunas, y en el momento en que crea que es conveniente por no responder a las necesidades que impone la actualidad. Lo anterior no requiere de consenso ni de mayorías, ni propicia responsabilidad internacional.

18. Conclusiones

El Derecho Internacional Privado, a través de diferentes convenios, crea instrumentos e instituciones que concretan y uniformizan su aplicación, haciendo que el juez, a la hora de defender el interés del niño, pueda invocar el compromiso internacional adoptado por su país.

De aquí se deducen dos importantes consecuencias. La primera es la importancia de dar a conocer el contenido de estos convenios para poder ir delimitando en qué consiste el interés superior del niño, que abarca tanto las necesidades básicas como la regulación de determinadas instituciones, próximas a sus progenitores o, en su defecto, a personas que los tutelen y que les den unas pautas morales y emocionales esenciales para el desarrollo de su personalidad.

La segunda es propiciar un marco uniforme en la aplicación de estos convenios que permita concretar el contenido de ese Principio, creando valores universales.

¹⁶⁹ Expresión doctrinal que hace referencia a un método normativo seguido tradicionalmente en Derecho Internacional Privado.

¹⁷⁰ González Martín Nuria. La Conferencia especializada interamericana de derecho internacional privado y la modernización del derecho internacional privado latinoamericano. ¿Un cambio en el iter convencional hacia la ley modelo? (En línea). Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt21.htm>.

Queremos manifestar que la firma y posterior ratificación de convenios internacionales por los países, genera compromisos internacionales que no se pueden incumplirse. Cuando no se cumple o se aplica erróneamente los cuerpos convencionales se genera responsabilidad internacional.

En la actualidad está surgiendo un nuevo método de reglamentación, la ley modelo, que simplemente trata de servir de ejemplo orientativo a los legisladores nacionales; especialmente en el diseño de un Modelo de Procedimiento”.

Capítulo III

EL MARCO EXTRA CONVENCIONAL Y LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Relaciones bilaterales entre países de tradición islámica y países pertenecientes a sistemas occidentales 3. Caso Gabriela Arias Uriburu. 3.1 Hechos. 3.2. Análisis del caso. 4. “Convención entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Democrática Argelina relativa a los niños de parejas mixtas separadas franco-argelinas 5. Japón y la Sustracción Internacional de menores. 5.1 Introducción. 5.2 Derechos de Visita en Japón. 5.3. Sustracción de menores a Japón. 5.4. Localizando niños. 5.5. Soluciones propuestas para los derechos de los Niños en Japón. 6. Derecho Comparado. Gran Bretaña. 6.1 Cuestiones de Política en casos de Sustracción de Menores fuera del Convenio, aplicados por el Tribunal de Apelaciones y la Cámara de Los Loes. 6.2. Análisis Jurisprudenciales. 6.2.1. Hechos. 6.2.2. Fallo. 6.2.3. Cuestiones Legales. 6.2. 3.1. Asuntos fuera del Convenio. 6.3. Caso fuera del Convenio Estado requirente Sudán y el Estado requerido Reino Unido Inglaterra y Gales. 6.3.1. Hechos 6.3.2. Fallo 6.3. 3. Cuestiones Legales. 6.3. 3.1. Asuntos fuera del Convenio. 7. Conclusiones.

El marco extraconvencional y la Sustracción Internacional de Menores

1. Introducción.

Cuando los menores sustraídos no tienen residencia habitual en un Estado de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores o son ilícitamente sustraídos hacia Estados fuera del ámbito de la misma o retenidos en ellos, la respuesta legal variará considerablemente según la jurisdicción que entienda en el caso.

Se han concluido acuerdos regionales y bilaterales, que ofrecen recursos generales y, en ciertas circunstancias, muy específicos luego de la sustracción de un menor. En algunos Estados ha habido una evolución de una respuesta de *common law* altamente desarrollada a los casos de sustracción de menores fuera del ámbito del Convenio de La Haya¹⁷¹

Asimismo, se han celebrado reuniones de jueces y encargados de diseñar políticas públicas tanto a nivel regional como bilateral, que han redundado en declaraciones de buenas prácticas y memorandos de entendimiento con respecto al tratamiento de casos de sustracción de menores fuera del ámbito del Convenio de La Haya.

La Oficina Permanente de la conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, debe continuar el trabajo que ha comenzado en relación al desarrollo de la cooperación entre los Estados Islámicos y otros Estados para resolver problemas de sustracción de menores y derecho de visita transfronterizo, incluyendo el análisis y revisión de varios convenios bilaterales y arreglos existentes, así como la exploración del potencial de un enfoque multilateral, incluyendo como uno de los instrumentos el uso de los Convenios de La Haya existentes.

¹⁷¹Sección fuera del Ámbito del Convenio de La Haya (En línea) Disponible en www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&id=5&lng=3 Última consulta 23/05/2012

Cuando estamos ante países de destino que no son partes en tratados o convenciones referidos al tema en cuestión, debe realizar toda la labor jurídica y procesal la parte y de acuerdo a las normas procesales y de derecho interno foráneas.

No en todos los estados existe la posibilidad de "exequátur", no en todos ellos rigen sistemas jurídicos con filosofías del derecho conciliable, y es en estos casos, en donde se hace más terriblemente patente la soledad de las víctimas y la dureza de la situación. Aquí la intervención, la ayuda, la mediación, la tutela de las autoridades diplomáticas, son las únicas capaces de mantener la ilusión de seguir adelante.

Cada cultura tiene su filosofía y tiene sus normas; en muchos países de tradición jurídica no occidental están incrustadas en lo esencial de su conciencia de pueblo y como factor de unidad total y de solidaridad familiar amplia, y cada uno considera que la suya es mejor que la otra o al menos igual. Se trata también a veces de sistemas que tiene en cuenta la religión de una persona para aplicar la norma o en donde el sistema de custodia de menores varía en atención al sexo o la edad de los niños, o en los que prevalece la figura paterna frente a la materna. La experiencia indica que con tiempo, y en media de una año y medio o dos años de litigio o negociación, es posible recuperar niños aplicando el derecho del país de destino y con sus propios tribunales y proceder a su ejecución y a solventar los tramites fronterizos de salidas¹⁷²

¹⁷² Carvajal Adolfo Alfonso. Secuestro Interparenteral de Menores. (En línea) Disponible en <http://issuu.com/irelaaleman/docs/4-el-secuestro-interparental-de-menores-en-los-mat>. Última consulta 16/05/2012

2. Relaciones bilaterales entre países de tradición islámica y países pertenecientes a sistemas occidentales.¹⁷³

Para la problemática de esta situación recurrimos al análisis de las VI Jornadas de Derecho Internacional Privado, de la Asociación Argentina de Derecho Internacional Privado. El problema se presenta en tanto los Estados de tradición islámica conciben “el interés superior del niño” sobre la base de nociones de parentesco y de relaciones paterno-filiales muy diferentes a las concepciones de sistemas occidentales que priorizan la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos progenitores y ven al niño como sujeto de derecho, que goza de autonomía incluso frente a sus padres. En el modelo de tipo occidental, aun cuando hoy difícilmente podamos identificar la supervivencia de modelos tradicionales de familia, existe un marcado predominio por mantener o recomponer la relación entre padres e hijos, salvo casos de verdadera excepcionalidad. Difícilmente una decisión administrativa o judicial no intente agotar todas las posibilidades antes de sustituir al progenitor por la “familia ampliada”¹⁷⁴

En caso de matrimonio entre un hombre de religión islámica y una mujer originaria de país no musulmán, el estatuto personal del niño se rige por la ley del padre (que le da la nacionalidad y la religión)¹⁷⁵. La primacía del derecho musulmán es garantizada, en caso de conflicto familiar, por el rechazo a la aplicación de toda ley extranjera y, en el supuesto en que haya intervenido una autoridad extranjera, por el

¹⁷⁴ En este sentido, es sumamente interesante el caso “V”, iniciado por los abuelos y tíos maternos ante el Juzgado Civil y comercial n° 14 de Lomas de Zamora. El juez constató que el padre, nacional griego, marino de profesión, que había aparecido intermitentemente en la vida de sus dos hijos hasta el momento de la muerte de la madre, no debía ser privado de la responsabilidad parental y organizó un período de adaptación en la República Argentina, con prohibición de salida del país, con asistencia de los pequeños a su escuela habitual y mantenimiento de los lazos con abuelos, tíos y primos, en tanto recomponían la relación con su padre. Los dos niños fueron desplazados por el progenitor a la ciudad de Atenas, donde el juez se consideró con competencia exclusiva por ser el juez de la nacionalidad de los menores y rechazó una orden de reintegro dictada por el juez de Lomas de Zamora. El caso finalizó en el marco de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, con la decisión de la Corte de Apelaciones de Atenas del 26/5/1998 que negó la restitución reclamada por los tíos maternos. La Autoridad Central argentina designada para ese instrumento de cooperación internacional, organizó el mantenimiento de la relación personal entre los niños y los abuelos y tíos maternos, en aplicación del art. 21 del citado convenio.

¹⁷⁵ En la hipótesis de una mujer musulmana casada en el extranjero con un hombre no musulmán, el matrimonio no es válido según el derecho del Estado de tradición islámica.

rechazo de todo reconocimiento y consiguiente ejecución de una decisión decretada en esas condiciones, siempre que la solución no sea coincidente con la del Corán.¹⁷⁶

Esa diferencia en los principios fundadores del sistema normativo familiar conlleva la imposibilidad de obtener la ratificación o la adhesión de los países de tradición islámica a las convenciones multilaterales relativas al derecho de custodia o a restituciones frente a desplazamientos o retenciones ilícitas. No obstante, los Estados occidentales con fuerte inmigración de personas de tradición musulmana han elaborado instrumentos bilaterales de cooperación que se limitan a objetivos muy concretos: por ejemplo, asegurar que el niño sea trasladado periódicamente a visitar a su “familia ampliada” en el país islámico y garantizar jurídica y diplomáticamente que el niño sea restituido al país de su residencia habitual al término de la visita.

3. Caso Gabriela Arias Uriburu

3.1 Hechos

La historia comenzó el 10 de diciembre 1997, cuando el ex esposo de Gabriela Arias Uriburu, Imad Shaban, secuestró a sus tres pequeños hijos que residían en Guatemala y los trasladó ilegalmente a Jordania.

Cuando sucedió esto no existía ningún organismo que se encargara de estos temas y luego de estudiar exhaustivamente leyes, tratados, historia y fundamentos filosóficos y antropológicos para buscar el ¿por qué? del secuestro, Gabriela Arias Uriburu decidió crear la Fundación Niños Unidos para el Mundo.

Es así como se convirtió en la única ONG en Latinoamérica en tratar la sustracción internacional de menores y la primera en el mundo en abordar el tema de la

¹⁷⁶Asociación Argentina de Derecho Internacional VI Jornadas de Derecho Internacional Privado. Dedicadas al Profesor Doctor Alberto Juan Pardo. Cooperación Internacional en conflictos relativos a los niños. Desplazamientos y retenciones ilícitas, obstáculos al mantenimiento de relaciones personales con los progenitores, cobro de alimentos. Relatora: María Susana Najurieta

restitución y revinculación familiar, con el niño en carácter de persona primordial en un desarrollo interdisciplinario que une lo jurídico con lo psicofísico y espiritual del niño.

Durante los siguientes cinco años de labor, Foundchild¹⁷⁷ logró crecer en todas las dimensiones, personales e institucionales viéndose comprometidos en una tarea tan delicada como la que despliega; pudiendo crear jurisprudencia, documentos, (desarrollo en red para la prevención, leyes y tratamiento integral para toda la familia) y desarrollar idiosincrasias de labor, inéditos y revolucionarios, porque transforman el orden social y jurídico del mundo para proteger la presente sociedad multicultural.

En el año 2003, el Dr. Carlos Antonio Romano, juez del Tribunal de Familia N° 1, del Departamento Judicial de Morón, quien colaboraba en la Fundación Niños Unidos para el Mundo, profesor de Teología y Derecho Canónico, fue designado embajador para cuestiones de Estado por la Cancillería argentina y viajó a Jordania a fin de intentar que se celebrara un acuerdo de visitas internacional, que sirviera para este caso y cualquier otro similar que pudiera presentarse.

En Jordania, se reunió con el Ministro de Gobierno y las máximas autoridades de la Sharia.¹⁷⁸ El acuerdo tenía como premisa la de priorizar el interés superior del niño por sobre el de los padres. La reunión no tuvo éxito, las autoridades jordanas se mostraron cerradas ante la posibilidad de una solución para el caso y entonces, el Dr. Romano les manifestó que de mantenerse en una posición intransigente debería denunciar a Jordania por incumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto hizo que las autoridades jordanas reaccionaran favorablemente, tanto que el presidente de la Suprema Corte de Amman, estuvo de acuerdo con los planteamientos

¹⁷⁷ Foundchild. (En línea). Disponible en <http://www.foundchild.org.ar/> Última consulta 18/05/2009

¹⁷⁸ Sharia al Islamiya (transliterado del árabe شريعة إسلامية "vía o senda del Islam", hispanizado charia -aparece muy frecuentemente como sharía-) es el cuerpo de Derecho islámico. Constituye un código detallado de conducta, en el que se incluyen también las normas relativas a los modos del culto, los criterios de la moral y de la vida, las cosas permitidas o prohibidas, las reglas separadoras entre el bien y el mal. En los medios occidentales se la identifica como ley musulmana o ley islámica, aunque su identificación con la religión es matizable: aunque están el Islam, no es un dogma ni algo indiscutible (como pudiera serlo el texto del Corán), sino objeto de interpretación.

que se le acercaron. Sólo era necesario organizar una comisión bipartita entre Argentina y Jordania para redactar formalmente el convenio bilateral.

A su regreso, había sido elegido como Presidente de la Nación el Dr. Néstor Kirchner, quien renovó el nombramiento del Dr. Romano. Lamentablemente, las autoridades argentinas no designaron a una comisión para que trabajara con el convenio, de modo que cuando el Dr. Romano, volvió a Jordania, las autoridades jordanas lo esperaban con un modelo de acuerdo traducido al castellano tal como desde aquí se lo habían solicitado pero él no tenía nada que entregarles.

El Juez de Jueces, Al-Tamimi le pidió al Dr. Romano que le enviase el convenio traducido al árabe para poder avanzar lo antes posible en la solución del conflicto, comprometiéndose a mostrarle el borrador al Rey Abdullah II. Al regresar al país, el Dr. Romano proyectó un segundo convenio, pero como la primera vez que viajó, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, le inició un nuevo sumario, prohibiéndole que volviera a viajar a Jordania. Dado que Al-Tamimi confiaba en el Dr. Romano y sólo deseaba reunirse con él para concretar el acuerdo y que las autoridades argentinas no colaboraron en nada para que esto se lograra, el convenio no pudo ser.

Analizaremos el caso emblemático, Shaban- Arias Uriburu, con sus aspectos iusprivatistas internacionales, que marcó el comienzo de una nueva historia entre el mundo musulmán y occidente, ya que gracias al rumbo jurídico-político que tomó, el acuerdo bilateral que no llegó a firmarse, en la práctica fue aplicado por Al-Tamimi, quien actuó como mediador en casos de sustracción internacional o retención internacional de niños entre Jordania y otros países, especialmente europeos.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Foundchild. (En línea). Disponible en <http://www.foundchild.org.ar/>

3.2. Análisis del caso.

Para estudiar este caso recurrimos a la Dra. María Andrea Esparza (Profesora de Derecho Internacional Privado en la Cátedra de la Dra. Sara Feldstein de Cárdenas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires).¹⁸⁰

Aquí se trata de una relación jurídica con varios elementos ostensibles extraños al derecho local, guatemalteco y jordano, dado que los dos países se consideraron con jurisdicción internacional para entender en el tema, por lo tanto para ambos Estados la relación jurídica contiene elementos extraños a su legislación, tales como: primer lugar de celebración del matrimonio: Guatemala; lugar de segunda celebración del matrimonio: Jordania; domicilio conyugal: Guatemala; lugar de residencia habitual de los niños: Guatemala; traslado ilícito de los niños desde Guatemala a Jordania; último domicilio conyugal: Guatemala; ley de la nacionalidad: jordana; primera sentencia de tenencia de hijos: Guatemala; segunda sentencia de tenencia de hijos: Jordania. A su vez, el interés comprometido es sin ningún lugar a dudas un interés privado y se trató de resolver un conflicto de leyes y de jurisdicciones. También surgen en el caso problemas de Derecho Internacional Privado, como fraude a la ley, auxilio judicial internacional, reconocimiento de sentencia extranjera, orden público internacional y un problema de jerarquía de fuentes. Desde Guatemala se solicitó vía exhorto que Jordania restituyera de inmediato a los niños a su país de residencia habitual, solicitando a su vez el reconocimiento de la sentencia guatemalteca por la cual se le otorgaba la tenencia a la madre, sin embargo al no existir ningún Tratado multinacional ni bilateral entre Guatemala y Jordania, ésta no prestó auxilio judicial ni reconoció la sentencia dictada en Guatemala, entendemos entre otros motivos, que por considerarla atentatoria de su orden público internacional. Tanto Jordania como Guatemala ratificaron la Convención

¹⁸⁰El caso Shaban Arias Uriburu: 3ª parte¿Cómo se aplicó la ley de la nacionalidad en el caso Shabn Arias Uriburu? (En línea) Disponible en <http://institutointernacionalprivado.blogspot.com.ar/2009/06/el-caso-shaban-arias-uriburu-3-parte.html>. Última consulta 24/05/2012

sobre los Derechos del Niño, que en su art. 11 inc. 1º dispone: “ Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención de niños en el extranjero”.

4. “Convención entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Democrática Argelina relativa a los niños de parejas mixtas separadas franco-argelinas”¹⁸¹

Esta Convención instauro una Autoridad Central en cada uno de los Estados, el Ministerio de Justicia, con funciones de localizar a los niños, organizar los encuentros, proporcionar informes sobre la situación socio-ambiental del niño e, incluso, favorecer acuerdos amigables entre las partes. La originalidad del instrumento consiste en combinar: a) una regla de jurisdicción internacional para asuntos relacionados con el convenio, a favor del juez del “domicilio conyugal”, entendido como lugar de la vida familiar en común¹⁸²; b) la obligación de que toda decisión en materia de custodia abarque de manera inescindible el derecho del progenitor no conviviente de mantener relaciones personales y regulares con su hijo más allá de las fronteras del estado del juez que decide; y c) la posibilidad de obtener el “exequátur inmediato” de la decisión judicial relativa al ejercicio de la visita, dictada por la autoridad competente, a fin de que, si el niño no es restituido a la expiración del período fijado, no se puedan oponer razones fundadas en el orden público ni dilaciones procesales y se cuente con ejecución garantizada por la Autoridad Central o por el Procurador de la República.

¹⁸¹ Se trata de niños binacionales, de madre francesa y padre argelino, cuya guarda –antes de la vigencia de esta convención– era decidida por el juez francés del domicilio de los cónyuges anterior a la separación, a favor de la madre, admitiendo sólo algunas veces un derecho de visita a favor del padre, pero unido a una “restricción geográfica”, es decir, con la obligación de ejercer ese derecho en el territorio francés, sin posibilidad alguna de que el niño realizara una visita a Argelia. Quienes tomaron la decisión política de este convenio del 21 de junio de 1988, tuvieron en cuenta la “doble pertenencia” del niño a las dos culturas.

¹⁸² Una de las limitaciones del tratado es la comprensión de “niños nacidos en matrimonio”, con total exclusión de los niños nacidos fuera de una relación matrimonial. No obstante, los países han procurado establecer otro tipo de canales no convencionales para atender estas situaciones. Así, entre Francia y Argelia existe un documento anterior: el intercambio de notas franco-argelino relativo a la cooperación y al auxilio judicial –efectivo en Francia por el decreto 80/774 del 1/10/80– que se aplica a niños no matrimoniales, niños adoptivos y a niños cuyos padres son ambos franceses o ambos argelinos.

Ese “exequátur” parcial, que sólo se refiere a la parte de la sentencia relativa al derecho de visita, no es un trámite automático o que se obtiene de oficio, sino que necesita ser solicitado por el padre interesado. No se contemplan causales de rechazo ni de suspensión de la ejecución.

La Convención contempla una única excepción: cuando se encuentre en peligro la salud física y/o moral del niño. En ese supuesto, el juez competente deberá adaptar las modalidades del ejercicio del derecho de visita, tomando como consideración primordial el interés superior del niño (art. 6, tercer párrafo).

Este convenio bilateral, como otros de similares características, tiene efectos preventivos respecto de los desplazamientos y de las retenciones ilícitas pues abre vías prácticas para gozar de relaciones personales y continuas entre hijos y padres, superando los principios incompatibles de las respectivas culturas.

5. Japón y la Sustracción Internacional de menores

5.1 Introducción.

Existe un número creciente de ciudadanos del mundo que ven a Japón no solo como una sociedad altamente educada y armoniosa, sino como un paraíso para padres que sustraen a sus hijos. Uno de los padres viviendo en el extranjero, sabe que si él o ella sustraen a su hijo y se lo lleva a Japón, tendrá acceso a un sistema judicial que se rehúsa a respetar y aplicar órdenes de una corte extranjera. El único recurso son los Tribunales Familiares Japoneses.

Los procesos judiciales locales toman años, las decisiones están sesgadas hacia los padres no japoneses, y las órdenes emitidas por una corte familiar son virtualmente inaplicables si el padre infractor decide no cooperar. No es sorprendente que Japón se niegue a ratificar la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro

Internacional de Menores; de hacerlo requeriría leyes para implementarla, y por lo tanto se generarían cambios significativos en todo el sistema del Tribunal Familiar.

5.2 Derechos de Visita en Japón

En Japón el padre japonés que posee la custodia, generalmente niega las visitas al otro padre teniendo a su favor, que los tribunales judiciales, ni tampoco la policía velarán para que la orden de visita sea acatada. Los padres extranjeros son discriminados en los tribunales familiares, la custodia prácticamente se otorga siempre al padre japonés.

Asimismo las leyes migratorias japonesas no otorgan visa a padres extranjeros con niños en Japón para que puedan vivir y trabajar legalmente en ese país.

5.3 Sustracción de menores a Japón.

Japón no cuenta con el marco legal que permite la implementación de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores

Existen muchos casos de padres no japoneses con la custodia legal de sus hijos en otro país, cuyos hijos han sido sustraídos por el padre japonés a Japón. Una vez que esto sucede, los tribunales japoneses no reconocen estas custodias u órdenes. No reconocen órdenes de arresto por sustracción infantil de otros países, ni de la Interpol. El padre puede intentar dar seguimiento a esto en un tribunal japonés, pero los casos que van a la corte en Japón pueden tomar años. Aún después de varios años, el argumento final termina siendo que el niño ya se ha acostumbrado a Japón, por lo que no debe ser sacado de ese país. Como resultado, algunos japoneses se sienten con la libertad de sustraer a sus hijos y llevarlos de inmediato a Japón donde saben que estarán

protegidos de cualquier ataque legal que pueda venir del padre /madre extranjero que tiene la custodia legal en otro país.

5.4. Localizando niños.

Un padre no japonés puede toparse con muchas trabas y obstáculos tratando de encontrar a su hijo si este fue sustraído y oculto en Japón. La policía dirá que es un “asunto de familia” y no hará un reporte de “persona perdida” como se haría normalmente en otros países. Las escuelas, oficinas gubernamentales locales, Ministerio de Salud, tampoco proveerán información a padres no japoneses, refiriéndose a los “derechos de privacidad” del menor. Haciendo las cosas aún más complicadas, el padre secuestrador comúnmente se registra a sí mismo y a sus hijos con nombres y direcciones falsas. Los investigadores privados no tienen licencia para operar en Japón, y hay algunos que se enriquecen a partir de estos padres que desesperadamente buscan a sus hijos, dándoles falsas esperanzas mas no resultados. Los padres pueden fácilmente pasar varios años haciendo cuanto pueden y gastando muchos miles de dólares en la búsqueda de sus hijos en Japón sin encontrarlos jamás.

5.5. Soluciones propuestas para los Derechos de los Niños en Japón¹⁸³

Children's Rights Network¹⁸⁴ en Japón solicita las siguientes acciones al gobierno Japonés, con el fin de restaurar los derechos de los niños. Ayudar en la localización de niños sustraídos o extraviados de padres no japoneses viviendo dentro de fronteras japonesas. Debería requerirse a la policía japonesa que reporte inmediatamente e investigue activamente los incidentes de niños perdidos que les sean reportados. Todas las agencias e instituciones japonesas deberían estar legalmente

¹⁸³ (En línea). Disponible en <http://www.crnjapan.com/es/index.html>. Última consulta 10 /10/2009

¹⁸⁴ La Red de Información sobre los Derechos del Niño (cuyas siglas en inglés son CRIN) es una red mundial que se encarga de divulgar información sobre la Convención sobre los Derechos del Niño a niveles nacional, regional e internacional para organizaciones no gubernamentales (ONG), agencias de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales (IGO), instituciones educativas y otros expertos en derechos del niño. La Unidad de Coordinación tiene su sede en Londres, Reino Unido.

obligadas a proveer la información completa sobre el paradero y bienestar de los niños de padres que o poseen la custodia u que no son japoneses.

Establecer Centros de “Cielo Seguro”, que permita el contacto regular y directo entre los niños y sus padres marginados que no poseen la custodia, para que esto se lleve a cabo en una forma positiva, humana, y expedita a través de este Centro de “cielo seguro”. Este programa especial se modelaría con base en los centros que el Consejo para los Derechos de los Niños ha implementado en los Estados Unidos. Estos centros incluyen locaciones neutrales, ambientadas para los niños, no amenazantes en sitios como iglesias, centros comunitarios o escuelas, y no escenarios incómodos y estresantes como estaciones de policía, edificios de la corte, u oficinas de abogados. Sólo un padre estaría con el menor al mismo tiempo, y la transferencia entre los padres estaría supervisada por terceras partes neutrales, especialmente entrenadas y calificadas.

Crear una categoría de visa para padres de un niño japonés. Esto permitiría al padre sin la custodia solicitar permisos de visita adecuados, y hacer realmente uso de estos. También permitiría al padre sin la custodia la posibilidad de luchar y defenderse en un tribunal japonés. Esto también eliminaría la necesidad para que un padre no japonés considere secuestrar al niño fuera de Japón. Esto haría que el padre japonés se sintiera menos amenazado, ya que aunque se fuese a separar del padre japonés, el padre/madre japonés podría quedarse en Japón.

Entrada en vigor de leyes requiriendo órdenes de los tribunales para permisos de visita entre padres e hijos. La responsabilidad de asegurar visitas regulares es una consecuencia directa de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que fue ratificada en su totalidad por Japón el 22 de mayo de 1994. El artículo 9 de este tratado obliga a Japón a “Respetar el derecho del niño que es separado de uno o ambos padres a mantener contacto personal con ambos padres regularmente.”

Firma y ratificación de la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños.

Hacer cumplir los permisos de visita. La responsabilidad de asegurar visitas regulares es una consecuencia directa de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que fue ratificada en su totalidad por Japón el 22 de mayo de 1994. . El artículo 9 de este tratado obliga a Japón a “Respetar el derecho del niño que es separado de uno o ambos padres a mantener contacto personal con ambos padres regularmente.” No debería tomar meses o años de apelaciones tras apelaciones en el tribunal japonés para que se hagan cumplir los regímenes de visita con un padre no cooperativo. Japón no tiene la provisión de “desacato al tribunal” como el sistema en los Estados Unidos cuando un padre no cumple con una orden de visitas. Se requiere de un mecanismo similar que obligue a que se cumpla.

Reconocer las órdenes de custodia de niños extranjeros, que haga expedito el proceso en los tribunales para la custodia de niños extranjeros cuando han sido removidos de su hogar en el extranjero. La situación debe ser rectificadada adhiriéndose a la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños.

Decretar una ley de custodia conjunta. Un plan de “cuidado parental compartido” acordado entre ambos padres debería convertirse en un requerimiento obligado para todos los divorcios que involucren niños o cualquier acuerdo de custodia.

Revisar las demandas por prejuicio racial en las órdenes del tribunal. El Ministerio Japonés de Justicia debería emitir pautas instruyendo a los jueces a adecuarse a leyes y tratados anti discriminación apropiados, como la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y al Artículo 14 de la Constitución Japonesa.

6. Derecho Comparado –Gran Bretaña.

Para estudiar este punto recurrimos a la base de datos INCADAT¹⁸⁵ donde están desarrollados fallos del Tribunal de apelaciones y de la Cámara de Los Lores de Gran Bretaña.

6.1 Cuestiones de Política en casos de Sustracción de Menores fuera del Convenio, aplicados por el Tribunal de Apelaciones y la Cámara de Los Lores.

Cuando un progenitor pretende la restitución de un menor fuera del ámbito del Convenio de la Haya u otro instrumento internacional o regional, el tribunal que entiende en la causa deberá decidir cómo equilibrar los intereses del menor con la política internacional general de combatir el traslado ilícito y la no restitución de menores en el extranjero (Art. 11(1) CDN de la ONU 1990).

Los tribunales de apelaciones han luchado por llegar a un acuerdo respecto del equilibrio adecuado que debe lograrse. El Tribunal de Apelaciones adoptó una interpretación internacionalista favoreciendo un enfoque reflejado en el del Convenio de la Haya¹⁸⁶ Sin embargo, en un caso precedente¹⁸⁷, no se expidió una orden de restitución, ya que había preocupaciones respecto de si el sistema jurídico de la jurisdicción extranjera podría actuar a fin de resguardar el interés superior del menor. Un factor en ese caso era que la madre sustractora, que era británica, no tendría derecho a reubicarse fuera del Estado de residencia habitual del menor excepto que contara con el consentimiento del padre.

¹⁸⁵ (En línea) Disponible en <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=589&lng=3&sl=3> .Última consulta 26/05/2012

¹⁸⁶ Re E. (Abduction: Non-Convention Country) [1999] 2 FLR 642 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 589 Re J. (Child Returned Abroad: Human Rights) [2004] EWCA Civ. 417, [2004] 2 FLR 85 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 586].

¹⁸⁷ Re J.A. (Child Abduction: Non-Convention Country) [1998] 1 FLR 231 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 588]

La Cámara de los Lores estableció expresamente en 188 que el enfoque preferible era el del Tribunal de Apelaciones en 189. La Cámara de los Lores sostuvo que el fundamento del Convenio de la Haya implicaba necesariamente que el Estado de refugio podría - en algunas ocasiones - tener que hacer algo que no resguardara el interés superior del menor involucrado. Los Estados parte habían aceptado esta desventaja para algunos menores en particular en aras de una mayor ventaja para los menores en general. Sin embargo, no había ninguna garantía, ni en la ley ni en la doctrina, para que los principios del Convenio de la Haya se extendieran a países que no eran partes del Convenio. En un caso fuera del Convenio el tribunal debe actuar de conformidad con el bienestar del menor. Aunque no existiera una 'presunción fuerte' a favor de la restitución sobre la base de los hechos de un caso particular, una restitución sumaria bien podría ser en pos del interés superior del menor.

Se puede observar que en¹⁹⁰ la sentencia de un juez de primera instancia que se sintió obligado a desechar su orden de restitución original a la luz, entre otros, del fallo en *Re M.* fue revocada. El Tribunal de Apelaciones, sin embargo, no comentó el fallo de la Cámara de los Lores y el caso se concentró ostensiblemente en la existencia de nuevas pruebas, apuntando al carácter inevitable de la deportación de la madre.

Un caso de inmigración en torno del traslado ilícito de un menor de un país fuera del Convenio, la Cámara de los Lores resolvió que la restitución llevaría a una violación del derecho a la vida familiar del menor y su madre en virtud del Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Sin embargo, cabe destacar que, en los hechos, la única 'vida familiar' del menor era con su madre, puesto que el padre no había tenido ningún contacto con el menor desde la fecha de su nacimiento. La mayoría de la sala (4:1) sostuvo que el carácter discriminatorio del derecho de familia libanés,

188 *En Re J. (A Child) (Return to Foreign Jurisdiction: Convention Rights)* [2005] UKHL 40, [2006] 1 AC 80, [Cita INCADAT: HC/E/UKe 801]

189 *Re J.A. (Child Abduction: Non-Convention Country)* [1998] 1 FLR 231 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 588].

190 *Re F. (Children) (Abduction: Removal Outside Jurisdiction)* [2008] EWCA Civ. 854, [2008] 2 F.L.R. 1649 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 982]

que habría llevado a que el cuidado del menor se trasladara automáticamente de la madre al padre, cuando el menor cumpliera 7 años, no habría redundado en una violación del CEDH.¹⁹¹

6.2. Análisis Jurisprudenciales.

6.2.1. Hechos

El Estado requirente era Arabia Saudita y el Estado requerido era Reino Unido - Inglaterra y Gales, el proceso se relacionaba con un niño pequeño nacido en abril de 2000. Su padre era de Arabia Saudita y su madre tenía doble nacionalidad, británica y árabe. El hogar familiar se encontraba en Arabia Saudita. Los padres se separaron y se divorciaron en el año 2001, pero reanudaron la cohabitación ese mismo año y a principios del año 2002, se casaron nuevamente. En julio de 2002, la madre se llevó al menor a Inglaterra con el consentimiento del padre. Luego se inscribió en un curso de un año para obtener un Master en Londres. El padre estuvo de acuerdo y permitió que el menor se quedara. En mayo de 2003, la madre inició un proceso de divorcio en Inglaterra. El padre solicitó una orden para la restitución del menor a Arabia Saudita. El 31 de octubre de 2003, la Family Division of the High Court (Sala de Familia del Tribunal Superior) rechazó la solicitud presentada por el padre. El padre apeló¹⁹²

6.2.2. Fallo

Se otorgó la apelación y se ordenó la restitución; habiéndose considerado el bienestar del menor, las objeciones de la madre y la política que se debe aplicar en casos de sustracción fuera del Convenio, el tribunal ordenó la restitución del menor a Arabia Saudita.

¹⁹¹ 1 A.C. 1198 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 994

¹⁹² Re J. (A child) (Return to foreign jurisdiction: convention rights) [2004] EWCA Civ 417 Referencia INCADAT HC/E/UKe 586

6.2.3. Cuestiones Legales

6.2.3.1. Asuntos fuera del Convenio

El juez de primera instancia declaró que en un caso fuera del Convenio la consideración primordial era el bienestar del menor. Además observó que este era un menor saudita, que creció en el sistema de Arabia Saudita al cual la madre se había dedicado por completo y que en la ausencia de otros factores sería fundamental para su bienestar ser restituido allí para que se decida su futuro conforme a las normas de su propia sociedad.

Sin embargo, el equilibrio de las consideraciones en materia de bienestar se vio afectado por una declaración de la madre de maltrato sexual por parte del padre. El juez de primera instancia estaba lo suficientemente preocupado ya que esto sería utilizado en el tribunal de Sharia para destruir la relación de dependencia ente entre F y su madre por lo tanto rechazó emitir la orden de restitución.

El Court of Appeal (Tribunal de Apelaciones) resolvió que el juez de primera instancia se había equivocado en darle importancia indebida a ese asunto, aceptando, que no estaba sustentado por ningún hecho y sumado a una supuesta crítica respecto de la capacidad del sistema judicial de Arabia Saudita para proteger a la madre de falsos testimonios y ocuparse apropiadamente de los alegatos verdaderos.

El Court of Appeal (Tribunal de Apelaciones) trató varias cuestiones: consideró si el juez de primera instancia había actuado de manera incompatible con los derechos de la madre conforme a ECHR (Convención Europea de Derechos Humanos). Concluyó que el hecho de que la madre pudiera experimentar en Arabia Saudita lo que en Inglaterra sería considerado incumplimiento de sus derechos conforme a los artículos 8,6 y 14 del ECHR (Convención Europea de Derechos Humanos) el English Court (Tribunal inglés) no determinó incumplimiento de esos artículos si este ordenó la restitución del menor a Arabia Saudita.

Como conclusión, el Court of Appeal (Tribunal de Apelaciones) señaló que la consecuencia lógica del caso de la madre sería que el menor no retornara nunca a una jurisdicción en la que ambos padres, conforme a los preceptos ingleses, no tengan derechos parentales iguales, y acceso igualitario a un sistema legal que los tribunales ingleses llaman justicia. Agregó que los tribunales ingleses fueron astutos en reconocer que existieron muchos sistemas legales alternativos legítimos en los que se abordó la cuestión de custodia de menores, de manera ajena al precepto inglés de igualdad de los derechos parentales, y que no abarcó el criterio inglés para resolver cuestiones de residencia y contacto. Por lo tanto, no le correspondía a los tribunales ingleses rechazar la restitución de los menores a ninguna de dichas jurisdicciones, a menos que algún factor muy relevante en la ecuación del bienestar fuera contrario al mejor interés de los niños al hacerlo. El Tribunal señaló, sin embargo, que las diferentes consideraciones se aplicarían en el caso en el que las únicas conexiones de la madre con Arabia Saudita posteriores al matrimonio Saudita y con residencia en ese país durante la cohabitación conyugal.

Haremos un breve resumen cronológico del caso expuesto anteriormente para avocarnos al fallo de la Cámara de los Lores. En julio de 2002, la madre llevó al menor a Inglaterra con el consentimiento del padre. Luego se inscribió en un curso de un año para obtener un Máster en Londres. El padre estuvo de acuerdo con esto y permitió que se quedara el menor. En mayo de 2003, la madre inició un proceso de divorcio en Inglaterra. El padre solicitó una orden para que el menor fuera restituido a Arabia Saudita. El 31 de octubre de 2003, la Family Division of the High Court (Sala de Familia del Tribunal Superior) rechazó la solicitud presentada por el padre. El padre presentó una apelación. El 2 de abril de 2004, el Court of Appeal (Tribunal de Apelaciones) (Inglaterra y Gales) hizo lugar a la apelación y ordenó la restitución del menor luego de haber considerado los mejores intereses del mismo, las objeciones de la

madre y la política que se debe aplicar en casos de sustracción fuera del Convenio. A la madre se le otorgó la autorización de apelar ante la House of Lords (Cámara de los Lores). El fallo de la House of Lords: Apelación permitida y restitución denegada; sus fundamentos fueron en que el Court of Appeal (Tribunal de Apelaciones) se había equivocado al interferir con el ejercicio de las atribuciones del juez de primera instancia (trial judge), si bien este último, influenciado por fallos de apelación recientes, había aplicado en forma demasiado estricta un test para evaluar si dictar o no una orden de restitución. La House of Lords (Cámara de los Lores) aclaró el enfoque que se debía adoptar con respecto a casos de sustracción de menores fuera del Convenio de La Haya¹⁹³

6.3. Caso fuera del Convenio¹⁹⁴. Estado requirente Sudán y el Estado requerido Reino Unido - Inglaterra y Gales

6.3.1. Hechos

La solicitud consistía en que tres menores sudaneses fueron llevados al Reino Unido por su madre y su padrastro en mayo de 1999. Apenas llegaron, la madre solicitó asilo. Su solicitud se basaba en el hecho que le había sido privado el derecho de ver a sus hijos cuando ella lo deseaba. Se programó una audiencia para su decisión en octubre de 1999. Habiéndose divorciado, el padre de los menores, se volvió a casar, la madre no tenía el derecho de custodia de los menores conforme a las leyes aplicables en Sudán. Un tribunal le otorgó la custodia a la abuela materna en el año 1995, pero debido a sus subsecuentes impedimentos para cuidarlos, la custodia pasó a la abuela paterna. El padre solicitó la restitución de los menores conforme a normas fuera del Convenio. En

¹⁹³ Casos y fuentes referidas

¹⁹⁴ Re E. (Abduction: Non-Convention Country) [1999] 2 FLR 642 Referencia INCADAT HC/E/UKe 589

junio de 1999 la Family Division of the High Court (Sala de Familia del Tribunal Superior) ordenó la restitución de los menores. La madre apeló.

6.3.2. **Fallo**

La apelación fue rechazada y la restitución ordenada; para beneficio de los menores, se dictó la restitución de los mismos a Sudán.

6.3.3. **Cuestiones Legales**

6.3.3.1. **Asuntos fuera del Convenio**

La madre argumentó que el juez de primera instancia se había equivocado al solicitar la restitución de los menores ya que conforme a las leyes de Shaira, los separaría de ambos padres. Buscando respaldo en una decisión anterior del Court of Appeal (Tribunal de Apelaciones) en¹⁹⁵ argumentó que la orden de restitución debería ser revocada basándose en que el sistema de Sudán era desfavorable para el bienestar de los menores. El tribunal señaló que lo primordial era, en efecto, el bienestar de los menores en cuestión. No obstante, observó que el entendimiento de este concepto debía depender del entorno cultural y las expectativas de la jurisdicción en cuestión.

El tribunal cuestionó si era aconsejable permitir que un padre sustractor criticara los criterios del sistema de justicia en materia de familia en un Estado no parte del Convenio de la Haya sobre Sustracción de Menores (Hague Child Abduction Convention) y salvo en circunstancias excepcionales, en donde hubiera prueba de persecución étnica, sexual o cualquier otro tipo de discriminación.

Se sostuvo que los principios de la supremacía del bienestar de los menores y respeto mutuo internacional, en particular con respecto a la jurisdicción extranjera, no

¹⁹⁵Re JA (Child Abduction: Non-Convention Country) [1998] 1 FLR 231 [INCADAT cite HC/E/UKe 588]

eran necesariamente conflictivos en este caso. Esto se debió a que los menores eran sudaneses y que sus intereses podrían ser mejor protegidos por una decisión de acuerdo con pautas y valores de la sociedad de Sudán, en la que ellos vivieron. Consecuentemente, una decisión conforme a la ley local fue capaz de velar por el bienestar de los menores.

7. Conclusiones

Nos parecen muy valiosas las conclusiones del XV Congreso Internacional de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores, celebrado en la Ciudad de Buenos Aires en el mes de noviembre de 1998, que sostiene "deben intensificarse las gestiones diplomáticas para lograr que todos los países integren sistemas adecuados para prevenir la sustracción internacional de niños por sus padres, parientes o terceras personas, y para obtener la pronta restitución de los niños mediante la mayor cooperación internacional a niveles judiciales, policiales y administrativos".

Se trata, por el contrario, de maniobrar jurídica y políticamente con el máximo de prudencia y persuasión para lograr que el mayor número de Estados se avenga voluntariamente a asumir compromisos que puedan ser cumplidos. Las adhesiones no son el fruto de la compulsión, sino de la convicción que cada Estado adquiera respecto de la conveniencia de sumarse a un orden jurídico internacional superior en materia de menores, en general, y que facilite su restitución, en particular.

La creación paulatina y consensuada de un sistema jurídico-conceptual que condense los principios y los elementos básicos de las normas internacionales sobre la materia, susceptibles de continua actualización a través de sucesivos y periódicos encuentros entre las autoridades competentes de cada país. El segundo paso será admitir la flexibilidad respecto de determinados aspectos de la preceptiva creada, mediante el

recurso de silenciar aquello que la prudencia jurídica y política aconsejan dejar librado a la decisión de cada Estado parte, en ejercicio de su soberanía.

Unificar el mayor número de conceptos jurídicos posibles, tendiendo a la universalización de un lenguaje técnico básico en la materia. Desarrollar un sistema normativo uniforme, permitiendo la compatibilidad y coexistencia entre preceptos convencionales distintos aunque fundados en un plexo axiológico global.

Retomamos unas palabras del Doctor Romano¹⁹⁶ Consejero jurídico de la fundación Foundchild para terminar:

“Cuando el Derecho o el sistema de judicialización no alcanzan por divergencias culturales y conforme a soberanías no relacionadas, emerge por impositivo legal de los artículos nueve, once y treinta y cinco de la Convención Sobre los Derechos del Niño, un imperativo en los gobiernos de los Estados que suscriben para remediar las situaciones de secuestro, respetando el superior interés de los menores de edad, ahora vistos como sujetos de derecho. Por esto, lo que podría ser cuestión familiar de particulares bajo un ámbito cobijado por la acción de la ley, es sin embargo cuestión de estado cuando la ley no da respuesta. La ausencia de espacios de cooperación jurídica, sobre derechos humanos que los Estados hubieran tenido como objeto en el momento de suscribir, impone ser responsables en la gestión. La estrategia es entonces considerar al niño como persona en el seno familiar, y no contentarnos sólo con que haya sido así enunciado. Allí donde el Derecho resulta insuficiente nace el deber de los Estados. Es necesario generar al igual que los “silencios” de un pentagrama musical, lugares de asepsia para la infancia en tierra neutral y Derecho legislado en un mundo cada vez más peligroso para su integridad psicofísica y espiritual. Quizás en la conclusión del caso Arias Uriburu detrás de este memorándum surja el comienzo de otra historia, una historia de esperanza para la niñez; y es que los niños se relacionen con los particulares

¹⁹⁶(En línea). Disponible en http://www.foundchild.org.ar/?page_id=15. Última consulta 10/05/2012

a través de las obligaciones que estos contraen, y con los Estados en razón de ser sujetos de derechos que estos mismos declaran y deben realizar.”

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y SU
RECEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Régimen legal vigente en Argentina. 2.1 Derecho de Custodia en el Código Civil Argentino. 2.2. Convenciones ratificadas por Argentina. 3. Autoridades Centrales Argentinas. 3.1. Actuaciones de las Autoridades Centrales Argentinas. 4. Proyecto de Ley Modelo. 5. Problemática de la Sustracción de Menores cuando no se han ratificado Convenios sobre Restitución Internacional de Menores. 6. Programa Nacional para la prevención de la Sustracción de Menores y su restitución. 7. Conclusiones.

Sustracción Internacional de Menores y su recepción en la Legislación Argentina

1. Introducción

Con este capítulo pretendemos estudiar la Sustracción Internacional de Menores en Argentina, poner de manifiesto la legislación actualizada y los cambios más importantes que en la materia se han operado en los últimos años, al mismo tiempo que intentamos dar una visión general del problema desde el ámbito legislativo, doctrinal y jurisprudencial .que pueda servir de orientación a quienes se acercan al estudio del tema.

2. Régimen legal vigente en Argentina

2.1 Derecho de Custodia en el Código Civil

Con referencia al Derecho de Custodia, el Código Civil Argentino define a la patria potestad como el “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.¹⁹⁷

A tal efecto, los niños estarán bajo la autoridad y cuidado de sus padres, quienes tendrán la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.

El régimen de Patria Potestad argentino tiene como fin que no sea uno solo, sino ambos padres los que tomen las decisiones atinentes a la vida y al patrimonio de sus hijos.

¹⁹⁷ Artículo 274 Código Civil Argentino

De este modo, otorga la titularidad al padre y a la madre, correspondiendo su ejercicio, en el caso de los hijos matrimoniales al padre y a la madre de manera conjunta, en tanto no estén separados o divorciados o su matrimonio fuese anulado. En estos casos regirá una presunción de que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos expresamente previstos por el Código Civil.¹⁹⁸

En caso de separación de los padres, el ejercicio de la patria potestad corresponderá al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro progenitor de mantener una adecuada comunicación con su hijo y de supervisar su educación.

Esta desmembración da origen al derecho de visitas, que surge como contrapeso al derecho de guarda del padre que convive con el niño. Este derecho - deber de padres e hijos, denominado derecho de visitas, comprende la adecuada comunicación y la supervisión de la formación integral del niño. Pero no se agota allí, sino que abarca la posibilidad de participar ampliamente en la vida de su hijo y de determinar su lugar de residencia.

El Código Civil en su artículo 264 quater, establece, dentro de una serie de supuestos, que se requerirá el consentimiento expreso y conjunto de ambos progenitores para autorizar al niño a salir de la República.

La autorización se requiere para salir del país temporalmente y también para una ocasional radicación en el extranjero. Como señalamos, para el sistema jurídico argentino, la facultad de decidir el lugar de residencia deberá ser producto de una decisión conjunta de ambos progenitores y no solamente del padre que tiene la tenencia del menor. En caso de no acordar ambos padres, la salida del niño del territorio

¹⁹⁸Proteccion Internacional de los niños Derecho de custodia. (En línea). Disponible en <http://www.menores.gob.ar/index.php?sop=restitucion&ssop=custodia>. Ultima consulta 12/06/2012

argentino o su radicación en el extranjero, deberá ser solucionado ante tribunales judiciales, que intentaran que los padres lleguen a un acuerdo. Las decisiones de los jueces suelen tener un criterio restringido para otorgar éstas solicitudes, debido a los problemas que puede perfilar la adaptación del niño a un nuevo medio, las complicaciones que concebiría para el cumplimiento del derecho de visitas del otro padre.¹⁹⁹

El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores establece que debe entenderse por custodia el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.²⁰⁰

“En efecto, la jurisprudencia internacional ha sostenido reiteradamente que se habilitará la vía del Convenio de La Haya cuando cualquier persona física, tribunal, institución u órgano, que tenga un derecho a objetar el traslado del menor fuera de la jurisdicción, no sea consultada previamente al traslado o se niegue a el. Es suficiente entonces la existencia de la facultad de decidir acerca de la radicación del menor en el extranjero para que se configure la noción de custodia prevista en el Convenio”.²⁰¹

2.2 Convenciones ratificadas por Argentina

Con la firma de la Convención sobre los derechos del niño, se produjo un cambio en la concepción de la infancia como tal. Los niños dejaron de ser objeto de derecho, para pasar a ser verdaderos sujetos de derecho.

¹⁹⁹Protección Internacional de los niños- Derecho de custodia. (En línea). Disponible en <http://www.menores.gob.ar/index.php?sop=restitucion&ssop=custodia>. Última consulta 12/06/2012.

²⁰⁰ Artículo 5. (En línea). Disponible desde http://www.hch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=24. Última consulta 12/06/2012.

²⁰¹Protección Internacional de los niños- Derecho de custodia. (En línea). Disponible en <http://www.menores.gob.ar/index.php?sop=restitucion&ssop=custodia>. Última consulta 12/06/2012

La Convención sentó una serie de principios que debían ser plasmados en la legislación interna de los países. Fue así que en Diciembre de 2005, se dictó la Ley 26.061 sobre “Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”²⁰²

En su Artículo 1º, señala que tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, garantizando el ejercicio y el disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales de los que Argentina es parte.²⁰³

Asimismo define conceptos y cuestiones vinculadas con la restitución de menores, como por ejemplo las nociones de “interés superior del niño”²⁰⁴ “residencia habitual”. Por interés superior del niño, entiende la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley.

Igualmente, brinda una calificación autárquica de residencia habitual, entendiendo por tal el centro de vida del niño, aquel lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido la mayor parte de su existencia, en condiciones locales, aunque su Decreto reglamentario expresa que la residencia habitual será entendida en el sentido otorgado en los Convenios internacionales de los cuales Argentina es parte.

De la misma forma, establece que los niños tienen derecho a no ser objeto de secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma, tienen derecho a ser oídos y expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana y en los procedimientos que los

²⁰²(En línea). Disponible en http://www.sdh.gba.gov.ar/comunicacion/normativanacyprov/niniez/nacional/nac_ley26061_protecing_derechosninosadolesc.pdf. Última consulta 12/06/2012.

²⁰³ ARTÍCULO 1º — OBJETO. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

²⁰⁴ Artículo 3- Interés Superior. (En línea). Disponible en http://www.sdh.gba.gov.ar/comunicacion/normativanacyprov/niniez/nacional/nac_ley26061_protecing_derechosninosadolesc.pdf. Última consulta 12/06/2012.

conciernen, y también el derecho a la identidad, incluido el derecho a la preservación de su origen y de sus relaciones familiares.

La situación familiar de conflicto en virtud de la cual un progenitor traslada o retiene ilícitamente a su hijo en un estado diferente al de su residencia habitual, recibe un tratamiento especial por parte de la legislación convencional e interna.

En efecto, los convenios vigentes en la materia, ponen el acento en los aspectos civiles del conflicto familiar, considerando que el traslado o la retención ilícitos no configuran un delito sino un ejercicio abusivo de derechos por parte del progenitor que traslada o retiene al niño.

A pesar de ello, la sustracción internacional de menores es considerada delito en muchos estados. Sin embargo el tratamiento que se le da a la figura de la sustracción parental varía de un estado a otro, así como varía la definición de menor y las penas que se imponen en cada uno de ellos.

Usualmente, la tipificación de la sustracción internacional de menores como delito tiene como objetivo principal la prevención de los traslados y retenciones ilícitas.

El problema puede suscitarse cuando un sustractor tiene éxito y abandona la jurisdicción. En este caso, una denuncia penal en su contra puede tener efectos perjudiciales a los fines de la aplicación de los convenios sobre restitución. En efecto, la existencia de una causa penal se ha evidenciado como una causa que puede llevar a los tribunales a adoptar una decisión contraria a la restitución del niño, ya que el sustractor puede verse privado de la posibilidad de acompañar a su hijo en el reintegro y de ejercer luego su derecho a peticionar en la jurisdicción competente para decidir sobre la custodia del niño.²⁰⁵

²⁰⁵El traslado o retención Ilícito son considerados delito (En línea). Disponible en http://www.menores.gob.ar/index.php?sop=restitucion&ssop=aspectos_penales . Última consulta 20/03/2012

Es por ello que entendemos que la denuncia penal debe ser realizada con sumo cuidado, teniendo siempre en miras el interés superior del niño y el modo en que podrá afectar la causa la existencia de un proceso penal.

En la República Argentina se encuentra vigente la Ley 24.270, que tipifica el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. Esta ley, prevé una pena agravada para el progenitor que impide el contacto de su hijo con el padre no conviviente, y lo traslada al extranjero.

En consecuencia, es muy común que el padre que ha sido separado de su hijo inicie el procedimiento penal simultáneamente con el de restitución o visitas.

Tal como lo señaláramos anteriormente, la tramitación de una causa por impedimento de contacto puede llegar a ser un obstáculo para el padre sustractor al momento de regresar al país de la residencia habitual del menor, toda vez que este proceso en principio no puede ser desistido. Sin perjuicio de ello, muchas veces la situación se resuelve con la simple presentación del padre sustractor en el Juzgado y la manifestación de que el contacto ha sido restablecido.²⁰⁶

El Código Penal, por su parte, prevé en su artículo 146 el delito de sustracción de menor, penando la conducta de aquel que sustrajere, retuviere u ocultare a un niño menor de 10 años del poder de sus padres.

La doctrina argentina ha discutido si, a pesar del texto de la norma, un progenitor puede ser sujeto activo del delito de sustracción de menores, no es objeto de este trabajo analizar los aspectos penales.

La Conferencia de La Haya de 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores adoptada en Montevideo el 15 de julio de 1989²⁰⁷, han sido

²⁰⁶ ¿El traslado o retención ilícita, son considerados delitos? (En línea). Disponible en http://www.menores.gob.ar/index.php?soj=restitucion&ssop=aspectos_penales

²⁰⁷ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. (En línea). Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html>. Última consulta 10/06/2012.

ratificados por nuestro país, siendo los dos más utilizados para la resolución de casos de sustracción o retención ilícita de niños en un Estado diferente al de su residencia habitual. Asimismo, la República Argentina cuenta con un instrumento de carácter bilateral en la materia. El Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, hecho en Montevideo, el 31 de Julio de 1981.²⁰⁸ Este convenio, cuya Autoridad Central de aplicación es el Ministerio de Justicia, si bien se encuentra vigente entre ambos estados, ha sido desplazado en su aplicación por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Cuando los países involucrados han ratificado ambos Convenios, se aplicará la Convención Interamericana, salvo disposición expresa en contrario de los Estados.

3. Autoridades Centrales Argentinas

Argentina ha designado Autoridad Central de aplicación del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional -Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

3.1. Actuaciones de las autoridades centrales Argentinas

Para el estudio de este punto recurrimos a las notas, comentarios, Guías de Buenas Prácticas seguidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, en la sección Protección Internacional de Menores²⁰⁹

La Autoridad Central Argentina en cumplimiento de sus funciones es la encargada de las restituciones voluntarias. Esta Autoridad Central ofrece siempre al que

²⁰⁸Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores Montevideo, 31 de Julio de 1981. (En línea). Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Argentino-Uruguayo_sobre_Proteccion_Internacional_de_Menores.pdf. Última consulta 12/06/2012.

²⁰⁹Ministerio de Relaciones Públicas y culto de la República Argentina. Protección Internacional de Menores. (En línea). Disponible desde <http://www.menores.gob.ar/index.php?sop=restitucion&ssop=autoridades>. Última consulta 10/06/2012.

peticiona la posibilidad de intentar una etapa voluntaria extrajudicial antes de radicar el proceso ante la Justicia. Los casos entrantes, realiza la gestión directamente, se envía una nota al padre sustractor, para que recapacite y restituya al menor en forma voluntaria (o en su caso se fije un régimen de visitas), explicándosele las consecuencias que acarreará su negativa. Para evitar demoras se le otorga un plazo de 10 días para responder. En muchos casos se coordinan reuniones para explicar el procedimiento en forma personal, e incluso se han concretado entregas de niños en nuestras oficinas.

La conciliación también suele ser intentada en los otros países cuando se les requiere la restitución de un niño. En estos casos, la Autoridad Central argentina presta su colaboración para la realización de llamadas en conferencia con las partes y sus abogados, en el intento de llegar a una solución amistosa, apelando a veces también a la intervención de sus Consulados en el extranjero, para arribar a un acuerdo extrajudicial.

Igualmente la Autoridad Central en los casos entrantes radica las solicitudes ante los Tribunales mediante Defensorías Oficiales y Patrocinios Jurídicos Gratuitos. Los padres podrán contratar por otra parte abogados particulares.

Para los casos salientes, está previsto un subsidio (Decreto 891/95), a través del cual se brinda asistencia económica a aquellos nacionales que deben viajar a una audiencia en el extranjero o afrontar gastos de retorno de los niños, pudiendo utilizarse para contratar los servicios de un abogado en el extranjero cuando el Estado Requerido no tiene previsto un mecanismo de asistencia gratuita.

Explicaremos a continuación como es el procedimiento en los casos en que la Autoridad Central Argentina sea requerida o requirente y analizaremos los supuestos en que el niño se encuentre localizado o no.

Si la Autoridad Central Argentina es la requerida y el niño se encuentra localizado, la misma comprueba el cumplimiento de los requisitos que estipula el

convenio, con el objeto de que su aplicación sea viable ante la justicia respectiva. Independientemente de ello, si el padre requirente lo autoriza, se tomará contacto con el otro progenitor para lograr un acuerdo voluntario de las partes. Si dicho acuerdo no fuera posible, se procederá a remitir la documentación a la justicia competente para que dé cumplimiento a la solicitud de restitución o de régimen de visitas efectuada por la Autoridad Central requirente.

La función de la Autoridad Central es administrativa e informativa, quedando reservada al poder judicial la decisión sobre la viabilidad o no del pedido de restitución o el régimen de visitas solicitados.

La Autoridad Central Argentina no asume la representación de los particulares, quienes deberán contratar los servicios de un abogado del foro local para la tramitación judicial. Cuando la parte interesada no tenga recursos para solventar los gastos de un abogado y de acuerdo a su legislación esté en condiciones de recibir asistencia legal gratuita, podrá ser representada en juicio en la República Argentina por un Defensor Oficial. Asimismo, una vez iniciada la etapa judicial, la Autoridad Central estará a disposición del juzgado y de las partes para brindar cualquier tipo de información o cooperación necesaria para el correcto funcionamiento de los Convenios, teniendo en mira el interés superior del niño.

En el supuesto caso que no se conozca la localización del niño la Autoridad Central Argentina dará intervención a Interpol, organismo encargado de la localización de personas. Una vez localizado el menor, se procederá de igual manera que en el caso de niño localizado.

Si la Autoridad Central Argentina es la requirente y el niño está localizado, la misma asesora y recibe las denuncias de las personas o instituciones requirentes en sus oficinas. Las denuncias son formalizadas mediante un formulario tipo, sin necesidad de actividad judicial previa.

La Autoridad Central argentina, luego de constatar que se han cumplido los requisitos previstos por el Convenio, girará la solicitud a la Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor, a los efectos de que ese organismo tome de inmediato las acciones conducentes a la restitución. A partir de ese momento el que peticiona la solicitud se mantendrá informado del trámite a través de la Autoridad Central argentina.

Si no se conoce la localización del niño, la Autoridad Central argentina remitirá la petición a la Autoridad Central del Estado donde se supone se encuentra el menor a los efectos de comenzar la búsqueda y dará intervención a Interpol, organismo encargado de la localización de personas.

4. **Proyecto de Ley Modelo**²¹⁰

En el año 2009 y dadas las dificultades que se presentan en la práctica al aplicar la Convención de La Haya y la CIDIP IV sobre restitución, ya que lamentablemente no se respetan los plazos estipulados en las mismas (art. 11 y art. 12 in fine, respectivamente), tornando ilusorio el cumplimiento de sus objetivos, se encuentra proyectada una ley modelo²¹¹ sobre sustracción internacional de menores, que busca dar una solución a esta problemática, que se repite en muchos países, tales como Brasil, Paraguay, España.

La razón de respetar los plazos tiene que ver con que la restitución internacional, se trata de una medida de naturaleza cautelar que devuelve al niño a su lugar de residencia habitual. Una vez allí, el juez que tiene jurisdicción internacional tratará y decidirá sobre la guarda o custodia del menor, ya que el juez ante quien se plantea la

²¹⁰ La ley modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del niño. El grupo de expertos fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay) y participaron del mismo la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel González (EE UU), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Núñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá) y la Dra. Luz María Cañay Chávez (Perú).

²¹¹ Esparza María Andrea. Ley modelo sobre sustracción internacional de menores. (En línea). Disponible en <http://institutointernacionalprivado.blogspot.com/search/label/Sustraccion%20Internacional%20de%20Menores>. Última consulta 3/05/2012.

restitución internacional, que suele ser como dijimos anteriormente, el del país donde se encuentra el niño sustraído o retenido, no puede decidir sobre la custodia, esto por imperativo legal (art. 16 de ambas Convenciones). En una conferencia que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 25 de septiembre de 2009 para tratar este proyecto, el Dr. Ricardo C. Pérez, juez de enlace de Uruguay, decía que en el marco del proceso de restitución internacional de menores, el interés superior del niño no es otra cosa más que el derecho de éste a no ser trasladado o retenido ilícitamente y el derecho a visitar al progenitor no conviviente.

Uno de los objetivos de la ley modelo es la inmediata restitución del niño a su país de residencia habitual para que sea el juez natural el que decida la cuestión de fondo sobre custodia o visitas.

La Dra. María Andrea Esparza²¹² sostiene que es necesaria esta ley modelo para garantizar la restitución y velar porque se respete el derecho de visitas. Esto es coincidente con lo preceptuado por el art. 1 de la Convención de La Haya y el art. 1 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Entre otras, se tomaron como fuentes de la ley modelo el Reglamento del Consejo de la Unión Europea N° 2201 y el Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia de Chile del 3 de noviembre de 1998. Auto Acordado Sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del Secuestro Internacional de Menores.

Se busca con esta ley, preservar los siguientes principios: a) celeridad, b) inmediación, c) concentración de actuaciones procesales y competencia, d) proceso de partes con participación del Ministerio Público de Menores, e) contradicción, f) preservación del derecho del niño a ser oído.

²¹² Profesora de Derecho Internacional Privado en la Cátedra de la Dra. Sara Feldstein de Cárdenas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs As.

La estructura del proyecto es la siguiente: Primera etapa: localización del menor, a menos que se conozca su domicilio. Segunda Etapa: “Proceso de restitución”: a) estructura monitoria similar al del proceso ejecutivo; b) se notifica al sustractor, adoptándose medidas para asegurar su arraigo durante el proceso junto al niño; c) se escucha al niño; d) si no hay oposición se pasa a la ejecución; e) sólo se pueden invocar las causales de oposición previstas en el art. 13 de la Convención de La Haya; f) etapa de prueba; g) sentencia; h) único recurso de apelación ante el Tribunal Superior; i) el recurso se concede con efecto suspensivo o no suspensivo; j) la sentencia que se dicte no será pasible de una nueva apelación.

El procedimiento lleva el trámite abreviado o sumarísimo. Igual procedimiento se empleará en los casos que se peticione un régimen de visitas internacional. En otros países también se está tratando de corregir el incumplimiento de los plazos previstos en los Convenios internacionales que venimos analizando. En Brasil se discute el ajuste procesal interno. En República Dominicana ya se aplica un procedimiento propio, según la Resolución 480/08. Ecuador intenta resolver cuestiones procesales. México tiene previsto redactar una norma federal que contemple un procedimiento acotado. Perú proyecta modificar el Código de la Niñez e incorporar un procedimiento especial. Por último, en Uruguay el proyecto de ley modelo fue aprobado por el Senado, encontrándose al momento de escribir este informe, en estudio en la Cámara de Diputados²¹³

Lamentablemente aún hoy no se adhirió al sistema de la Ley Modelo y no se ha dictado una ley que regule el procedimiento especial para los casos de Sustracción de Menores.

²¹³Instituto de Derecho Internacional Privado- Ley modelo sobre sustracción internacional de menores. (En línea). Disponible en <http://institutointernacionalprivado.blogspot.com.ar/2009/11/ley-modelo-sobre-sustraccion.html>. Última consulta 12/06/2012.

5. Problemática de la Sustracción de Menores cuando no se han ratificado Convenios sobre Restitución Internacional de Menores.

Con referencia al tema de la sustracción internacional de menores, pueden presentarse supuestos en los que no resulte aplicable ninguna de las convenciones enunciadas anteriormente, por el hecho de que el caso concreto vincule a Argentina con algún país que no haya ratificado ninguna de aquéllas.

“Ante esta situación, nuestro ordenamiento jurídico también ofrece algunas herramientas que carecen de la suficiencia y la especialidad que la materia y el drama que viven los niños en estas condiciones ameritan, tanto por la característica de la internacionalidad de los supuestos como por el objeto de protección que estas acciones poseen”.²¹⁴

Nos encontramos que al mero efecto de conseguir la restitución de los niños desplazados territorialmente, sólo cabría recurrir a la aplicación del art. 276, CCiv.²¹⁵ como a los instrumentos internacionales existentes relativos a medidas cautelares, en la medida en que aquéllos resulten aplicables por vincular a ambos Estados afectados en el caso concreto. En el mencionado artículo de nuestro Código Civil se contemplan los supuestos de que los hijos dejen su hogar o que otros los retengan. En estos casos, habilita a los padres a recurrir ante las autoridades públicas que presten asistencia para el reintegro al hogar, así como también a denunciar penalmente a los terceros retentores. Extremo que mayormente resulta desaconsejable, ya que este proceder puede obstar a cualquier restitución voluntaria, que siempre es la solución más efectiva, veloz y que menos consecuencias dañinas implican para todo el grupo familiar y, especialmente, para el niño afectado. La experiencia ha demostrado que la persecución penal siempre

²¹⁴ Rubaja, Nieve. Restitución internacional de menores: una solución enfocada en el procedimiento (En línea). Disponible <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=8225&tipo=2>. Última consulta 20/03/2012

²¹⁵ Art. 276 (texto según ley 23264): "Si los hijos menores dejasen el hogar, o aquel en que sus padres los hubiesen puesto, sea que ellos se hubiesen sustraído a su obediencia, o que otros los retuvieran, los padres podrán exigir que las autoridades públicas les presten toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad. También podrán acusar criminalmente a los seductores o corruptores de sus hijos, y a las personas que los retuvieren".

funciona como un obstáculo para la restitución. Sin embargo, no se prevé un procedimiento para conseguir la restitución, sólo se establece la “posibilidad” para los progenitores, como la “obligación” de la autoridad a asistirlos mediante todos los medios posibles para lograr su cometido; pero sin la posibilidad de acceder a los procedimientos autosatisfactivos que ofrecen los tratados internacionales, con el consiguiente recurso a la cooperación internacional, por lo que esta labor se verá altamente dificultada.

Ello en el plano civil, puesto que en el plano penal, la ley 24270, BO del 26/11/1993²¹⁶, contempla en su tipo delictivo el impedimento o la obstrucción del contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes cometido por alguno de aquéllos o un tercero, previendo penas de prisión de un mes a un año, agravadas en caso de que se trate de un menor de 10 años o de un discapacitado (art. 1). Asimismo, también prevé el supuesto que, a tales fines, se mudare el domicilio del niño sin autorización judicial, agravándose el hecho si fuera al extranjero (art. 2). En tales circunstancias, el tribunal deberá disponer en un plazo no mayor a diez días los medios necesarios para restablecer el contacto del niño con sus padres y remitir los antecedentes a la justicia civil. La norma ha sido incorporada al art. 72, inc. 3, Código Penal, instruyéndolo como "delito dependiente de instancia privada", extremo que ha sido criticado, puesto que el titular de la acción es únicamente el progenitor no conviviente y no el menor o un tercero²¹⁷. Pensamos que sería conveniente que el tipo penal fuera abarcado en la categoría de aquellos que dependen de instancia privada, siempre y cuando el menor, o un representante de aquél, sea el legitimado para instar la acción.

²¹⁶(En línea). Disponible en <http://www.portaldeabogados.com.ar/portal/index.php/leyes/54-leyesnacion/198-24270-impedimento-de-contacto.html>. Última consulta 12/06/2012.

²¹⁷ Idéntica conclusión se ha arribado en la "Guía de buenas prácticas" elaborada en el marco de la Conferencia de La Haya, parte 1ª, "Prácticas de las autoridades centrales", p. 51. En igual sentido, la Dra. Seoane de Chiodi ha afirmado que la apertura de un procedimiento penal puede ser, a veces, contraproducente. Seoane de Chiodi, María, "Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", en Fresno de Aguirre, Cecilia (coord.), "Las personas frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado", Jornadas de la ASADIP 2010, CEDEP - ASADIP, Asunción, 2010, p. 167.

Ello, puesto que con la alternativa de que el tipo penal se establezca como mero delito de "acción pública", no se conseguiría más que una persecución penal obligatoria de parte del fiscal o juez, tal vez inclusive cuando los problemas familiares pudieran haber sido solucionados amigablemente o la relación haber sido compuesta por las propias partes interesadas. En definitiva, esta normativa sólo abarca algunos supuestos en los que puede presentarse la problemática que nos ocupa y permite poner en marcha los mecanismos existentes si el supuesto entrara dentro de su ámbito de aplicación. Sin embargo, concretamente, no prevé un procedimiento específico tendiente a la restitución del niño a su residencia habitual.

El recurso a los textos convencionales ratificados por nuestro país relativos a medidas cautelares también puede resultar una herramienta útil en caso de no poder optar por los instrumentos específicos de la materia. Aunque debe tenerse en cuenta que la metodología que emplean aquéllos es diferente, puesto que solamente configuran el vehículo para asegurar el cumplimiento de medidas dictadas en otros procedimientos o para garantizar la efectividad de sus sentencias, pero carecen de la autonomía que caracteriza los procesos diseñados por las convenciones antes referidas.

Así, la CIDIP II de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares²¹⁸ tiene por objeto la cooperación internacional en relación específica con el cumplimiento de "medidas cautelares", "de seguridad" o "de garantía", como medio o procedimiento tendiente a garantizar los resultados de un proceso actual o futuro, a cuyo fin los Estados parte se obligan a dar cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por las autoridades de otros Estados parte (arts. 1 y 2). En referencia concreta a la custodia de los menores, este texto convencional dispone que, el juez o tribunal del Estado requerido podrá limitar, con alcance estrictamente territorial, los efectos de la

²¹⁸CIDIP II de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares. (En línea). Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-medidaspreventivas.htm>

medida cautelar que se dicte en esta materia, a la espera de lo que resuelva, en definitiva, el juez del proceso principal.²¹⁹

Nieve Rubaja en su trabajo "Restitución Internacional de Menores", citado anteriormente en nota al pie de página, sostiene que en el ámbito del Mercosur, nuestro país ha incorporado al ordenamiento jurídico dos instrumentos en materia de cooperación jurisdiccional que, sin restarles importancia, en la medida en que tienen una loable finalidad al garantizar el derecho de defensa en juicio de los individuos y la efectividad de las disposiciones y soluciones judiciales adoptadas en los Estados contratantes, no constituyen en sí mismos procedimientos autónomos o autosuficientes, sino que son consecuentes de un procedimiento principal que se lleva a cabo en el Estado con competencia para ello. Por un lado, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de Las Leñas, del 27/6/1992²²⁰

La misma autora mantiene que el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares, del 7/12/1994²²¹, tiene por finalidad dar cumplimiento a las medidas cautelares decretadas en procesos incidentales de una acción principal, o que garanticen la ejecución de la sentencia dictada en otro Estado parte, destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación con personas, bienes u obligaciones de hacer o no hacer (arts. 1, 2 y 3). En similar sentido a la Convención Interamericana, en su art. 12, contempla el supuesto de que una medida cautelar se refiera a la custodia de menores y dispone que 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

²¹⁹ Esta Convención fue aprobada por la República Argentina por ley 22921.

²²⁰ Se ha elaborado también en este ámbito el Acuerdo sobre Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Parte del Mercosur, que a la fecha no se encuentra vigente en nuestro país y que en su art. 6 dispone que, según las circunstancias del caso, los Estados parte adoptarán las medidas necesarias para lograr la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor, conforme a su derecho interno; asimismo, que informarán a las personas legítimamente interesadas en la restitución del menor acerca de la existencia de las Defensorías de Oficio, de los beneficios de litigar sin gastos y de las instancias de asistencia jurídica gratuita a que pudieran tener acceso, conforme a las leyes y los reglamentos de los Estados parte respectivos.

²²¹ Este Protocolo ha sido aprobado en la República Argentina por ley 24578.

del proceso principal. Si bien estas normas tienen un alcance distinto del procedimiento establecido en las convenciones específicas en la materia que nos ocupa, en el sentido de la autonomía del procedimiento restitutorio, no deben dejar de considerarse como herramientas de inmenso valor, por la importante protección que implican tanto para los niños en cada caso como para salvaguardar los derechos de custodia de los progenitores de que se trate. Además, su valor también descansa en que podrán ser empleadas en procedimientos en donde se discuta el fondo del asunto de la custodia, por lo que su esfera de aplicación es mucho más amplia en tal sentido. En definitiva, resulta fundamental contar con ellas en materias como el derecho de familia, en donde la rápida resolución de los conflictos tiene un matiz propio que está dado por proteger a la familia en general y el interés de los menores, en particular. Sobre todo, puesto que en los últimos tiempos la familia ha tendido a internacionalizarse, y la cooperación internacional y jurisdiccional resultan imprescindibles para efectivizar y asegurar las soluciones que brinda el derecho sustancial.

“En resumidas cuentas, sin perjuicio del aporte de las escasas herramientas disponibles para resolver los conflictos suscitados a raíz de desplazamientos territoriales de niños, la solución de estos casos puede verse altamente afectada por la posible decisión respecto del fondo de la custodia que se tome en el Estado de refugio ante la falta de prohibición expresa en tal sentido, tal como lo establecen las convenciones en la especie. Ello, además, podría ocasionar que la cuestión de fondo fuera decidida por un juez con jurisdicción exorbitante y alejado del presupuesto establecido”²²² convencionalmente, en el sentido de que el juez que deberá tomar ese tipo de decisiones será el de la residencia habitual del niño. Asimismo, el marco cognitivo y probatorio de estas solicitudes puede extenderse más allá de lo necesario y producir demoras que

²²²Rubaja, Nieve. Restitución internacional de menores: una solución enfocada en el procedimiento (En línea). Disponible en <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=8225&tipo=2>. Última consulta 20/03/2012

desvirtúen el objeto de aquéllas. Todas estas consecuencias repercutirán negativamente en el niño de que se trate.

Concluye Nieve Rubaja en su trabajo “Restitución Internacional de Menores”, “Consideramos y ambicionamos que las convenciones en la especie sean ratificadas por la mayor cantidad de países posible. Ello, sin lugar a dudas, además de dotar a esos ordenamientos jurídicos de las virtudes de los procedimientos diseñados para combatir este flagelo, acotaría el margen del forum shopping al que recurren los padres sustractores en busca de la legitimación de la situación que crearan mediante una vía **de** hecho no admitida conforme al derecho del Estado de la residencia habitual del niño”. Asimismo, tendría un efecto disuasivo al momento de intentar revertir esas situaciones mediante estas vías. En definitiva, resultará un camino altamente efectivo para combatir la problemática y permitir a los niños ejercer plenamente sus derechos fundamentales.

6- Programa Nacional para la prevención de la Sustracción de Menores y su Restitución

Creemos fundamental la existencia de un Programa Nacional para prevenir la Sustracción de Menores. Con el N° de Trámite Parlamentario 119, se presentó el PROYECTO DE LEY, N° de Expediente 4873-D-2006, PROGRAMA NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES Y SU RESTITUCIÓN, en la órbita de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia de la Nación. Se implementará con representantes del: Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio del Interior, la Policía Federal, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina e Interpol, Ministerio de Educación, Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente.²²³

²²³Proyecto de Ley - Programa nacional para la prevención de la sustracción de menores y su restitución. (En línea). Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4873-D-2006>

Sus objetivos son, la creación de una red para proteger a los menores y prevenir la sustracción de los mismos por parte de alguno de sus padres, tutores, guardadores y/o familiares directos; investigar el estado de la cuestión en nuestro país y realizar actividades de promoción de sus actividades y objetivos; denunciar toda sustracción de menores por alguno de sus progenitores; brindar asistencia jurídica con equipos legales expertos en la materia y apoyo psicológico y / o terapéutico a las personas afectadas; capacitar y asesorar a los jueces, asesores de menores, consejeros de familia y personal interdisciplinario intervinientes en estos casos, ayudar a la revinculación social y la reconstrucción de lazos familiares de los menores restituidos con el objetivo de asegurar el contacto con el otro progenitor y permitir un ámbito neutral para la relación entre ambos; proponer las reformas legales necesarias y construir y fortalecer vínculos en el ámbito internacional que promuevan la firma de acuerdos internacionales que faciliten la prevención y restitución de los menores; desarrollar mecanismos de cooperación e investigación con instituciones de seguridad; facilitar el contacto de los padres damnificados con abogados que residan en los países donde se encuentren sus hijos; tramitar subsidios ante el Ministerio de Desarrollo Social para la asistencia legal en el exterior de padres que buscan la restitución de sus hijos / as; difundir la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de Sustracción Internacional de Menores junto al Ministerio de Educación. A fin de llevar a cabo el cumplimiento de los objetivos propuestos por este Programa, se realizarán convenios con Fundaciones y Organizaciones No gubernamentales. El control de las actividades desarrolladas en el marco de este Programa estará a cargo de la Auditoría General de la Nación.

La función tutelar del Estado sobre los menores exige un compromiso indelegable en lo que se refiere a garantizar sus derechos, crear los instrumentos de prevención y restitución de los mismos y a brindar junto asesoramiento jurídico,

psicológico y de orientación y contención de los afectados por el caso. La globalización y apertura de fronteras, la multiplicación de matrimonios y parejas interculturales, la dificultad en las tramitaciones judiciales y la existencia de niños atrapados en regímenes jurídicos no compatibles entre los diferentes Estados, que no comparten principios legales ni acuerdos internacionales, son algunas de las causas que originan y a la vez dificultan la solución de estas cuestiones.

Asimismo la ausencia de Organismos estatales y no gubernamentales que brinden asesoramiento jurídico, que permitan la revinculación familiar e informen y prevengan a la sociedad de las consecuencias de estas cuestiones, requiere un compromiso mayor del Estado y la sociedad civil en la búsqueda de herramientas para la restitución y para la reconstrucción del contacto del niño con el padre o madre del que ha sido separado. Por ello, la implementación del Programa deberá tener en cuenta a las Fundaciones y Organizaciones no Gubernamentales que estén trabajando en estas cuestiones para potenciar sus capacidades y aumentar la eficacia en la búsqueda de resultados satisfactorios.

7. Conclusiones

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, facilitan la sustracción de menores.

Creemos fundamental la creación de un Programa de prevención para la protección de los menores, es primordial capacitar y asesorar a los jueces, asesores de menores, consejeros de familia y personal interdisciplinario.

Es importante destacar que uno de los problemas que se produce ante la sustracción de un menor, es el tiempo que va desde el traslado o retención ilícita hasta que se falla en el tema de la restitución. Es aquí donde se producen los efectos dañosos sobre el menor, así como el hecho que cuanto más dure el proceso de restitución se favorece al padre secuestrador, pues será más difícil para el tribunal ordenar la restitución del menor a su residencia habitual, en razón del arraigo de éste a su nueva situación familiar y social.

Nosotros proponemos la instauración de una ley modelo para lograr la inmediata restitución del niño a su país de residencia habitual, para que sea el juez natural el que decida la cuestión de fondo sobre custodia o visitas.

Deben intensificarse las gestiones diplomáticas para lograr que todos los países integren sistemas adecuados para prevenir la sustracción internacional de niños por sus padres, parientes o terceras personas, y para obtener la pronta restitución de los niños mediante la mayor cooperación internacional a niveles judiciales, policiales y administrativos.

Propiciamos la firma de Tratados Bilaterales con países que no han ratificado las Convenciones a las cuales ha adherido nuestro país, para tener un marco legal en el supuesto caso de sustracción de menores.

Capítulo V

JURISPRUDENCIA ARGENTINA CON CITAS DOCTRINALES

SUMARIO.1. Introducción2. CSJN, 14/06/95, Wilner Eduardo Mario c. Osswald Gabriela. 2.1. Hechos. 2.2. Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. 2.3. Procedimiento autónomo a través de Autoridades Centrales, establecido en La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. 2. 4. Residencia habitual. 2.5. Armonización del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención de los Derechos del niño, priorizando el principio del “Interés Superior del Niño” 2.6. “Interés Superior del Niño” preservado por la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores. 2. 7. Orden público y el “Interés Superior del Niño”2.8.Traslado ilícito. 2.9. Excepción a la restitución en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores. 2.10. Derecho a ser oído. Voluntad del niño. 2.11.Aplicación de los tratados. Obligación Internacional-Responsabilidad del Estado Argentino. 3. Fallos para su análisis. 3.1. B. de S., D. c. T., E. 1º instancia. 3.2. M., V. c. G. B., M. s. restitución de menor.- CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 31/08/00. 3.3. B. de S., D. c. T., E. 1º instancia. 3.4. CSJN, 20/12/05, S. A. G. s. restitución internacional. 3.5. I. P., L. s. presunto abuso deshonesto. C.Civ. y Com. La Matanza, sala I 3.5.1. Antecedentes del caso. 3.5.2. .La apelación y los agravios. 3.5.3. La competencia internacional. 4. Caso Dante Purcell. 5. Conclusiones.

Jurisprudencia Argentina con citas doctrinales

1. Introducción

Analizaremos a continuación Jurisprudencia Argentina con citas doctrinales, de conceptos que consideramos fundamentales en el tema de estudio de este trabajo. Veremos seguidamente como se expresan los jueces argentinos, cuando fallan con referencia a los siguientes puntos sub-lite.

2. CSJN, 14/06/95, Wilner Eduardo Mario c. Osswald María Gabriela. Publicado en Fallos 318:1269, en LL 1996-A, 260 y en DJ 1996-1, 387. Buenos Aires, 14 de junio de 1995.

2.1. Hechos

Este es un caso de importancia para analizar porque la Corte Suprema sentó a través de su fallo precedentes con referencia a la Restitución Internacional de Menores.

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. 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 recursos positivos de ese período de su vida, "lazos afectivos con personas, objetos y ámbitos a los que permanece ligada". **Si analizamos este último dato la niña tenía su centro de vida en Canadá, debe considerarse como Residencia Habitual de la menor.**

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 W. 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 Ontario, 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.

En este punto entran en funcionamiento las autoridades centrales, las del Canadá como autoridad requirente y la de Argentina como autoridad requerida, que solicita al Juez Argentino la restitución de la menor. En la Justicia Canadiense hay una medida de fondo otorgándole la custodia al padre de la niña.

A continuación analizaremos el fallo de la Corte Suprema Argentina que sentó precedentes que son aplicables al momento de fallar los jueces en el tema de referencia. Del texto del mismo examinaremos los temas tratados por el excelentísimo tribunal y el criterio de la mayoría, ya que hubo votos en disidencia.

2.2. Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

El Tribunal para fallar tomó en consideración la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

El caso Oswald 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).

2.3. Procedimiento autónomo a través de Autoridades Centrales, establecido en La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

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.

2. 4. Residencia habitual.

La Corte Suprema Argentina considera como residencia habitual, el centro de vida familiar y social considerando que la menor tiene que volver al centro de su vida anterior al desplazamiento, reflexiona que esto es parte del bienestar del niño. En este punto queremos hacer una acotación, en los países del Comon Law, por ejemplo Inglaterra, el “ Bienestar del Menor” es la mayor consideración a tener en cuenta al momento de fallar, cuando el Estado donde el niño fue desplazado ilícitamente y retenido no ha firmado Tratados referentes al tema de referencia.

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.

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.

2.5. Armonización del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención de los Derechos del niño, priorizando el principio del “Interés Superior del Niño”

En este punto la Corte hace referencia a los Tratados firmados por Argentina y que la obligan internacionalmente, tratando de armonizarlos, priorizando como Principio Rector- Guía el “Interés Superior del Niño”.

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 art. 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, párr. 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.

2.6. “Interés Superior del Niño” preservado por la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores.

En la actualidad, el niño es considerado “Sujeto de Derecho”, por consiguiente los Tratados Internacionales y la legislación interna de los países, tiene como principio fundamental el “Interés Superior del Niño”. Este es interpretado tanto para la procedencia de la restitución como así también para negarla, siempre y cuando se pruebe el peligro para el niño, constituyéndose en este caso una excepción a la restitución establecida en los Tratados ratificados por Argentina.

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.

2.7. Orden público y el “ Interés Superior del Niño”

En este punto queremos dejar sentado la importancia de promover la conclusión y ratificación tanto Tratados Internacionales multilaterales y bilaterales para tener un criterio unificador en la Restitución Internacional de Menores. En base al Orden Público interno países que no los han firmado, niegan la restitución con fundamento en la violación de sus principios fundamentales.

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

2. 8. Traslado ilícito

Precisamente, la resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención

sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño y, a la vez, que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos.

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 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.

2.9. Excepción a la restitución en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores

Que el art. 13, párr. 1º, inc. 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 judice", 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.

2.10. Derecho a ser oído. Voluntad del niño

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, párr. 2º, Convención de La Haya; art. 12.1, 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", que atraviesa por un estado de "confusión afectiva ... por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres". 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 párr. 2º 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.

2.11. Aplicación de los tratados. Obligación Internacional- Responsabilidad del Estado Argentino.

Hay innumerables demandas contra los Estados, inclusive el Argentino, por incumplimiento de los Tratados Internacionales, ese punto lo hemos desarrollado en el segundo capítulo de nuestro trabajo.

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 "Giroldi, Horacio D. 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.

3. Fallos para su análisis

3.1. B. de S., D. c. T., E. 1º instancia Publicado en LLBA, 2003-125.

Tomamos este fallo porque considera en forma clara y concisa la Protección Integral del menor. Sostiene que en el caso de la Restitución de Menores son aplicables normas de Derecho Internacional Privado y el tema cae en el ámbito del Derecho de Menores. Hace una integración entre la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención de los derechos del niño, considerándolas el marco jurídico del tema en cuestión. Habla del bienestar del niño considerando como principio rector al “Interés Superior del Niño”

“Que resulta necesario precisar aquellas pautas jurídicas que han constituido el andamiaje sobre el que estructurado la presente resolución. En el presente caso son de aplicación normas de Derecho Internacional Privado, pero ante la existencia de una menor como sujeto del conflicto también entra en el ámbito del Derecho de Menores. En esta confluencia de normas de distintas ramas del Derecho prevalece el Derecho de Menores por cuanto por su objeto, mejor satisface y contempla los intereses del protagonista del drama jurídico-procesal que asépticamente se ha dado en llamar como "restitución de menores". El Derecho de menores es un derecho finalista (teleológico) y "desregulado" (conf. Rafael Sajon, "Derecho de Menores", año 1995, ps. 46 y 278).”

“La aplicación de la Convención de La Haya sobre Restitución Internacional de Menores juega como complementaria de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3º, 9º, 12, 13 y 18), norma que tiene en nuestro país raigambre constitucional desde el año 1994 (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional) y que constituye por su especificidad y casi universal aceptación el marco jurídico de referencia de todas las acciones de protección integral de los niños (“La identidad personal: lo dinámico y lo

estático en los derechos del niño", Nora Lloveras. "Derecho de Familia", Rev. Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 13, ps. 75/76.)”

“Debe enfatizarse la diferencia entre el "objeto" y los "fines" de la citada Convención de La Haya en el tema; mientras el "objeto" apunta a elementos de eficacia extraterritorial, sus "fines" tienden siempre al mayor bienestar del menor” (José Carlos Arcagni, "La sustracción Internacional de Menores y el Derecho Internacional Privado Tuitivo", LL 1995-D, 1024).

“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 relativa a su custodia" y este término, "interés del menor", no ha sido definido por los expertos que tomaron intervención en la elaboración del Convenio, entendiendo que el mismo es un concepto de encuadre específico (María del Carmen Seoane de Chiodi, Ignacio Goicoechea, "Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores” (ley 23.857)", LL 1995-D, 1412). Es por ende el juez que entiende -en el caso de la suscripta- quien se encuentra habilitado para determinar frente a los autos y sus circunstancias específicas donde queda resguardado este superior interés del niño.

“Por otra parte, considero que una decisión donde se afecta a un niño exige del juez que entiende un mayor grado de compromiso, de ponderación y de creatividad para poder asegurar el valor justicia; siendo en el caso mi indelegable responsabilidad. El órgano judicial no puede ser un sujeto inanimado y que al decir de Montesquieu resulte "ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley" (cit. N. Soraya Hidalgo, "Restitución Internacional de Menores en la República Argentina", LL 1996-C, 1393).

“Entiendo por otra parte, no es el fin de este proceso ni de la Convención de La Haya el otorgar premios y castigos a los progenitores y sus conductas. Como se

expresó, es el interés primordial del niño su razón de ser. Y como fundaran en su voto en disidencia los doctores Moliné O'Connor, Fayt y López (conf. CSJN, 175 XXXI, 29/8/95, "Andreasen, L. s/exhorto", voto. en disidencia) no puede concebirse que el propio instrumento destinado a proteger al niño se vuelva contra él”.

“La noción del "interés superior del niño" cumple una función correctora e integradora de las normas legales, capaz de llenar los vacíos de la ley y neutralizar la aplicación de preceptos que se juzguen contrarios a los derechos del niño”

3.2. M., V. c. G. B., M. s. restitución de menor.- CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 31/08/00, Publicado en ED, 191-115, con nota de I. M. Weinberg de Roca, y en JA 2001-IV-666, con nota de E. R. Hooft.

Este fallo analiza la Convención de los Derechos del Niño, de donde surge como se priorizan los derechos e intereses del menor y también la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores. También considera cuando hay privación de justicia

1. A continuación analiza la Convención de los Derechos del Niño.

“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. 3º).”

“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, Ediar, t. III, págs. 619 y ss.). Y es así que la Convención en tratamiento, reza en forma expresa en su artículo 3° numeral 1° que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

“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, Constitución Nacional), siendo los tribunales argentinos los que habrán de decidir a quién corresponde otorgar la tenencia de M. E. M., 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.”

2. El mismo fallo también hace un análisis de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ambos

tratados ratificados por Argentina y considerados el marco jurídico de la Restitución Internacional de Menores.

“El fin de La Convención es la 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 adhirió 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 art. 3º. 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. 3º)” (ver Arcagni, José Carlos, La Convención de La

Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Derecho internacional privado tuitivo, LL, 1995-D-1026, sec. doctrina).

3. Por último tomaremos del mismo fallo, el análisis efectuado en torno a la “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 M. E. M. 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 de 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 (LL 98-287)".

“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. M., 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.

3.3. B. de S., D. c. T., E. 1º instancia Publicado en LLBA, 2003-125.

En este fallo se analiza la conformación de un traslado ilícito en el marco de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

“Que el primer elemento que debo analizar es si existe "ilicitud" en el traslado de la menor conforme lo prescribe el art. 1º de la Convención de La Haya.”

“Se parte de la consideración que un traslado o retención es ilícito cuando se efectúa en violación de un derecho de custodia atribuido con arreglo a la ley del Estado en que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención” (conf. "El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores", Victoria Basz y Sara L. Feldstein de Cárdenas, LL 1996-B, 610); vg. "Sustracción y restitución internacional de menores", Inés M. Weinberg de Roca, LL 1995-C, 1281).

“El art. 3º de la Convención así lo define, conceptuando asimismo "...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..." (incs. a y b. del cit. art. 3º, ley 23.857).

3.4. CSJN, 20/12/05, S. A. G. s. restitución internacional. Publicado en Fallos 328:4511, en LL 2006-A, 699, en LL 2006-C, 272, con nota de N. E. Solari, en DJ 26/04/2006, 1139 y en JA 2006-I, 37, con nota de N. Rubaja en SJA 29/11/06, 44-56.

Este fallo de la Corte Suprema con sustento legal en la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores, considera en su análisis las excepciones a la restitución.

Dictamen del Procurador General Sustituto de la Nación: “para así decidir, señaló en primer término que el apelante reclama la restitución de su hija menor de edad, quién -aduce- fue sustraída por su madre de su lugar de residencia habitual denunciado en la ciudad de Asunción, República del Paraguay, para ser trasladada a la ciudad de Córdoba, República Argentina, donde habita con su progenitora y sus abuelos maternos”.

“En lo que aquí interesa, dijo que el pedido de restitución articulado en autos, encuentra sustento legal en la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores (Montevideo 1989), que fue ratificada en nuestro país por Ley 25.358 y se encuentra vigente a partir del 12 de diciembre de 2000, la cual nos vincula al país exhortante (Paraguay).”

“Expresó que respecto a la obligación genérica de restituir que impone el artículo 1° de dicho Tratado, su artículo 11°, inciso "b", contempla la excepción de cuando existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico, hipótesis invocada en la especie por la progenitora de la menor para desplazar la inmediata aplicación de la Convención Interamericana.”

“Manifestó que, no obstante ello, la facultad del funcionario judicial para oponerse al reclamo restitutorio debe ser entendida como una hipótesis que para tornarse operativa requiere que el niño presente un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva en un menor ante la ruptura de la convivencia de sus padres; que comprende una situación extrema que excede los parámetros normales del trauma o padecimiento que eventualmente pueda ocasionar un cambio de lugar de residencia o de desarticulación de su grupo convivencial”.

“En función de tales postulados, y a la luz de los elementos obrantes en la causa, el juzgador estimó que no se verificaba en autos ningún supuesto excepcional de pudiera justificar la negativa al pedido restitutorio.”

“Aseveró que la rogatoria tampoco autoriza a aplicar la hipótesis prevista por el artículo 25 de la Convención, que faculta al magistrado interviniente a oponerse a la restitución "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". “Con cita de doctrina, dijo que en supuestos como el planteado en el sub lite, la invocación de la cláusula de reserva de orden público, debe ser restringida a su mínima expresión, esto es, cuando de la aplicación en concreto del Tratado surja palmaria la violación de los derechos humanos fundamentales del niño”.

“Así, con relación a lo que se ha expuesto al comienzo de este ítem, nos encontramos con que en el aludido antecedente, el Tribunal dijo que las palabras escogidas por el artículo 13, párrafo primero, inciso "b", de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores -similar al artículo 11, inciso "b" de la Convención Interamericana- 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. Y agregó que el peligro psíquico, es un

grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres”.

“Dijo además la Corte en el Fallo citado, que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente (...), no basta para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución”.

3.5. I. P., L. s. presunto abuso deshonesto. CCiv. y Com. La Matanza, sala I, 27/04/04. Publicado en El Dial 28/05/04

En este fallo la Jueza Argentina de Menores se declara incompetente internacionalmente, adjudicando la competencia a un tribunal extranjero, en este caso República Federativa del Brasil. El fallo alude que en principio, a los fines de resolver las cuestiones atinentes a la restitución de menores, del derecho de custodia y/o de visita de los mismos, resultan competentes los tribunales del lugar de residencia habitual del menor. Hace un estudio pormenorizado de lo que se consideran Residencia Habitual en las convenciones ratificadas por la República Argentina.

3.5.1. Antecedentes del caso

A la cuestión planteada el Dr. Taraborrelli dijo:

Un menor que su madre denuncia, que fue víctima de abuso deshonesto, encontrándose bajo la asistencia civil del patronato de menores, ejercido por un Tribunal Argentino, solicitó al mismo autorización para viajar al extranjero con el niño, y fue concedido por un plazo determinado que se encuentra vencido; viajando en la misma oportunidad con su hija menor, pero sin autorización de su padre. Los menores tenían su residencia habitual junto a su madre en la Argentina.

En el país extranjero (República Federativa del Brasil) se presentó ante un Tribunal Competente en la materia y obtuvo del mismo protección jurídica, suspendiendo el Tribunal extranjero el ejercicio de la patria potestad que venía ejerciendo el padre sobre la base de la presunta comisión de abuso deshonesto en la persona del menor, toda vez que el Juez había solicitado la remisión de fotocopias de la causa que tramitó en la Argentina, a sus efectos.

La Juez de Menores de Argentina se declaró incompetente internacionalmente, y rechazó el pedido de restitución de los menores promovido por el progenitor no-conviviente, sin haber sido oído previamente a la madre de los niños.

3.5.2. La apelación y los agravios

“Se agravia el apelante de la decisión de la Jueza de Grado en tanto que adjudica la competencia en el caso a un juzgado extranjero vulnerando así toda la normativa existente en la materia considerando debe revocarse la resolución apelada pues destaca que se dispuso respecto de su hijo menor L. medidas, y además no se agotó la investigación del presunto delito del que habría sido víctima; y que su hija V. fue sacada del país y retenida en el extranjero con una maniobra que consistió en cambiar la nacionalidad de los menores en forma ilegítima.”

“Resalta la conducta ilícita de la progenitora de los menores, la que se presentó ante la Juez extranjera y le atribuyó competencia en forma ilegítima sobre un niño, posible víctima de un hecho ilícito ocurrido en Argentina y una niña sacada ilegalmente de Argentina, existiendo una denuncia de su parte respecto de ambos menores y teniendo en cuenta además la denuncia efectuada por la Juez de Primera Instancia”.

3.5.3. La competencia internacional.

“Que la Sra. Juez Titular del Tribunal de Menores n° 2, del Departamento Judicial La Matanza (Bs. As. Argentina) se declaró incompetente internacionalmente para entender en el pedido de restitución de menores promovido por el progenitor no-conviviente”.

“Que sometido a estudio el tema de la competencia internacional, -materia del primer agravio esgrimido por el quejoso apelante, toda vez que la Sra. Juez se declaró incompetente extraterritorialmente- resulta oportuno destacar- que la Convención de La Haya de 1980 presupone que los Estados parte de la misma coinciden en determinar que en principio, a los fines de resolver las cuestiones atinentes a la restitución de menores, del derecho de custodia y/o de visita de los mismos, resultan competentes los tribunales del lugar de residencia habitual del menor, sin que ello implique una unificación de sus normas conflictuales. Y 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 ellos la Convención de La Haya de 1980 (art. 4°)”. (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala Primera (31 de agosto de 2000, "M., V. c/ G. B., s/ restitución de menor, tenencia y régimen de visita" Expte. 33.648, Pub. en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, nro. 18, (Ed. Abeledo-Perrot, 10 de julio del año 2.001), págs. 217/218).

“La Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores adoptada en Montevideo el 15/7/89 aprobada por ley 25.358, dispone en su artículo 6 que: "... 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...". Esta Convención tiene como países signatarios entre otros a la Argentina" (fecha 24/11/92, ratificado 1/11/01) y al Brasil (fecha 15/7/89, ratificado 17/3/94).

“Del análisis de las circunstancias y constancias de autos, surge a todas luces que el lugar de residencia habitual de los dos menores de edad se encontraba en la Argentina (véase fs. 1, 8, 21, 22, 24, 26, 93). Bien es sabido que la residencia habitual constituye un punto de conexión sociológico, a diferencia del domicilio, de carácter normativo. Se trata, en consecuencia, del lugar donde los menores desarrollan sus actividades, donde está establecido, con un cierto grado de permanencia, el centro de sus afectos y vivencias. La "residencia habitual" supone una situación de hecho que implica estabilidad y permanencia”.

“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 desarrolla su vida los que se encuentran en mejores condiciones para merituar la cuestión de fondo” (Goicochea - Seoane de Chiodi, Convenio de La Haya sobre aspectos civiles, LL 1995-D-1416, Sección doctrina).

“Es que la noción de residencia habitual adquiere además una significación propia que se vincula con la autonomía respecto del domicilio del adulto, pues no sólo se vincula con la residencia efectiva sino como el lugar en el cual el menor desarrolla sus relaciones sociales y afectivas lo que también se conoce como el "centro de vida", en el cual el menor se integra al medio desarrollando su formación integral, calificación específica de las Convenciones Uruguay - Perú (1985), Argentina - Uruguay (1981), sobre restitución internacional de menores” (Comentario al fallo citado "ut supra", de la Sala I, de la Cám. Civ. y Com. de San Isidro, voto preopinante de la Dra. Medina con la

adhesión de los Dres. Arazi y Cabrera de Carranza, por Stella Maris Bicoca, titulado "El interés del menor y sus derechos esenciales", pub. Derecho de Familia Revista, n° 18, 10 de julio de 2.001, pags. 226/230).

“Para que proceda y se efectivice el pedido de restitución resulta necesario que el menor tenga su residencia habitual en el país que requiera la restitución. En su consecuencia, se trata de un requisito lógico que confirma la tácita elección de la atribución de competencia en la esfera u órbita internacional de las autoridades en donde el menor tiene su residencia habitual”.

“Ahora bien, en el presente caso, tratándose de un procedimiento de restitución de menores por vía judicial, la calificación de "residencia habitual", corresponde a la lex fori, pues los puntos de conexión deben ser definidos y clasificados según el derecho del juez”.

“Nuestro Código Civil, los tratados de Montevideo y el Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay de 1981, ratificado por la ley 22.546, tratan la cuestión. El domicilio de los menores es el correspondiente a sus representantes legales (art. 7, Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940) . Cuando se trata de los padres del menor, juegan aquí los arts. 199 y 200 del Cód. Civ. A su vez el art. 265 del Cód. Civ. establece que los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. En suma, quien ejerza la tenencia o custodia, en forma exclusiva, tendrá el derecho de fijar la residencia habitual del menor con la limitación de no hacer ilusorio el cumplimiento de los derechos de visitas o acceso al menor por parte del otro progenitor no-conviviente”.

4. Caso Dante Purcell

No podemos cerrar este capítulo sin mencionar un caso reciente, que tuvo matices mediáticos importantes y que se suscitó en Rosario. La información del mismo

fue extraída de publicaciones de medios gráficos e internet. (www.lacapital.com.ar, www.rosario3.com.ar).

4.1 Hechos

Cuando Dante Purcell tenía tres meses y el matrimonio (formalizado en Estados Unidos) entró en crisis, la madre decidió viajar a Rosario con su hijo, abriendo desde ese momento una historia donde no faltaron las acusaciones de apropiación ilegal por un lado y las de incumplimientos de los deberes de padre por el otro.

Su mamá una médica de 32 años, decía haber consensuado con su ex pareja la salida de Estados Unidos, para lo cual se hizo firmar las visas correspondientes y pactó un reencuentro de los tres en Argentina, el padre directamente la denunció por la apropiación ilegal del niño e inició el trámite de divorcio.

Una vez que desde Estados Unidos se solicitó a la Justicia santafesina el regreso de Dante Purcell, el derrotero judicial tuvo varias instancias que siempre fueron favorables al padre del niño.

Primero, el juez de trámite del Tribunal de Familia N° 4, ordenó la restitución del niño. Pero la defensa de Monserrat apeló esa resolución ante la Cámara Civil, donde la sala V ratificó el fallo de primera instancia coincidiendo con Rosas.

El 23 de febrero de 2012, se realizó una audiencia en el Tribunal de Familia con el juez a cargo de ejecutar la sentencia. En ese acto se ordenó a la mamá sustractora reintegrar el niño a su país de origen. En el dictamen se aclara que la mamá puede viajar con su hijo y permanecer allí mientras se sustancia el juicio de divorcio., tenencia, alimentos y en definitiva todas las cuestiones atinentes al fondo del asunto.

Ese acto fue impugnado por la defensa de la mamá al entender que no se dieron garantías constitucionales durante el proceso, como el derecho del niño a tener un abogado especialista en la materia, y se indicó que la denuncia del padre fue "falaz".

La defensa de Monserrat argumentó que la audiencia no tenía validez porque el Tribunal no respondió a ese incidente, y detalló que no fueron notificados a tiempo. Por ello la mujer no participó del trámite, que se desarrolló sin su presencia. Ese día, sus familiares y amigos realizaron una ruidosa manifestación frente al Tribunal solicitando a los jueces que no separaran a Dante de su madre.

Pasados varios días de la orden judicial se desconocía el paradero de la mamá y del niño. Al mismo tiempo, la Cancillería argentina recordó a todos los organismos de seguridad nacionales el "alerta amarilla" de prohibición de salida del país para ambos.

Queremos dejar sentada nuestra postura, basado en el sustento del derecho del niño de tener un abogado, el abogado de Montserrat, quería pedir la nulidad de todo lo actuado, porque no hubo Abogado del Niño. Nosotros adherimos a la posición de la Corte Suprema Argentina que en este caso, se aplica la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que dice que un niño que sale de un país y lo requiere uno de los padres donde el niño ha nacido y tiene su centro de vida, tiene que ser restituido a su residencia habitual, para dirimir divorcio y tenencia. Creemos que es una garantía del debido proceso que se trabaje también con la Convención de Derechos del Niño, que implica más garantías para el mismo.

Posteriormente la mamá sustractora, se presentó junto a su padre y su abogado defensor en el Juzgado Correccional de la 2ª Nominación, donde se llevó adelante el acto de indagatoria, que había sido suspendido por la inasistencia de la misma en el marco de la causa penal que se seguía en su contra, había sido acusada de desobedecer resoluciones judiciales y de no comparecer a las audiencias fijadas por el Tribunal de Familia dentro de la causa de restitución del menor que realizó su ex pareja. La mujer fue imputada, se abstuvo de declarar.

Se notificó por escrito al Colegiado de Familia donde tramitó el pedido, ya que de allí provenía la orden de utilizar la fuerza pública en todas las medidas tendientes para ubicar al niño y devolverlo a su país de origen. El magistrado civil a través de un oficio giró una serie de preguntas para que fueran realizadas a la mujer durante la indagatoria, entre ellas dónde estaba el menor, pero Monserrat se abstuvo de declarar y se retiró del Tribunal.

Nuestra reflexión es la siguiente: ¿Se ajusta a derecho el accionar del Juzgado penal de fijar una audiencia de declaratoria a la mamá sustractora,(si hay de por medio una sentencia de Restitución del Menor), con fundamento en que el encargado de ejecutar la sentencia es el Juez del Colegiado de Familia, habiendo una orden de utilizar la fuerza pública para ubicar al niño y restituirlo con su papá? ¿Con la abstención de declarar de Monserrat se respetó su derecho y el derecho de Dante Purcell, se respetó en esta situación?

Finalmente con una postura conciliatoria de la mamá del niño y su entorno en el Tribunal Colegiado de Familia N° 4, se formalizó el acuerdo para garantizar el regreso seguro del niño, en presencia de la mamá, el niño, los abuelos maternos, el magistrado, la defensora oficial y los abogados. En ese acto, se dejó constancia del buen estado de salud del niño.

Terminamos este capítulo con una reflexión de la Dra. Andrea Strasiuzo, apoderada legal de Purcell, la misma destacó, conforme puede leerse en el diario La Capital : "Esperamos que todo salga bien y que una vez que se ponga fin a este estado de sustracción, los padres puedan en Estados Unidos encontrar la manera de entenderse mutuamente y arribar a un acuerdo razonable, por el bien de Dante". No quisimos dejar de mencionarla por su trabajo en pos de lograr la restitución de Dante, con el encuadramiento legal correcto, ajustándose a las leyes y tratados internacionales de

restitución de menores y también con el espíritu suficiente para contener al padre durante los casi tres meses en que nada se sabía de su hijo.

Luego de dos años y nueve meses Dante regresó con su papá

5. Conclusiones

Nuestros tribunales de justicia incluyendo la Corte Suprema, fallan acatando las Convenciones Internacionales con las cuales se han obligado, con referencia a la Restitución Internacional de Menores. De no hacerlo se generaría una responsabilidad internacional. Quisimos analizar fallos de 1ra Instancia, Cámara y Tribunal Superior identificando siempre el mismo criterio unificador. El niño es un Sujeto de Derecho al cual se le da una protección Integral en base a su bienestar general y teniendo como Principio Rector el “Interés superior del Niño.

Capítulo VI

SUMARIO. 1. Conclusiones finales. 2. Propuestas

1. Conclusiones Finales

Para concluir solo nos resta destacar algunas recomendaciones y propuestas finales que sirven de resumen a todo lo expuesto:

Creemos fundamental dar a conocer el contenido de los convenios referidos a la sustracción internacional de menores para poder ir delimitando en qué consiste el interés superior del niño, que abarca tanto las necesidades básicas como la regulación de determinadas instituciones, próximas a sus progenitores o, en su defecto, a personas que los tutelen y que les den unas pautas morales y emocionales esenciales para el desarrollo de su personalidad. Asimismo propiciamos un marco uniforme en la aplicación de estos convenios que permita concretar el contenido de ese Principio, creando valores universales.

Cualquier instrumento jurídico de nuevo cuño, nacional o internacional, que aborde el fenómeno de la sustracción internacional de menores, sea ley modelo, normativa procesal nacional interna de desarrollo o instrumento internacional, debería contener disposiciones detalladas sobre la cooperación, redes, el intercambio de información y debería facilitar medios o estructuras que permitan el recurso a medios de solución de conflictos como la mediación.

La instauración de redes de cooperación es esencial. No pueden ser estáticas. La revisión de su funcionamiento debe ser continua. Se les ha de exigir la producción estadística de resultados para evaluar su correcto funcionamiento.

Una red de jueces de enlace, que carezca del apoyo de redes nacionales de jueces expertos en cooperación internacional diseminados por el territorio nacional, es difícil que pueda cumplir eficazmente con las importantes tareas que se le han de asignar. Por lo tanto, sí a los jueces de enlace, pero conectados en el necesario marco de las redes de

cooperación judicial internacional y nacionales, caso de no existir una jurisdicción especializada para conocer de los casos de sustracción internacional de menores.

La relación entre jueces y autoridades centrales ha de ser, siempre, lo más fluida y cercana posible. La creación de gabinetes de prensa adscritos a los tribunales de justicia, puede suponer el disponer de un instrumento eficaz que evite la manipulación mediática de los supuestos de sustracción internacional de menores.

Deben existir en cada país, órganos especializados para resolver los supuestos de sustracción internacional de menores. Caso de no existir a nivel nacional tal esquema de especialización, es esencial la instauración de redes nacionales internas de cooperación internacional que presten apoyo al juez nacional para la resolución de estas solicitudes.

En la elaboración de la normativa de instrumentación de las Convenciones, el factor tiempo es decisivo y debería tenderse a que la resolución de restitución estuviera dictada en un plazo, como máximo, de seis semanas después de la interposición de la demanda. Para ello sería importante avanzar en una normativa que contemple un procedimiento o trámite acotado.

Asimismo otra manera de evitar demoras y frívolas apelaciones es ejecutar la orden de restitución del menor o menores cuando la apelación todavía está en curso. Por ejemplo en Francia se ha autorizado la ejecución de la sentencia de restitución en casos en que no parecía haber un sólido fundamento legal para la apelación.

Es importante destacar que uno de los problemas que se produce ante una sustracción de un menor, es el tiempo que va desde el traslado o retención ilícita hasta que se falla en el tema de la restitución. Es aquí donde se producen los efectos dañosos sobre el menor, así como el hecho que cuanto más dure el proceso de restitución se favorece al padre sustractor, pues será más difícil para el tribunal ordenar la restitución del menor a su residencia habitual, en razón del arraigo de éste a su nueva situación familiar y social. En los Países Bajos, la orden debe ejecutarse, aun cuando exista una

apelación, Austria, Alemania y Luxemburgo, también tienen la posibilidad de hacer ejecutar una orden de restitución durante la apelación.

2- Propuestas

Nuestras propuestas son las siguientes:

La aprobación de un Programa Nacional para la Prevención de la Sustracción de Menores y un Plan Operativo que asegure la continuidad de la aplicación del Programa.

Una correcta y amplia difusión de los convenios referentes al tema de la Restitución Internacional de Menores.

La instauración de gabinetes de prensa adscritos a los tribunales de justicia, puede suponer el disponer de un instrumento eficaz que evite la manipulación mediática de los supuestos de sustracción internacional de menores.

La creación de órganos especializados para resolver los supuestos casos de sustracción, que disponga de profesionales con adecuada formación judicial en el tema, para mejorar y agilizar la tramitación procesal de los casos.

Evaluar la idoneidad y eficacia de Leyes Modelos sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre Sustracción Internacional de Menores y su adopción por nuestro país, ya sea en su contenido completo, o bien con supresiones, agregados o modificaciones.

Elaborar bases legislativas en materia de procedimiento y tramitación de los pedidos de Restitución Internacional de Menores. Propiciamos un **TRÁMITE URGENTE**: procedimiento rápido, expedito, ágil de una duración no mayor a seis semanas, que garantice las garantías del debido proceso, en especial el derecho de defensa de todos los intervinientes, el derecho del niño a ser oído y que conduzca a restituir al menor al lugar de su residencia habitual o a rechazar el pedido, sin indagar en los derechos de custodia o tenencia y de visitas de los progenitores.

Por último respaldamos la firma de Tratados bilaterales con países que no han ratificados Tratados multilaterales del tema en cuestión.

-

Bibliografía

A)General

Boggiano, Antonio, "Curso de Derecho Internacional", Editorial, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1993.

Boggiano, "Introducción al derecho Internacional". Editorial La Ley. Buenos Aires. 2000.

Boggiano, Antonio, "Derecho internacional privado en la estructura jurídica del mundo", 5ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, 2008.

Boggiano, Antonio "Derecho Internacional Privado", Tomo II. Ed. Abeledo Perrot. Edición 6, Bs As, 2010.

D'Antonio "Derecho de menores", Ed. Astrea. Buenos Aires. 1986.

Dreyzyn de Klor Adriana, El Mercosur, Ed. Zavalia, 1997.

Fernández Rozas, J. C. "Derecho de la persona", en Derecho Internacional Privado. Parte especial, 6a. ed., Madrid, Eurolex, 1995.

Freeman, M. "International Child Abduction: the effects" Reunite Research Unit, mayo de 2006. Versión traducida y resumida por Mariana Herz en HERZ, M. "Medidas preventivas y reparadoras de la sustracción Internacional parental de niños, niñas y adolescentes" Santa Fe, UNL, 2007.

Goldschmidt, Werner, "Derecho Internacional Privado", Editorial Depalma -2ª ed. Buenos Aires .1974.

Goldschmidt Werner, "El S.O.S. del Derecho Internacional Privado Clásico" Editorial Belgrano. Buenos Aires.1979.

Goldschmidt, Werner "Derecho Internacional Privado".Derecho de la tolerancia Actualizada por Alicia. M. Perugini Zanetti. Ed. Abeledo Perrot, Edición 10, Bs.As, 2009.

Kaller de Orchansky, Berta "Manual de Derecho Internacional Privado", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1998.

Rubaja, Nieve, "Actualidad y vigencia de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 1980", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

Weimberg Inés M "Convención sobre los derechos del niño. Editorial Argentina. 1º Edición, 2002.

Weimberg. Inés. M. "Derecho Internacional Privado",Ed. Abeledo Perrot. Edición 4, Bs.As., 2011.

Weimberg.Inés M "Convención sobre los derechos del niño. Editorial Argentina. 1º Edición, 2002.

B)Especial

Ameghino Bautista Carmen Zoraid. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y Funciones Normativas del Interés Superior del niño. (En línea). Disponible desde www.uss.edu.pe/Facultades/derecho/revjuridica/ssias2/pdf/AmeghinoBautistaCarmenZoraida.pdf

Asociación Argentina de Derecho Internacional VI Jornadas de Derecho Internacional Privado. Dedicadas al Profesor Doctor Alberto Juan Pardo. Cooperación Internacional en conflictos relativos a los niños. Desplazamientos y retenciones ilícitas, obstáculos al mantenimiento de relaciones personales con los progenitores, cobro de alimentos. Relatora: María Susana Najurieta. (En línea)Disponible desde <http://institutointernacionalprivado.blogspot.com.ar/2009/06/el-caso-shaban-arias-uriburu-3-parte.html>.

Beloff, Mary, “No hay Menores de la Calle”, en: Revista. “No hay derecho”, Buenos Aires, núm. 6, Junio de 1992.

Bentolila José “Jornada el niño y el multiculturalismo”, 29 de septiembre de 2005.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., Derecho de familia internacional, Madrid, Colex, 2003.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. et al., Derecho internacional privado, 2a. ed., Granada, Comares, 2000, vol. II, p. 161; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., Derecho de familia internacional, Madrid, Colex, 2003.

Caravajal Adolfo A. Secuestro Interparental de Menores. (En línea) Disponible desde <http://issuu.com/irelaaleman/docs/4-el-secuestro-interparental-de-menores-en-los-mat>.

Caravajal Adolfo. A. Chamorro Nuria. “El Secuestro Interparental de menores en los Matrimonios Mixtos. Revista aequalitas. (En línea). Disponible desde http://karenmariayjosemariaperez-guardia.blogspot.com.ar/2008/05/el-secuestro-interparental-de-menores_29.html.

Caso Ignaccolo-Zenide C/ Rumania (En línea). Disponible desde www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=943...

Caso Dante Purcell. Diario La Capital. 14/04/2012. (En línea). Disponible desde www.lacapital.com.ar

Caso Shaban Arias Uriburu: 3ª parte ¿Cómo se aplicó la ley de la nacionalidad en el caso Shabn Arias Uriburu.(En línea). Disponible desde <http://institutointernacionalprivado.blogspot.com.ar/2009/06/el-caso-shaban-arias-uriburu-3-parte.html>.

Caso Ignaccolo-Zenide C/ Rumania (En línea). Disponible desde www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=943

Cavallo Gonzalo Aguilar. El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.(En línea). Disponible desde http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf

Cillero, Miguel, “Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile” en Pilotti, Francisco (ed.), Infancia en Riesgo Social y

Políticas Sociales en Chile Instituto Interamericano del Niño, Montevideo.1994.

Cillero Bruñol Miguel. “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño.(En línea). Disponible desde http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

Ciuro Caldani, Una nueva concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado, en ED tomo 48.

Código Civil Argentino.

Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño (En línea). Disponible desde www.unicef.org

Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. (En línea). Disponible desde www.iin.oea.org

Convención de Viena de 1969, sobre Los Derechos de los Tratados Art 27 en (En línea). Disponible desde www.derhumanos.com.ar

Convención de los Derechos del niño Naciones Unidas 1980.

Convenio de Luxemburgo (20/05/1980) (En línea). Disponible desde judicatura.com.

Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores Montevideo,31 de Julio de 1981.(En línea). Disponible desde [http://www.oas.org/dil/esp/Convenio Argentino-Uruguayo sobre Proteccion Internacional de Menores.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Argentino-Uruguayo_sobre_Proteccion_Internacional_de_Menores.pdf)

De Rosas Pablo Enrique: Ponencia Orden Público Internacional. Tendencias con temporáneas Orden Público en el ordenamiento del Mercosur. (En línea). Disponible desde <http://www.amedip.org/pdf/DeRosasPabloEnrique.PDF>.

Dreyzin de Klor, La protección internacional de menores.(En línea). Disponible desde <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2197/6.pdf>.

Esparza María Andrea . Ley modelo sobre sustracción internacional de menores.(En línea). Disponible desde <http://institutointernacionalprivado.blogspot.com/search/label/Sustraccion%20Internacional%20de%20Menores> .

Fallo 'Wilner, E. c/Osswald, M. G. C.S.J.N., W. 12. XXXI.4, in re, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa 'Wilner, E. c/Osswald, M. G. Buenos Aires, 14 de junio de 1995.

Fallo Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995, “W., E.M. c/O., M.G: s/Exhorto”, publicado en Jurisprudencia Argentina , Buenos Aires, 1995-III-430 y ss.

Fallo Ekmekjian Miguel Angel C/ Sofovich Gerardo. Buenos Aires . Julio 7 de 1992.

Fallo Cámara Nacional Civil , Sala H “A. L. A”, de fecha 02/03/95, publicado en La Ley 1996-B-609 con nota de Sara Feldstein de Cárdenas y Victoria Basz

Fallo Cám. Nac. Civil, Sala H, “M.V; M,L. c/ C. C.A.S S/ Mediadas Precautorias” Publicado en diario EL Derecho, de fecha 18/02/2004.

Fallo: Corte Suprema de Justicia de la Nación , causa “W. C.O – Buenos Aires 14 de junio de 1995.

Fallo Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, caso “S.L.I. v. A., E.A.” del 20/8/2004 publicado en Revista de Derecho de Familia N° 30, Pág. 231 y ss. con nota de Néstor E. Solari, “Un caso de restitución internacional de menores. Cuestiones sobre la residencia habitual”.

Fallo Cám. Nac. Civil, Sala I, caso “S.Z.A.A.” del 14/9/1995, publicado en El Derecho, tomo 165- Mar Martín García “La sustracción de menores por sus padres. Editorial Tirant Loblanchc 1° edición- 09/2003.

Fallo Cám. Nac. Civil, Sala E, “B. S M. A. c. B. S. A.A. s/medidas precautorias” del 7/12/2005, publicado en El Derecho, diario del 30 de enero de 2006.

Fallo B. de S., D. c. T., E. 1º instancia Publicado en LLBA, 2003-125.

Fallo M., V. c. G. B., M. s. restitución de menor.- CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 31/08/00, Publicado en ED, 191-115, con nota de I. M. Weinberg de Roca, y en JA 2001-IV-666, con nota de E. R. Hooft.

Fallo B. de S., D. c. T., E. 1º instancia Publicado en LLBA, 2003-125.

Fallo CSJN, 20/12/05, S. A. G. s. restitución internacional. Publicado en Fallos 328:4511, en LL 2006-A, 699, en LL 2006-C, 272, con nota de N. E. Solari, en DJ 26/04/2006, 1139 y en JA 2006-I, 37, con nota de N. Rubaja en SJA 29/11/06, 44-56.

Fallo I. P., L. s. presunto abuso deshonesto. CCiv. y Com. La Matanza, sala I, 27/04/04. Publicado en El Dial 28/05/04.

Fallo Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995, “W., E.M. c/O., M.G: s/Exhorto”, publicado en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1995-III-430 y ss.

Fundación Foundchild.(En línea). Disponible desde http://www.foundchild.org.ar/?page_id=15.

Guerra Hernández. Víctor Hugo. El Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado y el Interés Superior del Niño en el caso de Elián González. (En línea). Disponible desde www.analitica.com/va/internacionales/internacionales/5331189.asp.

Goicochea, Ignacio, “Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores”, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia.

González Martín Nuria. La Conferencia especializada interamericana de derecho internacional privado y la modernización del derecho internacional privado latinoamericano. ¿Un cambio en el iter convencional hacia la ley modelo.(En línea). Disponible desde <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt21.htm>.

Guía de buenas prácticas" elaborada en el marco de la Conferencia de La Haya, Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares. (En línea). Disponible desde <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-medidaspreventivas.htm>.

Hooft Eduardo R. voces jurisdicción internacional el fórum nos conveniens 19-10-2006. (En línea). Disponible desde <http://www.docstoc.com/docs/40579441/Doctrina-sobre-el-principio-del-forum-non-conveniens>.

Herz Mariana. Mediación binacional: Experiencias positivas en casos de Sustracción Internacional Parenteral de Niños, Niñas y adolescente. (En línea). Disponible desde <http://cecamarco.blogspot.com/2007/10/mediacion-binacional.html>.

Herz, Mariana, "Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores", Revista El Derecho 14/11/2006 Nro. 11.635.

Herz. Mariana Revista electrónica de estudios internacionales. Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las convenciones sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. A propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. (En línea). Disponible desde <http://www.reei.org/index.php/revista/num15/articulos/responsabilidad-estado-incumplimiento-convenciones-sobre-restitucion-internacional-ninos-ninas-adolescentes-proposito-jurisprudencia-corte-europea-derechos-humanos>.

Herz, Mariana, "Medidas Preventivas y reparadoras de la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes", 1era. Edición, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2007, 146 p.

Herz, Mariana, "Medidas preventivas y reparadoras de la sustracción interparental de menores en espacios integrados", Revista El Derecho del 12 de abril de 2006; comentario a fallo: "B. de S., D. v. T., E.", Sup. Corte Bs. As., 05/02/2005, LNBA 2006-6-03.

Herz, Mariana. "La Protección internacional de la infancia frente al riesgo de la sustracción parental internacional en espacios integrados con la mirada puesta en

el Mercosur", en libro digital de ponencias de las en IV JORNADAS URUGUAYO-SANTAFESINAS -2DA. ETAPA.

Herz, Mariana. "Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores", Revista El Derecho 14/11/2006 Nro. 11.635.

Incadat (Base de datos sobre la sustracción internacional de niños.) (En línea). Disponible desde <http://www.incadat.com/>.

Informe explicativo al Convenio de La Haya. Dra. Elisa Pérez – Vera – párrafos 23 a 26 sobre “La importancia dada al interés del menor”.(En línea). Disponible desde www.villaverde.com.ar/archivos/File/publicaciones/isn.doc 1.

Kamada Luis Ernesto “Restitución de menores”.(En línea). Disponible desde www.infanciayjuventud.com.

La protección de los niños y el Derecho Internacional.(En línea). Disponible desde <http://www.cadri.org/?p=670>.

Ley 25.358, sancionada el 01.11.2000.

Ley 23.857, sancionada el 27.09.1990.

Ley modelo sobre sustracción internacional de menores. (En línea). Disponible desde <http://institutointernacionalprivado.blogspot.com.ar/2009/11/ley-modelo-sobre-sustraccion.html>.

Ministerio de Relaciones Públicas y culto de la República Argentina. Protección Internacional de Menores.(En línea). Disponible desde <http://www.menores.gob.ar/index.php?sop=restitucion&ssop=autoridades>.

Najurieta, María S., "Cooperación jurisdiccional internacional en conflictos relativos a los niños (desplazamientos y retenciones ilícitos, obstáculos al mantenimiento de relaciones personales con los progenitores, cobro de alimentos)", presentado en las VI Jornadas de Derecho Internacional Privado dedicadas a la memoria del Dr. Alberto J. Pardo, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Internacional, del 4 al 5/8/2006, Mendoza, especialmente p. 5.(En línea). Disponible desde www.aadi.org.ar

Najurieta, María Susana, La restitución internacional de menores y el principio del "interés superior del niño. Un caso de aplicación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", Jurisprudencia Argentina, 2006-I-43.

Najurieta, María S., en "La restitución internacional de menores y el principio del 'interés superior del niño'. Un caso de aplicación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", JA, 2006-I, fasc.10, 8/3/2006, pág.33.

Najurieta, María Susana, "Restitución internacional de menores", en Grosman, Cecilia P. (dir.) y Herrera, Marisa (coord.), "Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 403 y ss.

Peces-Barba, G., Derecho Positivo de los Derechos Humanos, Debate, Madrid, 1987, p 112-115.

Pérez Vera, Elisa, Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980.

Protección Internacional de los niños- Derecho de custodia. (En línea). Disponible desde <http://www.menores.gob.ar/index.php?sop=restitucion&ssop=custodia>.

Proyecto de Ley- Programa nacional para la prevención de la sustacción de menores y su restitución. (En línea). Disponible desde <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4873-D-2006>.

Quaini Fabiana M."Restitución Internacional de Menores- Aspectos Civiles y Penales- 1989.(En línea). Disponible desde www.lexaaustralis.com.

Quaini Marcela Fabiana. Algunos casos de restitución de menores llevados por nuestro estudio.(En línea). Disponible desde <http://www.estudioquaini.com.ar/casosrestitucion.htm>.

Quaini, Fabiana. Co-Autores: Bouzá, José M. - Rapallini, Liliana E. - Romano, Carlos A. - Zárate, Andres. Restitución Internacional de menores. Ed. Cátedra Jurídica, 2009.

Rubaja Nieve Restitución internacional de menores: una solución enfocada en el procedimiento. (En línea). Disponible desde <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=8225&tipo=2>.

Ramón Teodoro Ríos "Especialidad del Derecho de Menores", Rev. La Ley, N° 181- Buenos Aires- 20/9/95.

Reglamento(CE) N° 2201/2003.(En línea). Disponible desde www.vademecumjuridico.org.

Rodríguez, Sonia. La Protección de los Menores en el Derecho Internacional Mexicano. (En línea). Disponible desde <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2197/6.pdf>.

Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. (En línea). Disponible desde http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133194_es.htm

Sabido Rodríguez, M., "Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial", en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales, Madrid, Colex, 2003, p. 736.

Solari Ubaldino Calvento: Nota Explicativa al Convenio sobre Protección de Niños. Instituto Interamericano del Niño. Organismo Especializado de la OEA, 1996.

Tellechea Bergnan Eduardo. Análisis de la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre restitución internacional de menores.

Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento.(En línea).
Disponible desde www.iin.oea.org.

Vargas Gómez-Urrutia, M. La protección internacional de los derechos del niño. (En línea). Disponible desde <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2197/6.pdf>

Vargas Cintia. Diario Uno Digital. Mendoza, Miércoles 14 de Febrero de 2007.

Villaverde M.S “Doctrina Del Forum non conveniens.(En línea). Disponible desde www.villaverde.com.ar/doctrina-forum-non-conveniens.doc

Villaverde María Silvia “El Interés Superior del Niño en la Sustracción de Niños, Niñas y Adolescentes. (En línea). Disponible desde www.villaverde.com.ar/archivos/File/publicaciones/isn.doc.¹

Tagle Graciela. "Sustracción de Menores en la Región del MERCOSUR". Boletín de los Jueces. Enfoque especial: El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. Tomo X. Otoño 2005. Pag. 47. (En línea). Disponible desde <http://www.hcch.net/upload/autumn2005s.pdf>

Weinberg de Roca, Inés M. "Sustracción y restitución internacional de menores", LA LEY 1995-C, 1281

ÍNDICE

1.	Dedicatorias y agradecimientos	2
2.	Resumen	3
4.	Estado de la cuestión	7
5.	Marco teórico	13
6.	Introducción	16

Capítulo I

Doctrina de la Protección Integral. Su repercusión en Instrumentos de Derecho Internacional Privado (con especial referencia al proceso de Restitución Internacional de Menores)

1.	Introducción	19
2.	Doctrina de la Protección Integral. El Menor, un Sujeto de Derecho	20
2.1.	Internacionalización del Derecho de menores	21
2.2.	El multiculturalismo y los derechos Humanos	21
3.	Interés Superior del Niño	22
3.1.	Concepto	22
3.2.	Principio rector y su relación con otros Principios	22
3.3.	Evolución en los Instrumentos Internacionales y su tratamiento en la Convención Internacional sobre los derechos de los niños	23
3.4.	Interpretación. Principio orientador en ausencia de ley y Derecho Garantía Frente a la acción del estado.	25
3.5.	Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	27
3.6.	Cooperación Internacional	30
3.7.	Jurisprudencia Argentina	31
4.	Foro conveniente y Foro no conveniente	33
4.1.	Justicia del caso concreto	33
4.2.	Aplicación del Principio Rector “Interés Superior del Niño” en la temática jurisdiccional	34

4.3.	Equilibrio entre el foro no conveniente y la denegación de justicia	35
4.4.	El “foro no conveniente” en el derecho argentino. Casos jurisprudenciales	36
5.	Orden Público Internacional. Tendencias Contemporáneas.	40
6.	Exequatur. Su Distinción con el Proceso de Restitución. Supresión en el ámbito Europeo.	43
6.2.	Procedimiento autónomo	45
7.	Conclusiones.	46

Capítulo II

Marco Convencional

1.	Introducción	49
2.	Fenómeno de la sustracción	51
2.1.	Concepto	51
2.2.	Causales	52
3.	Fases en la sustracción internacional de Menores	54
4.	Conflicto entre el derecho a la libre circulación y fijar domicilio y el Derecho del niño al contacto con ambos padres	54
5.	Conceptos definidos en las convenciones	58
5.1.	Menor	58
5.2.	Derecho de custodia	59
5.3.	Derecho de visita	59
5.4.	Interés del Menor	60
6.	Panorama general de los Tratados Internacionales referidos al tema en cuestión.	60
6.1.	Convenio de Luxemburgo” Sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de Custodia de menores.	61
6.2.	Convenio de La Haya de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental y Protección de los niños.	63
6.3.	Convención Interamericana (CIDIPV) sobre tráfico internacional de menores	63
6.4.	Convenio de La Haya relativo a la protección del menor y a la cooperación en materia de Adopción Internacional.	64
6.5.	Convención de los Derechos del niño.	64
7.	La Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la Convención interamericana sobre Restitución Internacional de menores.	65
7.1.	Diferencias entre ambas Convenciones	66
7.2.	Ámbito de aplicación.	67
7.3.	Características comunes.	69
7.3.1.	Procedimiento autónomo.	69

7.3.2.	Autoridades centrales.	70
7.3.3.	Bien jurídico tutelado.	71
7.3.4.	Estado de residencia habitual.	72
8.	Elementos que tipifican la figura de la sustracción de menores.	72
8.1.	Actos ilegítimos de apartamiento.	72
8.2.	Conducta ilícita.	73
8.2.1.	Violación a una limitación geográfica impuesta por el tribunal.	74
8.2.2.	Violación de acuerdos y autorizaciones.	75
8.3.	Inminente daño al menor.	77
8.3.1.	Estabilidad del ámbito vital.	77
8.3.2.	Excepciones.	78
8.3.2.A.	Exposición a un peligro físico, psíquico.	78
8.3.2. B.	Arraigo al nuevo medio.	79
9.	Cooperación internacional y Sustracción de menores.	81
10.	Redes Judiciales.	82
11.	Jueces de enlace y comunicaciones judiciales internacionales directas.	83
12.	Seminarios judiciales y el Boletín de los jueces.	84
13.	Incatat.	85
14.	Guías de Buenas Prácticas.	85
15.	Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes.	86
16.	Responsabilidad del Estado.	88
17.	Nuevo método de reglamentación; la Ley Modelo.	91
18.	Conclusiones.	93

Capítulo III

El Marco Extraconvencional y la Sustracción Internacional de Menores.

1.	Introducción.	96
2.	Relaciones bilaterales entre países de tradición islámica y países pertenecientes a sistemas occidentales.	98
3.	Caso Gabriela Arias Urriburu.	99
3.1.	Hechos.	99
3.2.	Análisis del caso.	102
4.	Convención entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Democrática Argelina relativa a los niños de parejas mixtas separadas franco-argelinas.	103
5.	Japón y la Sustracción Internacional de menores.	104
5.1.	Introducción.	104
5.2.	Derechos de Visita en Japón.	105
5.3.	Sustracción de menores a Japón.	105
5.4.	Localizando niños.	106

5.5.	Soluciones propuestas para los derechos de los Niños en Japón.	106
6.	Derecho Comparado. Gran Bretaña.	109
6.1.	Cuestiones de Política en casos de Sustracción de Menores fuera del Convenio, aplicados por el Tribunal de Apelaciones y la Cámara de Los Lores.	109
6.2.	Análisis Jurisprudenciales.	111
6.2.1.	Hechos.	111
6.2.2.	Fallo.	111
6.2.3.	Cuestiones Legales.	112
6.2. 3.1.	Asuntos fuera del Convenio.	112
6.3.	Caso fuera del Convenio Estado requirente Sudán y el Estado requerido Reino Unido Inglaterra y Gales.	114
6.3.1.	Hechos.	114
6.3.2.	Fallo.	115
6.3. 3.	Cuestiones Legales.	115
6.3. 3.1.	Asuntos fuera del Convenio.	115
7.	Conclusiones.	116

Capítulo IV

Sustracción Internacional de Menores y su recepción en la Legislación Argentina

1.	Introducción.	120
2.	Régimen legal vigente en Argentina.	120
2.1.	Derecho de Custodia en el Código Civil Argentino.	120
2.2.	Convenciones ratificadas por Argentina.	122
3.	Autoridades Centrales Argentinas.	126
3.1.	Actuaciones de las Autoridades Centrales Argentinas.	126
4.	Proyecto de Ley Modelo.	129
5.	Problemática de la Sustracción de Menores cuando no se han ratificado Convenios sobre Restitución Internacional de Menores.	132
6.	Programa Nacional para la prevención de la Sustracción de Menores y su restitución.	137
7.	Conclusiones.	139

Capítulo V

Jurisprudencia Argentina con citas doctrinales

1.	Introducción	142
2.	CSJN, 14/06/95, Wilner Eduardo Mario c. Osswald Gabriela.	142
2.1.	Hechos.	142
2.2.	Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.	143
2.3.	Procedimiento autónomo a través de Autoridades Centrales, establecido en La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.	144
2.4.	Residencia habitual.	144
2.5.	Armonización del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención de los Derechos del niño, priorizando el principio del “Interés Superior del Niño”.	145
2.6.	Interés Superior del Niño preservado por la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores	146
2.7.	Orden público y el Interés Superior del Niño.	147
2.8.	Traslado ilícito.	147
2.9.	Excepción a la restitución en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores.	148
2.10.	Derecho a ser oído. Voluntad del niño.	149
2.11.	Aplicación de los tratados. Obligación Internacional- Responsabilidad Del Estado Argentino.	150
3.	Fallos para su análisis.	151
3.1.	B. de S., D. c. T., E. 1º instancia.	151
3.2.	M., V. c. G. B., M. s. restitución de menor.- CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 31/08/00.	153
3.3.	B. de S., D. c. T., E. 1º instancia.	157
3.4.	CSJN, 20/12/05, S. A. G. s. restitución internacional.	158
3.5.	I. P., L. s. presunto abuso deshonesto. C.Civ. y Com. La Matanza, sala I	160
3.5.1.	Antecedentes del caso.	160
3.5.2.	La apelación y los agravios.	161
3.5.3.	La competencia internacional.	162
4.	Caso Dante Purcell.	164
4.1.	Hechos.	165
5.	Conclusiones.	168

Capítulo VI

1.	Conclusiones finales.	170
2.	Propuestas.	172

Bibliografía

1.	General.	174
2.	Especial	176
