

**La restitución internacional
de niños**

GRACIELA TAGLE DE FERREYRA
FRANCISCO JAVIER FORCADA MIRANDA
MARÍA SEOANE DE CHIODI

LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

Enfoque doctrinario y jurisprudencial
en Argentina y España

Copyright by
NUEVO ENFOQUE JURÍDICO

Duarte Quirós 628
Córdoba - 5000
República Argentina
Tel/Fax: 0351-4250996
E-mail: editorial@actualidadjuridica.com.ar

Diseño de tapa: Natalia Analía Figueroa

Impreso en noviembre de 2010
en los talleres gráficos Multigraf
Argensola 1942 - B° Los Paraísos
Córdoba - Telfax: 0351-4723231
E-mail: solsona@arnet.com.ar

Hecho el depósito que previene la Ley 11.723.
Derechos reservados.

La reproducción de esta obra en todo o en parte sin previa autorización de los autores y el editor es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

ISBN 978-987-

Impreso en Argentina - *Printed in Argentina*

*A mi madre, quien acompañó este trabajo hasta su última hora.
A Edgard, con amor y agradecimiento,
por estar siempre presente a lo largo de mi vida.
A mis hijos Graciana, Edgard y Horacio,
por el tiempo que les resté para sumarlo a esta causa.
A Fer, Martina y Joaquín, ellos saben cómo los quiero.
Graciela Tagle de Ferreyra*

*Para mi querida Amalia por ser la esposa y madre
más maravillosa del mundo.
Francisco Javier Forcada Miranda*

*A mis padres Antonio y Oliva por los principios enseñados,
basados en el esfuerzo, el trabajo, la perseverancia y la honestidad.
A mi marido José Luis por el amor profesado a través de la tolerancia,
la comprensión y su acompañamiento.
A mis hijos Matías y Lucas para que en sus vidas
continúen los valores transmitidos y sigan fieles a ellos
pese a las adversidades de la vida.
A mi nieto Mateo, con todo el amor de su abuela.
María Seoane de Chiodi*

PALABRAS PRELIMINARES

Haciendo un breve relato del nacimiento de este trabajo, encuentro el punto de partida, en las Jornadas de Miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya que nos reuniera en Bruselas en el año 2009. Allí invité a Javier Forcada, a realizar el comentario del articulado de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y sumar nuestra experiencia en su aplicación. La aceptación fue inmediata. Así invité a participar a María Seoane de Chiodi quien en su carácter de Autoridad Central de la República Argentina, aporta su valioso conocimiento a este proyecto. El análisis, de tal modo, abarca todo el proceso de restitución y de visita transfronterizo regulado en este instrumento de cooperación jurídica internacional.

El entusiasmo puesto en su desarrollo, se ve plasmado en la obra que presentamos.

Graciela Tagle de Ferreyra



**CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA
SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

Capítulo I

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1

La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

- a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;**
- b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.**

Comentario de Graciela Tagle

Los cambios significativos que ha experimentado y experimenta la familia son producto de los más diversos sucesos, entre los que se destaca la globalización, que ha posibilitado un universo sin fronteras. Los factores sociológicos, culturales, económicos y laborales provocan desplazamientos frecuentes. Por su parte las comunicaciones en estos tiempos de marcada matriz tecnológica, viabilizan un modo de relación vincular inmediata, habitualmente de características frágiles. El traslado o retención ilícita de un niño se relaciona con estos fenómenos y tiene como efecto inmediato el sustraer al niño de los cuidados del progenitor que lo tiene a su cargo

transportándolo a un Estado que no es el propio es un fenómeno que se relaciona con estos cambios¹. Es por ello que la comunidad internacional ha establecido mecanismos para que la restitución al lugar donde el menor tenía fijada su residencia habitual antes del traslado o retención ilícita pueda llevarse a cabo en forma inmediata. Es que si consideramos el tiempo que insume un proceso judicial tradicional, la protección del niño se vuelve ilusoria. La respuesta a la problemática planteada la encontramos en el Convenio en estudio². Se describe como un instrumento de cooperación mixta entre Autoridades Centrales y administrativas o judiciales a nivel interno e internacional, que tiene por finalidad garantizar el retorno inmediato del niño que ha sido víctima de un traslado o retención ilícita a su lugar de residencia habitual donde la cuestión de fondo atinente a la custodia podrá plantearse y será resuelta por el juez natural. Se trata de una cuestión práctica y por ello justifica un trámite ágil y urgente. Señala Opperti Badrán que es una acción autónoma por su objeto y específica por su perfil procesal ya que puede agotarse en la restitución sin ninguna acción posterior.

El objetivo consistente en “*garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante*”, es el primero. Tres serán las cuestiones fundamentales para que tenga lugar la sustracción internacional en los términos del Convenio y que de lugar a su puesta en marcha: a) privación de un derecho de custodia sobre el menor; b) traslado o retención de un niño a un Estado distinto de aquel de su residencia habitual y c) que sea ilícita. Otro de los objetivos consiste en “*Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes*”. Ambos están ligados estrechamente al fin primordial pues en la medida que se respete el derecho de custodia y visita, desaparecerá la fuente de sustracción que con mayor frecuencia encontramos. Entender su alcance lleva a no caer en el error en que suelen incurrir algunos jueces, consistente en resolver sobre

¹ Anteriormente la causa más frecuente de estos desplazamientos fueron las guerras, provocando la necesidad de protección internacional de los niños.

² Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado el 25 de octubre de 1980 por la 14ª sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. La República Argentina adhirió mediante la sanción de la ley N° 23.857.

la custodia, cuestión ajena al objeto de una solicitud de restitución, que ha de ser resuelta por el juez natural del lugar de residencia habitual del niño. Es así que regula una cuestión práctica, inmediata, pues no está en juego el instituto de la patria potestad sino el derecho de ejercer y conservar la guarda para sí y respetar el derecho de visitas del otro progenitor.

En el preámbulo se erige el “interés superior del niño” como principio de interpretación: su mejor interés es regresar a su lugar de residencia habitual donde las autoridades judiciales de ese Estado podrán decidir cual de las dos partes debe ejercer la custodia y cual debe gozar de los derechos de visita, y en su caso si fuera necesario decidir sobre la reubicación del niño. Dña. Elisa Pérez Vera, afirma: “...entre la manifestación más objetiva 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”³. En este sentido la Convención de La Haya de 1980, al facilitar la pronta restitución de los menores sustraídos ilícitamente o retenidos fuera del país de su residencia habitual, se constituye como un apoyo fundamental de los principios y derechos de los niños, incluyendo el derecho de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres tal como es reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño. Específicamente “acoge la directiva que afirma: 1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y retención ilícita de niños en el extranjero. 2 Para este fin, los Estados promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”⁴. De manera elocuente ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “En la jerarquía de valores que sustenta la Convención de La Haya, 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”⁵. El interés superior del niño, principio que se erige en rector en el Convenio, se concreta en restablecer al niño a su situación de origen salvo

³ Pérez Vera Elisa, informe explicativo “Importancia dada al interés del menor”, disponible en la pág. web: <http://www.mimdes.gob.pe/dgna/sinna/doc/Informeexplicativo.doc>, puntos 20/26.

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 11.

⁵ Autos “W. E. M. c/ O. M. G.”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/06/95, publicado en *Actualidad Jurídica - Familia & Minoridad*, N° 36, abril de 2007, pág. 3803.

que “se pruebe alguno de los supuestos de excepción a esta regla demostrándose que ante una situación extrema, se impone en aras del propio interés superior del menor, el sacrificio personal del guardador desasido”⁶.

Así, tanto las Autoridades Centrales como las Judiciales de los dos Estados involucrados –requerente y requerido– comparten el interés y responsabilidad de proteger al niño de todo riesgo y deben cooperar entre sí para resguardar su mejor interés. En definitiva es un sistema de cooperación internacional basado esencialmente en la figura de las Autoridades Centrales lo que surge de su naturaleza como también es un sistema de protección del interés del menor, lo que se desprende de su propia estructuración.

Comentario de Javier Forcada

Desde la perspectiva española, rica en supuestos prácticos de aplicación del convenio, el interés superior del menor siempre se ha considerado como un inexcusable punto de referencia en esta materia. Este artículo primero, sin nombrarlo, consagra dentro del convenio una implícita referencia al interés superior del menor. En España, a falta de definiciones expresas, el Auto del Tribunal Constitucional N° 28/2001, de 1 de febrero, ya indicó que el interés superior del menor se ha elevado, en último término, en norma de orden público, y, por consiguiente, de insoslayable observancia en el Ordenamiento Jurídico Español⁷. Los objetivos no

⁶ Dreyzin de Klor, Adriana (coordinadora), *La protección internacional de menores*, Advocatus, Córdoba, 1996, pág. 15.

⁷ Es clave la doctrina del Tribunal Supremo español acerca del interés del menor, plasmada en la sentencia de su Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009. En ella, el Tribunal Supremo establece de forma clara y rotunda que el interés del menor tiene naturaleza de orden público y debe ser tenido en cuenta por el Tribunal en aquellas decisiones que se tomen en relación con los menores. Señala el Tribunal Supremo español que ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 141/2000, del 29 mayo, que lo califica como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. (Asimismo SSTC 143/1990, 298/

jerarquizados del Convenio, vienen redactados en este artículo primero, que refleja de forma clara que no pudieron fijarse convencionalmente cri-

1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero). Reconocida esta característica, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren “esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa” (STS 17 julio 1995), así como que “el interés superior del menor es un bien jurídico protegido en esta materia [la privación de la patria potestad], tal como se deriva de la convención de 1989 y de la LO de 1996, y acreditado aquél en autos, no puede ser objeto de recurso de casación”. En todo caso, parece claro que la concurrencia o no de un llamado interés superior del menor, depende de las circunstancias de cada caso concreto y de los hechos puntuales analizados. La sentencia del Tribunal Supremo de España, sala de lo civil, de 8 de octubre de 2009, en un caso de custodia compartida, enumera criterios para facilitar la determinación del interés del menor en la atribución de la guarda compartida, y señala al efecto: “...Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Codi de Família de Catalunya). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (art.373-2-11 Code Civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Según esta Sala, el Código Civil, en materia de custodia compartida,

terios de competencia directa en esta materia, optándose por una vía indirecta que permite que las resoluciones de fondo sobre el derecho de custodia se dicten por las autoridades de residencia habitual del menor antes de su traslado. Se trata de objetivos que suplen la ausencia de una referencia explícita al interés del menor. Pese a ello, ya en el preámbulo, y como destaca el informe explicativo del convenio, los estados firmantes declararon estar profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, habiéndose elaborado el convenio en función del deseo de los estados de proteger al menor en el plano internacional contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado una retención ilícitos. De hecho, los apartados 1b y 2 del art. 13 consagran excepciones basadas en la toma en consideración del interés del menor. De forma añadida se ha de señalar que no estamos ante un Convenio sobre ley aplicable o sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia sino ante un convenio autónomo y basado en la idea de cooperación entre autoridades.

Artículo 2

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

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. La rapidez que se le imprima al trámite es de suma importancia pues hará que la situación irregular no se consolide, premiando al autor de la

contiene una cláusula abierta que obliga al Juez a adoptar esta modalidad siempre en interés del menor. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico resulta muy difícil concretar en qué consiste ese interés, a diferencia de lo que sucede en otros donde existe una lista de criterios.

conducta ilícita. Con gran claridad la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha dicho en relación a la finalidad del Convenio: “El 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”.⁸ Es así que el juez no trata sobre la custodia ni el régimen de visita sino ordena la inmediata restitución del niño a su lugar de residencia habitual a menos que se oponga algunas de las excepciones prescriptas en los arts. 12, 13 y 20 del Convenio y que se dicte resolución acogiendo tal defensa. Consecuentemente el proceso tiene que insumir el menor tiempo posible ya que si la nueva situación se mantiene durante un lapso de tiempo prolongado, podría conducir al no retorno del menor, conforme lo veremos en el art. 12.

El trámite podrá impulsarse vía de exhorto o carta rogatoria, a solicitud de la Autoridad Central en caso de existir un convenio específico, o vía diplomática o consular. La Convención de La Haya de 1980 dispone que los Estados “deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan “y” actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de menores” (arts. 2 y 11)⁹. Adviértase que los plazos que se establecen para ordenar la restitución son de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos en el Convenio de La Haya y de cuarenta y cinco días calendario en la Interamericana¹⁰.

El fundamento –reitero– es que el transcurso del tiempo no desvirtúe el fin se que persigue, lo que implicaría desvirtuar el espíritu que inspiró a los autores, contrariando el principio del interés superior del niño, entendido como el derecho del menor a volver a la situación anterior al traslado o retención ilícita manteniéndose bajo el cuidado de su guardador y en su centro de vida.

⁸ Autos “W. E. M. c/ O. M. G.”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/06/95, publicado en *Actualidad Jurídica - Familia & Minoridad*, N° 36, abril de 2007, pág. 3803.

⁹ La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo si bien refiere a “pronta restitución” y “rápido regreso” establece un trámite que prevé una oportunidad para formular oposición a la restitución “un término de 8 días hábiles contados a partir de que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene” (art. 12).

¹⁰ Arts. 11 y 13 respectivamente.

Es así que presentada la solicitud de restitución, se le imprime el trámite más rápido que prevé la ley local¹¹. Ahora bien también ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “No se trata 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”¹².

Por ello es necesario trabajar en la elaboración de una ley de procedimiento a los fines de tramitar estas solicitudes, como asimismo continuar en la tarea de capacitación de los operadores jurídicos para que entiendan cabalmente el objeto del Convenio y consecuentemente se ajusten a un procedimiento breve, comprendiendo que el objetivo no es analizar si se encuentra bien el niño en su nuevo lugar, sino tan solo si existe grave riesgo en restituirlo al lugar de residencia habitual. Esto es de la mayor importancia tenerlo en claro pues tendrá incidencia directa en el ofrecimiento de prueba.

En relación a lo dicho, resulta interesante un caso con Paraguay ventilado en la Ciudad de Córdoba: presentada la solicitud se le dio el trámite de juicio abreviado, que es de los declarativos generales, de estructura similar al juicio sumarísimo regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹³. Analizada la prueba rendida, se deniega la restitución. Interpuesto el recurso de apelación se revoca la sentencia, haciéndose lugar a la

¹¹ Ley 7676 de Organización, Competencia y Procedimiento de los Tribunales de Familia de la Provincia de Córdoba. El proceso se desarrolla en una audiencia a la que concurren las partes con sus letrados, el Ministerio Pupilar y Fiscal, y un profesional del equipo técnico, de ser necesario. El menor concurrirá a ésta en caso de tener edad suficiente a los fines de ser escuchado. Conforme lo visto y oído y las probanzas acompañadas el juez resuelve.

¹² Autos “W. E. M. c/ O. M. G.”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/06/95, publicado en *Actualidad Jurídica - Familia & Minoridad*, N° 36, abril de 2007, pág. 3803.

¹³ El juicio sumarísimo es de aplicación en los tribunales nacionales. Art. 498. Trámite. En los casos en que se promoviere juicio sumarísimo, presentada la demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si correspondiese que la controversia se sustancie por esta clase de proceso. Si así lo decidiese, el trámite se ajustará a lo establecido para el proceso ordinario, con estas modificaciones:

- 1) Con la demanda y contestación se ofrecerá la prueba y se agregará la documental.
- 2) No serán admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni reconvencción.
- 3) Todos los plazos serán de tres días, con excepción del de contestación de demanda, y el otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado memorial, que será de cinco días.

restitución de la menor. Interpuesto recurso extraordinario por ante la CSJN fue concedido parcialmente y con efecto suspensivo. Luego de disponerse la realización de un informe sobre el estado de salud de la menor, se ordena la restitución. El trámite insumió más de tres años¹⁴.

Me he referido a la falta de un de ley adjetiva en nuestro país que contemple las características especiales de estos procesos como así también los plazos sumamente breves previstos para resolver, a saber seis semanas a partir de la iniciación de los procedimientos¹⁵. Estas cuestiones deben ser atendidas de modo imperioso ya que la celeridad tiene un fundamento a todas luces entendible: impedir el arraigo del niño en el estado de refugio. La preocupación constante por este problema, suscitó que en distintos foros internacionales como nacionales, se planteara la necesidad de trabajar con el fin de elaborar normas de procedimiento que se ajusten al fin perseguido y que colocaran a los distintos Estados contratantes en sintonía con aquellos que ya habían sancionado una legislación procesal.

§ 2. *Referencias del derecho comparado en Latinoamérica.* Los procesos existentes en esta materia se señalan a continuación¹⁶: el Decreto Ejecutivo N° 222/2001 reglamentario de la Ley que aprueba la Convención de La Haya del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Panamá. El proceso dispone que la solicitud se admita sin demora sin perjuicio de requerir a posteriori informes o documentación. Los términos son muy breves, de tres días para el traslado, se incorpora el defensor para todas las

4) Contestada la demanda se procederá conforme al artículo 359. La audiencia prevista en el artículo 360 deberá ser señalada dentro de los diez días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo.

5) No procederá la presentación de alegatos.

6) Solo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá en relación, en efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo.

¹⁴ Juzgado de Familia de 1ª Nominación de la ciudad de Córdoba, autos “Exhorto Dra. Karem González Juez de 1ª Instancia de la Niñez y Adolescencia del 2º Turno - Secretaría 3 Asunción-Paraguay en autos ‘S. A. G. s/ Restitución internacional’ - Solicita restitución de la menor - Recurso de apelación”.

¹⁵ Art. 11 del Convenio en análisis.

¹⁶ En el apéndice legislativo se incluyen los textos de las leyes de procedimiento dictadas en Latinoamérica en esta materia.

partes inclusive el menor. La audiencia se realiza con las partes que concurran. El juez califica las pruebas rechazando las que tuvieren finalidad dilatoria o violatoria de los principios de economía procesal, buena fe, lealtad procesal, se incorpora el principio de la verdad material favoreciendo el interés del menor. Las decisiones de prueba son inapelables y la resolución que ordene o deniegue la restitución es con efecto suspensivo, disponiendo que la resolución a dictarse en Segunda Instancia debe ser prioritaria entre otros asuntos. El proceso establecido en la República Dominicana dispone la fase ante la autoridad central. Si no se procede a la restitución voluntaria, la autoridad judicial competente dicta resolución requiriendo a la persona que ha sustraído al menor. Si la persona requerida no accede voluntariamente a la restitución de la persona menor de edad por existir algunas de las causas establecidas en el artículo 13 del Convenio, el asunto será ventilado y decidido por la autoridad judicial, librándose auto citando a las partes, al ministerio público y a la autoridad central, a una audiencia que tendrá lugar en un plazo no superior a los dos días siguientes y ordena las medidas provisionales que juzgue pertinentes en relación con la persona menor de edad. En la audiencia se escucha a las partes, al ministerio público, a la autoridad central y a la persona menor de edad, si procede, sobre su restitución y se dicta resolución dentro de los cinco días siguientes a contar desde la fecha de la audiencia, teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente y los términos del Convenio. La sentencia puede ser objeto de apelación. La corte fija audiencia para la citación de las partes en el proceso y la notificación de la instancia contentiva del recurso, debiendo decidir el recurso dentro del plazo de cinco días siguientes a la audiencia

El proceso establecido en la República de Chile es el ordenado por Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia del 3 de noviembre de 1998. Es un proceso sumamente breve, donde se prevé un plazo de 24 horas para proveer a la solicitud, minimiza las formalidades limitándolas a las establecidas en el Art. 8 de la Convención, permite el inmediato libramiento de la orden de localización y arraigo, cita de comparendo dentro del quinto días a las partes, la notificación es a domicilio, en forma personal, por cedula o en su defecto si el demandado estuviere ausente se le nombra un defensor que lo represente. En cuanto a la admisibilidad de las excepciones se basa en la Convención de La Haya y consagra los derechos de tuición y visita existentes en el estado requirente. La audiencia que fija el

procedimiento tiene por objeto verificar si concurren algunos de las causas de excepción previstas en el art. 13 del Convenio, oír al niño. Dice el art. 7º: “...La prueba si fuere necesaria, deberá rendirse en la misma audiencia, sin perjuicio de la facultad del Tribunal para decretar medidas para mejor resolver. Ellas deberán evacuarse dentro de un plazo máximo de cinco días, al cabo del cual se tendrán por no decretadas. La prueba se apreciará en conciencia”.

Ello implica que de la prueba por su acotado objeto puede prescindir el tribunal. Los plazos para dictar resolución en primera y segunda instancia son brevísimos. El proyecto de Ley de procedimiento de la República Oriental del Uruguay está para su tratamiento en el Parlamento. Nos referiremos a continuación a la ley modelo regional.

La “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños” fue aprobada en la Segunda Reunión de expertos gubernamentales reunidos en la República Argentina en el año 2007. 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: los doctores María Lilian Bendahan Silveira y el Dr. Eduardo Cavalli Asole por la República Oriental del Uruguay, Raquel Gonzalez por Estados Unidos, Graciela Tagle por la República Argentina, Dionisio Nuñez Verdín por la República federativa de México, Delia Cedenios Palacios por la República de Panamá y Luz María Capuñay Chavez en representación de la República de Perú¹⁷.

Los plazos breves de decisión, en aplicación del interés superior del niño, contribuyen al cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 como así también a la mejor preservación del derecho a no ser trasladado ilícitamente de un Estado a otro o retenido ilícitamente en un Estado y al derecho de visita cuando los referentes adultos de los niños viven en países diferentes.

¹⁷ El texto de la ley se acompaña en Compendio legislativo anexo.

Nos preguntamos que es una ley modelo. Es un proyecto elaborado por expertos de varios Estados Partes que contiene los principios básicos comprendidos en el caso en los convenios de restitución, que puede ser tomada como base general para la preparación de la legislación interna de cada país. Es en definitiva un estándar mínimo para cumplir los objetivos de los Convenios, por lo que debe ser amplia, para permitir que se adapte a cada realidad. En Uruguay, miembros del Poder Judicial en colaboración con la Secretaría Permanente de la Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado, elaboraron una Norma Modelo de Proceso de Restitución Internacional de Menores, luego este proyecto fue abierto a distintos Estados Parte entre ellos la República Argentina, Panamá y Perú¹⁸. Consagra como principio rector de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño considerándose por tal el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia. En su estructura la primera etapa es de localización y aseguramiento del niño no siendo necesaria en caso de conocerse su domicilio. La segunda etapa o etapa única está regulado el proceso de restitución, de estructura monitoria. Prevé un procedimiento en el cual presentada la demanda, el Tribunal procederá a la calificación de la titularidad activa. Si rechaza la solicitud, la resolución admite el recurso de apelación. Si la admite, en veinticuatro horas el tribunal despachará mandamiento de restitución; citará de excepciones por el término de diez días al requerido, dispondrá medidas cautelares necesarias a los efectos de la protección o modificará o mantendrá las adoptadas inicialmente. No se admite cuestiones previas, reconvencción ni incidentes. Las únicas excepciones son las previstas en el art. 13 de la Convención de La Haya Si el demandado no opusiere excepciones, queda firme el mandamiento de restitución. Los principios que se pretenden preservar son la celeridad, intermediación, concentración, el proceso tomada en

¹⁸ Los antecedentes que sirvieron de preparación a este proyecto son el Primer Seminario de Jueces Latinoamericanos sobre el Convenio de La Haya de 1980 reunidos en Monterrey en diciembre de 2004, Reunión de jueces de La Haya del año 2005, Reunión Interamericana de noviembre de 2006, Conformación del grupo de trabajo coordinado por Estados Unidos de América y los doctores Goicoechea por la conferencia de La Haya y Valladares por el Instituto Interamericano del Niño. En adelante denominada Ley Modelo de Procedimiento de Restitución Internacional de Niños.

todas las instancias, proceso de partes, participación preceptiva del Ministerio Público como representante de la causa pública, contradicción, preservación del Derecho del Niño a ser oído, conciliación, cooperación jurídica internacional. Prevé en el Artículo 6 la asistencia o representación del niño, de conformidad con las leyes de protección vigentes.¹⁹

En Argentina, se está trabajando en el análisis de un proyecto de ley en esta materia para hacer realidad la ley procesal en nuestro país. El grupo de trabajo está conformado por la Autoridad Central, la Juez de Enlace, los jueces de la Red Nacional para temas de restitución internacional de niños, especialistas en Derecho Internacional Privado y en Derecho Procesal Civil y el Delegado de La Haya para América Latina. está trabajando en el análisis.

La Ley Modelo dispone en relación a las comunicaciones judiciales directas la designación por parte de cada uno de los Estados Partes de un Juez de Enlace con el cometido de facilitar las comunicaciones judiciales directas sobre los asuntos en trámite comprendidos en la ley entre los Tribunales Extranjeros y los Nacionales con consultas recíprocas entre Jueces de Enlace de las que se dejará constancia en los respectivos expedientes con comunicación a las partes²⁰.

Estos instrumentos sirven para dotar de celeridad y agilidad a estos procesos y en la práctica exhiben muy buenos resultados. Estas se llevan a cabo a través de los Jueces de Enlace que integran la Red Internacional de Jueces de La Haya.

§ 3. *Red Internacional de Jueces de La Haya. Jueces de Enlace. Comunicaciones judiciales directas.* Otra de las formas tendientes a agilizar los procesos se lleva a cabo a través de la figura del Juez de Enlace²¹. Su origen se remonta

¹⁹ El artículo en su texto refiere “se podrá designar un abogado Defensor al niño”, lo que debe entenderse como una facultad y no una designación obligatoria bajo pena de nulidad, como lo es la intervención de quienes ejercen la representación promiscua y la necesaria, que subsisten. Esta nueva garantía guarda equivalencia con el contenido del principio del interés superior en casos concretos. Esta intervención, conforme el texto legal, no será necesaria en todos los casos sino el presupuesto será la colisión de intereses del niño con los de sus progenitores.

²⁰ Art. 21 de la Ley Modelo de Procedimiento de Restitución Internacional de Niños.

²¹ La denominación fue objeto de análisis pues conforme lo señala el Magistrado Forcada Miranda, en España, por ejemplo, responde a una idea distinta a la que se pretende desde la Conferencia de La Haya. Ello pues hay una específica regulación legal interna de la figura del

al Seminario de jueces sobre la protección internacional de menores realizado en De Ruwerberg en 1998 donde se propuso la creación de una red internacional especializada en cuestiones de familia. En él se encomienda a las autoridades pertinentes según las distintas culturas legales en las diferentes jurisdicciones designen uno o más miembros del Poder Judicial para que “actúen como canal de comunicación y enlace con sus Autoridades Centrales nacionales, con otros jueces dentro de sus propias jurisdicciones y con jueces de otros Estados Contratantes, con relación, a cuestiones relativas al convenio de La Haya de 1980 sobre Los aspectos Civiles de la sustracción Internacional de menores. Se juzgó, que el desarrollo de esta red facilitaría a nivel internacional la comunicación entre jueces y ayudaría a asegurar la cooperación efectiva en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980. El apoyo a esta red desde las distintas reuniones de las Comisiones especiales de la Conferencia de La Haya sobre el funcionamiento del Convenio, ha sido permanente apoyando no solo su actuación sino también su expansión²². El juez de Enlace que también se denomina Juez miembro de la Red Internacional de Jueces de La Haya, facilita el contacto con jueces nacionales o con jueces extranjeros miembros de la Red, ante los cuales se encuentren pendientes casos de sustracción internacional de menores para asegurar la correcta aplicación del convenio y agilizar los procesos.

En esta función, colabora con sus colegas de jurisdicción informando sobre el Convenio a aplicar, su práctica y criterios a seguir respecto de los conceptos claves cuando se les presenta una solicitud de restitución de un niño o relativa al derecho de visita; participa y representa a su jurisdicción en conferencias judiciales internacionales de derecho de familia; transmite lo dispuesto en las Conclusiones y Recomendaciones de las Reuniones de la Conferencia; interactúa con los otros jueces de enlace designados en los

juez de enlace español en la Disposición Adicional Primera de la Ley 16/2006 que regula el Estatuto del Miembro Nacional de Euro just y las relaciones con este órgano de la Unión Europea.

En la reunión de expertos relativa a las Comunicaciones Judiciales, llevada a cabo en julio de 2008 en La Haya, se prefirió la denominación de jueces integrantes de la Red Internacional de Jueces de La Haya. En este trabajo nos referiremos a juez de enlace en el entendimiento generalizado que es aquella figura que integra la Red mencionada.

²² Los “Miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya” incluye 25 jueces de aproximadamente 20 jurisdicciones, de todos los continentes.

Estados distintos Parte, contestando preguntas sobre materia de legislación de sustracción internacional de menores o las fuentes de legislación en su jurisdicción colaborando estrechamente con la Autoridad Central. La experiencia argentina indica que un estrecho vínculo entre la Autoridad Central y el Juez de Enlace facilita la tarea de cooperación en el ámbito del Convenio de La Haya e Interamericano en materia de restitución internacional de niños.

Esta comunicación directa se realiza en forma muy expeditiva vía telefónica, conferencias telefónicas o por e-mail²³.

Tiene asimismo actividades adicionales tales como contribuir con la publicación *The Judge's Newsletter*; es responsable de obtener información y novedades del Convenio de La Haya de 1980; contribuye con la Base de datos reseñando jurisprudencia de casos testigos de sustracción internacional de menores para INCADAT²⁴, organiza conjuntamente con la Autoridad Central, tareas de capacitación de los magistrados que integran la Red; propende a la redacción de una guía para el correcto funcionamiento de la Red teniendo como base las guías de la Conferencia de la Haya y la Convención de 1980.

Otra de las tareas es la formación de redes nacionales que es una práctica en expansión en distintos Estados Parte. El lanzamiento de la Red Nacional de Jueces expertos de la República Argentina²⁵, que fue creada en razón de que es un país de extensas dimensiones y por ello, para poder cubrir los distintos puntos geográficos y dotar de celeridad a los pedidos librados en materia de sustracción internacional de menores o de regímenes de visitas transfronterizas, se hace indispensable que los jueces que

²³ *The Judge's Newsletter*, volume XIII, Winter 2007-2008, "Hague Conference on Private International Law", pág. 33.

²⁴ *International Child Abduction Database*: significa la Base de Datos sobre la Sustracción Internacional de Niños (INCADAT), la cual 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.

²⁵ Comprende las distintas regiones del país y en la actualidad está integrada por doce jueces. Fue lanzada el 15 de octubre de 2008.

tengan competencia en dicha materia y que deban resolver una solicitud de restitución internacional de un niño, tengan proximidad con el juez experto en esa disciplina el cual integra la red nacional argentina. Esta estructura nacional está conformada por jueces con conocimiento en materia de sustracción internacional de menores y de regímenes de visita transfronterizos. Han sido seleccionados por su compromiso y especialidad en la materia, y sirven de apoyo al juez que resulte competente para entender en un caso de restitución o de un régimen de visita transfronterizos a los fines de agilizar la asistencia judicial. Su tarea es asesorar sobre la correcta aplicación del Convenio, proveer jurisprudencia existente en la materia y prestar auxilio respecto de la interpretación de los aspectos claves de la convención. Los jueces de la Red mantienen el pleno respeto a la potestad jurisdiccional de los órganos judiciales intervinientes²⁶ y reportan su actividad al Juez de Enlace quien informará a la Autoridad Central el resultado de la misión.

La colaboración entre jueces de la red se prestará a instancia de cualquier magistrado de nuestro país con competencia para entender en los casos de restitución o de régimen de visitas transfronterizo, del Juez de Enlace o de la Autoridad Central.

La comunicación y cooperación de los jueces de la Red y el Juez de Enlace será estrecha, reservándose el contacto de estos magistrados con la Autoridad Central para los casos de urgencia.

La integración de esta Red de Jueces en materia de Restitución Internacional de Niños o de Regímenes de Visita transfronterizos es un antecedente valioso para posicionar a la República Argentina en sintonía con otras redes como la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional, la que está plenamente operativa en España²⁷. En Latinoamérica

²⁶ The Judge 's Newsletter, volume XV, "National Network in Argentina", por Graciela Tagle, pág. 142.

²⁷ Las experiencias más recientes relato a los fines del cabal entendimiento de la función: En un caso de restitución con EE.UU. que había sido resuelto y confirmada la resolución por la Corte con fecha 16 de abril de 2008, al bajar al juzgado para su ejecución, el juez subrogante fijó audiencia para tratar la restitución internacional del menor en lugar de fijarla para restituir al menor. En el interin el padre fugó con los menores. Fue necesario la intervención como Juez de Enlace para que se entendiera la urgencia de ejecutar la resolución y se ordenara: la búsqueda y paradero de los niños, interceptar comunicaciones telefónicas, prohibir la salida del país etc. Los menores fueron entregados luego del diligenciamiento de las medidas dispuestas, por

se han conformado nuevas redes nacionales como es el caso de México y están en gestación otras, ejemplo de ello es República de Nicaragua. La Red Judicial Americana para casos de sustracción parental transfronteriza de menores, a pesar de haber sido construida recientemente, el concepto de comunicaciones judiciales en los casos que involucran a progenitores que litigan en estados múltiples con respecto a sus hijos, no es una novedad en la teoría judicial americana²⁸.

Comentario de Javier Forcada

Al hilo de este precepto, que consagra una obligación general de comportamiento de los estados contratantes, se trata de analizar la posición española y europea en general. Es cierto que esta disposición no impone a los estados la obligación de aprobar nuevos procedimientos de implementación en el derecho interno, pero la utilidad de este tipo de procedimientos viene siendo incontestable, no ya solo para conseguir la mayor rapidez posible, sino también para alcanzar altos niveles de seguridad jurídica²⁹. La regulación específica de la materia en España, nos lleva al análisis de los

el padre en el tribunal con fecha 26 de mayo del mismo año. En otra oportunidad en un caso con Brasil, se comunicó al Juez de Argentina el alcance del art. 16 para que hiciera conocer a su par brasilero por ante el cual la madre del niño había pedido la custodia, que no dictara resolución sobre el fondo en el estado de refugio hasta tanto se resuelva sobre la restitución del niño.

²⁸ The Judge 's Newsletter, volume XV, 2009, "The American Judicial Network- A work in progress", por Judith L.Kreeger (U.S.A.), pág. 81.

²⁹ Por poner un ejemplo cabe una cita a la República Dominicana. Allí es necesaria y obligatoria una referencia a la resolución número 480-2008 que tiene como finalidad establecer el procedimiento para conocer de la solicitud de restitución de menores sustraídos. En la legislación vigente de dicho país, Ley 136-03, solo había una referencia a los traslados ilícitos de menores en el artículo 110, atribuyendo la responsabilidad de su atención y solución únicamente al Ministerio Público. Luego de la ratificación por el Congreso del Convenio de 1980, el año 2004, se hacía necesario que la República Dominicana adecuara las bases legales para resolver el traslado y la retención ilícita de los menores de forma acorde con el instrumento suscrito. Una respuesta que no implicaba modificación de la legislación vigente, ya que era muy reciente la ley 136 del año 2003, era que la Corte Suprema de Justicia trazará los alineamientos necesarios en los cuales los tribunales debían conocer y decidir estos casos. De esta forma en marzo de 2008 se dictó la resolución 480 por la Suprema Corte de Justicia en la cual se establece el procedimiento a seguir en estos casos, de solicitudes de restitución de acuerdo a los postulados establecidos en el citado Convenio. Con arreglo tal resolución, la competencia ostenta la

artículos 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881³⁰. Dichos preceptos habían quedado vacíos de contenido en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil promulgada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, debido a la reforma operada por la Ley 31/1972, de 22 de julio, y, en su redacción actual, fueron introducidos por la Disposición Final 19.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, para regular las “*Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*”. Posteriormente, dichas disposiciones fueron declaradas en vigor, hasta la vigencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, por la Disposición Derogatoria 1.1ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, cuya Disposición Final Decimoctava, señalaba que, en el plazo de un año tras la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria³¹. Junto a los Artículos 1901

sala civil del Tribunal de niños y niñas y adolescentes ubicado dentro de la demarcación territorial donde se encuentra el menor de edad, y si no hubiere jurisdicción en la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia en atribuciones. La calidad para demandar la tiene la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia o de visita y la autoridad central que, en la República Dominicana, la ostenta el Consejo Nacional para la Niñez. Los plazos marcados son breves y por ello se prevé el apoderamiento con una instancia, en un plazo de 48 horas se debe dictar Auto requiriendo la persona y al menor a una audiencia preliminar dentro de los tres días siguientes, y si la persona accede a la restitución, se levanta acta concluyendo el proceso, y, en caso contrario, se libra Auto citando a una audiencia en los dos días siguientes. A dicha audiencia se cita a las partes, a la autoridad central y al ministerio público y al menor de edad si procede, y a los cinco días se dicta sentencia declarando si procede o no la restitución. En cuanto a la apelación, la sentencia de primera instancia solo puede ser impugnada con el ejercicio del recurso de apelación. El plazo es de cinco días a partir de la notificación de la sentencia, y luego del apoderamiento, la Corte fija audiencia a los dos días siguientes. La secretaria de la Corte realiza las diligencias para las citaciones de los que intervienen en el proceso, y la Corte debe decidir el recurso a los cinco días siguientes a la audiencia.

³⁰ Se acompaña en compendio legislativo anexo el Real Decreto de 3 febrero 1881. Ley Enjuiciamiento Civil. Ley de Enjuiciamiento Civil. Sección 2ª. Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.

³¹ Como es sabido, estuvo sobre la mesa, tras un inicial Anteproyecto, el Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006, denominado de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil. Dicho Proyecto de Ley, fue retirado por el Gobierno el 24 de octubre de 2007 al amparo del art. 127 del Reglamento del Senado, y contenía la regulación de un procedimiento común a los expedientes de jurisdicción voluntaria administrados por jueces y secretarios judiciales en los arts. 15 a 26, dedicando los arts. 59 a 67 a regular las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional. Pocas novedades contenía con respecto a la legislación interna vigente, cuando se preveía una regulación muy similar a la actual. Se añadían referencias a las dispo-

a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya citados, que regulan las medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, debemos citar también como regulación vigente, la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica de 23 de

siciones comunitarias en la materia, algo que era innecesario, no había ya remisión al juicio verbal en la forma anterior, y se exigía que el menor se encontrase en España, manteniéndose el sistema vigente de recursos, pero suprimiéndose la expresión del improrrogable término de 20 días por la mención a la resolución del recurso con carácter preferente, y, todo ello, con algunos otros matices de mero detalle, manteniéndose en punto a competencia territorial el criterio del vigente Art. 1.902.1 LEC 1881, en su Art. 14.2.4ª que daba la competencia territorial al juzgado de Primera Instancia en cuya demarcación se encontrase el menor. Quizá lo más desalentador, era el mantenimiento de la normativa interna española, sin cambios, dentro de lo que es la jurisdicción voluntaria, algo inexplicable, cuando es en el ámbito de los procesos contenciosos de familia donde este tipo de procesos tienen su adecuado encaje normativo. Respecto al Proyecto citado, muchas eran las mejoras para aportar a tal texto normativo. De hecho, en los trabajos de la Red Judicial Española de Cooperación Jurídica Internacional, REJUE, del año 2007, se adoptaron conclusiones que, por referencia al ya fallido proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, señalaban muchas posibles mejoras. Se señalaba que debería efectuarse una mención expresa en el proyecto de ley de jurisdicción voluntaria español, en la regulación del procedimiento relativo a la sustracción internacional de menores, a la utilidad evidente del recurso a la mediación en esta área, con la previsión de que la mediación en el ámbito de la sustracción internacional de menores no retrasara en forma alguna el desarrollo del proceso. La modificación consistiría en añadir un segundo párrafo al art. 64 del proyecto del siguiente tenor: "...el Juez podrá, a petición de cualquiera de las partes o de oficio, sugerir el recurso a la mediación, sin que ello suponga la suspensión o el retraso del proceso...". Debería efectuarse, también, decían las conclusiones de la REJUE, una mención expresa en el proyecto de ley de jurisdicción voluntaria español, en la regulación del procedimiento relativo a la sustracción internacional de menores, al plazo de tramitación y resolución del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, sugiriéndose como aceptable el establecimiento de un recurso de apelación específico de extraordinaria celeridad pero sin vulneración de garantía procesal alguna, pudiéndose incluir dicha previsión a continuación de la última frase del art. 65.2 del fallido proyecto de ley de jurisdicción voluntaria. Señalaba la REJUE también que la competencia territorial debería residenciarse en un juzgado determinado de familia, allí donde exista, de la capital de provincia en cuya demarcación se encuentre el menor al momento de presentarse la solicitud de restitución. Caso de no existir juzgado de familia, la competencia debería residenciarse en un juzgado de primera instancia de la capital de provincia. Debería efectuarse, también, una mención expresa en el proyecto de ley de jurisdicción voluntaria español, en la regulación del procedimiento relativo a la sustracción internacional de menores, a que el juez pudiera acordar medidas provisionales para evitar un peligro al menor o un perjuicio a los intereses de las partes, especialmente para asegurar la permanencia del menor durante el procedimiento o para asegurar la rapidez de la devolución, con una clara remisión al artículo 158 del Código Civil. Desde luego, muchas eran las sugerencias a realizar como las ya indicadas y procedentes del entorno de la REJUE. Afortunadamente, como se ha dicho, se retiró poco después, tal texto normativo.

noviembre de 1995 del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, en cuanto introdujo la previsión de medidas cautelares en el ámbito civil que evitasen las sustracciones o retenciones ilícitas de menores, adicionando un párrafo nuevo en la medida 1ª del artículo 103 del Código Civil (relativo a la adopción de medidas provisionales por demanda de nulidad, separación o divorcio), con la siguiente redacción: “*Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor*”. Además, la Ley Orgánica 9/2002, dio nueva redacción al número 3º del artículo 158 del Código Civil que quedó redactado en los siguientes términos: “*3º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor*”³². Junto a lo indicado, el Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre, en el marco de la Unión Europea, complementa al Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, y es clave en el área intra-comunitaria. En punto a la actual regulación procesal española de las medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción de menores, los Art. 1901 a 1909 abarcan un proceso, cuando menos peculiar, para tramitar las restituciones de menores. En sus inicios, al ser instaurado por la Ley 1/1996, dio seguridad jurídica y cubrió un evidente vacío normativo corrigiendo actitudes dilatorias muy flagrantes, y, de hecho, no hacía sino recoger lo que a nivel procesal ya se venía haciendo más o menos por los órganos jurisdiccionales españoles. La seguridad jurídica y la creación de un

³² Resulta en este marco, sorprendente, que la posterior Ley Aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derechos de la Persona, en vigor desde el 23 de abril de 2007, recoja en su art. 7 el contenido del art. 158 del Código Civil, incluida la cita relativa a las medidas necesarias para evitar la sustracción del menor por alguno de sus progenitores o por terceras personas y que, sin embargo, no incluya el detalle de medidas que sí contemplan el 158 y el 103.1 del Código Civil español.

proceso uniformizado, eran ventajas evidentes. Lo que ya no era quizás tan acertado, era la vía procesal elegida, dentro de la jurisdicción voluntaria, con admisión de contradicción posterior, y mezcla de fases procesales muy distintas. El mayor problema actual es que tal proceso, no se ha integrado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil Nº 1/2000, cuya disposición derogatoria única 1.1ª lo declara vigente hasta la entrada en vigor de la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, como ya se ha visto, perdiéndose así la oportunidad de regular un propio proceso dentro de los especiales de familia y con sustantividad propia³³. Finalmente, en la ley 13/2009, del 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, en vigor el 4 de mayo de 2010, ninguna modificación se ha realizado en la cuestión que es objeto de estas líneas. Siguiendo con el análisis de la legislación interna española, señalar que la competencia para examinar las solicitudes es del Juez de Primera Instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos. Ello nos puede llevar a juzgados mixtos de primera instancia e instrucción, a juzgados de primera instancia y a juzgados especiales de familia, esto es, a un número muy considerable de órganos jurisdiccionales que en muchas ocasiones carecen de la especialización necesaria. Creo que debería centralizarse el conocimiento de esos casos en jueces especiales, como los de familia, de forma pareja a la especialización de tal jurisdicción, siempre anhelada por los que nos dedicamos a estas

³³ La Ley 1/2000, dejó pasar así la oportunidad de regular de forma específica dentro de los procesos contenciosos de familia a aquel en el que se debe dilucidar la oposición del progenitor o familiar que se opone a una restitución de forma voluntaria. De hecho, este proceso especial, en caso de oposición del progenitor presuntamente sustractor a la restitución, se convierte en contencioso y alejado, de hecho, del marco propio de la jurisdicción voluntaria, como ya dije. A ello se añade el hecho de que seguimos sin tener una Ley de jurisdicción voluntaria, tras el fracaso del proyecto ya indicado, que nada apenas mejoraba respecto a la no buena situación actual. El hecho de que tampoco disponga España de una Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, que en la disposición final vigésima de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, el Gobierno se había comprometido a remitir a las Cortes a los seis meses a contar desde la entrada en vigor de la citada norma, tampoco ayuda. Existe un Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, texto de 22 de diciembre de 1997 (revisado tras el dictamen del Consejo de Estado), pero nada se adivina sobre la posibilidad de un nuevo proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria. Tampoco en el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 12 de diciembre de 2008, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, se contenía previsión alguna para la materia que ahora nos ocupa.

materias. De hecho, los arts. 1901 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no impiden el conocimiento de estos asuntos por los juzgados de familia allí donde existen, máxime cuando conocen de las materias propias de los arts. 103 y 158 del Código Civil, pero lo deseable sería que solo los juzgados de familia conocieran de estas materias. El Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, dota de competencia a estos juzgados por referencia a los títulos IV y VII del Libro I del Código Civil y por referencia a otras materias que por ley se les atribuyan. Incluso a nivel español cabría proponer la centralización del conocimiento de estos casos en las secciones civiles de las Audiencias Provinciales en única instancia, por ejemplo. Las experiencias internacionales en la materia son más positivas en aquellos países que concentran su jurisdicción que en aquellos que no lo hacen. Así ha sucedido en los casos de Reino Unido, República Checa, Rumania, Finlandia, Bulgaria, Alemania (en 22 juzgados de distrito para la primera instancia y 22 juzgados de apelación), Austria (16 juzgados de distrito, solo las solicitudes de restitución, no las de visita) y Francia (jueces de familia de los tribunales de grande instance y la competencia de un solo tribunal en los juzgados de apelación). En punto a competencia territorial, se solía plantear, ante la intervención del abogado del estado en estos casos, si la competencia territorial era del juzgado de la capital de la provincia frente al criterio de competencia de la residencia habitual del menor o lugar de su localización³⁴. Desde luego éste último criterio parece el más adecuado. En la práctica, la realidad es que se siguen planteando demasiados problemas consecuencia de una técnica legislativa no muy precisa en la regulación de este proceso especial. En materia de representación y defensa en juicio, es una clara disfunción el hecho de que, en principio, las partes puedan comparecer y actuar bajo dirección letrada vía art. 1902 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, para luego exigir el proceso verbal en la fase subsiguiente contradictoria, en principio, la existencia de abogado y de procurador si el proceso no es de los expresamente excluidos a estos efectos. Señalar también que en jurisdicción voluntaria son hábiles todos los días y horas del año sin excepciones -ex art. 1812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881-, y que no parece nada desacertado

³⁴ De acuerdo con el artículo 15 de Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, los procesos civiles en los que el Estado es parte solo se sustancian frente a los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a las capitales de provincia (52 en España).

el recurso al art. 21 de la Ley de Justicia Gratuita para promover designas de abogado de oficio de modo automático previa petición, para asegurar de forma inmediata los derechos de defensa de las partes, vía la pertinente resolución motivada. Igualmente, recordar que la jurisdicción voluntaria no es acumulable a ningún proceso contencioso. Además, puede ocurrir que, presentada la demanda por el abogado del estado ante el juzgado competente, comparezca después el interesado con su propio letrado y procurador instando la misma petición de restitución. En estos casos, se plantea por el propio abogado del estado la conveniencia de retirarse del proceso, y la procedencia o no de tal petición es algo que no es fácil de resolver. También se plantea el problema real de qué tipo de actuaciones se entienden con la persona sustractora que inicialmente no comparece en el proceso, pero que en el trámite del art. 1905 se persona por vez primera. Es dudoso que deba dársele la oportunidad de acudir a la vía de oposición del art. 1907, y cabe que se mantenga su rebeldía y se resuelva ex art. 1905, previa audiencia solo de solicitante y del Ministerio Fiscal, pero los intereses en conflicto no siempre permiten una solución real y fácil en estos casos que salvaguarde todos los derechos de defensa. Un tema clave es el de la posibilidad de recurso contra la decisión judicial³⁵. Con base en el

³⁵ La Red Judicial Española de cooperación Internacional, en el tema de la recurribilidad, y en sus conclusiones del plenario de 2007, ya señaló por referencia al Reglamento Bruselas II bis que "...El apartado 3 del artículo 11 del Reglamento 2.201/2003 no especifica que tales resoluciones, que deben dictarse en el plazo de seis semanas, sean ejecutivas en el mismo plazo. Se considera que sería deseable que la legislación nacional excluyera la posibilidad de recurrir contra una resolución que implicara la restitución del menor, dado que la competencia para resolver en definitiva corresponde al órgano del Estado miembro en que el menor tenía su residencia habitual (art. 11.7). Toda resolución que ordene la restitución de un menor debe ser inmediatamente ejecutiva con independencia de los recursos que contra la misma puedan interponerse regulados por la legislación nacional". De hecho la guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis ya señalaba en esta materia que "...Por lo que se refiere a las resoluciones que ordenen la restitución del menor, el apartado 3 del artículo 11 no especifica que tales resoluciones, que se deben dictarse en el plazo de seis semanas, sean ejecutivas en el mismo plazo. Sin embargo, ésta es la única interpretación que garantiza efectivamente el objetivo de asegurar la rápida restitución del menor dentro del plazo estricto. Este objetivo podía socavarse si la legislación nacional permitiera la posibilidad de recurrir una orden de restitución y suspendiera mientras tanto su ejecución, sin imponer ningún plazo al procedimiento de recurso. Por estas razones, la legislación nacional debe intentar garantizar que una orden de restitución dictada dentro del plazo prescrito de seis semanas tenga "fuerza ejecutiva". La manera de lograr este objetivo compete a la legislación nacional. Pueden perverse diversos procedimientos para ello, por ejemplo:

sistema procesal español vigente, algún sector doctrinal, incluso, ha sugerido la posibilidad de fijar la fecha de entrega del menor inmediatamente de transcurrido el plazo de 20 días que tiene la Audiencia Provincial correspondiente para resolver. De hecho, la apelación prevista en el art. 1908 Ley de Enjuiciamiento Civil 1881, se ha de adaptar a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y las referencias al juicio verbal del art. 1907, lo han de ser ahora a los arts. 437 a 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio, arts. 455 al 467 para apelación y a los arts. 524 y siguientes para

a) La legislación nacional puede excluir la posibilidad de recurrir contra una resolución que implique la restitución del menor, o5 La Red Judicial Española de cooperación Internacional, en el tema de la recurribilidad, y en sus conclusiones del plenario de 2007, ya señaló por referencia al Reglamento Bruselas II bis que "...El apartado 3 del artículo 11 del Reglamento 2.201/2003 no especifica que tales resoluciones, que deben dictarse en el plazo de seis semanas, sean ejecutivas en el mismo plazo. Se considera que sería deseable que la legislación nacional excluyera la posibilidad de recurrir contra una resolución que implicara la restitución del menor, dado que la competencia para resolver en definitiva corresponde al órgano del Estado miembro en que el menor tenía su residencia habitual (art. 11.7). Toda resolución que ordene la restitución de un menor debe ser inmediatamente ejecutiva con independencia de los recursos que contra la misma puedan interponerse regulados por la legislación nacional". De hecho la guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis ya señalaba en esta materia que "...Por lo que se refiere a las resoluciones que ordenen la restitución del menor, el apartado 3 del artículo 11 no especifica que tales resoluciones, que se deben dictarse en el plazo de seis semanas, sean ejecutivas en el mismo plazo. Sin embargo, ésta es la única interpretación que garantiza efectivamente el objetivo de asegurar la rápida restitución del menor dentro del plazo estricto. Este objetivo podía socavarse si la legislación nacional permitiera la posibilidad de recurrir una orden de restitución y suspendiera mientras tanto su ejecución, sin imponer ningún plazo al procedimiento de recurso. Por estas razones, la legislación nacional debe intentar garantizar que una orden de restitución dictada dentro del plazo prescrito de seis semanas tenga "fuerza ejecutiva". La manera de lograr este objetivo compete a la legislación nacional. Pueden preverse diversos procedimientos para ello, por ejemplo:

a) La legislación nacional puede excluir la posibilidad de recurrir contra una resolución que implique la restitución del menor, o

b) La legislación nacional puede permitir la posibilidad de recurso, pero estipulando que una resolución que implique la restitución del menor tiene fuerza ejecutiva en tanto se sustancia el recurso.

c) En caso de que la legislación nacional permita la posibilidad del recurso, y suspenda la ejecución de la resolución, los Estados miembros deben establecer procedimientos para procurar que se acelere la vista del recurso respetando el plazo de seis semanas.

Los procedimientos descritos arriba deben aplicarse *mutatis mutandis* también a las resoluciones de no restitución para minimizar el riesgo de procedimientos paralelos y resoluciones contradictorias. En caso contrario podría ocurrir que una de las partes recurra una resolución de no restitución que se dicta inmediatamente antes de que se agote el plazo de seis semanas y al mismo tiempo solicite que el órgano jurisdiccional competente de origen examine el caso....".

ejecución provisional, todos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Es evidente, además, que tanto la ejecución provisional de la vigente Ley de Procedimiento, como el sistema de oposición a la misma de los arts. 528 y siguientes, casan mal con los plazos actuales tan breves y con la necesidad de resolver la apelación en el improrrogable plazo de 20 días. Una buena práctica que cada vez se impone mas, o se debe imponer mas en España, es la consistente en que se señale en las resoluciones que ordenan el retorno la fecha, el modo y el lugar para la restitución del menor y que se fijen las consecuencias del incumplimiento. Fuera de tales previsiones, en aplicación de la normativa procesal general en España, resulta que las órdenes de retorno no son en principio directamente ejecutivas y se otorga el plazo general de 20 días para permitir el cumplimiento voluntario, con lo que si en caso negativo ha de iniciarse de nuevo un proceso de ejecución, se generan más retrasos, por no hablar de la posibilidad de que el demandado se oponga a la ejecución, y de que en ocasiones prospere su pretensión. Reino unido y Australia, por ejemplo, suelen detallar mucho la forma en que debe producirse el retorno. Lo cierto es que muy pocos países ejecutan la resolución que ordena el retorno del menor cuando ésta ha sido recurrida e incluso en Alemania, Argentina y Chile parece que cabe la posibilidad de recurrir hasta el Tribunal Supremo, y ello es o puede suponer una demora notable en la resolución de estos casos³⁶. A veces, se producen situaciones anómalas, como cuando se dicta la orden de retorno y la misma se demora en exceso en su ejecución por el motivo que sea. En tales casos, el retorno puede verse frustrado por el mero paso del tiempo³⁷. De

³⁶ Puede citarse el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de septiembre de 2007 que al resolver la apelación, denegó la restitución del menor cuando el juzgado de primera instancia de Málaga ya había ordenado el retorno. La paradoja es que al dictarse la sentencia de apelación se había ya ejecutado provisionalmente la orden de retorno hacia el Reino Unido.

³⁷ El auto de fecha 20 de abril de 2004, del Juzgado de 1ª Instancia Nº 6 de Familia de Zaragoza, ya señaló en uno de estos casos que "...En España, el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución Española, comprende el derecho a que los fallos judiciales se cumplan, siendo la ejecución de las resoluciones judiciales firmes un auténtico derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al artículo 24.1 de la Constitución. Basta al respecto la cita del art. 118 de la Constitución Española y del art. 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". Ello no impide, sin embargo, la existencia de alteraciones del fallo debidos a causa de imposibilidad legal o material, supuestos de difícil aplicación pero que existen, como sucede en el caso aquí analizado de imposibilidad de ejecución, al no haber en modo alguno el

forma añadida se puede señalar que en España, la experiencia práctica ha demostrado, además, la admisibilidad de recursos de casación precisamente por interés casacional, y de casos que han llegado al Tribunal Constitucional en amparo, en este tipo de supuestos³⁸. Como se ve, contamos en España con un proceso de implementación del convenio, lo que supone una ventaja evidente, pero a la vez, sus posibilidades actuales de mejora son muy grandes. El sistema actual es, cuando menos, anacrónico, ya que su naturaleza debería ser la propia de un proceso contencioso, cuando resulta que, de facto, ha quedado residenciado como de jurisdicción voluntaria en forma de proceso mixto, urgente y cautelar, y al margen de los procesos de familia, dentro de los cuales debería encuadrarse. Tampoco hay que olvidar, además, que nuestro sistema vigente, permite la aplica-

umplimiento de lo resuelto en 1996 o su ejecución por equivalencia o sustitución, en el año 2004. Se asume la cita que la Abogacía del Estado hace de las SSTC 194/1991, de 17 de octubre; 153/1992, de 19 de octubre; 140/2003, de 14 de julio; 18/2004, de 23 de febrero; así como los Autos del último TC núms. 621/1985, de 25 de septiembre; 222/1989, de 4 de mayo y 4/1992, de 213 de enero, en declaración de que “no puede aceptarse que sin el concurso de elementos que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución o la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas, por incorrecta determinación del fallo, por sus desproporcionadas consecuencias o por razones similares, esto es, que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido...”.

³⁸ Recordar la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 2002, en cuanto venía a señalar que aunque el menor ya hubiera sido retornado, ello no privaba de eficacia a la resolución de la apelación por la Audiencia Provincial, pues el pronunciamiento pretendido, si es favorable, con independencia de su eficacia en el procedimiento español, puede ser de notable valor para los intereses del apelante. A nivel del Tribunal Supremo, la sentencia de 22 de junio de 1998, de la Sala 1ª, se dictó en un recurso en interés de ley en el caso Ramos v. Gurtler, efectuando una interpretación clarificadora del art. 16 del Convenio de 25 de octubre de 1980. Respecto al Tribunal de Estrasburgo, señalar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es clara en punto a la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (relativo al derecho de toda persona al respecto de su vida privada y familiar), que se produce si acordada la restitución de un menor no se emplean los medios adecuados y efectivos para llevarla a cabo, debiendo disponer los Estados contratantes de medios adecuados y efectivos para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones positivas de conformidad con el artículo 8 del Convenio. En concreto la sentencia de 29 de abril de 1993 recalca que cuando entran en juego los derechos de los menores, el Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha de interpretar a la luz del Convenio de 25 de octubre de 1980, cuyos arts. 3, 7, 12 y 13 hubiesen permitido adoptar toda una serie de medidas destinadas a hacer efectivo el inmediato retorno del menor, mediante actuaciones de cooperación judicial internacional. Como se ve, las vías judiciales abiertas son amplias en este tipo de casos.

ción de este proceso solo a casos en que sea aplicable un convenio internacional, y que deja fuera supuestos similares a falta de convenio, sin una sólida razón de peso. Es claro también que el sistema vigente mantiene la dispersión entre órganos jurisdiccionales distintos y numerosos para conocer de estos procesos tan necesitados de especialización. Ya se avanzó antes esta importante cuestión. Se dejan fuera, además, en la normativa ad hoc procesal española, todos los temas de visitas, tan relevantes ahora con la previsible entrada en vigor en 2010 del Convenio de 19 de octubre de 1996 en toda la Unión Europea, y con el vigente Reglamento Bruselas II bis, junto a la potenciación del art. 21 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, tal y como expresa y pretende la última de las guías prácticas elaboradas, la cuarta, por la Conferencia de La Haya, sobre contactos transfronterizos. Los actuales arts. 1904 y 1906 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, son igualmente insuficientes, en cuanto prevén el logro de acuerdos voluntarios pero no la forma de documentación de tales acuerdos puntuales a que puedan llegar las partes. No se trata de determinar su efectividad en tal o cual país, sino de plasmar aspectos de custodia y visitas con efectividad para las partes, y que a veces permiten desbloquear este tipo de procesos. De las influencias positivas en nuestro sistema procesal del llamado Reglamento Bruselas II bis, se habla en diversos lugares de esta obra, a los que procede remitirse. Si cabe hacer ahora una somera referencia a la Ley española de violencia de género 1/2004, de 28 de diciembre, para recalcar que la cuestión relativa a la sustracción internacional de menores no está incluida dentro de aquellas materias civiles sobre las que se da competencia a los juzgados de violencia³⁹. Con referencia a la

³⁹ Tales materias quedan fijadas en las siguientes, por su art. 44 en cuanto adiciona un art. 87 ter a la L.O. 6/1985, de 1 de julio: a) Los de filiación, maternidad y paternidad. b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio. c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales. d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar. e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Las causas penales por delitos contra los derechos y deberes familiares, en tal legislación, siempre se condicionan por la limitada capacidad para ser víctima de todos conocida, y que solo es predicable de ciertas personas, como es sabido. Tampoco es nada loable la supresión que tal normativa efectúa de la mediación en todo caso.

legislación española interna que se comenta, me parece clave reiterar la ausencia/deficiencia de una regulación efectiva de la mediación aplicada a supuestos de sustracción, cuando a nivel internacional existen publicadas estadísticas muy exitosas en la materia, aun en presencia de supuestos de violencia de género y de la tan controvertida alienación parental⁴⁰. Junto a los aspectos de técnica legislativa no es nada desdeñable en este campo de la sustracción internacional de menores, la referencia a cuestiones sociales o de medios humanos y materiales para la buena gestión nacional interna

⁴⁰ En materia de mediación ya disponemos de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que debe ser objeto de transposición antes del 21 de mayo de 2011.

A nivel nacional, pese a la previsión de la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, el Gobierno todavía no ha remitido a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación. En el último Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria se regulaba la mediación y se señalaba en la exposición de motivos que: "...Se regula el procedimiento de mediación, en cuyo articulado se establece que tendrá lugar cuando, en cualquier fase del procedimiento judicial, las partes soliciten la suspensión del curso del litigio para intentar alcanzar un acuerdo contando con la actividad mediadora de un tercero. Asimismo se establece en esta materia en la disposición adicional primera, el compromiso del Gobierno para desarrollar, mediante Real Decreto, el estatuto jurídico del mediador, ateniéndose a lo dispuesto en esta Ley...". Luego en el Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria de 27 de octubre de 2006 subsiguiente, ya fallido, ya no se regulaba la mediación. En esta materia, y sobre mediación, como dije, no existe en España una ley estatal que regule la mediación familiar al margen de la variada normativa autonómica. La Ley 15/2005, de 8 de julio, declara en su exposición de motivos el establecimiento de la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador imparcial y neutral. Dicha Ley introduce una nueva regla 7ª al art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite a las partes de común acuerdo la facultad de solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para someterse a mediación, existiendo el compromiso por parte del Gobierno en la disposición final tercera de la norma, de remitir un proyecto de Ley sobre mediación basada en los principios establecidos en la Unión Europea, y, en todo caso, en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, y en el respecto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas. Igualmente, la reforma modifica el apartado 2 del art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir la aportación con el escrito inicial, del acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Es clara en todo caso la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género cuyo art. 44 adiciona el 87 ter de la LOPJ en cuyo punto quinto indica que "...En todos estos casos, está vedada la mediación familiar...". A nivel de la Unión Europea, el Reglamento 2201/2003, en su artículo 55 impone la cooperación de Autoridades Centrales para facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza.

de las demandas que se plantean. Es clara la necesidad de contar con profesionales especializados en estos temas a todos los niveles. Muchas veces se necesitan mediadores expertos en sustracciones internacionales, profesionales que sepan afrontar casos de auténtico maltrato al menor por uno de sus progenitores, etc. Del mismo modo se puede hablar de falta de educación institucional para afrontar los procesos de ruptura para padres e hijos⁴¹. La creencia generalizada, pero errónea, en España de que el progenitor custodio no tiene por qué contar con el progenitor que solo ejerce visitas para poder desplazar al menor internacionalmente, está muy extendida socialmente. También, como se expone en otro lugar de esta obra, caben muchas mejoras en el área de la adecuada regulación de la audiencia

⁴¹ Son de la máxima utilidad para prevenir casos de sustracción internacional de menores, la existencia de videos institucionalizados que ayuden a las partes en conflicto a comprender la evolución e hipotéticos resultados de los procesos de sustracción. Caso del video divulgativo estadounidense “Victimas de otra guerra, el después de la alienación parental”; y caso del video de la Unión Europea “Sustracción de menores, la respuesta europea”, accesible en la web de la Comisión. Se necesitan del mismo modo programas institucionales al efecto e instrumentos adaptados a y para menores relativos a la prevención y superación de las consecuencias de una sustracción. Un ejemplo lo es la abundante documentación accesible al público que facilitan instituciones como el ICMEC y el NCMEC dentro del Departamento de Estado en los Estados Unidos. Por ejemplo y en punto a medidas de efectiva prevención de la sustracción y secuestro de menores, es claro que en España los menores obtienen pasaporte individual solo acompañados de uno de sus progenitores, presentando el libro de familia y DNI o partida de nacimiento del menor. No se requiere la presencia de ambos progenitores, lo cual en ocasiones no evita supuestos claros de sustracción. En este terreno, algunas medidas útiles se han adoptado por la Comisión Europea. Por ejemplo, el 15 de febrero de 2007 y el 30 de octubre de 2007, respectivamente, la Comisión decidió reservar los números de teléfono 116000 y 116111 en todos los Estados miembros para ayudar al ciudadano a evitar estas situaciones. La decisión obliga a los países de la Unión Europea a poner a disposición pública “números 116”, aunque no les obliga a asignar los números a un proveedor de servicios o a garantizar la prestación de los servicios.

La Decisión de la Comisión de 15 de febrero de 2007 relativa a la reserva del rango de numeración nacional que comienza por “116” como números armonizados para los servicios armonizados de valor social, fijó en toda la Unión Europea el número 116000 como la línea directa para casos de niños desaparecidos, instando a los Estados miembros a ponerlo en funcionamiento. En 2008 funcionaba solo en Hungría y en el año 2009 parecía que todos los Estados miembros de la UE habían puesto ya el número a disposición pública de los proveedores de líneas directas.

La Comisión Europea señaló en febrero de 2009, que el número se había asignado a proveedores de servicios de nueve Estados miembros, frente a siete del año 2008. La puesta en funcionamiento de los otros dos números, esto es, el 116111 (líneas de ayuda a la infancia) y el 116123 (líneas de apoyo psicológico), reservadas en octubre de 2007, también avanza a buen ritmo.

de menores en los procesos de ruptura y sustracción, y sería del mayor interés que las legislaciones nacionales de los Estados, con la finalidad de evitar sustracciones internacionales de menores, establecieran la necesidad de que las resoluciones atributivas de custodia especificasen si el derecho de custodia conlleva la facultad de cambiar el lugar de residencia habitual del menor a otro Estado sin el consentimiento del otro progenitor. En una futura reforma legislativa, no es desdeñable tampoco la utilidad que en este campo puede tener una clara regulación del recurso a la cooperación internacional, las redes internas e internacionales de jueces expertos, el intercambio de información y el recurso ágil a la mediación⁴². Tras el análisis efectuado de la normativa interna española procede ahora un análisis de la situación europea. A nivel europeo, la sustracción internacional de menores presenta un marco complejo apoyado en el Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, 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. Este texto normativo es el fruto de un compromiso político que se logró a finales de noviembre de 2002. Tras tal compromiso, el Reglamento se adoptó en esta materia como una especie de acuerdo incardinable en el artículo 36 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 en cuanto dispone: “...*Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá a dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometido el regreso del niño, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones*”. Se pasó así de un sistema de prevalencia del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre el Reglamento 1347/2000, predecesor del actual, a un sistema intermedio como lo era el de la propuesta de la Comisión de mayo de 2002, que dedicaba un Capítulo completo al tema, configurando un procedimiento ad hoc específico y

⁴² La cooperación, la promoción de la colaboración, la adopción de disposiciones apropiadas para proporcionar información sobre legislación y servicios disponibles de protección de menores, la facilitación de las comunicaciones, la promoción de la mediación, conciliación o cualquier otro medio análogo y la regulación de la obtención de ayuda, por ejemplo, para localizar menores, realización de comunicaciones judiciales directas, etc., son elementos que ya forman parte de la letra de algunos instrumentos internacionales tan claves como el Convenio de 19 de octubre de 1996, que dedica los arts. 29 a 39 a este campo.

propio del proyecto de nuevo Reglamento, según se leía en sus arts. 21 a 25 del capítulo III titulado de la sustracción de menores en la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) N° 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) N° 44/2001 en materia de alimentos [Bruselas, 17.5.2002 COM(2002) 222 final/2 2002/0110]. En la solución final se ha adoptado una postura intermedia con clara prevalencia del Reglamento 2201/2003 sobre la base del art. 60 e) respecto al Convenio de 25 de octubre de 1980 pero desapareciendo un capítulo autónomo dedicado a tal materia⁴³. La guía práctica para su aplicación, elaborada por los servi-

⁴³ La regulación positiva es de siguiente tenor literal: *Artículo 10. Competencia en caso de sustracción de menores.* En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y:

- a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien
- b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:
 - i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,
 - ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),
 - iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos,
 - iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

Artículo 11. Restitución del menor. 1. Los apartados 2 a 8 será de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado en lo sucesivo Convenio de La Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

cios de la Comisión, indica que *el Reglamento aspira a disuadir la sustracción parental de menores en los Estados miembros y, cuando esto ocurra, a asegurar la rápida restitución del menor a su Estado miembro de origen. Para el Reglamento, la sustracción de menores cubre tanto el traslado como la retención ilícitos*. Es fácil entender que tales intenciones son muy complicado el llevarlas a la prácti-

2. En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

3. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado 1 actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.

4. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

5. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

6. En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución.

7. Salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información mencionada en el apartado 6 deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor. Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, en caso de que el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto.

8. Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

ca. De hecho, el Reglamento es un mecanismo complejo que se está revelando como de difícil aplicación, en lo esencial, por la dificultad de su asimilación por el operador jurídico, y por la falta de hábitos respecto a los novedosos procesos de ejecución, caso de los de supresión del exequátur que introduce en limitados casos de sustracción internacional de menores relacionados con el art 13 del Convenio de 25 de octubre de 1980 y con visitas. Como notas destacables de la vigente regulación podemos señalar que las normas sobre sustracción internacional de menores del Reglamento van referidas a sustracciones intracomunitarias, casos de niños residentes en un Estado miembro y sustraídos a otro Estado miembro, siempre con la exclusión de Dinamarca, aplicándose el Convenio de 25 de octubre de 1980 pero con las especialidades que marcan los arts. 10 y 11 puntos 2º a 8º del Reglamento 2201/2003. Solo se aplica esta normativa a menores de 16 años. En estos casos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen conservan la competencia y los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido deben asegurar la rápida restitución del menor, de tal modo que si el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido decide no restituir al menor, debe transmitir copia de su resolución al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, que lo notificará a las partes, y si el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen decide que debe restituirse al menor, se suprime el exequátur para esta resolución, en ciertos casos, que tendrá fuerza ejecutiva en el Estado miembro requerido. Es notorio que para el correcto funcionamiento de todo este engranaje, es clave que los órganos jurisdiccionales involucrados cooperen y que las autoridades centrales del Estado miembro de origen y del Estado miembro requerido ayuden y asistan a los órganos jurisdiccionales en su misión. Pasados mas de cinco años desde la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003, son ya muchas las incidencias, positivas y negativas, que se han ido produciendo. Al respecto, lo más destacable, es que la mayor parte de problemas, surgen de la complejidad de la normativa aplicable. El Reglamento Bruselas II bis no es de sencilla comprensión, lectura y/o asimilación por cualquier operador jurídico. Ello es una realidad. Una primera lectura puede aportar la errónea impresión de que su aplicación no ha de encontrar obstáculos pero los problemas de operatividad práctica del Reglamento son muchos y nada desdeñables tal y como está poniendo de manifiesto la práctica judicial europea. Por ello es más que conveniente, el insistir en la necesidad de fomentar un contacto direc-

to y a través de autoridades centrales, entre los órganos jurisdiccionales implicados en la decisión de restitución o no de un menor. Solo de esta manera puede lograrse que el órgano de origen pueda tener en cuenta al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución de no restitución emitida en virtud del art. 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, como exige el art. 42.2.c) del Reglamento 2201/2003. Por ejemplo, en torno al art. 41, es conveniente que la emisión del certificado lo sea de la forma más breve posible y sin dilación, y que si existe una situación real o potencial de que el derecho de visita se refiera a una situación transfronteriza, se expida de oficio el certificado junto con la resolución. Acerca del art. 42 del Reglamento 2201/2003, se puede sugerir a los operadores jurídicos la necesidad de motivar ampliamente las resoluciones afectantes a la restitución de menores⁴⁴. Son las

⁴⁴ Como aspectos prácticos al hilo del artículo 42 del Reglamento 2201/2003, señala, por ejemplo, la guía práctica que: "...¿Cómo puede el juez de origen tener en cuenta las razones en que se basa la resolución de no restitución? Es necesario establecer la cooperación entre los dos jueces para que el de origen pueda tener en cuenta las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución de no restitución. Si los dos jueces hablan o comprenden una lengua común, no deben vacilar en tomar contacto directamente por teléfono o correo electrónico con este fin. Si hay problemas lingüísticos, las autoridades centrales podrán ayudar. ¿Cómo se podrá oír el titular de la custodia autor de la sustracción y al menor si permanecen en el otro Estado miembro? El hecho de que no sea probable que el titular de la custodia que ha realizado la sustracción y el menor vayan al Estado miembro de origen para asistir al proceso exige que se pueda obtener la prueba en el Estado miembro donde se encuentran. Una posibilidad es utilizar las normas establecidas en el Reglamento (CE) N° 1206/2001 ("el Reglamento de pruebas"). Este Reglamento, vigente desde el 1 de enero de 2004, facilita la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en, por ejemplo, materia del derecho de familia. Un órgano jurisdiccional puede solicitar la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, o la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro. El Reglamento propone obtener las pruebas mediante videoconferencia y teleconferencia. Debe también tenerse en cuenta el hecho de que la sustracción de menores constituye un delito en algunos Estados miembros. Estos Estados miembros deberán adoptar medidas apropiadas para que el titular de la custodia que ha realizado la sustracción pueda participar en el proceso judicial en el Estado miembro de origen sin correr el riesgo de sufrir sanciones penales. Una vez más la solución puede encontrarse en las normas establecidas en el Reglamento de las pruebas. Otra solución puede consistir en establecer acuerdos especiales para garantizar a la persona que sustrajo al menor la libre entrada y salida del Estado miembro de origen para facilitar su participación personal en el proceso ante el órgano jurisdiccional de ese Estado. Si el órgano jurisdiccional de origen dicta una resolución sobre la custodia que no implica la restitución del menor, se debe archivar el asunto. La competencia para decidir sobre

indicadas, como se ve, recomendaciones y claras sugerencias acerca de cuál sea la correcta forma de aplicar el Reglamento. Me consta que la Comisión Europea, en este momento, trabaja ya en la revisión de la guía práctica en orden a aprovechar la experiencia que estos más de cinco últimos años de vigencia del Reglamento, nos ha proporcionado. A este efecto, un aspecto clave del Reglamento Bruselas II bis se integra con el instrumento/sistema

el fondo del asunto se atribuye en este caso a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al cual se ha trasladado al menor. Si, por el contrario, el órgano jurisdiccional de origen dicta una resolución sobre la custodia que implica la restitución del menor, esta resolución será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en el otro Estado miembro a condición de que vaya acompañada de un certificado.

Sobre supresión del exequátur para las resoluciones del órgano jurisdiccional de origen que impliquen la restitución del menor en línea con los arts. 40, 42, 43, señala la guía práctica que: "...Según lo descrito arriba (punto 2), cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reciba una solicitud de restitución de un menor de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, aplicará las normas del mismo tal y como queda completado por el artículo 11 del Reglamento. Si el órgano jurisdiccional requerido decide que no ha lugar a la restitución del menor, corresponderá al órgano jurisdiccional de origen determinar si efectivamente se restituye o no al menor. Si el órgano jurisdiccional de origen dicta una resolución que implique la restitución del menor, es importante que esta resolución se pueda ejecutar sin demora en el otro Estado miembro. Por esta razón, el Reglamento establece que tales resoluciones serán directamente reconocidas y tendrán fuerza ejecutiva en otro Estado miembro a condición de que estén acompañadas de un certificado. La consecuencia de esta nueva norma es doble: a) ya no es necesario solicitar un "exequátur" y b) no es posible oponerse al reconocimiento de la resolución. Se certificará la resolución si cumple los requisitos procesales mencionados anteriormente en el punto. El juez de origen emitirá el certificado utilizando para ello el modelo de formulario que figura en el anexo IV en la lengua de la resolución. El juez también aportará los otros datos pedidos en el anexo señalando si la resolución tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen en el momento en que se dicta. El órgano jurisdiccional de origen expedirá en principio el certificado una vez que la resolución ha adquirido "fuerza ejecutiva", lo que implica que ha expirado el plazo para recurrir. Sin embargo, esta norma no es absoluta y el órgano jurisdiccional de origen puede, si lo considera necesario, declarar la fuerza ejecutiva de la resolución sin perjuicio de eventuales recursos. El Reglamento confiere este derecho al juez, incluso si esta posibilidad no estuviera prevista en la legislación nacional. El objetivo es evitar que recursos dilatorios retrasen indebidamente la ejecución de una resolución.

Sobre el art. 43 y considerando 24 señala la guía que no es posible recurrir contra la expedición de un certificado. Si el órgano jurisdiccional de origen comete un error al rellenar el certificado y no refleja correctamente la resolución, es posible hacer una solicitud de rectificación. En ese caso se aplicará la legislación nacional del Estado miembro de origen. La parte que desee solicitar la ejecución de la resolución que implique la restitución del menor presentará una copia de la misma y del certificado. No es necesario traducir el certificado, a excepción del punto 14 referente a las medidas adoptadas por las autoridades en el Estado miembro de origen para velar por la protección del menor tras su restitución.

de la cuestión prejudicial. Se trata de un instrumento clave en el derecho de la Unión Europea que dota de medios a los órganos jurisdiccionales nacionales para que la interpretación y aplicación del derecho de la Unión sea uniforme en todos los estados miembros. Como marco jurisprudencial de referencia ya emanado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contamos con las siguientes resoluciones afectantes a Bruselas II bis: Sentencia del Tribunal de Justicia (gran sala) de 27 de noviembre de 2007, que aborda cuestiones relativas al ámbito de aplicación material y temporal y concepto de materias civiles en el marco del Reglamento N° 2201/2003 en un caso de decisión relativa a la guarda de menores y a su acogimiento fuera del domicilio familiar y medidas de protección de menores regidas por el derecho público, asunto C-435/06; sentencia del Tribunal de Justicia (sala tercera) de 29 de noviembre de 2007 sobre el Reglamento N° 2201/2003 –artículos 3, 6 y 7, analizando la competencia en un caso sobre normas nacionales de competencia y foro exorbitante en materia de divorcio, en un supuesto en que el demandado tiene la nacionalidad y es residente de un país tercero, asunto C-68/07; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de julio de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas - República de Lituania) - Procedimiento iniciado por Inga Rinau (Asunto C-195/08 PPU) donde se trata de resolver una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Lituania con la finalidad de obtener una interpretación de los artículos 21, 23, 24, 31, apartado 1, 40, apartado 2, y 42 del Reglamento (CE) N° 2201/2003⁴⁵; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009 [petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia)] - (Asunto C-523/07) donde se abordan cuestiones atinentes al concepto de “materias civiles”, a una decisión relativa a

⁴⁵ Es muy relevante constatar que esta sentencia supuso el primer caso de aplicación por el Tribunal de Justicia del procedimiento prejudicial de urgencia, creado con efectos a partir de 1 de marzo de 2008, para permitir al Tribunal tratar en un plazo considerablemente más breve las cuestiones relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. En este caso, la cuestión prejudicial se presentó el 14 de mayo de 2008 y la sentencia lo fue de fecha 11 de julio de 2008. Fue la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2007 la vía por la cual se modificó el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia, al objeto de que el Reglamento de Procedimiento pudiera establecer un procedimiento acelerado y, para las remisiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, un procedimiento de urgencia.

la guarda de menores y a su acogimiento fuera del domicilio familiar, al concepto de residencia habitual del menor y a medidas cautelares y competencia; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de julio de 2009 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation - Francia) - Laszlo Hadadi (Hadady) / Csilla Marta Mesko, esposa de Hadadi (Hadady), Asunto C-168/08), acerca de la interpretación pertinente en un caso de cónyuges que poseen cada uno dos nacionalidades en el marco del art. 3, apartado 1), letra b), del Reglamento 2201/2003 y sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 diciembre 2009, C-403/2009, emitida dentro del procedimiento prejudicial de urgencia del art. 104 ter del Reglamento. que analiza el tenor y correcta aplicación del art. 20 en el sentido de que no puede interpretarse de modo que pueda servir de instrumento al progenitor que ha trasladado ilícitamente al menor con el fin de prolongar la situación de hecho creada por su comportamiento ilícito o de legitimar los efectos de dicho comportamiento⁴⁶. Finalmente cabe una cita de la petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 10 de julio de 2009, asunto Asunto C-256/09 en la que se plantean las siguientes cuestiones: *¿Son las disposiciones de los artículos 21 y siguientes del 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000 (Reglamento Bruselas II bis) sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales de otros Estados miembros, también aplicables a las medidas provisionales relativas al derecho de custodia en el sentido del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis conforme al artículo 2, número 4 del Reglamento de Bruselas II bis?* Otro tema capital en el desarrollo de Bruselas II bis lo es el relativo a la audiencia de

⁴⁶ De acuerdo a dicha sentencia, ...el artículo 20 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, no permite que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorgue la custodia de un menor que se encuentra en el territorio de dicho Estado miembro a uno de los progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo de litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro.

los menores. Sin perjuicio de analizar esta cuestión en los comentarios al art. 13, debo anticipar que esta cuestión es recurrente en el desarrollo de este Reglamento, y en particular con la mirada puesta en los arts. 23, 41 y 42 del mismo, y en los puntos 19 y 20 del preámbulo. Si procede señalar ahora que un punto muy debatido acerca del Reglamento 2201/2003, en supuestos de sustracción internacional de menores intracomunitarias, lo es el relativo a la audiencia de la persona que solicita la restitución, vía Art. 11.5, medida que hasta cierto punto implica el riesgo de convertir un simple caso de restitución en otro en el que se nos obligue a analizar el fondo de la disputa, esto es, la custodia, más allá de la mera decisión de retorno o no retorno. Además, se introduce en la gestión del proceso un nuevo y diverso conflicto de intereses respecto a los intereses del propio menor, siendo tal audiencia, de otro lado, y no lo olvidemos, condición imprescindible para la posibilidad de denegación de la restitución y para la emisión del certificado del art. 42 del Reglamento 2.201/2003. Algún sector doctrinal, ha señalado que, en esta materia, el Reglamento se podría estar excediendo en las propias previsiones del art 36 del Convenio de 25 de octubre de 1980 que parece darle habilitación. En el otro lado de la balanza, sin embargo, se ha de decir con claridad y contundencia que, desde el punto de vista de las garantías, incluso posibilitando acuerdos en un entorno de mediación, parece obligada la audiencia que se enjuicia, por mucho que se la critique. También en la gestión del tiempo, el Reglamento Bruselas II bis es muy estricto en punto al plazo de seis semanas y la ejecutividad de la resolución de restitución, pues una obligación de cumplimiento del plazo de las seis semanas implica que el manejo judicial del caso debe ser muy estricto, sobretudo en relación a la admisión de pruebas. Además, evitar que el caso se convierta, por el mero paso del tiempo, de uno de restitución en otro de custodia, pasa, por la rápida ejecución de la resolución dictada. Sin perjuicio de ver numerosas cuestiones acerca de la aplicación práctica del Reglamento a lo largo de estas líneas, me parece importante destacar del mismo, como novedad mundial por referencia a otros ámbitos geográficos mundiales, la supresión del exequátur. La clara operatividad del art. 42 del Reglamento 2201/2003, ha sido puesta de manifiesto con toda su virtualidad por la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de julio de 2008, caso Rinau que aclara al menos tres cuestiones prácticas de relevancia en materia de ejecución de órdenes de retorno bajo la vigencia del Reglamento 2201/2003.

OTROS MÉTODOS DE AGILIZAR LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE UN NIÑO: LA MEDIACIÓN

Comentario de Graciela Tagle

He descrito los distintos procesos contenciosos que se llevan a cabo cuando se está frente a un traslado ilícito o retención indebida de un niño. Otra alternativa tendiente a agilizar el retorno de un menor a su lugar de residencia habitual la encontramos en los medios alternativos de solución de conflictos, como es la mediación, herramienta que en el derecho de familia se utiliza con buenos resultados. Abona esta teoría el importante porcentaje de retornos voluntarios que reflejan las estadísticas que hemos mencionado.

Como es sabido, la mediación es un método alternativo de resolución de conflictos donde interviene un tercero neutral que conduce a las partes a poder llegar a un acuerdo sobre los problemas que los aquejan. La idea es ayudar a cambiar de percepción a las partes acerca del problema, poder mirarlo desde otro lugar.

El procedimiento es conducido por un tercero neutral que es el mediador, quien aplica técnicas de negociación para que las partes acompañadas por sus respectivos abogados puedan construir un acuerdo. Es importante resaltar que el acuerdo es de las partes, no del mediador.

El procedimiento de mediación, que debe llevarse a cabo en forma expedita, debe asegurar principios y garantías que son la imparcialidad, neutralidad, confidencialidad de las actuaciones, comunicación directa entre las partes, satisfactoria composición de intereses y el consentimiento informado. La persona del mediador es muy importante. La confianza en su persona es esencial y diría siguiendo a especialistas en la materia, es la piedra angular del proceso.⁴⁷ Debe abstenerse de todo perjuicio o favoritismo perjuicio o real, de hecho o de palabra procurando ser justo y equitativo. Tiene la conducción del proceso pero la permanencia en el mismo y el acuerdo es de las partes. Es importante recalcar que a través de las técnicas que aplica el mediador las partes logran su acuerdo. La buena fe de éstas es la llave para poder arribar al acuerdo. Puede tomar sus propias decisiones basándose en la aplicación de normas legales o basándose en las mismas consideraciones que siempre han utilizado en el pasado; llegar a un acuerdo que refleje las consideraciones importantes para ellos, “no introducirse” en una discusión académica de que es lo justo o lo injusto.⁴⁸

En nuestro país existen varias leyes de mediación en las distintas provincias y a nivel nacional: Ley de Mediación y Conciliación N° 24.573 (BO 27/4/95) y que fuera reformada por la Ley N° 26.589 (BO 15/4/10), el decreto nacional 91/98, reglamentario de la Ley de Mediación y Conciliación; BO 29/1/98; Ley de Mediación de la Provincia de Córdoba N 8859 (BO 14/7/00); Ley de Mediación Judicial de San Luis (BO 8/1/09); Ley de Mediación Comunitaria N° 4540 de La Provincia de Chubut (BO7/12/99). Ley de Mediación N°13.951 (BO10/2/99); Ley de Mediación de la Provincia de Santa Fe N°11622 (BO 23/12/98); de Mendoza, entre otras.

Comentario de Javier Forcada

En el ámbito europeo, la Directiva comunitaria 2008/52 CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, está siendo

⁴⁷ The Judges' Newsletter, volume XII, Summer 2007, “Head of the Misión D'Aide a la Mediation Internationale poru les Familias (Agency for Assistance to Familias in Internacional Mediation - Ministry of Justice, France)”, por Mars. Gabrielle Vonfelt - Magistrat, pág. 45.

⁴⁸ Lenard Marlon, *Mediación familiar*; Granica, Madrid, pág. 328.

incorporada a los derechos nacionales con fecha de antes del 21 de mayo de 2011 y supondrá en el caso de España un importante esfuerzo. En España existe un importante acervo normativo autonómico pero a la vez se da una clara carencia de ley estatal que cuando pase a desarrollarse reforzara la normativa autonómica preexistente.

Cabe la cita de diversa legislación autonómica ad hoc: Ley catalana 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña (BOE, núm. 91, de 16 de abril de 2001), Ley gallega 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar (BOE, núm. 157, de 2 de julio de 2001), Ley valenciana 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (BOE, núm. 303, de 19 de diciembre de 2001), Ley Canaria 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar (BOE, núm. 134, de 5 de junio de 2003); modificada por la Ley canaria 3/2005, de 23 de junio (BOE, núm. 177, de 26 de julio de 2005), Ley castellano-manchega 4/2005, de 24 de mayo de 2005, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (BOE, núm. 203, de 25 de agosto de 2005), Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León (BOE, núm. 105, de 3 mayo de 2006), Ley balear 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar (BOE, núm. 303, de 20 de diciembre de 2006), Ley madrileña 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid (BOE, núm. 153, de 27 de junio de 2007), Ley asturiana 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar (BOE, núm. 170, de 17 de julio de 2007), Ley vasca 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (BOPV de 18 de febrero de 2008), y Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE, núm. 80, de 2 de abril de 2009).

El importante efecto que la mediación puede tener en materia de sustracción internacional de menores se pone de manifiesto no solo por los trabajos desarrollados por *Reunite* en el Reino Unido sino por la importancia que a tal instrumento se ha dado en el proceso de Malta por la Conferencia de La Haya y en la última Conferencia Judicial Internacional sobre traslado de menores celebrada en Washington del 23 al 25 marzo de 2010 bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya y el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.

Artículo 3º. El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

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

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

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

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. La “ilicitud en el traslado” surge de la acreditación en grado de fuerte probabilidad que el desplazamiento del niño se ha efectuado violando un derecho de guarda atribuido conforme al derecho del Estado de residencia habitual del menor y cuando este se ejercía en forma efectiva con anterioridad al traslado o retención⁴⁹. No constituye un requisito de “admisibilidad de la demanda” ya que en algunos casos será precisamente este extremo objeto de prueba. El traslado de un menor de un Estado a otro o impedir su retorno a aquel en el que residía es materia de nuestro análisis en la medida que infrinja un derecho de custodia ejercido en forma efectiva. Así son dos los presupuestos que deben existir para que la situación sea calificada de ilícita: existencia de un derecho de custodia y ejercicio efectivo de tal derecho anterior al traslado o retención. El fundamento no es otro que los derechos que el Convenio protege son la custodia efectiva y el derecho de visita conforme la ley donde el niño desarrollaba su centro de vida. Del Informe Pérez Vera se desprende con claridad las

⁴⁹ Tagle de Ferreyra, Graciela, ob. cit., pág. 288.

relaciones que el Convenio tutela: a) el derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del niño y b) el ejercicio efectivo de ese derecho es decir un título válido sobre el derecho de custodia protegido por el derecho del Estado en el que dichas relaciones se desarrollaban antes del traslado o retención.⁵⁰ La determinación si se tiene la custodia conforme el derecho extranjero, nos lleva a determinar la residencia habitual. Vale decir el derecho a examinar en orden a determinar si el solicitante de la restitución tiene la custodia del niño es el derecho del estado de residencia habitual. En tal sentido la doctrina judicial reseña: “El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el 3º Circuito se rehusó a reconocer una orden de no restitución española y concluyó que los tribunales españoles habían aplicado su propio derecho en lugar del derecho de Nueva Jersey al momento de evaluar si el padre solicitante gozaba de derechos de custodia”.⁵¹

La residencia habitual constituye uno de los aspectos claves de la Convención de 1980. El artículo no ofrece una definición de dicha expresión, ya que se trata de una calificación de hecho y no de derecho que el juez determinará teniendo en cuenta el caso concreto.

La jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República Argentina ha sostenido que “residencia habitual” se refiere al lugar que es el centro de vida del menor y su importancia reside en que opera como punto de conexión; se manifiesta como un concepto diferente del domicilio. Traduce a la efectiva integración de la persona a una comunidad, también llamado *aquerenciamento*... “la expresión residencia habitual 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”... “la residencia habitual del niño en el sentido del art. 3º del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia, en fraude a los derechos del otro padre o por las vías de hecho...”⁵²

⁵⁰ Ob. cit., págs. 18 y 19.

⁵¹ Carrascosa v. McGuire, 520 F.3d 249 (3rd Cir. 2008) [Cita INCADAT: HC/E/USf 970].

⁵² CSJN, 14/06/1995, “Wilner, Eduardo M. c/ Osswald María Gabriela s/ Restitución Internacional de Menor”.

La doctrina reafirma lo dicho al sostener que “es un punto de conexión sociológico, a diferencia del domicilio, de carácter normativo. Se trata del lugar donde el menor desarrolla sus actividades, donde está establecido con un cierto grado de permanencia, el centro de sus afectos y vivencias. La expresión “residencia habitual” se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia y para ello no cabe tener en cuenta el consenso parental ni aún la incidencia de factores causales, aunque éstos determinaran una residencia de índole forzada”⁵³ Es “una calificación autónoma, tiene un contenido unívoco, que no se reitera convención por convención, sino que opera como una suerte de norma material uniforme según la cual se trata de una noción fáctica y no jurídica que denota el lugar donde el niño tiene su centro de vida”⁵⁴

Este concepto de residencia habitual se traduce en la ley de Protección Integral de Niños, niñas y adolescentes. Así dice: “A los efectos de la presente ley, se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:... inc f) su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde debe desempeñarse...” A su vez el decreto reglamentario 415/2006 art. 3 dispone: “se interpretará de manera armónica con la definición de “residencia habitual “ de la niña, niño o adolescentes contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad”⁵⁵

⁵³ Scherman, Ida A., “La residencia habitual del niño: evolución de criterios judiciales”, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 30, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, pág. 242.

⁵⁴ Najurieta, María Susana, “El interés superior del niño a ser rápidamente restituido a su residencia habitual. Un nuevo aporte jurisprudencial en aplicación de la Convención de la Haya del 25 de octubre de 1980”, *Revista de Derecho de Familia*, N° 45, LexisNexis, Buenos Aires, 2010, pág. 104.

⁵⁵ Ley 26061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes –República Argentina.

La noción de “residencia habitual” genera dificultades en orden a su correcta interpretación⁵⁶. Las dificultades que los jueces norteamericanos han reconocido en la determinación de la residencia habitual se pone de manifiesto en las variaciones apuntadas y la búsqueda de estándares uniformes que en definitiva permitan tornar más efectiva la Convención. Siguiendo el meduloso trabajo de Ida A. Scherman cuando analiza la evolución de la jurisprudencia norteamericana⁵⁷, al reseñar el caso “Friedrich”, que se convierte en el primer antecedente, nos ayuda a su comprensión. Según los términos de la Convención de La Haya se entiende que deben relevarse cuatro puntos a los fines de la determinación de la residencia habitual: 1) lugar, localización del centro de vida del niño; 2) duración en el tiempo de dicha localización; 3) la intención del niño de permanecer en dicho(s) Estado (s); 4) los actos que hubiere realizado el menor en relación con la intención referenciada. Adviértase que se pone el acento en el niño, “resultando irrelevantes” las intenciones de los padres en relación con el niño para determinar la residencia habitual. Este antecedente pasa a conocerse como “Friedrich Standard”. Con posterioridad –ocho meses después en el caso Ponath se introduce un nuevo criterio jurisprudencial en el que se valora las intenciones de los padres al momento de determinarse la residencia habitual otorgando relevancia al acuerdo parental en orden a analizar si previo a la sustracción y/o retención los progenitores habían alcanzado un acuerdo definitivo en lo que concierne a residencia del menor. En este antecedente el niño tenía dos años cuando ocurre la sustracción. Por lo que en razón de la corta edad, se dice que resulta necesario, ampliar el estándar anterior e indagar en la intención de los padres al tiempo de determinarse la residencia habitual, lo que se denomina “Settled

⁵⁶ La jurisprudencia extranjera en el caso “Oberlandsgericht de Stuttgart”, en aplicación del Convenio de La Haya sobre Protección de Menores de 1961, ha sostenido: Por residencia habitual del menor hay que entender una situación efectivamente existente creada después de un período de cierta duración; el domicilio efectivo, el lugar del verdadero centro de gravedad determinante del modo de vida del menor; lugar que no deriva del domicilio de los padres y que está determinado de forma autónoma; una condición para que exista residencia habitual estriba en que se presente una cierta integración del medio; las relaciones de tipo provisional aún no establecidas sólidamente no son suficientes; la residencia debe haber durado un cierto tiempo o haberse proyectado para un período de cierta duración”.

⁵⁷ Scherman, Ida A., “La residencia habitual del niño: evolución de criterios judiciales”, ob. cit., pág. 241 y ss.

purpose Standard". Este criterio se pone en crisis, cuando se trata de la sustracción o retención de niños de corta a edad. En esa hipótesis el caso *Schroeder Gabriela v. Vigil-Escalera Perez*⁵⁸ distingue dos momentos: el primero la fecha en que opera el traslado y posteriormente, la fecha en que el progenitor realiza la presentación y que los jueces definen como el momento a partir del cual se inicia la retención indebida de la niña. El fallo interpreta que en el lapso que transcurriera entre el traslado y la presentación por reintegro, Ohio se constituyó en el lugar de residencia habitual de la niña. Asimismo señala que los padres acordaron el traslado de la menor a Ohio por tiempo indefinido sin pactarse de manera explícita o implícita fecha de retorno. Parte de la doctrina norteamericana entiende que el tribunal de Ohio decretó que la residencia habitual de Gabriela se encontraba en E.E.U.U. y no hizo lugar al pedido de restitución en razón de que el progenitor había consentido el traslado sin pactar expresamente la duración de la estadía y la fecha de regreso a España. Posteriormente en el precedente *Delevoye v. Lee*, clasifica a los menores de acuerdo a su edad y grado de madurez para determinar luego su residencia habitual. El juez en función de la edad del menor sustraído y/o retenido analizará las diferentes variables. Cuando se trata de un recién nacido; dado que no tiene edad suficiente para ambientarse, la residencia habitual del niño depende exclusivamente de la voluntad común de la pareja parental. En cuanto a los menores de seis meses, el elemento esencial a los fines de establecer la residencia habitual del niño es la voluntad recíproca de ambos progenitores de fijar el domicilio en la que resultare la residencia habitual del niño. En los casos de niños mayores de seis meses y hasta cuatro años el tribunal tomará en cuenta tres circunstancias: los Estados en que se encuentre físicamente presente el niño antes de la sustracción o retención; la duración de dichas estadías; la voluntad recíproca de los padres de establecerse en la que fuere la alegada residencia habitual del menor.

⁵⁸ En el caso los hechos son los siguientes: la menor Gabriela nació en México el 23/02/1994. El 12/08/1994 los padres acuerdan trasladarse a España, y en 12/11/1994 ambos progenitores acordaron que la niña -que en ese momento tenía cinco meses de edad- y su madre se trasladaran a Ohio. Antes de dicho viaje Gabriela no había estado en Estados Unidos. El 16/05/1995, el progenitor inicia acción de reintegro conforme el Convenio de La Haya alegando retención ilícita de Gabriela en Ohio. La Corte al tener que resolver esta cuestión ponderó que se encontraba en Ohio, EE.UU.

En síntesis: 1) El denominado Friedrich Standard resulta insuficiente para determinar la residencia habitual de recién nacidos y niños de muy corta edad. La presencia del menor en determinado lugar, sus lazos con la comunidad, la trama de relaciones interpersonales que ha tejido en su vida, no son variables que puedan ser evaluadas en dichos casos. 2) El criterio en Settled purpose Standard toma en consideración la voluntad común de los progenitores y le otorga importancia decisiva en aquellos casos en los que se encuentran involucrados niños de corta edad. 3) La pauta dada en Delvoye Standard tiene como eje de análisis la edad y grado de madurez del menor. En razón de dichos parámetros se establecen las circunstancias que permiten determinar el estado de residencia habitual.

Por último el caso Holder v. Holder pone la atención en la voluntad conjunta de los progenitores⁵⁹: se trata de dos menores de 6 y 1 año y estando involucrados Alemania y EE.UU. La Corte de Apelaciones entendió que cuando la familia en forma conjunta hubiere dado los pasos para abandonar la residencia habitual de un Estado para adoptarla en otro, existe renuencia en aceptar dudas acerca de que el movimiento se realizó en forma conjunta y consensuada. Cuando la intención en el inicio es de traslado por un período de tiempo delimitado en forma específica, y luego un padre cambia la intención luego de estar en el nuevo lugar, no se considera cambio de residencia.

En el caso en comentario la Corte, después de examinar la situación del mayor, concluyó que el período de ocho meses en Alemania era insuficiente para superar la carencia de una decisión conjunta de los padres de abandonar a los EE.UU. como residencia habitual de los niños. Igual análisis efectuó en relación al menor de los niños.

Establecida la residencia habitual se analiza si se ha sido infringido el derecho de custodia de ese Estado.

Las formas de atribuir el derecho de custodia o guarda –denominación en la tradición del derecho argentino– veremos a continuación⁶⁰. Al legislar sobre la “patria potestad”, el art. 264 del Código Civil Argentino la define como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los

⁵⁹ 305F,3d854 (9th Cir.202).

⁶⁰ En consonancia con la denominación de la Convención en estudio y de la Convención sobre los Derechos del Niño.

padres sobre la persona y bienes de sus hijos mientras que sean menores de edad o no se hayan emancipado. Los niños estarán bajo la autoridad y cuidado de ambos padres, quienes tienen la obligación y el derecho de cuidarlos, alimentarlos y educarlos conforme su condición y fortuna, no solo con los bienes de los hijos sino con los suyos propios. Por ello decimos que el sistema argentino otorga la titularidad de la patria potestad a ambos padres. En cuanto a su ejercicio, corresponde a ambos padres en caso de hijos matrimoniales, al padre o madre que ejerza la custodia en caso que estén separados, divorciados o anulado el matrimonio y en caso de no convivencia y que el hijo hubiere nacido fuera del matrimonio reconocido por ambos padres, a quien que tenga la guarda respectivamente. La contrapartida del derecho de guarda está en el derecho de visita que comprende la adecuada comunicación y la supervisión de la formación integral del niño y la determinación de su lugar de residencia. En efecto, prescribe el art. 264 quater del mismo cuerpo legal, que se requiere el consentimiento expreso de ambos padres para autorizarlo a salir de la República. En caso de oposición, lo resolverá el juez teniendo en consideración el interés del menor. Esta autorización debe requerirse no solo para salir del país sino para una solicitud de radicación en el exterior con idéntico alcance: en caso de no prestar consentimiento el otro progenitor se resuelve judicialmente. En otros países latinoamericanos tales como México, Uruguay, Chile, Brasil entre otros se requiere el consenso de ambos padres o en caso de negativa deberá plantearse judicialmente. Perú regula en iguales términos haciendo una salvedad: la autorización para viajar al extranjero no se requerirá cuando en la sentencia se haya mencionado que no se requiere la autorización de ambos padres, solo del que tiene la custodia. En México se establece por convenio o judicialmente el lugar de residencia del menor y en caso de cambio de residencia se abre una incidencia de autorización. En el Convenio de la Haya en estudio se entiende por custodia el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el derecho a decidir sobre su lugar de residencia. Por lo que en caso de que uno de los progenitores tenga la guarda del niño y que decida radicarse en el exterior o salir de la república sin la anuencia o consentimiento del otro progenitor, da lugar a la iniciación de solicitud de restitución internacional del niño, conformwwe los términos del Convenio. Este tema que en otros países se conoce como “derecho a veto” o “*ne exeat right*” abordaremos al analizar el art. 5º que refiere al alcance del concepto.

La custodia, nos dice el artículo en estudio puede resultar de una atribución de hecho, no siendo requisito indispensable que exista una resolución judicial al efecto. Tiene diversas modalidades de atribución, de pleno derecho, mediante una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho del Estado de residencia habitual.

La primera –custodia legal– se da con frecuencia y contempla los casos en que un progenitor se encuentra ejerciendo efectivamente el derecho de custodia sin que haya existido decisión judicial al respecto. La ley aplicable será la interna del Estado de residencia habitual conforme hemos dicho. La segunda, cuando emana de una decisión judicial; ésta conforme lo señala Pérez Vera, podría haber sido dictada tanto por los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor como por los de un tercer Estado no exigiendo el Convenio en este caso formal reconocimiento de la sentencia extranjera. Bastará la consideración de tal por el derecho del Estado de la residencia habitual⁶¹. Ello en razón de que la iniciación del procedimiento por ante la Autoridad Central requirente no necesita de una acción judicial que la preceda y “su admisión dependerá de la configuración de las circunstancias que permiten el encuadramiento del caso en el ámbito de la aplicación material y personal del tratado, cuestión que si deber resolverse con el debido contradictorio ante la autoridad judicial o administrativa requerida”⁶². Por último, un acuerdo vigente con el solo requisito de no ser prohibido por el derecho de la residencia habitual y que pueda servir de base a la petición de restitución ante las autoridades competentes. Es decir que sea susceptible de ser homologado.

En la legislación de la República Argentina, la custodia o guarda puede ser atribuido en forma separada o conjuntamente a una persona, institución u organismo. Existe un proyecto de Ley de Patria Potestad Potestad Compartida⁶³ en el Senado de la Nación para su tratamiento que estable-

⁶¹ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo, pág. 20.

⁶² Dreyzin de Klor, Adriana (coordinadora), *La protección internacional de menores*, ob. cit., pág. 17.

⁶³ Proyecto de ley de custodia compartida, presentado en el Senado de la Nación en junio del año 2008 para su tratamiento:

Artículo 1. Modificase el artículo 206 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente manera.

ce que separados los cónyuges por sentencia firme, los hijos menores, no existiendo acuerdo estarán a cargo de ambos progenitores salvo que por

“Art. 206. Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.

A falta de acuerdo de los cónyuges, los hijos menores estarán a cargo de ambos padres, en tanto no medie fallo judicial adverso contra uno de ellos, de acuerdo con lo previsto por la legislación vigente.

En todos los casos, se tendrá primordialmente en cuenta el interés superior del niño, y se garantizará su derecho a ser oído y a designar un abogado de confianza, en los términos de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, niños y adolescentes.

Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

Art. 206 bis. A pedido de ambos padres, de uno de ellos, o de oficio, el Juez deberá otorgar la “responsabilidad parental compartida” de los hijos, a ambos progenitores. Este criterio será extendido a los efectos del otorgamiento de la guarda provisoria a que se refiere el art. 231. Se tendrá primordialmente en cuenta el interés superior del niño, y se garantizará su derecho a ser oído y a designar un abogado de confianza, en los términos de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, niños y adolescentes.

La “responsabilidad parental compartida” importará el ejercicio compartido de la patria potestad.

El juez deberá, de oficio o a pedido de parte, en caso de falta de acuerdo de los cónyuges, establecer la forma en que se pondrá en práctica esta medida.

Art. 206 ter. Para todos los efectos previstos en este Código y en especial en los Art. 206 y 206 bis, el Juez deberá siempre tener en cuenta el superior interés del niño, y garantizar su derecho a ser oído y a designar un abogado de confianza. Se considerará como de interés primordial del niño el mantener el debido contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo causas graves que aconsejaren lo contrario.

A tal fin, se priorizará en el otorgamiento de la convivencia al progenitor que mejor asegure el derecho del niño a mantener el debido contacto con el otro progenitor.

Artículo 2. Modificase el inciso 2 del artículo 207 del Código Civil que quedará redactado de la siguiente manera:

“2. La dedicación que el cónyuge conviviente con los hijos hubiere prestado al cuidado y educación de los hijos”.

Artículo 3. Modificase el inc. 2 del Art. 264 del Código Civil que quedará redactado del siguiente modo:

“2. En los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre y a la madre conjuntamente, sin perjuicio de los deberes y derechos que corresponda a alguno de ellos en particular como consecuencia del ejercicio efectivo de “responsabilidad parental compartida”, aun cuando conviva con uno de ellos”.-

Artículo 4. Modificase el inc. 5 del Art. 264 del Código Civil que quedará redactado del siguiente modo:

“5. En los casos de hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, al padre y a la madre, con observancia de lo dispuesto en el inc. 2”.

Artículo 5. Modificase el artículo 271 del Código Civil que quedará redactado del siguiente modo:

resolución judicial hubiere sido atribuída la custodia. En la actualidad el Código Civil dispone que en tales circunstancias se aplican las disposiciones relativas a la patria potestad establecidas en el art. 264. En relación a los menores de cinco años, ordena: “quedarán a cargo de la madre salvo causas graves que afecten el interés del menor”. Lo dispuesto en este segundo apartado pone énfasis en un criterio que aparece inequitativo ya que el criterio de idoneidad a los fines de atribuir la guarda de un niño es el que refleja en términos generales con mayor nitidez el interés superior del niño y está en consonancia con lo estatuído en la Convención sobre los Derechos del Niño –de jerarquía superior a las leyes– en cuanto que los Estados Partes deben respetar los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, entre otros o cualquier condición del niño, de sus padres o de sus representantes. Vale decir que pone a los padres en un pie de igualdad en cuanto a la atribución de la guarda en relación a los niños sin distinción alguna con la sola “condición primordial a que se atenderá el interés superior del niño”⁶⁴.

Es importante señalar que no es requisito al iniciar una solicitud de restitución el otorgamiento de la guarda con anterioridad. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: “En consecuencia el fallo pronunciado por la Corte del lugar de residencia del menor es irrelevante para decidir el conflicto pues solo demuestra una práctica común de los jueces consistente en otorgar automáticamente la custodia provisoria del menor al progenitor que reclama protección frente al que ha desplazado o retenido indebidamente al hijo. El derecho del padre de obtener el regreso del menor al lugar de la residencia habitual preexiste a toda decisión judicial y no necesita la intervención de un magistrado”⁶⁵.

“Artículo 271. En caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho, o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y educarlos, no obstante conviva con uno de ellos”.

⁶⁴ Art. 2° de la CDN.

⁶⁵ CSJN, 14/06/1995, “Wilner, Eduardo M. c/ Osswald María Gabriela s/ Restitución internacional de menor”.

El Tribunal al declarar preexistente este derecho, está identificando el interés superior del niño con el derecho del niño a no ser separado o desarraigado por una vía de hecho del progenitor que lo tiene bajo su cuidado. Parte de la presunción que el interés se identifica volviendo al menor al “*statu quo*” anterior al traslado o retención ilícita. Es una presunción y como tal admite prueba en contrario. Precisamente tendrá que demostrarse que la situación del menor queda atrapada en alguna de las hipótesis de excepción prevista en la convención para denegar la restitución. En un caso muy publicitado que se conoce como el “caso Goldman” donde los Estados involucrados fueron EE.UU. y Brasil, ya iniciada la solicitud de restitución internacional del niño a los EE.UU. donde había nacido en el año 200, siendo hijo de madre brasilera y padre americano tenemos que: el niño había vivido toda su vida en EE.UU. con sus apdres hasta el año 2004 en que el padre otorga una autorización de viaje para que el niño viajara a Brasil con su madre para unas vacaciones. Ya en rasil, la madre decide no regresar. El padre inicia el pedido restitutorio y pendiente el mismo, la madre solicita la guarda del niño en Brasil, otorgándosele el Juzgado de 2ª Vara de Familia de Río de Janeiro. En el 2005, la madre contrae matrimonio con un brasilero y en el 2008 en ocasión del nacimiento de su hija, muere y el nuevo marido reclama la paternidad socioafectiva y guarda del niño. Adviértase que pendiente el pedido de restitución se tramitó un pedido de guarda del menor, cuestión que conforme lo que hemos venido insistiendo, no corresponde pues una de las formas de la guarda lo es de pleno derecho lo que descarta la necesidad para el caso concreto de guarda conferida judicialmente⁶⁶.

Todo lo dicho reafirma que la guarda debe serlo conforme el derecho del Estado de residencia habitual del menor y no aquella del lugar de Estado de refugio, la que sin duda es irrelevante en orden a constituir un obstáculo al momento de resolver.

Hemos sostenido que el derecho que el Convenio protege es un derecho de custodia real y actual. Así es que la custodia de la que hablamos – cualquiera sea el título en que se funde– debe ejercerse en forma efectiva en el momento de verse privado de ella. Lo dicho ofrece sus aristas en el aspecto procesal: al peticionante no se le exige una auténtica prueba del

⁶⁶ Juzgado de Derecho de 2ª Vara de Familia de Río de Janeiro, caso “Goldman”.

ejercicio de aquel derecho en el momento en que se produjo el desplazamiento, basta con la mera afirmación de que las cosas eran de esta forma y sirviendo de base acreditativa simplemente los datos que deben insertarse en la solicitud inicial del procedimiento restitutorio con mención de datos escolares, de atención médica y su constancia respectiva. Parece con ello presumirse que el hecho de la convivencia responde al ejercicio de un derecho que lo legitima. Ahora bien, en caso de tener a disposición es conveniente acompañar en la fase correspondiente a la Autoridad Central o en la judicial en su caso, los certificados que dan cuenta de la escolaridad y atención médica del niño. Ahora bien desde el punto de vista del demandado, si aduce a modo de excepción que el peticionante no estaba ejercitando de manera efectiva aquel derecho en el momento anterior al traslado o la retención, se produce la inversión de la carga de la prueba imponiéndosele la obligación de destruir aquella presunción legal⁶⁷. Un ejemplo: en caso de no existir una decisión judicial en relación a la custodia, se acompañarán con la demanda los documentos tales como los certificado de la escuela, notas escolares y de asistencia; reconocimientos médicos, que demuestren que el menor residía habitualmente en determinado Estado.⁶⁸ Con ello se demostrará el ejercicio actual y efectivo, las que en caso de oposición por parte del demandado deberá ofrecer y diligenciar la prueba fehaciente tendiente a demostrar la inexistencia de alegada custodia. Todas estas consideraciones conducirán a determinar si ha existido ilicitud en el traslado o retención indebida.

Es interesante el caso por el cual se resolvió “rechazar el pedido de restitución efectuado por el padre de un menor –por haber sido trasladado desde la República Federativa de Brasil a la República Argentina– si el

⁶⁷ Montón García, Mar, ob. cit., pág. 89.

⁶⁸ En el Anteproyecto de ley para la Provincia de Córdoba presentado y elaborado por la suscripta y las doctoras Amalia Uriondo de Martinoli y Angelina Ferreyra de de la Rúa, en el art. 2° se consigan los requisitos de admisibilidad de la petición: “El peticionante deberá acreditar la verosimilitud de su derecho demostrando sumariamente en el escrito inicial, por el medio de prueba que estime pertinente, que se encuentra en ejercicio de la guarda o custodia. Si fuesen necesarias declaraciones de testigos, estos podrán firmar el escrito de solicitud y ratificarlo ante el tribunal, salvo que exista certificación judicial o notarial de sus firmas”.

⁶⁹ Juzgado de Paz Letrado de Villa Gesell, 25/09/2002, “B.de S. D., c/ T., E.”, publicado en *LL Buenos Aires*, 2003-125.

pedido adolece de un requisito esencial y determinante para su procedencia como es la demostración de la ilicitud del traslado al estar el menor bajo la tenencia de su madre, pues 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”⁶⁹. En tal caso no se configura la ilicitud ya que no existe violación a normas legales y actos judiciales que han resuelto provisoria o definitivamente el problema de la guarda del menor a favor de su progenitora. Resulta también interesante el caso con Alemania en el cual la progenitora, quien se trasladó a Argentina con su hija, no solo tenía la tenencia de hecho sino que la ejercía en virtud de la sentencia dictada en los tribunales alemanes. La doctrina judicial nos enseña: “No resulta posible considerar ilícito el traslado y radicación de la menor en la Argentina, no encontrándose por ende reunidos los recaudos de aplicación que prevé el art. 3 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores”⁷⁰. Este argumento fue concluyente a la hora de revocar la sentencia por la cual se ordenaba la restitución de la menor. Serán las Autoridad Centrales encargadas de su aplicación las que realicen el control minucioso de los requisitos previstos en el texto convencional. De lo contrario y en caso de admitir una petición infundada, se estaría menoscabando normas que son producto de la voluntad concurrente de los Estados signatarios.

§ 2. *Legitimación procesal*. El Convenio en estudio brinda amplia legitimación a las personas que pueden poner en funcionamiento el pedido de retorno: padres, tutores, guardadores, o cualquier institución y organismo que ejerza efectivamente el derecho de custodia del menor según el derecho del estado de residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención indebida. Tanto puede ser una institución u organismo privado o público. La Convención Interamericana en su redacción señala directamente a “padres, tutores, guardadores o cualquier institución”⁷¹ omitiendo la referencia a una organización. Interesante resulta un caso jurisprudencial

⁷⁰ Cámara 1ª Civil y Comercial de San Isidro - Provincia de Buenos Aires, Expte. N° 33.648, “M. V. c/ G. B. s/ Restitución de menor, tenencia y régimen de visitas”.

⁷¹ Art. 4 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores adoptada en Montevideo.

dencial que involucra a Argentina y Paraguay en aplicación de la Convención Interamericana ya que al producirse el traslado desde Paraguay a la Argentina, la niña solo contaba con filiación materna. El progenitor residía en Paraguay con su hija quien estaba al cuidado de su abuela paterna. Inicia el pedido de restitución y con fecha 29 de septiembre de 2008 la Defensoría ad-hoc de la Defensoría General de la Nación y titular del Equipo de Trabajo creado por la Resolución de la Defensoría General de la Nación N° 643/08⁷², en representación de E.G.V.C solicitó en los términos de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores⁷³ la restitución de su hija menor de edad, nacida el 20 de junio de 1998, en la República del Paraguay, quien fuera trasladada y retenida en este país por su madre, A.N.A., sin el consentimiento de su representado. En la demanda se sostiene que la niña “estaba al cuidado del Sr. E.G.V.C y su abuela paterna, en el Barrio San Miguel Compañía 21 de julio, en la ciudad de Tobatí” y que “el lunes 28 de enero de 2008, luego de tres años de ausencia, se presentó su madre, A.N.A, proveniente de la Argentina, en momentos en que el Sr. E.G.V.C se encontraba en su lugar de trabajo, y bajo el pretexto de llevarla a pasear y comprarle ropa, se la llevó con el compromiso de retornarla en una horas. Sin embargo, la madre nunca más volvió a su hogar”, tomando conocimiento posteriormente que la niña estaba viviendo en la Argentina con su madre. Establece el artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay -Ley 1680- que, “en el caso de que el niño o adolescente viaje al exterior con uno de los padres, se requerirá autorización expresa del otro”. Ahora bien señala el fallo que cuando la niña salió del Paraguay con su madre no tenía padre acreditado jurídicamente y por lo tanto no existió ilicitud en la progenitora decidir por sí sola el viaje a la Argentina.

“Al momento del hecho narrado -ocurrido el 28 de enero de 2008-, conforme se desprende de la partida de nacimiento, la niña tenía únicamente filiación materna. El reconocimiento paterno recién fue hecho el 31 de enero de 2008, casi diez años después de nacida la menor. Como

⁷² Integrante de la Defensoría General de la Nación y titular del Equipo de Trabajo creado por la Resolución de la Defensoría General de la Nación N° 643/08,

⁷³ Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores adoptada en Montevideo (BO 12/12/2000) y aprobada en nuestro país por la ley 25.358.

sostiene el Sr. Defensor de Menores a fs. 87 “La desidia de un presunto padre en reconocer a su hija -situación que al no serle notificada a la madre impide incluso que pueda impugnar ese reconocimiento- no crea derechos retroactivos a favor del incumpliente. Ante todo, cabe señalar que el mecanismo de reintegro opera siempre que el traslado o la retención merezca la calificación de ilícito. Dicho carácter ha de determinarse coordinando el alcance de la custodia, atribuida conforme el derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente a la ocurrencia del evento.

Por lo tanto no existió ilicitud alguna en la madre al decidir por sí sola el viaje a la Argentina”.

Es requisito necesario que los titulares de la acción estén en ejercicio efectivo del derecho de custodia ya que la solicitud tiene por objeto volver las cosas al estado anterior al traslado o retención ilícita lo que significa retornar al niño al cuidado del progenitor que es quien decide el lugar de residencia, sin perjuicio de que en algunos sistemas la guarda no comprende este derecho. En el caso jurisprudencial citado adviértase que si bien la madre no ejercía en forma efectiva la custodia, la niña estaba al cuidado de quien no era su progenitor y por tanto la falta de legitimación procesal activa provoca el rechazo de la demanda. En cuanto al derecho de visitas solo podrán ser titulares de la acción personas físicas es decir los padres o quienes formen parte del círculo familiar del menor, señala el informe explicativo Pérez Vera. Nos preguntamos si podría comprender a los abuelos, padres de crianza entre otros que respondan a tal círculo familiar.

Comentario de Javier Forcada

En España hay una clara conciencia de que este precepto del Convenio que se comenta, es una de las piezas claves del sistema que supone un artificio que se ha demostrado difícil de manejar con el paso del tiempo, en tanto en cuanto, la calificación de ilicitud de un traslado sin un posible examen del fondo de la cuestión de la custodia, es cuando menos una paradoja. Si en su origen el Convenio de 25 octubre 1980 perseguía la obtención de un compromiso imposible, esto es, de un lado, no analizar el fondo del derecho de custodia, algo acorde a su artículo 19, y, de otro lado, permitir la calificación de ilícito del traslado o del no retorno de un menor, cuando tal calificación siempre va condicionada por la existencia de

un derecho de custodia, y si en su origen, además, el Convenio no desarrollaba el concepto de custodia de forma autónoma, ello ha sido a no dudarlo la causa directa de los problemas actuales de aplicación del Convenio⁷⁴. El problema en la Unión Europea acerca de determinar si ha habido o no un “traslado o retención ilícitos” dentro del encaje normativo que implica el Reglamento Comunitario 2201/2003, también llamado Reglamento Bruselas II bis, de tal forma que es cada órgano jurisdiccional el que va a evaluar si ha tenido lugar una sustracción en el sentido de las letras a) y b) del apartado 11 del artículo 2 del Reglamento, sigue siendo clave y no se está resolviendo de forma adecuada, en muchos casos, por una mala gestión legal del real concepto de la custodia que se ha de tener en cuenta. La propia guía práctica del Reglamento Bruselas II bis ya recalca que la definición del apartado 11 del artículo 2 del Reglamento es muy similar a la del Convenio de La Haya de 1980 (artículo 3) y que cubre el traslado o retención de un menor con infracción de un derecho de custodia de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual antes de la sustracción. Sin embargo, señala la guía práctica, el Reglamento añade que se debe considerar que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor. Como consecuencia, el traslado de un menor de un Estado miembro a otro sin el consentimiento de la persona pertinente, es una sustracción de menores de conformidad con el Reglamento. En España, debe dejarse claro, de forma muy tajante, que es palmario que el derecho a decidir sobre el lugar de residencia, es un elemento que caracteriza el derecho de custodia, y que puede ser ostentado incluso por una persona que solo ejerza el derecho de visitas. Acerca de la aplicación práctica del concepto derecho de custodia y de los errores que con más frecuencia se cometen, ya dije en un artículo de opinión⁷⁵, que “...estos conceptos y su adecuado manejo requieren de un cierto entrenamiento. Por

⁷⁴ Son muchas las resoluciones que pueden malinterpretar conceptos claves del convenio, como por ejemplo, la de la Audiencia Provincial de Córdoba de 26 de enero de 2009 al resolver en apelación la denegación de retorno dictada en la instancia.

⁷⁵ “El derecho a decidir el lugar de residencia del menor: guarda y custodia, patria potestad y sustracción de menores”, Editorial Jurídica SEPIN, revista N° 86, julio-agosto 2009.

ello, como he hecho en algunas otras ocasiones, me parece interesante aportar casos concretos y reales donde no se está manejando correctamente la aplicación del Convenio de 25 de octubre de 1980 y, por lo tanto, del propio Reglamento 2201/2003 para sustracciones intra comunitarias. Por citar casos concretos, tenemos el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 3ª, Auto de 3 de marzo de 2008, Nº 54/2008, que viene a señalar que ‘...Como argumenta la sentencia de instancia, contenido fundamental del derecho de custodia como expresamente hace constar el convenio, es decidir sobre el lugar de residencia de la menor. Por lo tanto quien decide sobre donde ha de residir la menor en su compañía no es quien ostenta también la patria potestad, como confunde la apelante, sino quien ostenta la guarda y custodia exclusiva, ni siquiera compartida, en este caso la madre. Por tanto si conforme al artículo 13 del Convenio para que haya podido existir «traslado» o «retención» ilícita, es necesario la infracción de un derecho de custodia atribuido en este caso por sentencia a la madre, si ha sido ésta la que ha procedido al traslado, difícilmente puede ser éste ilícito si tiene atribuida la guarda y custodia, ni por tanto existir retención...’. Otro caso es el de las resoluciones de 11 de septiembre de 2006 Nº 461 y de 9 de julio de 2007 Nº 407 de la Audiencia Provincial de Málaga, que sostienen que no existe sustracción ilícita en casos en que la madre custodia se traslada con el menor a otro país haciendo uso del derecho que el nuevo marco de la unión europea facilita a los ciudadanos de los estados miembros de circular y residir en cualquiera de ellos. Señalan, además, estas sentencias, que la madre tiene asignada la custodia, por lo que su traslado con la menor no es ilícito, y el padre solo podrá pedir que se adecúen las medidas por las que podrá visitar y tener en compañía a su hija, adaptándolas en la nueva situación... En esta misma línea, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª de 17 de enero de 2006, Nº 14-06, señala que ‘cuando... la madre trae a España a la hija, incumple ese pacto, que en España solo puede ser considerado como una declaración de intenciones por cuanto no cabe sanción alguna por su incumplimiento, en cuanto se trata de un acuerdo limitador del derecho fundamental contenido en el art. 19 de la Constitución que garantiza a todos los españoles el derecho a elegir libremente su residencia y cuya expresión en el convenio no puede considerarse válida. La inconciliabilidad de esa cláusula limitativa de derechos fundamentales con el derecho español bajo el régimen autónomo de la LEC constituye motivo de orden público procesal y desde el prisma del convenio y de su at. 20, justificación de la denegación de la restitución interesada...’. En todos estos casos, y en muchos otros semejantes, estamos ante casos claramente mal resueltos, en mi opinión, y con graves consecuencias. No creo que la libertad de residencia y circulación en la forma que se

expresa en tales resoluciones puedan fundar una decisión de no restitución si se ha vulnerado con anterioridad un derecho de custodia adquirido de conformidad con la legislación del estado donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención, ni creo que pueda hablarse de limitación alguna del derecho a elegir libremente la residencia para justificar una decisión de no retorno en estos casos. Por lo demás, los pactos atributivos de custodia, visitas o forma de regulación de la salida de menores de un estado, han de valorarse con arreglo a la legislación del país donde se otorgaron, en principio, sin que pueda recurrirse a desviadas aplicaciones del art. 20 del Convenio de 25 de octubre de 1980 para denegar retornos como en el caso de Valencia antes indicado. Es palmario que se ha de insistir en una afirmación anterior que señala que el derecho a decidir sobre el lugar de residencia, es un elemento que caracteriza el derecho de custodia, y que puede ser ostentado incluso por una persona que solo ejerza el derecho de visitas. Mucho cuidado con este factor tan decisivo. Ello es clave. La libre circulación de personas poco tiene que ver con la realidad y real fundamentación jurídica que precisan estos casos. Sorprende encontrarse resoluciones judiciales como las citadas, y como, por ejemplo, la de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 22ª, A 15-10-2002, que hablan de vulneraciones del orden público y concretamente del contenido del art. 19 de la Constitución española. Ante ello, debe dejarse muy claro, que una cosa es la libertad de deambulación, y otra muy distinta, el hacerlo sin vulnerar la legislación vigente. Por lo demás, se ha de ser muy cuidadoso al invocar excepciones de orden público, tan residuales, caso de existir, que prácticamente no tienen cabida, hoy en día, con la mayoría de países de nuestro entorno. Las resoluciones judiciales anteriores junto a muchas otras, vacían y dejan sin contenido alguno las facultades inherentes a la patria potestad, confunden custodia y patria potestad, y dan al titular de la custodia todas las facultades propias e inherentes a la patria potestad, pese a ser ésta de ejercicio conjunto en la gran mayoría de los casos. Ello no parece correcto ni adecuado. Las anteriores resoluciones dan por hecho que en España una atribución de custodia, impide al no custodio el ejercicio de la patria potestad y de las facultades inherentes a la misma. Permitir la unilateralidad en este tipo de decisiones, supone admitir la legitimidad de una serie de consecuencias indirectas que casan mal con nuestro derecho vigente, ya que el progenitor custodio que altera unilateralmente el domicilio de sus hijos menores por cambio de residencia, altera a su vez, normalmente, la previsión judicial de atribución del uso del domicilio familiar ex art. 96 CC, altera el sistema de visitas vigente del otro progenitor, supone de facto permitir una modificación de medidas al margen de la intervención judicial y obvia por completo la real voluntad del menor cuyo preferente interés es objeto de

una clara unilateral interpretación. Que un cambio de residencia requiera o no de la decisión conjunta de ambos progenitores poco o nada tiene que ver, además, con los motivos del cambio de residencia, que pueden ser legítimos, caso de ofertas de trabajo, traslado al domicilio de la nueva pareja, regreso al país de origen, reagrupación, etc., o que pueden ser motivos espurios, caso del exclusivo deseo de poner tierra de por medio respecto a un progenitor cuyo contacto con los hijos no se admite o no se ve bien. Sean cuales sean los motivos, solo el juez, en caso de discrepancia, debe admitirlos o rechazarlos. Finalmente, aun no existiendo una resolución judicial que pueda vulnerarse por un cambio unilateral de domicilio en casos de previa ruptura de hecho de la convivencia, tal actuación contraría, a mi juicio, la situación de hecho de ejercicio conjunto de la patria potestad que es propia de tal institución. He de resaltar la idea de que los conceptos de derecho de custodia y de visitas que aparecen en el Convenio de 25 de octubre de 1980, por ejemplo, y que allí son definidos, dando lugar a los equívocos en España antes señalados, es clave que se interpreten por los tribunales españoles teniendo en cuenta la naturaleza autónoma del Convenio de 25 de octubre de 1980 y siempre a la luz de sus objetivos. El derecho de custodia tiene un sentido autónomo en el Convenio de 25 de octubre de 1980 que debe interpretarse a la luz de sus objetivos y finalidades. Dicha interpretación en España pasa por entender que nuestro derecho no da al custodio la facultad unilateral de decidir la salida al extranjero del menor, lo que nos lleva a considerar a estos efectos al progenitor español, con solo derecho de visitas, como tenedor de derechos de custodia ante la ley española a los efectos del convenio de 25 de octubre de 1980. Otra interpretación, ni es acorde a nuestro derecho, ni es acorde a la finalidad o interpretación autónoma del Convenio de 25 de octubre de 1980 y de los términos que contiene. No parece en esta línea, difícil de entender a la inversa que un progenitor custodio cuya demanda de retorno del menor ha sido denegada, como tal custodio, puede pasar a tener derechos de visita con el menor desde tal momento, al incluir propiamente el derecho de custodia, el derecho de visitas y o de contactos regulares con el menor...”

Sin duda las definiciones son importantes pero no dejan de crear problemas de comprensión. Así, es una realidad el que los tribunales de muchos países no tienen claro si el traslado de los menores a otro país, para fijar ahí su nueva residencia, efectuada por el progenitor custodio, es algo que integre supuestos de sustracción o no.

La jurisprudencia está dividida considerándose en algunos supuestos que no es sustracción, por ejemplo en el Auto núm. 54/2008 de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 3 de marzo, en el Auto de la

Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 172/2006 de 22 de noviembre, en la Sentencia núm. 461/2006 de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de septiembre, en la Sentencia de la Supreme Court de Irlanda de 14/04/2000 (Incatat, ref. HC/E/IE 271), en la sentencia de la Court of Appeals for the Second Circuit de Estados Unidos de 20/09/2000 (Incatat, HC/E/313) y en el Auto de 6 de abril de 2004 de la Audiencia Provincial de Pamplona N° 27, por ejemplo, en cuanto señala que *...la conclusión y consecuencia a que llega la Sala, a la vista de las anteriores consecuencias, es que no ha existido traslado ilícito, ya que no se aprecia que la madre trajera al menor desde Argentina a España con infracción del derecho de custodia, pues es ella precisamente la titular de dicho derecho, que conforme al art. 5 a) del Convenio comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; mientras que en otros supuestos se califica la misma conducta como integradora de una sustracción, por ejemplo en los siguientes casos: Autos de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife Núm. 227/2004 de 1 de junio y núm. 106/2008 de 12 de mayo, Sentencia de la Constitutional Court de Sudáfrica de 12/04/2000 (Incatat, ref. HC/E/ZA 309), Oberlandsgericht Dresden de Alemania de 21/01/2002 (Incatat ref. HC/E/DE 486 y Court of Appeals for the Eleventh Circuit de Estados Unidos de 03/10/2004 (Incatat ref. HC/USF 578), entre otros.*

También al hilo de este precepto, se plantean muchos problemas aplicativos con dos fenómenos reales y terminológicos en cierta medida recientes. Se trata, en relación con el art. 13 de la llamada custodia efectiva y de los casos de la llamada atribución desproporcionada de los derechos de custodia. En punto a la custodia efectiva, no es claro que se deba entender por este término. A veces se plantea si, por ejemplo, el abandono del hogar por parte de un progenitor debido a la crisis de la pareja, durante un período corto (una semana o quince días) supone un cese por parte de éste de la custodia efectiva que le impida solicitar la restitución⁷⁶. Respecto al otro fenómeno que se ha puesto de manifiesto desde no hace muchos

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Grand Instance de Pau (Francia) de 7 de marzo de 2006, en un caso en el que se produjo una riña entre una pareja que tenía un hijo de 2 meses de edad junto con el abandono, durante tan solo una semana por parte del padre del domicilio, lo que fue considerado por el juez francés como “ausencia de ejercicio de la custodia efectiva” y motivo para no retornar al menor a España, país de su residencia.

años es el que se podría llamar como de atribución desproporcionada de los derechos de custodia⁷⁷, en casos en los que al progenitor indebidamente privado de sus hijos, que no era el progenitor custodio (o no era el único) se lo otorga la custodia o la patria potestad absoluta de los mismos, simplemente como reflejo ante la sustracción del otro, a modo de castigo o ejemplo que hacen algunos órganos judiciales en el país de origen respecto al progenitor sustractor. Este tipo de actitudes, muchas veces, soslayan el interés superior del menor⁷⁸. Finalmente, en cuanto al concepto de residencia habitual, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, en el asunto C 523/07, nos aporta ya una interpretación auténtica de tal concepto carente de definición legal, señalado que *...el concepto de "residencia habitual", a tenor del artículo 8, apartado 1, del Reglamento N° 2201/2003, debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso.*

⁷⁷ Sentencia de primera instancia de 13 de junio de 2005 de Turnhout, Bélgica. Se trata de un caso en el que la madre española, había supuestamente retenido ilícitamente a sus hijas de 1, 3 y 5 años, que vivían en Bélgica, en Madrid. El padre inició un procedimiento de restitución y, a la vez, solicitó al amparo del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis la custodia absoluta de las niñas. El tribunal, sin examinar a las menores y sin tener otra tipo de consideraciones más que el hecho de la sustracción, otorgó al padre la patria potestad, negándole a la madre todo derecho de visitas.

⁷⁸ Parece lo más lógico evaluar todas las circunstancias en conflicto en este tipo de casos y así por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de septiembre de 2007, cuando, ante la sustracción de un menor por la madre, el padre solicita un cambio de custodia, el tribunal responde: "(...) y el cambio de custodia al padre no aparece en este momento como lo más beneficioso para el menor -tras dos años de inexistencia de contacto paterno-filial-, aunque sea como consecuencia del comportamiento reprochable del otro progenitor, por lo que, en definitiva, no se estima procedente acceder al cambio sobre la guarda y custodia solicitado (...)".

Artículo 4º. El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. *Delimita el ámbito de aplicación racione personae.* El presupuesto objetivo para que exista sustracción ilícita, es que precisamente involucre de un menor que no haya cumplido dieciséis años al momento de producirse el traslado o la retención ilícitos, con lo cual califica la condición de menor con una edad menor a la CDN⁷⁹. Esta en su texto establece una salvedad, cuando “en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Con ello brinda una solución armonizada. Cabe recordar que las normas internacionales de protección de los niños en materias específicas, deben ser examinadas sin olvidar su categoría de normas especiales, frente a las disposiciones generales en materia de capacidad y aún respecto de normas especiales en cuestiones de mayoría de edad, con el desplazamiento que opera la norma de mayor especialidad sobre aquella general o de menor especialidad.⁸⁰ Para delimitar esta calidad se sirve de una norma directa: “El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años”. De suerte tal que al igual que la Convención Interamericana se aparta de la norma indirecta que remite al país de la residencia habitual para determinar la categoría. Las normas directas o materiales “crean un único derecho sustantivo aplicable dentro del marco internacional previamente delimitado con el auxilio de técnicas propias del sistema de conflicto”, mientras que la norma indirecta permite la elección dentro de la diversidad, se manifiesta –a través de la norma de conflicto, de colisión o indirecta, la cual no contiene una regulación mate-

⁷⁹ La CDN en su art. 1º dispone “...se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

⁸⁰ Uzal, María Elena, *VI Jornadas Nacionales de D.I.Pr.* En el Código Civil la mayoría de edad se adquiere a los 21 años a pesar de lo dispuesto por la CDN con jerarquía constitucional. La Ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, compatibiliza con la CDN desde el punto de vista terminológico como en cuanto a la edad.

rial de la categoría o supuesto, sino que indica -a través de un elemento denominado punto de conexión- cuál será el derecho material aplicable a la misma⁸¹. Diversos autores coinciden en pronunciarse a favor de la regulación de estas cuestiones a través de la norma material y que es la pauta que establecen los modernos convenios sobre esta materia. Ello no modifica el derecho interno de cada país en cuanto a la edad límite de la minoridad, sino que establece la norma para determinar el ámbito de aplicación personal en la Convención⁸². Es así que la primera cuestión a dilucidar es si quien está implicado en la situación de desplazamiento reviste la condición de menor. La respuesta afirmativa pondrá en funcionamiento los mecanismos técnicos previstos en la normativa convencional. La edad de 16 años establecida en el Convenio en estudio, no es uniforme en todos los Convenios de protección de menores.⁸³ En el caso del convenio en estudio el límite de edad está dado por la finalidad que persigue y da por sentado que los progenitores o incluso la autoridad judicial o administrativa no podrían ignorar la voluntad propia de un menor más allá del tope de edad dispuesto. Su determinación responde a criterios psicológicos, desde cuando un menor puede valerse por sí no requiriendo de la ayuda de los mayores, es decir pasa a ser psicológicamente un adulto. La edad de 16 años, es concebida como un requisito de admisibilidad de la petición, por lo que de iniciarse una petición que no cumpla tal recaudo se declarará inadmisibile sin más. Ahora bien, si a posteriori y durante su tramitación el menor adquiriera la mayor edad, nos preguntamos si podrá dictarse resolución. Distintas opiniones se han formulado al respecto. Algunos sostienen que es inaplicable la normativa convencional ya que no se cumple con el presupuesto de hecho que es la menor edad.⁸⁴ Otros opinan que podría demorarse el trámite intencionalmente a los fines de volver

⁸¹ Fernández Arroyo, Diego, *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Zavalia, Buenos Aires, 2003, pág. 260.

⁸² Dreyzin de Klor, Adriana (coordinadora), *La protección internacional de menores*, Advocatus, Córdoba, 1996, pág. 46.

⁸³ A modo de ejemplo podemos señalar, que la edad de 16 años se establece en el Convenio de Luxemburgo; la de 21 años se dispone para la aplicación del Convenio de La Haya de 1973 en materia de alimentos y 18 años en los Convenios sobre los Derechos del Niño, Convenio de La Haya en materia de adopción de 1963 y en el de sobreprotección del niño y cooperación en materia de adopción de 1993.

⁸⁴ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo, pág. 22.

inaplicables las normas convencionales por lo que debería dictarse resolución a pesar que el menor hubiere traspasado los 16 años. Considero que una vez cumplidos los dieciséis años, cesa la aplicación del Convenio por lo que no cabe al juez ordenar la restitución con fundamento en lo dispuesto por dicho marco normativo. En este sentido es preciso hacer referencia a la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal cuando en un caso con España, en el cual un progenitor solicitó la restitución de tres menores y uno de ellos cumplió la mayoría de edad durante el proceso la CSJN ha resuelto: “Que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta, aunque éstas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 331:2628; 331:1040; 331:973; 330:4544) entre tantos otros. Que, en tal sentido, se advierte que J.A.B. ha cumplido dieciséis años (nació el 12 de abril de 1994), con lo cual cesa, a su respecto, la aplicación de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya (ley 23.857, art. 4). En razón de ello, no cabe a este Tribunal ordenar su restitución internacional con base en dicho marco normativo”⁸⁵. Consecuentemente el concepto es claro: En el caso que el menor cumpla la edad de 16 años durante el proceso, al dictarse resolución deberá declararse inaplicable el Convenio con fundamento en lo prescripto por el art. 4º. Esta cuestión del límite de edad reconoce tan solo un antecedente, donde los Estados involucrados son Australia, Estado requirente e Inglaterra, Estado requerido y Australia resuelto por la Hight Court de Inglaterra el 14 febrero 2000. En él se ventiló la situación de dos niños cuyas edades eran 14 años y 11 años en la fecha de la supuesta sustracción ilícita en abril de 1998. Ambos habían nacido en Australia y antes de la sustracción habían pasado allí toda su vida.

Los padres se separaron a fines de 1987. En el proceso de 1988 y 1989 se otorgó la custodia a la madre y el derecho de visitas al padre. También se permitió a la madre trasladarse a distintas partes de Australia. No obstante, en enero de 1995, los padres acordaron que su segundo hijo podía irse a vivir con el padre. En abril de 1998 la madre asumió la guarda de los dos menores y los llevó a Inglaterra. Al principio el padre pensó que el traslado había sido provisorio. Ignoraba donde estaban parando los menores hasta

⁸⁵ CSJN, 19/05/2010, “B. S. M. c/ P. V. A. s/ Restitución de hijo 19/05/2010”.

que recibió una carta del mayor de los niños en diciembre de 1998. Para entonces la madre había decidido quedarse en Inglaterra. En relación con el niño mayor: no se podía aplicar el Convenio, el menor había cumplido los 16 años para la fecha de la audiencia y en relación con el niño menor: se ordenó la restitución con fundamento en que la sustracción fue ilícita y no se probó ninguna de las excepciones en la medida exigida en el marco del Convenio.⁸⁶

Comentario de Javier Forcada

Para la fijación de la residencia habitual, tenemos ya dentro del ámbito del Reglamento 2201/2003 una interpretación auténtica derivada de la antes citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, en el asunto C 523/07. Ya en sus orígenes se rechazó una propuesta tendente a no aplicar el convenio a menores de 16 años que tengan derecho a fijar su lugar de residencia, cuando las previsiones de tener en cuenta su opinión ya se derivan del propio art. 13 del propio convenio

Artículo 5.

A los efectos del presente Convenio:

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

⁸⁶ Incadat; HC/E/UK 476 [14/02/2000; High Court (Inglaterra); Primera Instancia] Re H (Abduction: Child of 16) [2000] 2 FLR 51; [2000] 3 FCR 404; [2000] Fam Law 530.

Comentario de Graciela Tagle

Dña. Elisa Perez Vera al referirse a los objetivos del Convenio destaca que se está en presencia de un solo objetivo dividido en dos etapas: (a) una ejecutiva consistente en el retorno inmediato del niño a su residencia habitual y (b) otra preventiva que trata de velar por los derechos de custodia y visita vigente en uno de los Estados Contratantes para que estos sean respetados por el resto de los Estados Partes. Fundamentalmente estas dos etapas, que confluyen en un solo objetivo, representan el interés superior del niño, conforme surge del preámbulo de la Convención.

Veremos a continuación qué se entiende a la luz del Convenio en estudio por derechos de custodia y de visita, conceptos que generan algunas dificultades en cuanto a su alcance, y el fundamento no es otro que la necesidad de convivir el Convenio en estudio con la legislación interna de los distintos Estados Partes. Ahora bien lo dicho nos mueve a realizar algunas reflexiones. El derecho de custodia comprende el cuidado del menor como el relativo a decidir su lugar de residencia y consecuentemente está en consonancia con lo dispuesto por el artículo convencional bajo análisis. En cada caso será de consulta obligatoria a los fines de determinar, si el traslado o retención ilícita efectuado por un progenitor ha vulnerado el derecho de custodia de la legislación interna del país de residencia habitual. Es así que si un progenitor decide salir del país con su hijo menor, tendrá que contar con el consentimiento del otro progenitor o con una autorización de viaje ordenada por juez competente. Por ello a pesar que uno tenga la custodia, no puede alterar el lugar de residencia del niño sin el consentimiento o la autorización del otro progenitor. Así las cosas, el pedido que pudiera realizar el progenitor que no detenta la custodia y que no autorizó la salida ni se dirimió la oposición en sede judicial, es una solicitud de restitución internacional de menores.

La razón no es otra que bajo la legislación argentina⁸⁷, quien ejerce la custodia no le está permitido salir del país con el niño, sin que exista acuerdo de partes o en defecto de ello, a petición de la parte interesada, una autorización judicial que así lo autorice. Existen ciertos actos que para ser llevados a cabo por un progenitor requieren el consentimiento de ambos o en su defecto, de una autorización judicial. El supuesto está contem-

⁸⁷ En la gran mayoría de las legislaciones latinoamericanas y en España se regula esta materia en términos muy similares y con algunos matices en México y Perú.

plado en el art. 264 quater que dispone: "...se requerirá el consentimiento de ambos padres para los siguientes actos:... 4) autorizarlo para salir de la República". En caso de negativa se dirime judicialmente. Consecuentemente el derecho a decidir el lugar de residencia es un derecho de ejercicio conjunto de ambos padres y en caso de no mediar acuerdo, deberá plantearse judicialmente. El juez deberá resolver en función del supremo interés del menor. En otros países latinoamericanos tales como México, Uruguay, Chile, Brasil entre otros países, rige la misma previsión legal: se requiere el consenso de ambos padres o en caso de negativa la autorización judicial. Perú regula en iguales términos pero hace una salvedad: la autorización para viajar al extranjero no se requerirá cuando en la sentencia se haya mencionado en forma expresa que solo se requiere la autorización del que tiene la custodia. En México se establece por convenio o judicialmente el lugar de residencia del menor y en caso de cambio de residencia se abre un incidente.

Esta cuestión que en idioma inglés llaman "ne exeat rights" que refiere a la "prohibición de salida de un menor de un estado sin el consentimiento del otro progenitor" suscita dificultades. En tal sentido el caso *Abbot v. Abbot* resuelto por de la "Supreme Court of the United States" el 17 de mayo de 2010 constituye un valioso antecedente. En el se interpreta que se entiende por derecho de custodia en términos convencionales e involucra a un menor nacido en Hawai en 1995 cuya madre es americana y el padre inglés quienes se mudaron a vivir a la República de Chile a principios del año 2002 . En marzo de 2003 se separan luego de discutir y litigar la custodia del menor. El tribunal de la República de Chile otorga la custodia a la madre mientras que al padre le es otorgado el derecho de visitas y el derecho de prohibir la salida del país del menor sin su consentimiento previo.

Sostiene este precedente que la ley chilena determina el contenido del derecho del Sr. Abbot mientras que el texto y la estructura de la Convención resuelven si ese derecho es un derecho de custodia. La ley de Menores en su art. 49 dispone que una vez decretado que uno de los padres tiene derecho de visitas, la autorización de ese padre también, generalmente será necesaria para salir del país con el niño. Ya que el señor Abbot tenía derecho de visitas, se desprende que tiene derecho de "ne exeat" bajo el art. 49. La Convención reconoce que el derecho de custodia puede ser conjunta o individual y que los derechos de "ne exeat" se entienden mejor

como “custodia conjunta”. La madre en agosto de 2005 traslada sin permiso del padre ni de la Corte al niño a EE.UU. El padre inicia una solicitud de retorno en los términos de la Convención de La Haya de 1980 en el US District Court for the Western District of Texas que desestimó la solicitud. El 16 de setiembre de 2008, The Fifth Circuit Court of Appeals nuevamente deniega la solicitud de restitución con fundamento en que el derecho de prohibición de salida del país para la ley chilena no es equivalente al derecho de custodia y por tanto no le da derecho a solicitar la restitución. La Corte Suprema resolvió que el traslado había sido ilícito pero que debía determinarse si algunas de las excepciones eran aplicables.⁸⁸

A los derechos de *ne exeat*⁸⁹ se los podría contrastar con los derechos de visita en cuanto los primeros solo pueden honrarse con una restitución ya que dependen de que la ubicación del menor sea el país de residencia habitual.

La Corte rechazó el argumento de que una orden de *ne exeat* consistía simplemente en un mecanismo para proteger la jurisdicción del tribunal que atiende el caso. Especificó que aun una orden de *ne exeat* emitida para proteger la jurisdicción del tribunal a la espera de nuevos decretos correspondía a permitir que un padre objete que el menor sea trasladado fuera del país.

Lo que la Corte sí sostuvo es que no necesitaba decidir el status de órdenes de *ne exeat* que carecían de disposiciones sobre el consentimiento de los padres. Pero en el caso en cuestión, los derechos del padre derivaban del estatuto chileno que claramente requería su consentimiento antes de que el menor pudiera ser llevado fuera de la jurisdicción.

El juez Steven, J., presentó una opinión en disenso, acompañado por Thomas y Breyer, JJ. El disenso rechazaba la interpretación que hacía la Corte de la Convención, y de la intención de quienes la redactaron, así como de su evaluación del equilibrio de la jurisprudencia internacional.

⁸⁸ Abbot vs Abbot, First Instance Court: denied the possibility to apply for restitution because they argued that *ne exeat* rights were not equivalent to custody rights.

Fifth Circuit Court: rule the same as the first instance court

Supreme Court: ruled that application for restitution should be accepted because *ne exeat* rights are equivalent in force to custody rights for the Convention. They argued that by taking the child out of the country without consent from the father was the same as denying him the chance to exercise his right of *ne exeat*, in other words it would make the Convention meaningless.

⁸⁹ Incadat, extracto del sumario del fallo “Abbot v Abbot.

Señalaba que solo porque los derechos de custodia podían ser compartidos por dos padres, no se podía concluir que los redactores tuvieran la intención de que un limitado poder de veto fuera un derecho de custodia. Consideraban que una lectura tan amplia y flexible como la de la Corte ocultaba la cuidadosa distinción que habían trazado los redactores entre derechos de custodia y derechos de visita.

La Corte sostuvo que un derecho *ne exeat* era incompleto por naturaleza y por lo tanto no tenía fuerza operativa excepto cuando el otro padre pretendiera trasladar al menor fuera del país. Cuando ocurría eso, el padre dejado atrás podía ejercer el derecho negando su consentimiento al traslado, o imponiendo condiciones. Cuando no se buscara el consentimiento, devenía en una situación en la que el derecho se habría “ejercido de no haber sido por el traslado ilícito o la retención ilícita”.

La Corte hizo referencia a un amplio espectro de jurisprudencia internacional e hizo notar que ésta confirmaba una amplia aceptación la regla de que los derechos de *ne exeat* constituían derechos de custodia.

Asimismo, académicos acordaron con el emergente consenso internacional de que los derechos de *ne exeat* eran derechos de custodia, aun cuando esa visión no se haya formulado de manera general cuando se redactó la Convención.

La Corte sostuvo que la interpretación de que la violación de los derechos de *ne exeat* dan lugar a la acción de restitución de la Corte se correspondía con los objetivos y propósitos del instrumento, incluyendo su efecto disuasivo.

Los tribunales de una abrumadora mayoría de los Estados Parte de la Convención Contratantes han aceptado que un derecho de veto sobre el traslado de un menor fuera de una jurisdicción constituye un derecho de custodia para los propósitos de la Convención.

He señalado que el derecho de custodia está regido por el derecho vigente del Estado de residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención. El contenido de este derecho será aquel del lugar de residencia habitual. Que sucede frente al caso bastante frecuente de la custodia compartida? El padre con el cual el niño no convive va a ser mirado como custodio? El traslado sin el consentimiento del otro progenitor, lo torna ilícito y tal situación da lugar a la puesta en funcionamiento del Convenio. Reiteramos que la custodia otorgada en el Estado de refugio, carece de validez en los términos del art. 3º y solo puede considerarse un

manejo de quien ha sustraído al menor tendiente a legalizar la situación en el Estado de sustracción. En relación al derecho de visita comprende el derecho de llevar al menor por un período limitado, a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual. Cuando traspasa el período de tiempo establecido o consensuado, se configura la ilicitud lo que se define como “retención indebida”. Tanto el Convenio en estudio como la Interamericana en el art. 1 señalan entre sus objetivos el de hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia. El derecho de visita, no está reglamentado, tan solo encontramos el artículo 21 que asemeja el procedimiento para petitionar la visita al de restitución, por lo que la solicitud debe presentarse ante la autoridad Central del país requirente. ¿Qué sucede si se pretende una modificación del régimen existente? Tendrá que presentarse un pedido y constituirá un antecedente de valoración judicial aquel régimen cuyo cambio se peticione. El Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños es un valioso instrumento que en su art. 35 reglamenta el derecho de visita. Es por ello que se complementa con el Convenio en estudio.

Comentario de Javier Forcada

En España la terminología que se utiliza en este precepto ha sido origen de innumerables confusiones y equívocos que normalmente han derivado en incorrectas aplicaciones del convenio. Es claro que el convenio evita definir los términos o conceptos jurídicos que utiliza, pero existe la excepción de los contenidos en este artículo, ya que tal definición se consideró indispensable para determinar el ámbito de aplicación material del convenio. Sin embargo, tal definición, ha generado infinidad de problemas en su aplicación cotidiana y, por lo tanto, precisa de un análisis detallado. La reciente guía de buenas prácticas y principios generales publicada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en el área de los contactos transfronterizos que afectan a menores, señala en su apartado N° 9, acerca del significado de los derechos de custodia y de visita, que la parcial definición del art. 5 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, ha dado lugar a diversos problemas de definición y a divisiones

de opinión en la jurisprudencia entre y con estados contratantes. Señala dicha guía, que dentro de los sistemas legislativos nacionales, la línea divisoria entre custodia y visitas es algunas veces indistinta. Así, en algunos sistemas que retienen la terminología de custodia y visitas, el progenitor que tiene visitas puede de hecho retener importantes responsabilidades del proceso de decisión que afecta al menor y que van más allá del mero derecho de visitas. Dice la guía indicada, que este puede ser el caso de sistemas donde el progenitor que tiene visitas mantiene a la vez una guardia compartida del menor o es cotitular de la patria potestad. Con carácter de generalidad, en España, el progenitor que ostenta la guarda y custodia, conforme a las normas de nuestro Código Civil, no puede trasladarse con su hijo menor a otro domicilio, menos a otro Estado, sin autorización del otro progenitor, que, seguramente, solo ostenta derecho de visitas, pero durante las cuales también ejerce la custodia. A falta de acuerdo entre ambos progenitores, hace falta autorización judicial. Es cierto que en España es debatida la cuestión relativa a qué facultades son inherentes a la custodia y cuales lo son a la patria potestad, pero las conclusiones anteriores parecen muy seguras. El marco básico legal en España nos lo aporta el art. 39 CE y los arts. 154 y 156 del CC, objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial por nuestro Tribunal Supremo. La Ley 15/2005 del divorcio no alteró, en lo esencial, el panorama vigente, pero la preferencia del ejercicio conjunto de la patria potestad se trasluce de la misma. El art. 92.4 del Código Civil., implica una clara necesidad de previsión futura para las personas implicadas, y el art. 156, último párrafo, del mismo Código, parece querer hacer general lo que es mera excepción, siendo una patente realidad la atribución conjunta del ejercicio de la patria potestad en casi todas las sentencias y convenios ad hoc en procesos de ruptura⁹⁰. Ya he citado

⁹⁰ Veamos algunas particularidades autonómicas al respecto. En Aragón, por ejemplo, la autoridad familiar, ya que la figura de la patria potestad es extraña a este territorio, es compartida por determinación legal. Sobre el ejercicio de la autoridad familiar por los progenitores, el art. 68 de la ley 13/2006, de 27 de diciembre, señala que éstos han de actuar según lo que lícitamente hayan pactado en documento público, y en defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales y familiares. En los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin. En otros casos, la Llei 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, en su artículo 139.4 señala que salvo que la autoridad judicial lo disponga de otro

antes la publicación: “El derecho a decidir el lugar de residencia del menor: guarda y custodia, patria potestad y sustracción de menores”; editorial jurídica SEPIN, revista N° 86 de julio-agosto de 2009, donde ya tuve la ocasión de señalar sobre este tipo de cuestiones las siguientes circunstancias: “...es importante evaluar, cuando un texto internacional señala que el derecho de custodia comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, si tal custodia es la misma custodia que en España entendemos como compañía física con el menor de la que venimos hablando, o si es la custodia que se integra y forma parte de la responsabilidad parental como aclara el art. 1.2 del Reglamento Bruselas II bis, y que en España identificamos mejor con la patria potestad en territorio de derecho común. El problema de terminología e identificación existe y la respuesta más sencilla al afrontar casos de sustracción suele ser la errónea, máxime cuando en España no se define el contenido de la custodia ni la patria potestad en la forma antes explicada. Interpretar los textos internacionales con arreglo a su propio objeto y finalidad puede ayudar. Paul Lagarde en su informe explicativo al Convenio de 19 de octubre de 1996 dice textualmente que la expresión ‘responsabilidad parental’, que se inspira en el Convenio relativo a los derechos del niño (art.18), ha sustituido la de ‘relación de autoridad’ que figuraba en el Convenio de 1961. Aunque ya utilizada por el Convenio de La Haya de 29 de Mayo de 1993 sobre protección de niños y la cooperación en materia de adopción internacional 15, esta noción de responsabilidad parental pareció poco precisa a algunas delegaciones. También el párrafo 2 del artículo primero se esfuerza en aclarar esta noción de responsabilidad parental, dado que los

modo, el padre o la madre que ejerce la potestad necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza, para variar el domicilio del hijo o hija menor de forma que lo aparte de su entorno habitual y para disponer su patrimonio más allá de lo necesario para atender a sus necesidades ordinarias. Se entiende tácitamente conferido el consentimiento una vez transcurrido el plazo de treinta días desde la notificación que se realice con la finalidad de obtenerlo sin que el padre o la madre que no ejerce la potestad no plantee el desacuerdo, conforme a lo establecido en el artículo 138.

A nivel de derecho común, el art. 156 del Código Civil prevé este mismo tipo de situaciones. A la vista de ello, me parece evidente, claro y meridiano, que es necesaria la intervención de ambos progenitores, a título solo ejemplificativo, para las decisiones, por ejemplo, relativas al cambio de residencia del menor y a la salida al extranjero de los hijo/a/os/as menor/es de edad, del mismo modo que ambos progenitores han de intervenir conjuntamente para otro tipo de decisiones tales como las relativas al cambio de centro escolar, adopción de gastos extraordinarios, actos religiosos, atención médica y psicológica de hijos menores, fiestas y actividades de los hijos, obtención de información médica o escolar, etc., etc.

debates mostraron que no era comprendida del mismo modo por todas las delegaciones. La definición dada es amplia. Cubre a la vez la responsabilidad relativa a la persona del niño, la responsabilidad relativa a sus bienes y, de forma general, la representación del niño, sea cual sea la denominación dada a la institución, responsabilidad parental, autoridad parental, poder (puissance) paternal, así como tutela, curatela, administración legal, custodia (custody) y guarda (guardianship). Los derechos y obligaciones a los que se refiere son aquellos que pertenecen al padre y a la madre en virtud de la ley, para cuidar a sus hijos y asegurar su desarrollo, ya se trate de la guarda, de la educación, de la fijación de residencia, o de la vigilancia de la persona del niño, particularmente en sus relaciones. El concepto de poderes se relaciona más específicamente a la representación del niño. Esta responsabilidad es normalmente ejercida por los padres, pero puede ser ejercida en todo o en parte por terceros, dentro de las condiciones fijadas por las legislaciones nacionales, en caso de fallecimiento, de inaptitud o de indignidad de los padres, o en caso de abandono del niño por sus padres. Profundicemos algo más en la materia. La custodia puede basarse o en la Ley interna del Estado de la residencia habitual del menor, o en la Ley designada por las normas de conflicto de dicho Estado, caso, por ejemplo, del art. 9.4 del Código Civil español. A efectos del art 3 del Convenio de 25 de octubre de 1980, la referencia a la ley de la residencia habitual, se extiende también a las reglas de derecho internacional privado. Ello genera este tipo de situaciones. Es muy claro, por referencia al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, el informe explicativo de Elisa Pérez Vera, en cuanto en la parte relevante señala que: ‘...el Convenio ha abandonado la fórmula tradicional para hablar del «derecho de la residencia habitual», la diferencia no puede ser puramente terminológica’. En efecto, como prueban los trabajos preparatorios, desde el principio, la intención fue ampliar el abanico de las disposiciones que deben ser tenidas en cuenta en este contexto. De hecho, en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones, hubo incluso una propuesta tendente a explicitar en este artículo que la referencia al derecho de la residencia habitual se extendía a sus normas de derecho internacional privado; si la propuesta fue rechazada, se debió a que la Conferencia estaba convencida de que semejante inclusión era superflua y resultaba implícita dado que el texto no excluye ni directa ni indirectamente las normas en cuestión ... El problema del derecho internacional privado antes visto, afecta, además, a la esencia nacional del concepto de familia vigente en muchos países. Pensemos en la aplicación de la Sharia en países como España, o Finlandia. ¿Acaso las bases del sistema de familia de un país pueden llegar a ser removidas por la aplicación de las leyes de otro?. Cuestión compleja es ésta, donde orden público y tolerancia no parecen casar muy

bien. Muchas son las sensibilidades internacionales que se involucran en casos como los hasta ahora descritos, máxime cuando hablamos de matrimonios mixtos, en el sentido de que están formados por personas de diversa nacionalidad, contando con las diferencias tan enormes que, en punto a ley aplicable, existen en el mundo, incluso dentro de la Unión Europea, donde más de 875.000 divorcios tiene lugar cada año, y de los cuales, una quinta parte afectan a matrimonios mixtos. En muchos países árabes, por ejemplo, los menores de una edad sobre siete años son educados/criados por el padre, no por la madre, si bien con muchas peculiaridades, y ello limita, por ejemplo, las oportunidades de una madre extranjera de recuperar a un hijo secuestrado por un padre árabe a un país árabe; siendo conocido que, fuera de Turquía y Bosnia, los países árabes no han suscrito el Convenio de 25 de octubre de 1980, existiendo solo un puñado de países con los que sí se han suscrito acuerdos bilaterales. El documento preliminar N° 7, por ejemplo, de la comisión especial de septiembre/octubre de 2002 de la Conferencia de La Haya, aborda en el marco de la sustracción internacional de menores y contactos transfronterizos, el fenómeno de los convenios bilaterales y los estados islámicos. El proceso de Malta, ya en su tercera conferencia celebrada del 23 al 26 de marzo de 2009, centra también gran parte de sus esfuerzos en el área de obtención de resultados en este campo con el mundo árabe. Tampoco Japón, miembro de la Conferencia desde 1957, es parte del Convenio de 25 de octubre de 1980, siendo como es uno de los países más poderosos del mundo...”.

Un ejemplo que revela este tipo de problemáticas lo es el de la legislación inglesa para casos de hijos de parejas no casadas. Aquí el padre con arreglo al art. 4 Children Act 1989, modificado por s. 111 de la Adoption and Children Act 2002, y desde 1 de diciembre de 2003, necesita para ostentar responsabilidad parental sobre los hijos, o haber sido registrado como padre del menor con arreglo al proceso formal previsto en la Birth and Deaths registration Act 1953, o haber obtenido un acuerdo que le conceda tal responsabilidad parental en legal forma (a parental authority agreement), o haber obtenido una orden judicial que le conceda tal responsabilidad, con la salvedad de que para hijos nacidos antes del 1 de diciembre de 2003, se da la circunstancia de que ni se podía usar la vía de haber sido registrado como padre del menor con arreglo al proceso formal previsto en la Birth and Deaths Registration Act 1953, en ningún caso.

En estos casos, por ejemplo, cuando se trata de una familia de británicos, pareja de hecho con hijos, todos residentes en España, caso hartamente frecuente, y se produce una supuesta sustracción de los menores por la

madre al marcharse al Reino Unido con los hijos sin consentimiento del padre, suele plantearse por la madre, cuando allí, un Tribunal inglés, por ejemplo, ve el caso a instancias de petición de la autoridad central española, que no había sustracción al no tener el padre responsabilidad parental en algún caso sobre los menores por referencia a lo ya indicado. En este caso, el Tribunal inglés, por ejemplo, se suele plantear que debe aplicar la ley española, ex. art. 9.4 del Código Civil, que remite a la legislación británica, que vía art. 12 del Código Civil español, si niega responsabilidad parental a padre de hijos de pareja de hecho, podría en algún caso ser contraria al orden público español al no permitir nuestra Constitución ninguna discriminación por razón de sexo.

Surge así, la duda de qué acabará haciendo el tribunal del Reino Unido en estos casos. A la inversa, parece clara cuál es la postura de las autoridades del Reino Unido cuando demandan en España la restitución de menores en casos como el indicado pero donde toda la familia residía en Inglaterra y la madre, por ejemplo, sustrajo a los hijos hacia España. En estos casos, cuando la madre opone que el padre que quedó en Reino Unido no tenía concedido un derecho de custodia, suele fundamentar la autoridad central del Reino Unido su petición de restitución ante las autoridades españolas, en una titularidad del Tribunal del Reino Unido de la Gran Bretaña que conoce del caso sobre la custodia del menor o al menos sobre el derecho a decidir su residencia conforme al art. 5.a del Convenio de 25/10/1980.

En concreto, el Auto N° 540/07, de 22 de octubre de 2007 del juzgado de primera instancia N° 5 de Málaga, acoge esta tesis al acordar la restitución de un menor señalando que *....esta tesis de la Autoridad Central del Reino Unido de la Gran Bretaña ha de estimarse correcta, pues está sólidamente apoyada tanto en el texto del Convenio (arts. 3 y 5) como en la interpretación exhaustiva que la Cámara de los Lores ha realizado de dichos preceptos en la causa RE H (a minor) (1999) en la que se llega a la misma conclusión en un supuesto similar al aquí estudiado, tanto respecto a la legitimidad del tribunal del país de origen para ostentar derechos de custodia en el momento del traslado, como a la legitimidad de un progenitor para hacer valer él y no el Tribunal tales derechos al amparo del Convenio de La Haya de 1980...* Parece, pues, que es importante a estos efectos, el dictamen de la House of Lords de 8 de diciembre de 1999 y fundamentos de 3 de febrero de 2000 respecto al fallo en la causa R. E. H. (un menor) (1999). Una situación parecida se plantearía en Ho-

landa para casos de padres de hijos de parejas de hecho que no han sido reconocidos o inscritos como tales a favor del padre, y donde, al parecer, la responsabilidad parental la ostentaría solo la madre.

Capítulo II

AUTORIDADES CENTRALES

Artículo 6º. Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

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

Comentario de Maria Seoane de Chiodi

§ 1. Previo al desarrollo de las funciones que le competen a las Autoridades Centrales designadas para la aplicación de la Convención de La Haya de 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional⁹¹, es

⁹¹ La Convención de La Haya de 1980 aparecerá en el texto de este Capítulo como “el Convenio” o la Convención de 1980, indistintamente.

necesario tener en cuenta los objetivos perseguidos, así como la naturaleza del citado instrumento. Es justamente este último aspecto el que permitirá visualizar el rol de las Autoridades Centrales y la importancia de su labor en el cumplimiento de los objetivos previstos en el Convenio, conforme se expresara al inicio de esta obra.

El rol de las Autoridades Centrales

Reiterando lo manifestando en los párrafos precedentes, estamos en presencia de un Convenio basado esencialmente en la cooperación entre los Estados Contratantes, y ello tiene suma importancia para explicar el rol de las Autoridades Centrales.

Cabe recordar que la figura de la Autoridad Central se origina en la década del sesenta y comienzos del setenta, para aplicar las Convenciones de La Haya, con el propósito de agilizar la cooperación que tramitaba por la vía diplomática y/o consular y que traía aparejada serias demoras en la tramitación de la cooperación judicial. El cumplimiento de una solicitud de asistencia judicial no resuelta en tiempo y forma, y contestada extemporáneamente al Estado requirente, en donde tramita la causa principal, configurara sin lugar a dudas en una denegación de justicia para aquella parte que la ha solicitado para ejercer su derecho en el proceso. Este ha sido el motivo de la creación de las Autoridades Centrales, y cuya función va mucho más allá de ser un simple canal de transmisión.

La figura de la Autoridad Central no solo fue incorporada a los Convenios multilaterales, sino también a los bilaterales en materia civil. La eficacia del trabajo realizado por las Autoridades Centrales sirvió para que éstas también fueran establecidas en los convenios, bilaterales o multilaterales, en materia penal, proporcionando celeridad, eficacia y garantía en la aplicación de los tratados en vigor.

Ahora bien, cuando se discutió en el seno de las Comisiones de la Conferencia de La Haya que clase de cooperación se requería, se señaló la importancia de mantener una cooperación centralizada, a través de la designación de Autoridades Centrales.

Sin embargo, y con razón, en la Convención de 1980 se sostuvo la necesidad de mantener una cooperación mixta, es decir no solo basada en las Autoridades Centrales sino también en las autoridades judiciales y administrativas. Ello ha quedado confirmado en el texto del Convenio cuando

se dispone que el progenitor que solicita la restitución de su hijo, puede hacerlo ante la autoridad judicial o administrativa del Estado de refugio, en donde se encontraría el menor retenido o trasladado ilícitamente. No cabe duda que se ha querido privilegiar la rapidez y el poder de elección a favor del padre requirente.⁹²

También es necesario tener en cuenta que las decisiones de retorno del menor a su residencia habitual son dictadas en el ámbito judicial o administrativo, salvo que se concluya un acuerdo voluntario ante las Autoridades Centrales, tal como así lo dispone el artículo 7⁹³. Las decisiones que tomen las autoridades judiciales o las administrativas son importantes porque, a través de ellas, se establecerán criterios uniformes entre los Estados Contratantes que beneficiarán la aplicación de la Convención haciéndola verdaderamente operativa.

Sin perjuicio de lo manifestado, en el sentido que la Convención contempla una cooperación mixta, se puede indicar, sin lugar a dudas, que se le ha otorgado un rol preponderante a las funciones de las Autoridades Centrales designadas por los Estados Contratantes.

Designación y estructura de las Autoridades Centrales

La Convención de La Haya trata en el Capítulo II de las Autoridades Centrales, artículos 6 y 7, sin embargo otros capítulos refieren a la actuación de dichas Autoridades (Capítulo III “Restitución del menor”, Capítulo IV “Derecho de Visita”, Capítulo V “Disposiciones Generales”).

El art. 6 del Convenio de La Haya determina que cada Estado Contratante designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que en él se imponen. El segundo apartado establece que cuando se trata de Estados Federales, o en aquellos Estados en que están vigentes más de un sistema de derecho podrán designar a más de una

⁹² Ver art. 29 e Informe Pérez Vera.

⁹³ Art. 7: Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados...

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

...

c) Garantizar la restitución inmediata del menor o facilitar una solución amigable:

Autoridad Central. Sin embargo, y a fin de facilitar la celeridad en los pedidos de restitución se nombrará a una Autoridad Central a la que se dirigirá el pedido y ésta lo remitirá a la Autoridad Central que sea competente en el Estado Federal en donde se habría trasladado o retenido el menor .

Las obligaciones que asumen las Autoridades Centrales, establecidas en el art. 7 del Convenio, establecen que éstas no son solamente un simple canal de transmisión de las peticiones de restitución o de visita. Las Autoridades Centrales deben tener el poder suficiente, mediante un mandato amplio concebido en la legislación interna de cada país, quien en definitiva determinara su estructura y capacidad de actuación, para cumplir con las obligaciones asumidas en el citado artículo y los objetivos contemplados en el Preámbulo. *Recuérdese que los objetivos previstos en el Preámbulo del Convenio se refieren a la protección de los menores en el plano internacional, garantizando la restitución inmediata de los menores que han sido trasladados o retenidos a su lugar de residencia habitual, así como la protección de los derechos de visita, estos son los objetivos que configuran en el esquema del Convenio el **interés superior del niño**.*

La Convención de 1980 no regula como se debe estructurar la Autoridad Central, esto lo deja supeditado a la legislación interna de cada Estado Contratante, consecuencia lógica ante la diversidad de sistemas que tienen los Estados, a los cuales no se les puede imponer que organismo asumirá las funciones como Autoridad Central, valorización que llevara a cabo cada Estado en razón de su ley interna, así como el alcance de las acciones que le competan a la Autoridad Central y el apoyo logístico que deberá tener para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en la Convención.

Por otro lado, cuando los Estados ratifiquen o adhieran a este instrumento, deberán designar inmediatamente a una Autoridad Central que cumpla con los objetivos de la Convención.

Se ha podido determinar que la falta de la designación o una mala elección de la Autoridad Central provocan la ineficacia del Convenio. La reciprocidad que debe existir en el tratamiento de los casos por parte de un Estado no se verá reflejada, ya que, a pesar de formar parte de la Convención, no podrá dar cumplimiento a las obligaciones asumidas, y ello generara una verdadera asimetría entre los Estados Contratantes. En la Guía de Buenas Prácticas – Primera Parte- Práctica de las Autoridades Centrales

se ha señalado que la falta de designación o la carencia de infraestructura suficiente que impidan el cumplimiento de las funciones previstas en la Convención de 1980 determinara la frustración de los individuos involucrados, y constituirá una fuente de fricción entre los Estados implicados, minándose la confianza en el funcionamiento del Convenio.

Asimismo, cuando los Estados Contratantes designan a la Autoridad Central tendrán en cuenta que dicho establecimiento deberá tener conexidad con la naturaleza y los objetivos del Convenio, así entonces la Autoridad Central tendrá una suerte de legitimación, en virtud de su propia estructura, que le permitirá ejercer con idoneidad sus funciones.

La Autoridad Central podrá desempeñar sus obligaciones involucrándose directamente en las distintas fases de los procedimientos administrativos o judiciales o bien podrá delegar en otros organismos públicos o privados, el cumplimiento de sus obligaciones⁹⁴.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la delegación que pueda llevar a cabo una Autoridad Central no la exime del seguimiento que debe realizar respecto de los casos, a los fines de velar por el cumplimiento de las obligaciones asumidas al momento de su designación para la aplicación del Convenio. La delegación que realiza la Autoridad Central no la exime de su responsabilidad en el plano internacional, ante el incumplimiento de sus obligaciones.

Más allá de la cooperación mixta a la que hemos hecho referencia en párrafos anteriores, no queda duda alguna que la Autoridad Central es el eje de la cooperación, tanto en el ámbito interno como externo, en la aplicación del Convenio de la Haya de 1980, y ello queda confirmado cuando en el Informe Explicativo, la Profesora Elisa Pérez Vera manifiesta que: “...la Autoridad Central sigue siendo el destinatario de las obligaciones que el

⁹⁴ Véase *Guía de Buenas Prácticas*, Primera Parte: “Práctica de las Autoridades Centrales”, pág. 27 y nota al pie, en donde se indica que el National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC), en los EE.UU. y el REUNITE en el Reino Unido son los ejemplos de organizaciones no gubernamentales designadas en nombre o por cuenta de las Autoridades Centrales de los países mencionados.

Cabe indicar que el NCMEC actualmente no trabaja para la Autoridad Central estadounidense.

Convenio le impone, en su condición de 'organizador' de la cooperación deseada para luchar contra los traslados ilícitos de los menores".⁹⁵

Comentario de Javier Forcada

En España y en Europa, el rol de las Autoridades Centrales, de por sí ya clave en el desarrollo de un convenio de cooperación como el que se comenta, ha sido acentuado⁹⁶. Precisamente, el propio Reglamento 2201/2003, dedica los arts. 53 al 58, a la actividad de cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental. En concreto, el art. 58 del Reglamento 2201/2003, establece la previsión de que las autoridades centrales se reunirán regularmente para facilitar la aplicación del propio Reglamento. Hasta la fecha, se han producido cuatro reuniones de autoridades centrales bajo tal previsión legislativa, a las que he podido asistir como miembro de la delegación española. En la primera reunión, que tuvo lugar el 22 junio de 2006, mi impresión personal, cuando el Reglamento ya había empezado a aplicarse el 1 de marzo de 2005, fue la de que a poco más de un año de su efectiva vigencia, el desconocimiento del mismo por las autoridades centrales era grande, y prácticamente nula la implicación, en ese momento, de las autoridades centrales en su aplicación. Ello permitía aseverar que la real operatividad de tal Reglamento estaba muy coartada. Es este un hecho que puse en su momento de manifiesto y, posteriormente, en diversos foros. En el segundo encuentro de autoridades centrales celebrado bajo el art. 58 del Reglamento 2201/2003 el 19 de junio de 2008 en Bruselas, mi sensación personal fue ya muy diferente y pude observar una clara implicación real de las autoridades centrales allí presentes en la operatividad del Reglamento y un número muy elevado ya de cuestiones prácticas operativas que se ponían sobre la

⁹⁵ Véase Informe Explicativo, pág. 1148, numeral 45, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia Español. Sustracción Internacional de Menores. Aspectos Civiles*, Año LIV, Suplemento al NUM 1865, del 15/03/2000.

⁹⁶ Pese a ello, el convenio también admite que los particulares se dirijan directamente a las autoridades judiciales o administrativas competentes en la aplicación del Convenio, lo que permite configurar un sistema mixto dentro de una denominación genérica del convenio como de cooperación, donde el papel preponderante lo ostenta la autoridad central en cuanto que organizadora de la cooperación deseada para luchar contra los traslados ilícitos de menores.

mesa para su debate⁹⁷. En dicha reunión, se puso de manifiesto el significativo incremento de casos existentes bajo el Reglamento 2201/2003, cuyo manejo requiere la urgente puesta en práctica de medidas tales como el uso de medios rápidos y eficaces de comunicación, vía fax, teléfono y correo electrónico. Se insistió en que la rapidez y eficacia pueden lograrse desde la creación de tribunales especializados nacionales dirigidos por jueces expertos, a la mayor educación y entrenamiento de los profesionales involucrados en estos casos, aplicándose los beneficios de la figura de la mediación. Se dejó sentir la necesidad de una puesta al día de los informes de actividad de los estados miembros, al menos una vez al año, en forma de un observatorio de actividades que debería contener estadísticas sobre casos entrantes y salientes de sustracción bajo el Reglamento, y que debería proporcionar herramientas adecuadas para el seguimiento de los casos⁹⁸. Los problemas que envuelven a las autoridades centrales actualmen-

⁹⁷ Al efecto, allí se alcanzaron, entre otras, las siguientes conclusiones operativas para la mejora del marco actual:

o Cada autoridad Central debería tener un website para los ciudadanos que contuviera enlaces a los website de otras autoridades centrales.

o La Comisión actualizara en el Atlas la lista de jurisdicciones especializadas en casos de sustracción internacional de menores.

o Un grupo de autoridades centrales de forma voluntaria recopilara y diseminara información sobre los procedimientos nacionales para la aplicación del retorno del menor bajo el art 11(3) del Reglamento.

⁹⁸ Como medios de asistencia a las autoridades centrales a través de futuras acciones, la Comisión informó acerca de los recursos existentes en la actualidad para las autoridades centrales y planes futuros en el área, incluyendo:

1. La revisión de la guía práctica para la aplicación del Nuevo Reglamento Bruselas II bis.
2. Un folleto informativo tipo booklet para los ciudadanos inspirado en el modelo de la República Checa: 'First aid for international families in crisis';
3. Campaña informativa para los ciudadanos por parte de la Comisión que en el periodo 2008-2009 se centraría en la sustracción internacional de menores.
4. Puesta al día y mejora de la JURE database, que contiene jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia y de las Cortes de los Estados miembros.
5. Mejora del papel de los jueces bajo la propuesta de Decisión del Consejo 2001/470/EC por la que se establece una Red Judicial Europea en asuntos civiles y mercantiles y un entrenamiento sistemático de los jueces.

Añadir a ello, la sentida necesidad en el encuentro, acerca de que sería muy importante la existencia actualizada de un website que mostrara la operatividad práctica del Reglamento en los estados miembros y que contuviera información actualizada de las autoridades centrales y de sus websites. El uso de formatos comunes para las órdenes de retorno y la necesidad de que la conexión con el Atlas aportara más específicas previsiones sobre la materia, también se analizaron.

te, pasan, con seguridad, por la falta de preparación y/o excesiva movilidad de los funcionarios a ellas destinados, en algunos casos, por la existencia de un marco jurídico muy complejo en ésta área, que requiere un especial entrenamiento, y por la actual excesiva sobrecarga de trabajo que soportan algunas autoridades centrales, no dotadas de los medios financieros y humanos precisos para desempeñar adecuadamente una labor tan importante⁹⁹. Mi experiencia personal, desde hace años, tanto con autori-

⁹⁹ Recordar que, en punto al aspecto de la cooperación entre autoridades centrales y órganos jurisdiccionales, vía artículos 53 al 58 del Reglamento Bruselas II bis, la guía práctica señala una serie de recomendaciones que, por ser de plena vigencia y actualidad, reproduzco literalmente: "...Las autoridades centrales desempeñan un papel vital en la aplicación del Reglamento. Los Estados miembros deben designar una autoridad central como mínimo. Lo ideal sería que estas autoridades coincidieran con las que ya se ocupan de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 lo cual podía crear sinergias y permitirles beneficiarse de la experiencia adquirida en casos de sustracción de menores. Estas autoridades centrales deben disponer de suficientes recursos financieros y humanos para poder cumplir su cometido y su personal debe recibir formación adecuada antes de la entrada en vigor del Reglamento. El empleo de tecnologías modernas debería fomentarse. El Reglamento prevé que las autoridades centrales se integren plenamente en la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (Red judicial europea) que será un punto de encuentro para discutir la aplicación del Reglamento. Los deberes específicos de las autoridades centrales están enumerados en el artículo 55. Incluyen facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales lo cual será necesario en especial cuando un asunto se transmita de un órgano jurisdiccional a otro (véase los capítulos III y VII). En estos casos, las autoridades centrales servirán de vínculo entre los órganos jurisdiccionales nacionales y las autoridades centrales de otros Estados miembros. Otra tarea de las autoridades centrales es facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de, por ejemplo, la mediación. Se considera generalmente que la mediación puede desempeñar un papel importante en, por ejemplo, casos de sustracción de menores para velar por que el menor pueda continuar viendo a sus progenitores, tanto al que no realizó la sustracción después de la esta, como al progenitor autor de la sustracción después de la restitución al país de origen. Sin embargo, es importante que no se utilice la mediación para retrasar indebidamente la restitución del menor. Las autoridades centrales no tienen que realizar ellas mismas estas tareas, sino que pueden actuar a través de otros organismos. Paralelamente a los requisitos para que las autoridades centrales cooperen, el Reglamento requiere que los órganos jurisdiccionales de diversos Estados miembros cooperen a diversos efectos. Ciertas disposiciones imponen obligaciones específicas a los jueces de diversos Estados miembros para que comuniquen e intercambien información en el contexto de la remisión de un asunto (véase el capítulo III) y en de la sustracción de menores (véase el capítulo VII). Para favorecer y facilitar tal cooperación, deben fomentarse las deliberaciones entre jueces, tanto en el contexto de la red judicial europea como a través de las iniciativas organizadas por los Estados miembros. La experiencia del "juez de enlace" organizado en el contexto del Convenio de La Haya de 1980 puede ser

dades centrales europeas como americanas, me ha enseñado y así lo pongo de manifiesto, que la resolución acertada y la correcta gestión de los casos de sustracción internacional de menores, precisa de autoridades centrales bien dotadas de medios materiales y humanos y bien organizadas a todos los niveles, y todos los países deberían tomar buena nota de esta exigencia, cosa que, lamentablemente, no siempre ocurre. La tercera reunión de Autoridades Centrales designadas bajo el Reglamento Bruselas II bis, se produjo el 8 de junio de 2009 en Praga, República Checa. Allí el deseo de la Comisión de cara al futuro lo fue intensificar este tipo de reuniones para las autoridades centrales de tal modo que haya al menos dos reuniones anuales, una en el primer trimestre de cada año y otra en el último trimestre. Por primera vez de forma significativa, se empezaron ya en esta reunión a poner sobre la mesa muchos aspectos prácticos aplicativos de Reglamento Bruselas II bis. Cuestiones relativas a que cada autoridad central tenga sus sitios web, a la potenciación del Foro Multilingüe Común para las Aplicaciones del que ya se habló en la reunión de 2008, a los procedimientos de difusión que prepara la Comisión acerca de un nuevo video divulgativo, etc., dan idea de la cada vez mayor sensibilidad sobre estas cuestiones en Europa. La cuarta reunión de autoridades centrales se produjo en Bruselas el 2 de marzo de 2010 con la finalidad de repasar las aportaciones nacionales en punto a la experiencia aplicativa del Reglamento Bruselas II bis con el preceptivo intercambio de opiniones, centrándose el mayor interés de la reunión en la necesidad de potenciar las comunicaciones judiciales directas y el uso de las redes judiciales nacionales y en la cada vez mayor utilidad de los cada vez mas frecuentes encuentros bilaterales entre autoridades centrales para superar casos de mayor complejidad pendientes a nivel bilateral.

instructiva en este contexto. Puede ser que algunos Estados miembros consideren digno de interés establecer jueces de enlace o especializados en Derecho de familia para ayudar al funcionamiento del Reglamento. Tales acuerdos, en el contexto de la Red judicial europea, pueden conducir al contacto efectivo entre autoridades centrales y jueces así como entre estos últimos, y contribuir por lo tanto a resolver más rápidamente los asuntos en materia de responsabilidad parental conforme al Reglamento.

Artículo 7º. Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración ente las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

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

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

Comentario de María Seoane de Chiodi

Las Autoridades Centrales tienen una obligación global de cooperar, esto implica la realización de determinadas actividades.

El artículo en estudio establece las obligaciones de las Autoridades Centrales, entre otras que se tratan en este comentario. Conforme se ha manifestado en el punto 2.1, las Autoridades Centrales pueden cumplir sus funciones directamente o bien delegándolas en otros organismos, eso surgirá de lo que disponga su normativa interna y dentro del deber general de cooperación que impone el apartado primero del artículo 7.

La cooperación que llevan a cabo las Autoridades Centrales se da en dos niveles: a) el que se refiere al deber de cooperación que debe existir entre las Autoridades Centrales, y b) el que establece que las Autoridades Centrales deben promover la cooperación de las autoridades competentes en la materia, en sus Estados respectivos. La realización efectiva de esa promoción dependerá de la capacidad de acción que tenga la Autoridad Central vinculada necesariamente con el marco normativo que ha permitido su creación.

En el apartado segundo del artículo 7, se establecen en forma detallada las funciones que deben cumplir las Autoridades Centrales en las distintas etapas de la presentación de un caso. Asimismo, es importante destacar que las Autoridades Centrales no están obligadas a cumplir, en todos los supuestos, cada una de las enumeraciones descriptas en el citado artículo, toda vez que ello dependerá de las circunstancias del caso concreto las que determinarán los trámites a cumplir por parte de las Autoridades Centrales. Por otro lado, las funciones de las Autoridades Centrales no son exhaustivas.

A continuación se efectuará una breve síntesis de las obligaciones mencionadas en el artículo 7, segundo apartado, siguiendo rigurosamente los comentarios realizados en el Informe Explicativo y de la Guía de Buenas Prácticas –Parte Primera: “Práctica de las Autoridades Centrales”–, con el objetivo de mantener un criterio uniforme en cuanto a su aplicación por parte de las Autoridades Centrales.

La letra a) prevé la localización del menor cada vez que resulte necesario, esto significa que si el menor ya está localizado por parte del peticionante no hace falta el cumplimiento de dicha obligación por la Autoridad Central.

Esta es una obligación fundamental, es decir la localización del menor, ya que de ello dependerá la iniciación del pedido de restitución ante el Estado de refugio donde este localizado el niño. Otro de los aspectos importantes es el computo del plazo, teniendo en cuenta que la localización puede tardar más de un año desde el traslado o la retención ilícita, en cuyo caso el juez o la autoridad administrativa podrá ordenar o no la restitución si es que el menor no está arraigado a su nuevo centro de vida.

Cabe manifestar que algunas Autoridades Centrales han rechazado o demorado la localización del menor buscado. La Autoridad Central del Estado requirente tiene la obligación de aportar todos los datos que cono-

ca con relación a la posible ubicación del menor (amigos o parientes que pudiera tener el que sustrajo o retuvo al niño, y respecto de los cuales se tuviera conocimiento que residen en otro Estado) a la Autoridad Central requerida, a los fines de facilitar la búsqueda del niño. Los datos deberán ser aportados por el progenitor que solicita la restitución.

Asimismo, se ha podido determinar que algunas Autoridades Centrales no pueden apoyarse en las fuerzas policiales por la carencia de infraestructura suficiente para organizar búsquedas, ello debido en parte a cuestiones de índole económicas, o bien a cuestiones vinculadas con la extensión territorial o por dificultades topográficas del territorio del Estado requerido.

Algunos países han designado oficiales de enlace en los servicios de policía para trabajar en los casos de sustracción de menores.¹⁰⁰ La INTERPOL juega un papel importante en la localización de menores sustraídos por uno de sus progenitores, y *para lograr ese cometido utiliza la circular amarilla en todos aquellos Estados que son parte de dicha institución*

La Autoridad Central Argentina trabaja estrechamente con INTERPOL Argentina, quien ha organizado una oficina específica para la localización de los niños sustraídos o retenidos ilícitamente, en los casos entrantes como salientes. Las comunicaciones entre ambas autoridades se han flexibilizado mediante la utilización de los servicios de correo electrónico, a fin de dar celeridad a la tramitación de los casos.

Para la actuación de INTERPOL no es necesaria la existencia previa de una denuncia penal, se solicita a través de una declaración de localización, ante la desaparición de un menor.¹⁰¹ Tal como se estableció en la Conclusión 6, Segunda Reunión de la Comisión Especial, corresponde a cada país establecer como se hace uso de la red de comunicaciones de INTERPOL con relación a la sustracción de menores.¹⁰²

Se ha mencionado que también se puede recurrir a otras autoridades (agencias gubernamentales) para obtener información sobre la localización

¹⁰⁰ Canadá, Suiza, Israel.

¹⁰¹ La apertura de un procedimiento penal puede ser, a veces, contraproducente. Las Autoridades Centrales de algunos países desalienta la iniciación de una acción penal. Véase pág. 51, 4.10 de la *Guía de Buenas Prácticas*, Primera Parte: "Práctica de las Autoridades Centrales".

¹⁰² Véase pág. 51, 4.10 citada en nota al pie N° 8.

del menor, y así poder comunicarla a las autoridades que intervengan en el caso. La solicitud no debería estar sujeta a la exigencia de la protección de datos prevista en las leyes o reglamentos (Conclusión 1.9, cuarta reunión de la Comisión Especial). No necesariamente esa información debe darse al solicitante cuando la Autoridad Central requirente no puede garantizar la confidencialidad y si ha existido o se presumen la existencia de razones de seguridad del menor.

En el supuesto caso que no se localizara al menor, la Autoridad Central requerida deberá cooperar con la requirente, dejando el expediente abierto por un tiempo prudencial o razonable. Si el niño fuera localizado en otro Estado, porque ya no se encuentra en el territorio del Estado requerido, la Autoridad Central, en razón de lo dispuesto en el artículo 9, remitirá sin demora la solicitud a la Autoridad Central en donde se localizo al menor. Se deberá tener en cuenta el plazo previsto en el artículo 12, ap. 1.

Por otro lado, la Autoridad Central debe tomar o hacer que se tomen las medidas provisionales útiles para prevenir “que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudiciales las partes interesadas” (letra b). Este numeral prevé en primer término la toma de medidas provisionales, las que dependerán de la capacidad de acción que tenga la Autoridad Central en virtud de su derecho interno, y en segundo lugar las medidas provisionales deben referirse a evitar que el menor sea nuevamente trasladado a otro lugar, evitando que el niño siga sufriendo daños en su estabilidad emocional y física.

Por su parte, el Convenio consagra el deber de las Autoridades Centrales de tratar de encontrar soluciones extrajudiciales cuando se presenta un caso (letra c). El artículo 10 recepta, también, la obligación prevista en el artículo 7, c), por lo que será desarrollado en dicho artículo.

La letra d) prevé que las Autoridades Centrales deberán intercambiar información relativa a la situación social del niño. Esta obligación esta supeditada al criterio de las Autoridades Centrales que intervienen en el caso. Se puede señalar que esta es una disposición flexible, no se ha querido imponer una obligación rígida, esto permitirá evaluar a las Autoridades Centrales la necesidad de requerir determinada información del niño. La flexibilidad de la obligación fue propuesta a los fines de evitar que dicha exigencia favoreciera las tácticas dilatorias del progenitor que sustrajo o retuvo al niño ilícitamente o bien que no existieran informaciones que intercambiar.

Las Autoridades Centrales tienen la obligación de facilitar información relativa al derecho de su Estado para la aplicación del Convenio (letra e).

Las Autoridades Centrales tienen la obligación de tomar todas las medidas apropiadas para aportar información general sobre el derecho de su estado en cuanto a la aplicación del Convenio. Se ha señalado en la Guía de Buenas Prácticas que las Autoridades Centrales deberían proveer una copia de sus leyes relativas al derecho de custodia del solicitante en cada petición.¹⁰³

Las Autoridades Centrales tienen la obligación de informar a los peticionantes sobre el funcionamiento del Convenio y de las Autoridades Centrales, así como los posibles procedimientos a seguir. Sin embargo, no surge de la letra e) la obligación de asesorar jurídicamente a los requirentes.

Cuando para lograr el retorno del menor, sea preciso hacer intervenir a las autoridades judiciales o administrativas del Estado en donde se encuentra, la Autoridad Central deberá iniciar ella misma –si ello es posible, según su derecho interno- o favorecer la apertura de un procedimiento; dicha obligación se extiende también a los procedimientos que resulten necesarios para la organización o el ejercicio efectivo del derecho de visita (letra f). Existe una correlación entre las obligaciones previstas en la letra f del artículo 7 y la reserva prevista en el artículo 26 del Convenio, hecha por algunos Estados respecto del pago de los honorarios de los abogados. Sobre el particular se ha aconsejado a los Estados que faciliten la obtención de asistencia judicial y jurídica para evitar perjudicar los intereses de los niños involucrados. En la Guía de las Autoridades Centrales se han comentado las diferentes prácticas de las Autoridades para evitar obstáculos en la obtención de asistencia judicial y jurídica (ver numeral 4.13, pag.54).

En cuanto al derecho de visita está consagrado en el artículo 21 del Convenio. En dicha disposición no se pretende establecer una regulación exhaustiva del derecho de visita.

¹⁰³ Conf. *Guía de Buenas Prácticas*, Primera Parte: “Práctica de las Autoridades Centrales”, pág. 37, 3.5. Algunas Autoridades Centrales aportan la legislación relevante en su lengua original y una traducción de la misma al idioma francés o en inglés, o e la lengua del Estado requerido. Algunas Autoridades Centrales han adoptado la buena costumbre de adjuntar a cada solicitud una nota detallada que: describe las leyes relevantes; explica el derecho de custodia del solicitante; resume los aspectos importantes de la solicitud.

En el entendimiento que el derecho de visita es la consecuencia lógica del derecho de custodia, se optó en el ámbito del Convenio por garantizar la cooperación entre las Autoridades Centrales para posibilitar su organización o la protección de su efectivo ejercicio.

En el primer apartado determina que la demanda para el establecimiento o el ejercicio efectivo del derecho de visita se podrá presentar ante las Autoridades Centrales de los Estados Contratantes al igual que en el procedimiento de restitución, es decir que el demandante tendrá libre elección, ello otorgará mayor rapidez a la solicitud.

La Autoridad Central tendrá el cometido de garantizar el ejercicio pacífico del derecho de visita, sin que se ponga en peligro el derecho de custodia.

Las Autoridades Centrales están sujetas, a los fines de garantizar el derecho de visita, a las obligaciones previstas en el artículo 7 del Convenio.

La cooperación entre las Autoridades Centrales vuelve a presentarse como el instrumento más importante y que permite –como se ha dicho– garantizar el derecho de visita y las condiciones pactadas. La garantía que el derecho de visita se podrá ejercer constituirá, a su vez, la única seguridad que tendrá el titular del derecho de custodia de que su derecho no se perjudicará, es que el derecho de visita pueda ser efectivamente ejercido por el otro progenitor.

Una de las obligaciones más importantes que tienen las Autoridades Centrales es la de “eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho”, dichos obstáculos podrán ser legales o derivados de la responsabilidad penal.

Las Autoridades Centrales siguen siendo el destinatario de las obligaciones asumidas en el Convenio y el eje central para posibilitar el cumplimiento del derecho de visita y las condiciones a las que está sujeto.

Lamentablemente existen algunas Autoridades Centrales que consideran que el derecho de visita solamente puede tramitar si ha existido previamente una denegación del pedido de restitución. Entendemos que ninguna disposición del Convenio prevé este tipo de solución.

El derecho de visita es un derecho que tiene el menor y no los progenitores, él es el que tiene derecho a tener contacto con sus padres, siempre que no medie alguna causal que pueda ponerlo en peligro.

Todo niño necesita de sus dos padres para que pueda crecer sin carencias afectivas. Este es el principio rector que se encuentra establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

Por lo tanto, no debería exigirse la existencia de una denegación de la restitución para que pueda accederse al ejercicio efectivo del derecho de visita. Si un padre quisiera acceder al establecimiento o al ejercicio de ese derecho en un Estado, en el cual no se inicio un pedido de restitución, la única vía que tendría sería la presentación de la demanda ante los tribunales locales, debiendo contratar los servicios de un abogado del foro local, este tipo de situaciones resultan costosas para el progenitor que solicita visitas y tampoco podría acceder a un abogado pro-bono o defensor oficial que atienda su caso, la consecuencia de esto será la falta de contacto entre el padre y su hijo, menoscabándose el derecho de este último a mantener contacto con sus padres.

Otros Estados, como en la República Argentina, admiten las visitas a la familia ampliada, permitiéndose al menor estar en contacto con sus abuelos, tíos, etc., esto dependerá de la legislación interna de cada Estado. Debemos señalar que las visitas de la familia ampliada es un aspecto importante para la estabilidad emocional del niño y que le permitirá estar en contacto con sus raíces.

Alguna Autoridad Central también deniega la tramitación del pedido de visitas cuando estos no tienen carácter de urgente, y asimilan el pedido de visita a la tramitación o los procedimientos de urgencia de la restitución previstos en el Convenio.

En la Quinta Reunión de la Comisión Especial se reafirmó la prioridad que se le asigna al trabajo de seguir mejorando la protección del derecho de visita/derecho a mantener un contacto transfronterizo. A tal fin la Comisión Especial reconoció la fuerza de los argumentos para elaborar un Protocolo al Convenio de 1980, sin embargo se acordó seguir estudiando la posibilidad de implementar el Convenio de 1996 a fin de dar solución al tema.

Otro aspecto que recibió tratamiento en esa Reunión fue la reubicación de los niños (establecimiento en otro país). Se concluyó en la necesidad de alentar a los padres para evitar los traslados ilícitos y tratar que se llegue a acuerdos en materia de visita, cuando uno de los padres tiene la intención de quedarse en el país y de no acompañar al resto de la familia.

Se considero importante analizar el tema de la reubicación a los fines de establecer criterios comunes entre los Estados.

El artículo 21 contempla que las Autoridades Centrales, a los fines de garantizar el derecho de visita, removerán, en la medida de lo posible los

obstáculos, legales o de responsabilidad penal, para el ejercicio de ese derecho.

La letra g) del artículo 7 impone la obligación a las Autoridades Centrales de tomar todas las medidas apropiadas para acordar o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica incluyendo la participación de un abogado. Si la Autoridad Central no puede recurrir directamente a las autoridades competentes de su propio Estado, deberá conceder o facilitar al demandante la obtención de la asistencia gratuita, de conformidad con la situación económica del peticionante, sobre la base de los criterios establecidos por la ley del Estado en el que se solicita la asistencia, así pues no se refiere a situaciones o consideraciones abstractas relativas a la conveniencia o no de concederla. Este artículo tiene relación directa con el artículo 25 de la Convención.

Por otro lado, las Autoridades Centrales deberán poner en práctica las medidas administrativas necesarias y pertinentes en cada caso para garantizar el retorno sin peligro del menor (letra h).

Las medidas que pueden utilizar las Autoridades Centrales, para el retorno seguro de un menor, fueron ampliamente debatidas en las Comisiones, y en especial en la de 1997 y 2001.

Respecto del retorno seguro del menor, es necesario que las Autoridades Centrales, requerida y requirente, se presten total cooperación, a los fines de resguardar al menor en su retorno a la residencia habitual que tenía antes de su traslado o retención. A tal fin, se señalaron algunos aspectos que se deberán tener presente y que incluyen: establecer si existen cuestiones vinculadas con la seguridad del menor, en cuyo caso se advertirán a las autoridades del Estado requirente de protección de los menores para realizar un seguimiento, o del progenitor que lo acompañara a su hogar, en esta situación el sustractor que desea volver será informado de los servicios de asistencia existentes en el Estado requirente, quien acompañara al menor a su regreso, quien pagará los gastos de viaje del menor, etcétera.

Uno de los aspectos relevantes en el retorno seguro del menor, se refiere a evitar que el menor sea nuevamente sustraído después de dictarse la decisión de retorno o en cualquier momento del procedimiento. Algunas Autoridades Centrales fueron advertidas del peligro de una nueva sustracción o traslado ante el dictado del retorno del niño, y por eso se pidieron seguridades al respecto, pese a la advertencia no se tomaron las medidas apropiadas para evitarlo. La consecuencia de ello ha sido la falta de locali-

zación del menor, el transcurso del tiempo favoreciendo el arraigo del niño a su nueva residencia, el desconocimiento del niño de su situación y la falta de contacto con el otro padre que obtuvo sentencia de restitución, una reiterada negación a estar en contacto con su familia ampliada, y el hecho que el ocultamiento impide el desarrollo normal de un niño, etcétera.

Otra de las cuestiones necesarias a los efectos de favorecer el retorno seguro del menor, tiene que ver con las condiciones que puede establecer el juez del Estado de refugio a las autoridades competentes del Estado requirente, en el supuesto que tenga dudas en el retorno seguro del niño. Se ha manifestado que las condiciones deben ser provisionales y tener efecto hasta que las cuestiones de fondo sean resueltas por el tribunal de la residencia habitual del menor. Las Autoridades Centrales tienen poca injerencia en el control de estas condiciones.

A los fines de asegurar el retorno seguro del menor a su lugar de residencia habitual se ha considerado como una práctica necesaria el que la Autoridad Central del Estado requirente informe a la requerida si el menor ha llegado al Estado requirente. La confirmación del retorno del menor es importante a los fines de establecer si los objetivos del Convenio fueron respetados, esta es una práctica que deberán tener en cuenta las Autoridades Centrales.

Por último, la letra i) establece que las Autoridades Centrales deberán mantenerse informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación. Esta obligación va a actuar en dos niveles, por una parte en el plano de las relaciones bilaterales entre los Estados Parte del Convenio y por otra parte, en el plano de las relaciones multilaterales, tomando parte, si es el caso, en las comisiones reunidas al efecto por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.

Principios claves para el funcionamiento del Convenio

Tal como se manifiesta en las Guías, existe un cierto número de principios claves que sirven de guía para el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 y están destinados principalmente a los Estados Contratantes y a las Autoridades Centrales que deben aplicar el Convenio.

Los principios allí consignados y que a continuación se resumen con estricta fidelidad, son:

- recursos y poderes
- cooperación
- comunicación
- coherencia
- procedimientos expeditos
- transparencia
- aplicación progresiva

Recursos y poderes

Los principios claves están interrelacionados y dependen unos de otros, es por ello que las Autoridades Centrales deberían tener un mandato amplio, personal calificado y recursos necesarios, medios modernos de comunicación para actuar con celeridad y de manera eficaz para cumplir con sus funciones. Asimismo, las Autoridades Centrales deberían tener personal permanente, a los fines de permitir que dicha continuidad favorezca el desarrollo de sus competencias en la aplicación del Convenio.

Las Autoridades Centrales deben tener recursos necesarios que les permitan cumplir sus obligaciones internacionales y poderes que no limiten su actividad a la mera trasmisión de solicitudes. Los poderes que se otorguen a las Autoridades deberían ser lo suficientemente amplios para que se les permita actuar cuando se producen nuevos desarrollos o una nueva práctica convencional se incorpora en el campo de la restitución.

El personal que actúa en las Autoridades Centrales debe ser calificado y formado para ejercer las funciones esenciales previstas en el Convenio, entre las cuales se destacan el poder informar adecuadamente a los operadores directos e indirectos que tengan participación en el trámite de las solicitudes de restitución y/o visita. Asimismo, deben estar preparados para ofrecer información a los gobernantes, ONGs, Agencias de Protección de menores sobre la aplicación del Convenio, así como los obstáculos que se detecten y proyectar soluciones para mejorar la operatividad del Convenio, a fin de posibilitar que las obligaciones asumidas se cumplan de manera eficaz.

Por otro lado, el personal que desarrolla sus funciones en las Autoridades Centrales debe estar preparado para ser sensible, paciente y comprensivo con las personas, niños y padres, que se encuentran en este tipo de circunstancias, y con los organismos extranjeros. Es decir deben tener un

temperamento adecuado para trabajar y manejar estos casos que son traumáticos y complejos. Se recomienda que el personal que integra la Autoridad Central domine los idiomas de la Conferencia, el inglés o francés, para poder comunicarse adecuadamente con las otras Autoridades Centrales y con los peticionantes y/o sus abogados.

Las Autoridades Centrales deben estar comprometidas a cumplir con los objetivos previstos en el Convenio. El personal que actúe deberá ser profesional y objetivo, no será influenciado por razones de nacionalismo, prejuicios sexuales, raciales o sociales, etc., tratara de garantizar que el retorno de los menores sea seguro y hará todo lo posible para cumplir con las obligaciones previstas en el artículo 7 del Convenio. Debemos decir que en algunos casos en los cuales se ha solicitado la restitución de un menor se ha tenido en cuenta la situación económica del país de la residencia habitual para denegarla o bien se ha utilizado la nacionalidad de la madre y el niño para rechazar la petición.

El personal de las Autoridades Centrales deberá ser suficiente para que pueda llevar a cabo sus funciones. La cantidad estará determinada por el número de casos presentados, los cuales variaran en razón de aspectos vinculados con factores como: la población, la geografía del país y la movilidad de la población. También es cierto que en algunas Autoridades Centrales el personal realiza otras funciones, además de las relacionadas al Convenio de La Haya, en otras el personal trabaja solamente para los casos de sustracción.

El personal de las Autoridades Centrales debería, en la medida de lo posible, mantener la continuidad, esto permitirá desarrollar conocimientos y experiencia no solo sobre el funcionamiento del Convenio, sino también en lo referente a los otros sistemas jurídicos de los otros Estados Contratantes, facilitara y favorecerá el contacto con las otras Autoridades Centrales. Si bien es cierto que es difícil mantener un plantel permanente, sería conveniente que se elaborara un manual de procedimiento en el cual se incorporaran los conocimientos y experiencias del personal saliente.

Resulta imprescindible que las Autoridades Centrales tengan los recursos materiales adecuados para poder cumplir con sus compromisos. La complejidad y la cantidad de casos que maneje la Autoridad Central deberá estar acompañada de los recursos materiales necesarios para permitirle al personal que ejerza sus funciones esenciales.

Los recursos de las Autoridades Centrales deberían incluir medios de comunicación rápidos y modernos.¹⁰⁴

Cooperación

Como se ha señalado en varias oportunidades, la cooperación entre las Autoridades Centrales resulta esencial a los fines perseguidos por el Convenio de 1980.

La consecuencia lógica de la falta de cooperación entre las Autoridades Centrales es la desconfianza, malentendidos y recelo entre el personal de las Autoridades que se traduce en dificultades en la aplicación del Convenio en cada Estado Parte, y en especial en el daño que afectará a los niños y padres implicados.

La importancia de la cooperación se encuentra prevista en el artículo 7. Asimismo, se entiende que una cooperación eficaz se logra, por parte de las Autoridades Centrales, con el cumplimiento de las buenas prácticas en el tratamiento de las solicitudes presentadas.

Como se manifestara oportunamente las Autoridades Centrales deben promover la cooperación con las autoridades locales, jueces, policías, defensores oficiales, asistentes sociales, colegios de abogados, etc., a través de una red de autoridades competentes. Es importante que esa red esté familiarizada con el Convenio, y para tal cometido las Autoridades Centrales tienen la obligación de difundir y capacitar sobre las cuestiones relevantes del Convenio, para que estas se apliquen con criterios uniformes.

Por otro lado, una buena comunicación entre las Autoridades Centrales, es decir una comunicación oportuna, clara y que responde a la cuestión petitionada lograra mejorar la cooperación entre el personal de las Autoridades Centrales.

También la cooperación puede mejorarse cuando las Autoridades Centrales pueden reunirse para tratar cuestiones de interés común. El contacto personal es necesario e importante en el relacionamiento entre las Autoridades porque favorece la confianza y permite la comprensión y el respeto de los diferentes sistemas jurídicos y administrativos. Los contactos se pueden realizar a través de conferencias, de ...

¹⁰⁴ Conclusión 1.4, Cuarta Comisión Especial.

Comisiones especiales y reuniones bilaterales o regionales

Es evidente que la cooperación puede mejorarse cuando las Autoridades Centrales remueven los obstáculos a la aplicación del Convenio.

El artículo 7, lit. i) del Convenio impone a las Autoridades Centrales tomar todas las medidas adecuadas para eliminar los obstáculos que eventualmente se encuentren en la aplicación del Convenio. Las Autoridades Centrales deberían jugar un papel activo informando a la autoridad gubernamental apropiada sobre las dificultades y obstáculos encontrados o a los que se anticipan en la aplicación del Convenio.¹⁰⁵

Ante la existencia de obstáculos, los Estados Parte pueden poner en práctica alguna de las soluciones mencionadas en la Guía de Buenas Prácticas¹⁰⁶, tales como:

- se pueden llevar a cabo discusiones directas por parte de las Autoridades Centrales de los países afectados, y de ser necesario por medio de los canales diplomáticos;

- las dificultades pueden ser examinadas en las reuniones de la Comisión especial;

- los problemas sistemáticos pueden ser abordados en reuniones regionales de las Autoridades Centrales;

- un organismo neutro, como la Oficina Permanente, puede ser invitado, para ayudar a resolver un problema o problemas particulares;

- un experto independientemente de un tercer Estado puede ser consultado para dar su opinión sobre la cuestión.

Algunas Autoridades Centrales han optado por algunas de las soluciones propuestas, para eliminar obstáculos a la aplicación del Convenio.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Conf. *Guía de Buenas Prácticas*, Primera Parte: "Práctica de las Autoridades Centrales", pág. 15, numeral 1.2.4.

¹⁰⁶ Véase *Guía de Buenas Prácticas*, Primera Parte: "Práctica de las Autoridades Centrales", pág. 15.

¹⁰⁷ Se han programado reuniones bilaterales para el tratamiento de algunos obstáculos entre las Autoridades Centrales de la República Argentina y de la República Federativa del Brasil, también se han generado reuniones en el ámbito diplomático entre los mencionados países. Lo mismo ha ocurrido entre las Autoridades Centrales de Argentina y Paraguay y con la República del Perú.

Comunicación

Siguiendo con las buenas prácticas, se ha determinado que la confidencialidad en las comunicaciones es importante. El solicitante debe ser consciente de que la confidencialidad en la información personal no podrá ser garantizada siempre en los procedimientos administrativos y jurídicos del Estado requerido, especialmente ante la utilización de los medios electrónicos.

La comunicación y colaboración entre las Autoridades Centrales debe ser clara y eficaz. Debe tenerse siempre en cuenta que es necesario que las Autoridades Centrales acusen recibo inmediato de una solicitud, así como informar sobre el seguimiento de la solicitud y de toda información relevante para la otra Autoridad Central. Las comunicaciones deben ser fluidas y en la medida de lo posible que se lleven a cabo mediante la utilización de los medios de comunicación rápidos y modernos para acelerar el procedimiento.

La información sobre las prácticas o los procedimientos vigentes en cada Estado sobre los aspectos vinculados con el funcionamiento del Convenio, redundará en una mejor cooperación y comprensión entre los Estados Parte, y posibilitará una disminución en la presentación de solicitudes, así como el cumplimiento de determinadas condiciones que puede imponer la Autoridad Central requerida para la presentación de la solicitud y su respectiva documentación.

Para que la comunicación pueda ser eficaz es necesario que las Autoridades Centrales mantengan al día la información relativa a los datos de contacto de dichas Autoridades.

Una de las formas para acceder a la información de los procedimientos, legislación y prácticas de las Autoridades Centrales, consiste en la publicación de un sitio en Internet. También es posible que la información se comunique mediante prospectos o folletos, estos deberán contener toda la información necesaria para la aplicación del Convenio.¹⁰⁸

Los Estados Contratantes deben estar informados de cualquier novedad que afecte el funcionamiento del Convenio. El deber de mantenerse mutuamente informadas las Autoridades Centrales es una obligación.

¹⁰⁸ Véase *Guía de Buenas Prácticas*, Primera Parte: "Práctica de las Autoridades Centrales", pág. 17, numerales 1.3.4.

La responsabilidad que pesa sobre cada Estado Parte en participar de forma activa en las reuniones periódicas de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio es igualmente importante.

Coherencia

A los fines de facilitar la eficacia y rapidez de las solicitudes de restitución y/o visita se recomienda el uso del Formulario Modelo, al cual se puede acceder a través de la página de Internet de la Conferencia de La Haya.

El formulario puede ser modificado, excepcionalmente, cuando la legislación o el procedimiento de la Autoridad Central del Estado requerido así lo disponga.

La Autoridad Central requirente debería asegurarse de que cada solicitud se acompañe de una indicación suficiente del fundamento jurídico y de los hechos sobre los que se basa la solicitud, especialmente en las cuestiones de residencia habitual del menor, derecho de custodia y del ejercicio de estos derechos, así como información detallada sobre la localización del menor.

La coherencia también se debe mantener en los conceptos claves sobre los que se basa el ámbito de aplicación del Convenio, los que no dependen de su significado en un sistema jurídico en particular. El concepto de “derecho de custodia”, no coincide con un concepto concreto en el Derecho interno, su significado deberá interpretarse de conformidad a las definiciones, estructura y finalidades del Convenio. Véase arts. 3 y 5, este último establece que el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

Se ha exhortado a las Autoridades Centrales a adoptar cualquier uso generalmente aceptado y cualquier interpretación de las palabras del Convenio al llevar a cabo sus funciones.

La Base de Datos sobre la sustracción internacional de menores (INCADAT) trata de facilitar la coherencia en la interpretación del Convenio, esta posibilidad debería ser informada por las Autoridades Centrales a los profesionales de sus respectivos países para la utilización de INCADAT.

Procedimientos expeditos

Continuando con las Buenas Prácticas recomendadas, es importante hacer mención a la rapidez que se debe utilizar en los casos de restitución o sustracción, tema que será desarrollado en el comentario al art. 11.

Los procedimientos expeditos constituyen uno de los principios claves del Convenio, y tienen su fundamento en la obligación prevista en el artículo 1° del Convenio, en el que se establece la finalidad de asegurar el retorno inmediato del menor a su residencia habitual. Por su parte el artículo 2 dispone que los Estados Parte deberán utilizar los procedimientos de urgencia, y por último el artículo 11, en virtud del cual las autoridades deberán proceder con urgencia para el retorno del menor.

Por su parte, el artículo 23 del Convenio facilita la transmisión de los documentos, al suprimir su legalización u otras formalidades análogas, favoreciendo que los procedimientos sean expeditos. Generalmente el cumplimiento de este tipo de formalidades puede retrasar la tramitación de una solicitud de asistencia, sobre todo cuando el particular desconoce el sistema de legalizaciones y vive a distancia del lugar en donde se realiza la legalización u otra formalidad análoga.

Tal como se indica en las Prácticas de las Autoridades Centrales el no actuar con rapidez debilita el Convenio. La cuestión más controvertida en cuanto a la aplicación del Convenio es la relativa a los retrasos en el tratamiento de las solicitudes, los procedimientos judiciales y la ejecución de decisiones de retorno. La necesidad de una acción rápida en todas las fases del procedimiento no puede ser sobre-enfatizada.¹⁰⁹

Transparencia

La utilización del procedimiento de solicitud del Convenio de La Haya, debería indicar la existencia de transparencia tanto en el procedimiento jurídico como en el administrativo.

La transparencia en el procedimiento administrativo requiere que las partes tengan conocimiento sobre dichos procedimientos. La información puede provenir del sitio en Internet o del folleto o de la Autoridad Central.

¹⁰⁹ Conforme *Guía de Buenas Prácticas*, Primera Parte: "Práctica de las Autoridades Centrales", pág. 20, numerales 1.5.1 y 1.5.2.

Toda información que se pueda brindar a las partes involucradas referidas tanto a los procedimientos administrativos como judiciales, beneficiará la transparencia y la confiabilidad entre las Autoridades Centrales.

Aplicación progresiva

Este es otro de los conceptos claves para el funcionamiento del Convenio, y es importante que las Autoridades Centrales y los Estados Parte entiendan y apliquen el concepto de “aplicación progresiva”.

De acuerdo a las informaciones brindadas por los Estados Parte, la totalidad de las Autoridades Centrales han debido modificar sus prácticas o sus legislaciones debido a las modificaciones en los criterios de interpretación y de práctica.

La utilización de la aplicación progresiva por parte de las Autoridades Centrales con experiencia y las recientemente designadas posibilitan un mejor funcionamiento del Convenio, al incorporar cuestiones que permiten visualizar de manera diferente los procedimientos o prácticas que se venían realizando y que quizás requerían modificaciones sustanciales, así como rever criterios en razón de cambios efectuados en legislaciones internas, etcétera.

Otras funciones importantes de las Autoridades Centrales

Siguiendo con las Buenas Prácticas que han sido incorporadas a las Guías de Buenas Prácticas de las Autoridades Centrales, en base a la experiencia obtenida por las Autoridades Centrales, y con la finalidad de auxiliar a las nuevas Autoridades Centrales, consideramos que es necesario hacer referencia a las siguientes funciones y cuestiones importantes.

Mantenimiento al día de las estadísticas

Las Autoridades Centrales deberían recopilar estadísticas precisas relativas a los casos que tramitan con fundamento en el Convenio y hacerlas llegar a la Oficina Permanente anualmente.

La recopilación de las estadísticas permite establecer las tendencias globales futuras en cuanto a la sustracción de menores e indicar paráme-

tros que servirán para confirmar algunos criterios o procedimientos o bien para proponer modificaciones.

La base de datos estadísticos (INCASTAT) es un complemento a la base de datos sobre la sustracción internacional de menores (INCADAT).

La República Argentina es signataria de dos convenios multilaterales en materia de restitución internacional de menores: El Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

En virtud de ello, se han tomado ambos convenios para la elaboración de los datos estadísticos¹¹⁰ aportados a continuación, computándose en el caso del Convenio de La Haya los casos tramitados ante esta Autoridad central entre los años 1999 y 2007. Los casos tramitados a través de la Convención Interamericana han sido relevados desde su entrada en vigencia, en el año 2001, hasta el año 2009 inclusive.

Del análisis general de las peticiones de retorno y visitas enviadas y recibidas por nuestro país, entre los años 1999 y 2009 han tramitado antes esta Autoridad central 1.016 casos de restitución y visitas internacionales. De ellos, el 71.36% lo hizo a través del Convenio de la Haya, haciéndolo el 28.64% restante a través de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

De las solicitudes de retorno y visitas iniciadas con fundamento en el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (1999-2009), entre los años 1999 y 2009 han tramitado a través del Convenio de La Haya 725 casos. De ellos, el 75.03% se trató de restituciones internacionales, tanto entrantes como salientes, en tanto solo el 24.97% se trató de solicitudes de visitas internacionales.

De las solicitudes de retorno y visitas iniciadas con fundamento en la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores (2001-2009), entre los años 2001 y 2009 han tramitado a través de la Convención Interamericana 291 casos. De ellos, el 91.41% fueron restituciones internacionales, tanto entrantes como salientes, en tanto solo el 8.59% se trató de solicitudes de visitas internacionales.¹¹¹

¹¹⁰ <http://www.menores.gov.ar>, sección "Restitución de menores/ Estadísticas".

¹¹¹ Los datos estadísticos pueden consultarse en <http://www.menores.gov.ar>, sección "Restitución de menores/Estadísticas".

Tal como podemos observar, en ambos convenios el número de peticiones de restitución es ampliamente superior al número de solicitudes de derecho de visita, siendo el 79.92% de los casos pedidos de restitución, contra un 20.28% de casos en los cuales se han solicitado visitas internacionales.

En cuanto a las solicitudes de retorno y visitas (entrantes y salientes) iniciadas con fundamento en el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (1999-2009) y las iniciadas con fundamento en la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores (2001-2009), se muestra con claridad que ha habido 810 casos de restitución de niños trasladados o retenidos ilícitamente, con un pico de 99 solicitudes en el año 2007; y se han solicitado visitas internacionales en 206 oportunidades, con un pico de 43 casos en el año 2004.

Por otra parte, cabe señalar que un 29.53% de los casos tramitados por esta autoridad central se refieren a solicitudes entrantes (25% restitución y 4.53% visitas), en tanto las solicitudes enviadas al extranjero ascienden al 70.47% del total de casos (54.72%, restitución y 15.75% visitas). Como se puede observar, ha habido un mayor número de casos salientes que entrantes, constante que se ha repetido desde el año 1999 a la fecha.

Resultados

Los resultados analizados a continuación comprenden todas las peticiones efectuadas y recibidas durante los años 2001 a 2009 inclusive, sin contar si el resultado se ha alcanzado ese año o posteriormente. Los casos que aún no han sido resueltos se indican como pendientes. Se ha analizado el estado de todas las solicitudes al 31 de diciembre del año 2009.

Modo de resolución de casos en ambos Convenios en el período años 2001-2009: Un alto porcentaje de casos (20% del total) ha finalizado por acuerdo de partes. Estos acuerdos se han producido, tanto en la instancia prejudicial como durante el juicio. De los casos que obtuvieron sentencia, un 57.04% ha sido resuelto en un sentido favorable a la petición, en tanto en el 42.92% restante se ha rechazado la solicitud.

Cabe señalar que en el porcentaje de casos desistidos se encuentran comprendidos aquellos que han finalizado por haber alcanzado el niño la edad de 16 años, momento en que cesa de aplicarse el Convenio. Ello ha sucedido en 9 casos entre los años 2001 y 2009.

Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Modo de resolución de los casos en el período comprendido durante los años 2005-2009

Muestra que sobre un total de 321 casos iniciados a través del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores entre los años 2005 y 2009, un 13.08% de las peticiones concluyeron con una decisión judicial ordenando el retorno del niño, mientras que se produjeron retornos voluntarios en el 12.77% de los casos tramitados en esos años. En consecuencia, el 25.85% de las peticiones concluyeron con el retorno del niño, suponiendo que los acuerdos y decisiones hayan sido efectivamente ejecutados. El porcentaje de solicitudes de restitución rechazadas es de 9.66%.

Las solicitudes de visita acordadas voluntariamente constituyen el 5.92% de los casos. Cabe señalar que el porcentaje de visitas acordadas voluntariamente comprende también los casos en los que se había solicitado la restitución del/los niño/s y se acordó, tanto en instancia prejudicial, como judicial, un régimen de visitas para el peticionante, aceptando el mismo que los niños permanecieran en el Estado de refugio. Por su parte, las visitas ordenadas judicialmente ascienden al 3.12% y las rechazadas judicialmente al 1.87%. Un 20.87% de los procedimientos está todavía pendiente.

El 22.74% de los casos iniciados durante los años 2005 a 2009 ha sido desistido (este número surge de un relevamiento realizado por esta Autoridad Central en el año 2010, a raíz del cual se cerraron aquellos casos que no habían tenido movimiento por más de un año calendario, debido a la falta de impulso del peticionante). Los casos que no han llegado a la instancia judicial ni han sido resueltos por acuerdo de partes han finalizado de la siguiente manera: el 8.41% de los casos ha finalizado por rechazo de la Autoridad central, en tanto que no pudo ubicarse al niño en el 1,56% de los casos.

Tal como se aclaró anteriormente, la categoría correspondiente a los casos en los cuales el niño ha alcanzado 16 años de edad se encuentra comprendida en la categoría “casos desistidos”, los que ascienden en el período indicado a 3 casos.

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Modo de resolución de los casos en el período comprendido entre los años 2005-2009

Muestra que sobre un total de 201 casos iniciados a través de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores entre los

años 2005 y 2009, un 16.42% de las peticiones concluyeron con un acuerdo de partes con relación al reintegro del niño. La segunda categoría en importancia de número de decisiones se halla constituida por las decisiones judiciales ordenando el retorno del niño, que ascienden al 11.44% de los casos. En consecuencia, el 27.86% de las peticiones concluyeron con el retorno del niño, suponiendo que los acuerdos y decisiones hayan sido efectivamente ejecutados. El porcentaje de solicitudes de restitución rechazadas en virtud de la Convención Interamericana es muy bajo, ascendiendo al 2.99%. En un caso no se ha podido ejecutar aún la restitución por haberse fugado la madre con el niño.

Las solicitudes de visita acordadas voluntariamente constituyen el 4.48% de los casos, siendo el modo principal en que han sido resueltos los casos de visitas, tal como sucede en los casos que tramitaron a través del Convenio de La Haya. Las visitas ordenadas judicialmente ascienden al 1.49%, no habiéndose rechazado ninguna solicitud de visitas realizada en el período indicado hasta el momento. Un 31.84% de los procedimientos se encuentra pendiente.

El 25.87% de los casos iniciados durante los años 2005 a 2009 ha sido desistido (estos números surgen de un relevamiento realizado por esta Autoridad Central en el año 2010, a raíz del cual se cerraron aquellos casos que no habían tenido movimiento por más de un año calendario, debido a la falta de impulso del peticionante; y comprenden aquellos casos en los cuales el niño ha alcanzado 16 años de edad, que anteriormente tenía una categoría especial). Los casos que no han llegado a la instancia judicial ni han sido resueltos por acuerdo de partes han finalizado de la siguiente manera: el 1% de los casos ha finalizado por rechazo de la Autoridad Central, en tanto que no pudo ubicarse al niño en el 4.48% de los casos.

En el caso de ambos convenios, del total de casos iniciados entre los años 2005 y 2009 que han sido resueltos en sede judicial, se ha obtenido una resolución favorable a la solicitud en el 64.46% de los casos, en tanto que un 35.54% de las solicitudes fueron rechazadas.

Es notable que la mayor cantidad de casos resueltos se ha fundado en un acuerdo de partes. En tal sentido, en un 19.54% de los casos se ha arribado a algún acuerdo relativo a la restitución del niño o a la determinación de un régimen de visitas. Los acuerdos han sido alcanzados por diversos medios (por intervención de la autoridad central, del juez, o por acuerdo de partes sin mediar intervención externa).

Se encuentran pendientes al 31 de diciembre del año 2009 el 25.10% de los casos iniciados entre los años 2005-2009 (131 casos) y 7 casos iniciados entre los años 2001 y 2004.

Se deja constancia que los resultados han sido evaluados al 31 de diciembre de 2009, sin importar si los casos fueron resueltos durante el año de inicio o posteriormente. A continuación se analizará la duración de los procedimientos y se dará un panorama del tiempo promedio de duración de los casos resueltos en sede judicial.

Educación y formación

De acuerdo a lo expresado en las Comisiones especiales el Convenio funciona de forma satisfactoria en el interés del menor y responde a las necesidades para las que se estableció.

Las Autoridades Centrales deberían tener un papel más activo respecto de la educación y formación en la materia, toda vez que se encuentra en una posición privilegiada, en razón del conocimiento que tienen sobre la aplicación del Convenio.

La información que las Autoridades Centrales deberían proporcionar al público en general, a las profesiones jurídicas y sociales sigue siendo de vital importancia y los programas de capacitación pueden tener lugar mediante:

- cursos de formación continua de abogados, jueces, asistentes sociales, policía, funcionarios consulares, funcionarios judiciales o profesionales apropiados;
- conferencias y seminarios a nivel local, regional, etc.;
- conferencias y presentaciones para profesionales relacionados con la temática;
- inclusión de la sustracción internacional de menores en los programas de las Facultades de Derecho;
- visitas de las Autoridades centrales o un intercambio de personal de distintos países.

La prevención en materia de sustracción de menores juega un papel preponderante, y es a través de la difusión y capacitación a los operadores directos e indirectos que se podrán prevenir los casos de sustracción.

Retorno sin peligro de los menores y de los padres

Algunos tribunales son renuentes a ordenar el retorno del menor a su residencia habitual cuando existen dudas sobre su seguridad y las garantías que se pueden dar para que regrese de manera segura.

Las órdenes que permitan el retorno sin peligro del menor deberían permitir obtener en la jurisdicción del Estado requirente cualquier medida de protección provisional antes del retorno del menor.

Con relación a los procedimientos penales, cabe señalar que algunos tribunales son reticentes al retorno del menor cuando el padre sustractor debe afrontar una causa penal, consideran que el retorno podría ir en contra del interés del menor al separarlo del padre sustractor o que se estaría dando ventajas al otro progenitor en el procedimiento de custodia ante un procedimiento penal o la orden de arresto.

Las autoridades deberían evaluar el impacto de iniciar una causa penal respecto del interés superior del niño.

Con relación a las cuestiones de inmigración, los Estados Parte deberían, en la medida de lo posible, tomar medidas que permitan al padre sustractor entrar en el Estado requirente con la finalidad de tomar parte en los procedimientos judiciales relativos a la custodia.

En cuanto a la obtención de asistencia judicial y jurídica, los Estados Parte deberían tomar las medidas necesarias para garantizar a los padres el acceso al sistema legal de un país para presentar su caso de forma apropiada en un procedimiento sobre la custodia del menor.

Repatriación

Las Autoridades Centrales deberían considerar la posibilidad de utilizar la repatriación de menores hacia el Estado de su residencia habitual, mediante la colaboración de sus servicios consulares.

Acuerdos de hermanamiento

Las Autoridades Centrales deberían examinar los medios para mejorar la aplicación del Convenio, mediante el intercambio de formación entre ellas. El acuerdo de hermanamiento podría llevarse a cabo cuando una Autoridad en formación necesita de la asistencia de una Autoridad Central experimentada, para obtener consejos, material, formación y eventual-

mente un intercambio personal para formar y adquirir una experiencia práctica.

Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de los Niños

El Convenio de 1996 tiene ventajas potenciales como complemento del Convenio de La Haya de 1980, y se recomienda a los Estados Contratantes que consideren la posibilidad de su ratificación o adhesión.¹¹²

Prevención

Para poder prevenir sería necesario utilizar las siguientes herramientas:

- Información y educación;
- Cooperación;
- Legislación preventiva.

Ejecución

El éxito del Convenio puede evaluarse teniendo en cuenta el número de ordenes de retorno ejecutadas.

La ejecución de las órdenes de devolución podrá mejorarse si las cuestiones siguientes son abordadas en cada Estado Parte:

- Mecanismos efectivos para la ejecución serán incluidos en las medidas de implementación incluyen la legislación de implementación;
- Cooperación entre la autoridad judicial y la ejecutora;
- Instrucciones claras en la orden de devolución sobre cómo deben realizarse las gestiones de retorno;
- Cualquier medida de precaución necesaria para reducir el riesgo de huida por parte del sustractor con el menor después de que se ordene su devolución.

¹¹² Conforme Recomendación 7.1 de la Cuarta reunión de la Comisión especial.

Estadísticas: modo de resolución de casos

Al hacer un muestreo del modo de resolución de casos de ambos convenios entre los años 2005 a 2009, encontramos que sobre un total de 321 casos iniciados a través del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, un 13.08% de las peticiones concluyeron con una decisión judicial ordenando el retorno del niño, mientras que se produjeron retornos voluntarios en el 12.77% de los casos tramitados en esos años. En consecuencia, el 25.85% de las peticiones concluyeron con el retorno del niño, suponiendo que los acuerdos y decisiones hayan sido efectivamente ejecutados. El porcentaje de solicitudes de restitución rechazadas es de 9.66%.

Las solicitudes de visita acordadas voluntariamente constituyen el 5.92% de los casos. Cabe señalar que el porcentaje de visitas acordadas voluntariamente comprende también los casos en los que se había solicitado la restitución del/los niño/s y se acordó, tanto en instancia prejudicial, como judicial, un régimen de visitas para el peticionante, aceptando el mismo que los niños permanecieran en el Estado de refugio. Por su parte, las visitas ordenadas judicialmente ascienden al 3.12% y las rechazadas judicialmente al 1.87%. Un 20.87% de los procedimientos está todavía pendiente.

El 22.74% de los casos iniciados durante los años 2005 a 2009 ha sido desistido (este número surge de un relevamiento realizado por esta Autoridad Central en el año 2010, a raíz del cual se cerraron aquellos casos que no habían tenido movimiento por más de un año calendario, debido a la falta de impulso del peticionante). Los casos que no han llegado a la instancia judicial ni han sido resueltos por acuerdo de partes han finalizado de la siguiente manera: el 8.41% de los casos ha finalizado por rechazo de la Autoridad central, en tanto que no pudo ubicarse al niño en el 1,56% de los casos.

Tal como aclaramos anteriormente, la categoría correspondiente a los casos en los cuales el niño ha alcanzado 16 años de edad se encuentra comprendida en la categoría “casos desistidos”, los que ascienden en el período indicado a 3 casos.

En cuanto a la **Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores**, sobre un total de 201 casos entre los años 2005 y 2009, un 16.42% de las peticiones concluyeron con un acuerdo de partes con relación al reintegro del niño. La segunda categoría en importancia de

número de decisiones se halla constituida por las decisiones judiciales ordenando el retorno del niño, que ascienden al 11.44% de los casos. En consecuencia, el 27.86% de las peticiones concluyeron con el retorno del niño, suponiendo que los acuerdos y decisiones hayan sido efectivamente ejecutados. El porcentaje de solicitudes de restitución rechazadas en virtud de la Convención Interamericana es muy bajo, ascendiendo al 2.99%. En un caso no se ha podido ejecutar aún la restitución por haberse fugado la madre con el niño.

Las solicitudes de visita acordadas voluntariamente constituyen el 4.48% de los casos, siendo el modo principal en que han sido resueltos los casos de visitas, tal como sucede en los casos que tramitaron a través del Convenio de La Haya. Las visitas ordenadas judicialmente ascienden al 1.49%, no habiéndose rechazado ninguna solicitud de visitas realizada en el periodo indicado hasta el momento. Un 31.84% de los procedimientos se encuentra pendiente.

El 25.87% de los casos iniciados durante los años 2005 a 2009 ha sido desistido (estos números surgen de un relevamiento realizado por esta Autoridad Central en el año 2010, a raíz del cual se cerraron aquellos casos que no habían tenido movimiento por más de un año calendario, debido a la falta de impulso del peticionante; y comprenden aquellos casos en los cuales el niño ha alcanzado 16 años de edad, que anteriormente tenía una categoría especial). Los casos que no han llegado a la instancia judicial ni han sido resueltos por acuerdo de partes han finalizado de la siguiente manera: el 1% de los casos ha finalizado por rechazo de la Autoridad Central, en tanto que no pudo ubicarse al niño en el 4.48% de los casos.

A modo de conclusión y en relación a ambos convenios, del total de casos iniciados entre los años 2005 y 2009 que han sido resueltos en sede judicial, se ha obtenido una resolución favorable a la solicitud en el 64.46% de los casos, en tanto que un 35.54% de las solicitudes fueron rechazadas.

Es notable que la mayor cantidad de casos resueltos se ha fundado en un acuerdo de partes. En tal sentido, en un 19.54% de los casos se ha arribado a algún acuerdo relativo a la restitución del niño o a la determinación de un régimen de visitas. Los acuerdos han sido alcanzados por diversos medios (por intervención de la autoridad central, del juez, o por acuerdo de partes sin mediar intervención externa).

Se encuentran pendientes al 31 de diciembre del año 2009 el 25.10% de los casos iniciados entre los años 2005-2009 (131 casos) y 7 casos iniciados entre los años 2001 y 2004¹¹³.

Comentario de Javier Forcada

En el caso de España, la Autoridad Central es una de las más activas a nivel mundial. En los estudios previos a la quinta reunión de octubre-noviembre de 2006 de la comisión especial, de 45 de los países que se examinaron, España aparecía, con un incremento cercano al 145% respecto del anterior estudio del año 1999, y como el tercer país que más solicitudes de retorno había recibido (un 7% del total), tras Estados Unidos (un 23%) y Reino Unido (Inglaterra y Gales con un 11%). Sin embargo, aparecía en el undécimo puesto respecto a las solicitudes que había remitido. Lo cierto es que, en general, se puede decir que España recibe más solicitudes de la Unión Europea que del resto del mundo, pero a la vez, España requiere más a otros países que a los de la Unión Europea, principalmente a países en el entorno de Ibero América, hasta 2008 en que se ha alterado tal tendencia, y por primera vez España ha requerido más a los países de la Unión Europea que a los del resto del mundo. El hecho de que el Art. 7 que se comenta señale que las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores, señalando en el punto c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable, en concordancia con el art 10 cuando señala que la autoridad central del estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor, da pie para dedicar unas líneas a la mediación y su utilidad en casos de sustracción internacional de menores¹¹⁴. Se trata de un campo esperanzador pero no exento

¹¹³ <http://www.menores.gov.ar>, sección "Restitución de menores/ Estadísticas". Se deja constancia que los resultados han sido evaluados al 31 de diciembre de 2009.

¹¹⁴ El recurso a la mediación en materia de sustracción de menores es una iniciativa que, por ejemplo, se experimentó en Gran Bretaña, destacándose los trabajos piloto de REUNITE y que también ha estudiada e incentivada por otros países como Francia con la estructura "Mission d'Aide à la Médiation Internationale pour les Familles" (MAMIF) y a nivel bilateral la Comi-

de muchas y ciertas dificultades aunque puede servir de contrapeso a un convenio como el de 25 de octubre de 1980 que, en gran número de casos, no es flexible ya que a veces, por ejemplo, es traumática la vuelta del menor tras la sustracción con el pariente que quedó atrás, hecho que los magistrados franceses denominan “*retour guillotine*”, caso de un niño que se ve arrancado de su progenitor y enviado al otro súbitamente sin ningún tipo de adaptación previa o preparación. Mayores motivos para el recurso a la mediación se derivan de la necesidad de lograr la cooperación en lugar del enfrentamiento y la relación de vencedor y vencido que genera mayor agresividad, la búsqueda de obtención de una clara toma de conciencia en los progenitores acerca de que ellos son los responsables de la toma de decisiones en relación a sus hijos y sus vidas, y que deben centrarse en las necesidades y sentimientos del menor, la posibilidad de liberar al menor del conflicto de lealtad hacia uno u otro progenitor, la posibilidad de valoración de las herencias culturales de cada parte, lograr el mantenimiento de vínculos y contactos durante el proceso y permitir que se conozcan en realidad los intereses de cada uno de los implicados procurando la mayor empatía posible a través de actuaciones no violentas que restablezcan el diálogo para encontrar la mejor solución a cada caso particular. Debe resaltarse en este campo la vigencia de la Directiva comunitaria sobre mediación en el ámbito civil 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008 publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 24 de mayo de 2008, con la pretensión de mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos, entendiéndose como tal la asequibilidad de una “*resolución justa*” en un tiempo razonable mediante la inserción de la mediación en el sistema de resolución de conflictos. También los temas de localización y de au-

sión parlamentaria franco alemana, el modelo binacional de mediación germano-estadounidense para las controversias internacionales que involucran padre e hijos, cuya primera reunión de expertos tuvo lugar en Berlín en Febrero de 2006, la *Bundesarbeitsgemeinschaft Für amilien-Mediation* o Asociación Federal en materia de mediación familiar (BAFM). La *European Mediation Network Initiative* (EMNI) grupo de trabajo europeo que comprende 47 países y que surgió en septiembre de 2007 tras las conferencias en Suiza Dinamarca y Finlandia, el grupo de trabajo para la mediación binacional germano-polaca y la declaración de Berlín/Wroclaw, de 24/10/2007. Asimismo, la asociación “*Mediation binationale familiale en Europe* (MFBE) y es de destacar la web del Ministerio de Justicia francés que ofrece información sobre la sustracción y la mediación. A nivel de magistrados es obligatoria una cita a la Asociación GEMME, grupo europeo de magistrados por la mediación que desarrollan una excelente labor.

diencia al solicitante son importantes en la práctica por las referencias que contiene este precepto. Esta cuestión que, del mayor interés, que afecta las autoridades centrales acerca de las audiencias a los solicitantes, como posible requisito que se debe de cumplir por dichas autoridades centrales es ciertamente problemática. En ocasiones, las citaciones al solicitante se hacen a través de las autoridades centrales y otras veces son los juzgados los que citan directamente a estas personas. La Autoridad Central española ha expuesto tres casos con soluciones distintas dictadas en España. Uno es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª de 12 de enero de 2009, al resolver el recurso contra el Auto del Juzgado de 1ª Instancia que deniega el retorno de los menores, en cuanto dispone que *"No puede confundirse al solicitante de la restitución del menor con la representación de la Autoridad Central que recibió la solicitud y que ahora la plantea ante el Juzgado, es decir el Abogado del Estado. Esta posibilidad puede ser observada en el ámbito de este Reglamento sin que se perjudique la necesaria agilidad y rapidez en la tramitación de la solicitud... por lo que fácilmente se podía emplazar al padre de los menores mediante comunicación directa con el Tribunal de su residencia, a fin de que se pudiese producir esa posibilidad de audiencia..."*. Se estima el recurso, declarando nula la resolución de instancia, debiendo retrotraerse las actuaciones al acto del juicio a fin de que tenga posibilidad de ser oído el padre de los menores. Otro caso lo es el resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 31 de marzo de 2009 al resolver el recurso contra el Auto del Juzgado de 1ª Instancia que deniega el retorno de los menores, en cuanto dispone: *Se alega también, que el padre del menor ha sufrido indefensión al no darle oportunidad de ser oído; lo que debe ser rechazado desde el momento en que la Administración española actúa en este procedimiento en nombre de la autoridad central y del solicitante, tal como expuso en su escrito de demanda, por lo que no puede sino entenderse que el padre interesado y promotor inicial del expediente ha tenido ocasión y oportunidad de conocer cabalmente su estado y de comparecer personalmente para ser oído si lo hubiera tenido por conveniente, sin que precisara de ninguna notificación ni citación además de las realizadas al Abogado del Estado actuante.* En el tercer supuesto, en el que la República Checa es el estado requirente, el Juez de 1ª Instancia N° 7 de Lleida, en la Providencia dictada el 22 de septiembre de 2008 señala: *Que dada la celeridad que exige el ordenamiento jurídico en esta materia, y teniendo en cuenta que existe comunicación directa entre el estado español y el promotor del expediente, no ha lugar a la citación por parte de este juzgado al suponer dilación extrema*

de la resolución del mismo, sin perjuicio del abogado del estado que actúa en nombre del actor cuide de que comparezca a la vista. Posteriormente el juzgado requirió que se aportase justificación de la comunicación realizada al demandante para que pudiera comparecer a efectos del artículo 11.5 del Reglamento 2201/2003. Así pues, en este caso la citación se hizo a través de las Autoridades Centrales. Tras responder el solicitante que la asistencia al juicio le costaría una cantidad de dinero insoportable, el juzgado acordó, para garantizar el derecho de audiencia, que el solicitante hiciese las manifestaciones que considerase convenientes, por escrito, dándole el plazo de un mes para ello. Asimismo ordenó que se le remitiesen los nuevos elementos incorporados al procedimiento tales como las manifestaciones de la demandada, las conclusiones del informe emitido, a petición del Ministerio Fiscal, de los Servicios competentes de Cataluña sobre la integración del menor, así como copia de la denuncia que la demandada presentó ante el Departamento de Protección de menores en su país (Chequia). Respecto a localización de menores, nuestra Autoridad Central ha venido señalando en diversos foros que *una de las obligaciones establecidas en el Convenio de la Haya es la localización de los menores trasladados o retenidos ilícitamente. En España, la Autoridad Central se sirve de la Interpol para la localización de los menores. Si bien los resultados son altamente positivos y la colaboración de dicha oficina es ejemplar, en ocasiones la localización se demora en exceso. Cabe comprender que estos asuntos no son de seguridad pública y por tanto pueden no resultar prioritarios frente a otras situaciones en las que Interpol debe intervenir. Por otro lado, el alcance de la intervención de Interpol es limitado, ya que al actuar como colaborador de la Autoridad Central española, no puede realizar ciertas investigaciones sin una orden judicial previa (lógicamente, antes de conocer el domicilio exacto de los menores, no se puede presentar la demanda y por tanto aún no hay ningún juez competente). Sin duda, la existencia de bases de datos a nivel nacional (por ejemplo, un registro de los menores escolarizados) ayudaría a la pronta localización de los mismos. Desafortunadamente tampoco existen estos registros en todas las Comunidades Autónomas de España. La Autoridad Central española ha señalado que no dispone de facultades de averiguación para la localización de los menores y no puede por tanto consultar estos u otros archivos para determinar el domicilio de los menores. Se sugiere por la Autoridad Central española en diversos foros que se le dote reglamentariamente de facultades en este sentido y que sería aconsejable disponer de un marco jurídico en el que se estableciese la obligación de colaboración con la Autoridad Central de determinados organismos o institucio-*

nes, tales como el padrón municipal o autoridades educativas, lo que facilitaría la iniciación rápida del procedimiento y se evitaría sobrecargar a Interpol con dichas peticiones. A pesar de ello, los Ayuntamientos de las pequeñas ciudades y los colegios señala la Autoridad Central española que han prestado su colaboración cuando la Autoridad Central se lo ha requerido. Respecto a la búsqueda de menores trasladados ilícitamente desde España a otros países, principalmente de Sudamérica, la AC española ha acordado con Interpol-España que soliciten la colaboración a sus homólogos en la localización de los menores españoles, lo que está dando muy buenos resultados.

Capítulo III

RESTITUCION DEL MENOR

Artículo 8º. Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que con su asistencia quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

- a) información relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor.
 - b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
 - c) los motivos en que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor;
 - d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de las personas con la que se supone que está el menor;
- La demanda podrá ir acompañada o complementada por:
- e) una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes;
 - f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado;
 - g) cualquier otro documento pertinente.

Comentario de María Seoane de Chiodi

En los pedidos de restitución el peticionante, puede presentar la solicitud ante el tribunal de la residencia habitual del menor o bien ante cualquier Autoridad Central, a los fines de garantizar el retorno del niño a su residencia habitual (art. 8).

Esta flexibilidad que se le otorga al solicitante, en cuanto a la elección de la Autoridad Central, es para que tenga la libertad de considerar cual Autoridad Central le resulta más adecuada para el tratamiento del caso, sin embargo puede ocurrir que dicha elección no sea la más eficaz. El párrafo primero del art. 8 señala que el solicitante podrá presentar la solicitud ante la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, y a continuación dispone que podrá presentarse ante cualquier otra Autoridad Central, sin que ello constituya o se interprete como algo excepcional (ver Informe Explicativo, punto 99).

En la práctica la elección de otra Autoridad Central, que no sea la de la residencia habitual del menor, puede traer aparejada algunas complicaciones sobre todo en lo que respecta a la obtención de documentos, normativa, informes socio ambientales, etc. que pueden retrasar la tramitación y hacer más burocrático el pedido, toda vez que la Autoridad Central elegida no tendrá a su disposición todo ese material y deberá recurrir a la Autoridad Central en donde el niño tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícita.

El solicitante podrá presentar ante la Autoridad Central el formulario tipo, que como se ha señalado es de uso facultativo, en el supuesto que no se utilice ese documento, la solicitud deberá contener los requisitos que se indican en los literales a), b), c) y d) y podrá ser acompañada la demanda de la documentación citada en e), f) o g).

Los datos del menor que se requieren son importantes, ya que el conocer la fecha de nacimiento permitirá establecer si el menor se encuentra incluido en el ámbito personal del Convenio. Si el menor ha alcanzado la edad de 16 años, el Convenio no se aplicará, conforme art. 4.

La solicitud de restitución deberá contener los motivos de hecho y de derecho (art. 3) en que se basa el demandante para solicitar la restitución, letra c). Este es otro requisito necesario pues permitirá que la Autoridad Central determine si el pedido es viable o tendrá que desestimarlo, en virtud de lo previsto en el art. 27 el cual dispone que cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el Con-

venio o que la demanda carece de fundamento la Autoridad Central no estará obligada a aceptar la demanda e informara al demandante o la Autoridad Central de los motivos del rechazo.

Se ha señalado en la Quinta Reunión de la Comisión Especial del 2006 que en el ejercicio de sus funciones, con relación a la transmisión o aceptación e las solicitudes, las Autoridades Centrales deberían tener en cuenta que la evaluación de algunas cuestiones de hecho o de derecho, por ejemplo, en relación a la residencia habitual o la existencia de derechos de custodia, le corresponde al tribunal u autoridad que debe decidir sobre la solicitud. La facultad que tiene la Autoridad Central de rechazar la solicitud debe ser ejercida con “extrema cautela”.

La documentación complementaria a que hace mención el párrafo tercero del art. 8, letra .a) está relacionado con la solicitud de restitución y las copias deberán estar legalizadas. En cuanto a la prueba del derecho de la residencia habitual del menor podrá realizarse por parte de las Autoridades Centrales y las demás autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del menor, o por una persona calificada que pueda emitir su opinión respecto del derecho vigente en la materia. Las autoridades judiciales o administrativas que deban resolver sobre la petición podrán requerir la certificación demuestre que la retención o el traslado ha sido ilícito de conformidad a lo previsto en el art. 3, ver art. 15 del Convenio.

Por último, se admite la posibilidad de acompañar cualquier otro documento pertinente, ya sea por el progenitor solicitante o por la Autoridad Central.

La experiencia de la Autoridad Central argentina

El Convenio de La Haya entró en vigor para la República Argentina, el 1° de Julio de 1991.

La República Argentina designó como Autoridad Central del Convenio, a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, perteneciente al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Tal como se ha manifestado en los párrafos previos, cada Estado Contratante al designar la Autoridad Central tendrá en cuenta la conexión existente entre las funciones del organismo designado y los objetivos del Convenio. La designación de la Dirección de Asistencia Jurídica Inter-

nacional como Autoridad Central, ha respetado ese criterio, toda vez que su responsabilidad primaria es la cooperación jurídica internacional, conforme lo dispone la normativa interna. Es así que la estrecha vinculación de las funciones de la Dirección con los objetivos del Convenio, ha favorecido el cumplimiento de los compromisos asumidos por la Autoridad Central.

El hecho de asumir la competencia en los distintos ámbitos de la cooperación jurídica internacional: civil, comercial, laboral, administrativa, penal y de menores, ha favorecido la interacción de las áreas de la Dirección y ha representado una verdadera ventaja para la Autoridad Central Argentina, ya que los funcionarios que trabajan en el área de restitución podrán tener conocimiento de la existencia de un pedido de arresto provisorio o de una extradición que puede pesar sobre el padre sustractor, en esta situación podrá tomar los recaudos necesarios para eliminar dichos obstáculos y permitir el retorno seguro del menor al lugar de su residencia habitual. También podrán conocer si existe una demanda sobre la cuestión de fondo o una sentencia dictada en el Estado de refugio, en cuyo caso la Autoridad Central Argentina actuará en función de lo dispuesto en el artículo 16 o 17 de la Convención de 1980, según sea el caso, para advertir a la Autoridad Central requerida de la existencia de dichos procedimientos.

Otro beneficio que posee la Autoridad Central Argentina es el de pertenecer al organigrama del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, por lo tanto existe un relacionamiento fluido y continuo con las secciones consulares, las que brindan un apoyo indispensable al accionar de la Autoridad Central. Ese apoyo puede estar vinculado a la repatriación del menor y su progenitor, en caso que sean nacionales argentinos, a la extensión de documentación de viaje, a otorgar asistencia al nacional dentro de los límites del Reglamento Consular argentino, el de acompañar al menor hasta el aeropuerto o estación de micros para garantizar su retorno, lograr acuerdos amistosos en la oficina consular con la supervisión de la Autoridad Central, informar cuando posibilidades de la existencia de una sustracción de un menor, etcétera.

Las acciones que lleva a cabo la Autoridad Central Argentina serán mencionadas más adelante, sin perjuicio de ello se pueden conocer a través de la página en Internet.

Historia del funcionamiento de la Autoridad Central argentina

En el año 1994, la Autoridad Central solamente había tramitado 30 casos de restitución entre entrantes y salientes. Hasta ese entonces, en los 4 o 5 casos entrantes la Autoridad Central había representado a los peticionantes ante los Juzgados de la Ciudad de Buenos Aires.

En ese año, se presenta el caso *W. c/ O.*¹¹⁵, el cual tuvo una fuerte repercusión en todos los ámbitos argentinos y posibilitó el inicio del debate sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980. El caso llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ordenó la restitución de la menor a Canadá, el lugar de su residencia habitual. Como se señaló, todo el país hablaba del caso (abogados, jueces, medios periodísticos, madres, académicos, etc), y por ende del Convenio.

El caso *W. c/ O.* dejó a la Autoridad Central dos grandes enseñanzas:

(1) La falta de divulgación del Convenio impedía su aplicación a los casos que debían ser tratados bajo su ámbito. Esta situación empieza a revertirse cuando la Convención de 1980 es conocida por el público, a través del caso mencionado. A partir de 1994, la presentación de los casos comienza a aumentar.

(2) La Autoridad Central no podía dar un buen servicio de representación legal, por limitaciones territoriales, de tiempo, y de recursos. Tampoco quedaba clara la distinción entre representante del niño y representante del peticionante. Se entendió que no se podía cumplir con una de las obligaciones previstas en el art. 7, el tratar de obtener restituciones voluntarias o soluciones amistosas, para evitar mayores traumas a los niños trasladados o retenidos ilícitamente, y luego presentarse ante los tribunales y representar a una de las partes.

Las conclusiones evidenciaron que no se habían cumplido adecuadamente las obligaciones asumidas en el Convenio, por eso las respuestas fueron:

¹¹⁵ Caso de Restitución entre Argentina y Canadá, en el cual el padre, argentino, solicitó la restitución de su hija, que había sido retenida ilícitamente por su madre, también argentina. El caso llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ordenó el retorno a Canadá de la menor. Luego la justicia canadiense otorgó la custodia a la madre y permitió el regreso de la niña a la Argentina (véase Fallos en INCADAT).

(1) Se decidió que era necesario elaborar una página de Internet, que si bien al principio no tuvo toda la difusión que se esperaba, luego resultó ser una herramienta útil para todos aquellos que por cuestiones de distancia no podían acercarse a las oficinas de la Autoridad Central.

Desde la página (www.menores.gov.ar) se facilita:

- obtener el formulario de denuncia para la restitución y/o visita,
- obtener información relativa a legislación interna, jurisprudencia y doctrina,
- informarse sobre el funcionamiento de la Autoridad Central,
- consultar todos los convenios relativos a menores,
- efectuar consultas por e-mail que son contestadas por la misma vía, abierto a todos los operadores directos o indirectos y a personas residentes en Argentina como en el extranjero,
- enlaces con otros organismos relacionados con la temática.

Actualmente la página de menores está siendo traducida al idioma inglés, también esta en vías de elaboración el ítem de PERFIL PAÍS.

Se ha podido constatar que la página de la Autoridad Central Argentina ha sido tomada como referencia para otras autoridades de la región.

(2) Ante el creciente número de casos, y los problemas de funcionamiento descriptos, se decidió revisar nuestro funcionamiento, a fin de adecuarlo a una forma apta para cumplir los objetivos del Convenio. Se analizó el funcionamiento de otras Autoridades Centrales y se obtuvieron ciertas conclusiones:

a. No podíamos representar a los peticionantes ante los tribunales, por limitaciones en territorio, tiempo y recursos. La limitada representación pondría al peticionante en desigualdad de condiciones frente a un demandado que contrata a un abogado full time dedicado a su caso.

b. Era conveniente para realizar la restitución voluntaria no representar con posterioridad a ninguna de las partes, a fin de que la Autoridad Central estuviera en una posición más neutral, solamente preocupada por el interés del niño, y la velocidad del proceso.

En algunos países donde la Autoridad Central presenta la petición ante la Justicia, cuando se traba el litigio, dice representar al niño y no al peticionante, por lo que el abogado de la parte demandada puede atacar al peticionante sin que este tenga un representante legal para defenderlo.

En virtud de ello se decidió privilegiar las funciones extrajudiciales de la Autoridad Central, y delegar las cuestiones a quienes están mejor prepara-

dos para ello, los abogados para aquellas personas que pueden pagarlo, y los Defensores Oficiales, para aquellas personas que son consideradas pobres en su país de residencia.

La Autoridad Central Argentina trabaja con la Defensoría General de la Nación, que ha creado dentro de su órbita una oficina dedicada a la Sustracción Internacional de Menores. La Defensoría exige para poder actuar y estar legitimada la extensión de un poder.

Se está trabajando para concretar un Convenio entre la Defensoría General y la Autoridad Central (Chancillería Argentina), para optimizar y mejorar el tratamiento de los casos de restitución y visita.

c. La función esencial de la Autoridad Central es darle al trámite máxima celeridad, para lo cual se requiere de respuestas prácticamente inmediatas para con la otra Autoridad Central interviniente. Este es uno de los principales problemas a solucionar, ya que numerosas Autoridades Centrales, no responden o tardan demasiado tiempo en responder, lo cual atenta contra los objetivos del Convenio, y dilata la parte del trámite que debería ser inmediata.

d. Las Autoridades Centrales deben promover ante los tribunales en donde tramitan las solicitudes que estos otorguen celeridad a los casos, utilizando los procedimientos más urgentes que permita su legislación procesal, en el supuesto que no tengan un procedimiento que regule plazos abreviados para la aplicación del Convenio. Algunos jueces no utilizan los procedimientos urgentes sino los de carácter ordinario, abriendo a prueba, ya sea por desconocimiento o porque en muchos casos le cuesta adaptarse a los instrumentos internacionales. La forma más sencilla de acelerar el proceso es alcanzar un grado de comunicación fluida, casi inmediata entre Autoridades Centrales.

e. Actualmente las dificultades existentes con el Poder Judicial de la República Argentina han disminuido ante la designación del Juez de Enlace, quien coopera estrechamente con la Autoridad Central argentina. A través de su actuación se ha podido informar a los jueces argentinos sobre la correcta aplicación del Convenio, mediante contactos directos o bien por la realización de Seminarios o Conferencias.

Se ha creado en Argentina una red de jueces que actúan en las Provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quienes cooperan con aquellos jueces que deben intervenir en un caso de sustracción y o de visita. La colaboración que presta el juez de enlace no tiene carácter juris-

diccional sino de colaboración para informar sobre la correcta aplicación del Convenio.

El juez de enlace de Argentina no solo ha colaborado con los jueces argentinos sino que ha tenido activa participación con jueces de otros países, a los fines de eliminar obstáculos en la aplicación del Convenio.

g. Otro aspecto que la Autoridad Central se replanteo fue la relación con los medios periodísticos y como se podía mejorar la información que ellos transmitían a la población. Se decidió tomar contacto con la prensa escrita, participar de programas televisivos, etc., para divulgar la correcta aplicación del Convenio y cuál era su finalidad y la actuación de la Autoridad Central.

También se coincidió en la necesidad de dar conferencias y seminarios para los abogados, el Dpto. INTERPOL, los magistrados, defensores, Universidades, etcétera.

Se dieron charlas sobre sustracción a los funcionarios consulares argentinos.

h. Se creó un sistema de pasantías para que otras Autoridades Centrales intercambiaran personal y pudieran obtener mayores conocimientos. Se estableció la conveniencia de dar seminarios en otros países de la Región, a los fines de divulgar el Convenio y de armonizar los criterios de aplicación.

Funcionamiento de la Autoridad Central Argentina

¿Cómo funciona la Autoridad Central Argentina cuando recibe una petición fundada en el Convenio de La Haya, de un menor que ha sido trasladado o retenido en territorio argentino? (como autoridad requerida)

1. Si el niño se encuentra localizado

La Autoridad Central argentina verifica que se cumplan todos los requisitos que establece 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 entre 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.

2. Si no se conoce el paradero del niño

En este caso, la Autoridad Central argentina dará intervención a INTERPOL, organismo encargado de la localización de personas. Una vez localizado el menor, se procederá de acuerdo a la forma señalada en el punto a).

¿Cómo funciona la Autoridad Central argentina cuando recibe una petición fundada en el Convenio de La Haya, de un menor residente argentino que ha sido trasladado o retenido en el extranjero? (como autoridad requirente)

La Autoridad Central argentina brinda asesoramiento 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.

3. Si el niño se encuentra localizado

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 peticionante se mantendrá informado del trámite a través de la Autoridad Central argentina.

4. Si no se conoce el paradero 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.

La Autoridad Central Argentina, en el marco de sus funciones, ofrece los siguientes servicios

Restituciones voluntarias

Esta Autoridad Central ofrece siempre al peticionante la posibilidad de intentar una etapa voluntaria extrajudicial antes de radicar el proceso ante la Justicia. En el caso de los casos entrantes, que son aquellos en los que realizamos 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 nuestros Consulados en el extranjero, en pos de un acuerdo extrajudicial.

Asistencia jurídica

En los casos entrantes, toda vez que esta Autoridad Central no representa en forma directa a los peticionantes, las solicitudes son radicadas ante los Tribunales mediante Defensorías Oficiales y Patrocinios Jurídicos Gratuitos.

Sin perjuicio de ello, los padres podrán optar por contratar un abogado particular, en cuyo caso la Autoridad Central podrá facilitar un listado de abogados de la jurisdicción que corresponda.

Tramitación de documentación

La Autoridad Central colabora con los peticionantes y menores argentinos cuando estos no tienen la documentación de viaje respectiva y en cuyo caso se llevan a cabo gestiones ante las autoridades competentes argentinas para que extiendan dicha documentación.

Visas humanitarias

Ante la imposibilidad del padre requirente de ingresar al país en donde se encuentra el menor, para asistir a audiencias o para ir a buscar al menor, por impedimentos migratorios, la Autoridad Central argentina gestiona ante la Representación extranjera del país donde está el menor, el otorgamiento de la visa humanitaria.

Asistencia económica

Para los casos salientes, el Estado Argentino ha 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 el gasto que el retorno de los niños implica. Este subsidio también puede utilizarse para contratar los servicios de un abogado en el extranjero cuando el Estado Requerido no tiene previsto un mecanismo de asistencia gratuita.

La tramitación del subsidio deberá realizarse en el Ministerio de desarrollo Social, debiéndose reunir los recaudos que allí sean solicitados para su otorgamiento.

A modo de conclusión se puede aseverar, sin lugar a dudas, que las Autoridades Centrales siguen siendo el epicentro de la cooperación, y su accionar es importante y necesario para que el Convenio de 1980 pueda alcanzar sus objetivos.

Comentario de Javier Forcada

Este art. 8 junto con los 27 y 28 recogen la facultad de someter un asunto a las Autoridades Centrales.

Artículo 9º. Si la Autoridad Central que recibe una demanda en virtud de lo dispuesto en el Artículo 8º tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la demanda directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado contratante e informará a la Autoridad Central requirente, o en su caso al demandante.

Comentario de Maria Seoane de Chiodi

§ 1. El artículo dispone que la Autoridad Central será la encargada de direccionar y remitir la solicitud a aquella donde el menor se encuentre o “tenga motivos para creer que se encuentra”, para que actúe en consecuencia. Si le hubiere llegado por requerimiento de otro Estado en el que se hubiere presentado la solicitud inicialmente, informará del nuevo reenvío a la Autoridad Central del Estado requirente y al solicitante. Es decir es el caso que la solicitud le ha sido transmitida a una tercera Autoridad Central, al no encontrarse el menor en el Estado de la segunda. En definitiva la obligación de transmitir la solicitud incumbe a todas las Autoridades implicadas y actuará aquella donde el menor se encuentra sin perjuicio de las medidas directas que pudieren ser tomadas por la requirente.¹¹⁶ Ello en el marco de la obligación de cooperar que tienen las Autoridades Centrales y que se encuentra prevista en el art. 7.

Artículo 10. La Autoridad Central del estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

¹¹⁶ Pérez Vera, ob. cit., pág. 30.

Comentario de María Seoane de Chiodi

Se ha podido determinar, por parte de algunos delegados, que el número de casos que se han resuelto evitando su judicialización, ha sido ciertamente importante. Aquí volvemos a consagrar el principio que la Autoridad Central ocupa un rol importante en el trámite de restitución ya que es ella quien, en esta etapa previa a la judicial o administrativa, dirigirá la evolución del caso y determinará cuando los intentos por llegar a una solución amigable o el retorno voluntario del menor han fracasado.

Quizás esta etapa presente unos de los mayores desafíos que debe afrontar la Autoridad Central, ya que deberá tener en cuenta que el transcurso del tiempo para resolver un caso en la etapa del retorno voluntario o solución amigable, puede ser una estrategia dilatoria del progenitor que ha sustraído al menor, a los efectos de favorecer el arraigo del niño en el Estado de refugio, y así cuando el caso se presente ante la autoridad judicial o administrativa, ante el fracaso de la etapa voluntaria o amigable, ésta pueda denegar el pedido con fundamento en el art. 12, ap. 2 del Convenio. La Autoridad Central deberá mantener el equilibrio entre las obligaciones asumidas: restituir inmediatamente al menor que ha sido trasladado o retenido ilícitamente a su residencia habitual y el de garantizar “la restitución voluntaria” del menor o facilitar una “solución amigable”.

Las medidas utilizadas para ayudar a asegurar el retorno voluntario de un menor (incluyendo la mediación), no deben generar retrasos injustificados en el procedimiento de retorno.¹¹⁷

Por otro lado, es importante manifestar, que no todos los sistemas jurídicos de los Estados Contratantes de la Convención, permiten que en la etapa previa a la presentación de la demanda, ante la autoridad judicial o administrativa, deba intervenir la Autoridad Central. Sin perjuicio de ello, nada obsta a que fracasada la iniciativa de la Autoridad Central, para lograr el retorno voluntario del menor, esta pueda proseguir en el proceso ante las autoridades competentes.¹¹⁸

¹¹⁷ Véase Conclusión I.11, Cuarta reunión de la Comisión especial.

¹¹⁸ La Autoridad Central argentina no solo ha intervenido previamente a la presentación de la demanda en la etapa judicial o administrativa, para lograr soluciones amistosas que permitan el retorno voluntario del menor, sino que habiéndose presentado la demanda ante las autoridades competentes se ha llegado a acuerdos voluntarios ante la Autoridad Central argentina que luego fueron homologados ante la justicia competente.

Como se ha indicado algunas Autoridades Centrales realizan determinadas acciones, previo a la presentación de la demanda, para lograr el retorno voluntario o llegar a una solución amigable, como por ejemplo: enviando una carta al padre sustractor pidiendo el retorno voluntario del menor; contactar directamente al padre demandado, remitir el caso a mediación; considerar los riesgos de fuga, etc. La Autoridad Central, en su caso, deberá evaluar cuando las negociaciones de retorno voluntario no tendrán éxito: existencia de riesgo de fuga, actitud hostil de uno o ambos padres o cuando ha existido un historial de violencia entre las partes.¹¹⁹

Estadística relacionada con retornos voluntarios

Los datos estadísticos muestran que sobre un total de 321 casos iniciados a través del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores entre los años 2005 y 2009, un 13.08% de las peticiones concluyeron con una decisión judicial ordenando el retorno del niño. La segunda categoría en importancia de número de decisiones se halla constituida por los retornos voluntarios con el 12.77%. En consecuencia, el 25.85% de las peticiones concluyeron con el retorno del niño, suponiendo que los acuerdos y decisiones hayan sido efectivamente ejecutados. El porcentaje de solicitudes de restitución rechazadas es de 9.66%. Estos datos se completan con las solicitudes pendientes.¹²⁰

Por su parte de 201 casos iniciados a través de la Convención Interamericana sobre Restitución internacional de menores en el mismo período, un 16,42% de las peticiones concluyeron con un acuerdo de partes con relación al reintegro del niño. La segunda categoría en importancia de número de decisiones se halla constituida por los retornos voluntarios con el 11.44%. En consecuencia, el 27.86% de las peticiones concluyeron con el retorno del niño, suponiendo que los acuerdos y decisiones hayan sido efectivamente ejecutados. El porcentaje de solicitudes de restitución re-

¹¹⁹ *Guía de Buenas Prácticas*, Primera Parte: “Práctica de las Autoridades Centrales”, pág. 53, numeral 4.12.

¹²⁰ Autoridad Central de la República Argentina sobre Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes, Dirección de Asistencia Jurídica Internacional, Dirección Gral. de Asuntos Jurídicos, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

chazadas es muy bajo de 2.99%. En un caso no se ha podido ejecutar aún la restitución por haberse fugado la madre con el niño.

Comentario de Javier Forcada

La importancia de este objetiva ya se vislumbraba en el art. 7, apartado 2c.

Artículo 11. Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Comentario de Graciela Tagle

El proceso debe ser rápido en todas sus fases: ante la Autoridad Central, en el proceso judicial y en las instancias recursivas y en la etapa de ejecución de la orden de resolución. La urgencia en resolver debe llevar al juez a dar el trámite más rápido que prevea la ley local. Ello nos conecta con tres cuestiones fundamentales: el procedimiento; la capacitación de los operadores jurídicos y la organización judicial. En cuanto a la primera, en caso de que las leyes internas de procedimiento no contemplen procesos de urgencia que se adecuen a las especiales características de la restitución internacional de niños, el dictado de leyes adjetivas debe ser un tema prioritario. Ahora bien la premura con que deben ser resueltas estas solicitudes no implica ausencia de un proceso. Ello es clave pues en tal caso será el

proceso fulminado con la declaración de nulidad. En un reciente fallo en el que se resolvió la restitución internacional de un niño¹²¹ a los Estados Unidos de Norteamérica, la Suprema Corte de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires ha declarado la nulidad de oficio de todo lo actuado con fundamentos contundentes y ha dicho: “Sea cual fuere la vía adecuada, por más sumariedad y urgencia que corresponda otorgarle al proceso salta a la vista la necesidad de que exista un proceso”. Las razones para ello: el inferior dispuso denegar la prueba ofrecida por la demandada por exceder el marco de la ley 23857 y con relación al pedido que efectuó de explicación en relación al dictamen pericial dijo: “no siendo una impugnación en sentido técnico no ha lugar”. Por ello considera el Alto Cuerpo que “la denegación lisa y llana de la prueba ofrecida implica una estrepitosa y flagrante violación a las garantías de la defensa y el debido proceso legal por haber privado al oponente del acceso a la tutela judicial efectiva al denegar arbitrariamente la posibilidad de producir pruebas”.

En un comentario al fallo realizado en una revista jurídica destaco que la ausencia de trámite devino en la declaración oficiosa de nulidad de la sentencia de mérito dictada por el a quo. Este problema se plantea al no contar con un proceso específico para estas solicitudes, lo que en casos como el que tratamos deja su implementación a la “discrecionalidad del juez” provocando al demandado la restricción de su defensa, regla de rai-gambre constitucional.

Ello lleva a afirmar que el trámite que se imprima a la solicitud debe lograr equilibrio entre la celeridad con que debe ser resuelto el caso y la seguridad jurídica que impone el respeto irrestricto de principios tales como la bilateralidad, contradicción, defensa en juicio y respeto por la garantía de igualdad de las personas frente a la ley y al proceso¹²². Si este difícil equilibrio no se logra, la anulación es la consecuencia procesal.

El fundamento de la urgencia en resolver está dado en neutralizar de manera ágil y sumaria las vías de hecho utilizadas por quien ha actuado por mano propia¹²³. No olvidemos que el paso del tiempo desvirtúa el

¹²¹ SCJ de Buenos Aires, 15/07/2009, “V., M. J.”, *Actualidad Jurídica - Familia & Minoridad*, N° 68, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, diciembre 2009; *Actualidad Jurídica on line*, código unívoco: 13851.

¹²² Kielmanovich, Jorge, *Proceso de familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 31.

¹²³ C.104.149, “V., M. J. - Exhortos y oficios”.

espíritu del tratado, que es la inmediata restitución del niño. Más aún cuando los procedimientos se hubieren iniciado después de expirar el plazo de un año desde que se produjo el traslado ilícito, se ordenará la restitución salvo que quede demostrado que el menor se ha integrado a su nuevo medio. Es decir ya no es inmediata la restitución sino que exige la demostración de que es en interés del niño¹²⁴.

Ahora bien, no solo es necesario contar con leyes adjetivas que se adecuen a las características de estas solicitudes sino que es esencial contar con magistrados capacitados en la aplicación del Convenio en estudio. Por ello es importante continuar con los esfuerzos que se están llevando adelante en orden al entrenamiento constante de jueces que asegure la capacitación y con ella la correcta implementación del Convenio¹²⁵. La organización de seminarios nacionales, regionales e internacionales y la comunicación de los jueces en las diferentes regiones, los trabajos en red desde la judicatura y las Autoridades Centrales ayudarán a lograr una confianza mutua que redundará positivamente en su implementación. Por último cundo referimos a la organización de **la justicia, nos referimos a la atribución de competencia en tribunales especializados para conocer de estas solicitudes**. En tal sentido la creación de **tribunales** de familia es un avance pero se advierte en general la falta de entrenamiento de los magistrados que tienen que resolver casos en esta materia. Esta realidad ha sido sesgada en algunos Estados Partes concentrando la competencia sobre controversias internacionales relativas a menores, solución que se vuelve de difícil implementación en algunos países. Por último¹²⁶ a los fines de respetar el plazo máximo que debería tardar el juez en resolver, tras el cual el demandante o la Autoridad Central de Estado requerido pueden solicitar una declaración en razón de la los motivos del atraso, en la oportunidad en que la Autoridad Central del Estado requerido haya recibido la respuesta tendrá obligación de informar al Estado requirente o al demandante en caso que él hubiere presentado la demanda. Nos preguntamos de qué plazo se trata. Nos inclinamos por pensar que se trata de un plazo meramente ordenatorio es decir aquel plazo que se establece a los fines de orientar el dictado de la resolución en tiempo prudente. La razón estriba en que pue-

¹²⁴ Art. 12, segundo párrafo.

¹²⁵ The Judge 's Newsletter, Vol. XI, pág. 61.

126

den existir razones que justifiquen la demora. En caso que no se cumpla con el requerimiento o exista contumacia podría traducirse en una sanción disciplinaria.

*Datos estadísticos vinculados a la duración de los procedimientos*¹²⁷

A continuación se consigna los últimos datos estadísticos.

Los resultados analizados comprenden todas las peticiones efectuadas y recibidas durante los años 2001 a 2009 inclusive, sin contar si el resultado se ha alcanzado ese año o posteriormente. Los casos que aún no han sido resueltos se indican como pendientes.

Si tomamos los resultados en relación a ambos Convenios en el período años 2001-2009: Un alto porcentaje de casos (20% del total) ha finalizado por acuerdo de partes, el que ha sido producido en una instancia previa al juicio o en la instancia jurisdiccional propiamente dicha. Favorable a la petición han sido resueltos un 57.04% por sentencia judicial acogiendo la restitución, en tanto en el 42.92% restante se ha rechazado la solicitud.

Cabe señalar que en el porcentaje de casos desistidos se encuentran comprendidos aquellos que han finalizado por haber alcanzado el niño la edad de 16 años, momento en que cesa de aplicarse el Convenio. Ello ha sucedido en 9 casos entre los años 2001 y 2009.

Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Modo de resolución de los casos en el período comprendido durante los años 2005-2009

Muestra que sobre un total de 321 casos iniciados a través del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores entre los años 2005 y 2009, un 13.08% de las peticiones concluyeron con una decisión judicial ordenando el retorno del niño, mientras que se produjeron retornos voluntarios en el 12.77% de los casos tramitados en esos años. En consecuencia, el 25.85% de las peticiones concluyeron con el retorno del niño, suponiendo que los acuerdos y decisiones

¹²⁷ Autoridad Central de la República Argentina sobre Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes. Dirección de Asistencia Jurídica Internacional, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

han sido efectivamente ejecutados. El porcentaje de solicitudes de restitución rechazadas es de 9.66%.

Las solicitudes de visita acordadas voluntariamente constituyen el 5.92% de los casos. Cabe señalar que el porcentaje de visitas acordadas voluntariamente comprende también los casos en los que se había solicitado la restitución del/los niño/s y se acordó, tanto en instancia prejudicial, como judicial, un régimen de visitas para el peticionante, aceptando el mismo que los niños permanecieran en el Estado de refugio. Por su parte, las visitas ordenadas judicialmente ascienden al 3.12% y las rechazadas judicialmente al 1.87%. Un 20.87% de los procedimientos está todavía pendiente.

El 22.74% de los casos iniciados durante los años 2005 a 2009 ha sido desistido (este número surge de un relevamiento realizado por esta Autoridad Central en el año 2010, a raíz del cual se cerraron aquellos casos que no habían tenido movimiento por más de un año calendario, debido a la falta de impulso del peticionante). Los casos que no han llegado a la instancia judicial ni han sido resueltos por acuerdo de partes han finalizado de la siguiente manera: el 8.41% de los casos ha finalizado por rechazo de la Autoridad central, en tanto que no pudo ubicarse al niño en el 1,56% de los casos.

Tal como se aclaró anteriormente, la categoría correspondiente a los casos en los cuales el niño ha alcanzado 16 años de edad se encuentra comprendida en la categoría “casos desistidos”, los que ascienden en el período indicado a 3 casos.

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Modo de resolución de los casos en el período comprendido durante los años 2005-2009

Muestra que sobre un total de 201 casos iniciados a través de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores entre los años 2005 y 2009, un 16.42% de las peticiones concluyeron con un acuerdo de partes con relación al reintegro del niño. La segunda categoría en importancia de número de decisiones se halla constituida por las decisiones judiciales ordenando el retorno del niño, que ascienden al 11.44% de los casos. En consecuencia, el 27.86% de las peticiones concluyeron con el retorno del niño, suponiendo que los acuerdos y decisiones hayan sido efectivamente ejecutados. El porcentaje de solicitudes de restitución rechazadas en virtud de la Convención Interamericana es muy bajo, ascen-

diendo al 2.99%. En un caso no se ha podido ejecutar aún la restitución por haberse fugado la madre con el niño.

Las solicitudes de visita acordadas voluntariamente constituyen el 4.48% de los casos, siendo el modo principal en que han sido resueltos los casos de visitas, tal como sucede en los casos que tramitaron a través del Convenio de La Haya. Las visitas ordenadas judicialmente ascienden al 1.49%, no habiéndose rechazado ninguna solicitud de visitas realizada en el período indicado hasta el momento. Un 31.84% de los procedimientos se encuentra pendiente.

El 25.87% de los casos iniciados durante los años 2005 a 2009 ha sido desistido (estos números surgen de un relevamiento realizado por esta Autoridad Central en el año 2010, a raíz del cual se cerraron aquellos casos que no habían tenido movimiento por más de un año calendario, debido a la falta de impulso del peticionante; y comprenden aquellos casos en los cuales el niño ha alcanzado 16 años de edad, que anteriormente tenía una categoría especial). Los casos que no han llegado a la instancia judicial ni han sido resueltos por acuerdo de partes han finalizado de la siguiente manera: el 1% de los casos ha finalizado por rechazo de la Autoridad Central, en tanto que no pudo ubicarse al niño en el 4.48% de los casos.

En el caso de ambos convenios, del total de casos iniciados entre los años 2005 y 2009 que han sido resueltos en sede judicial, se ha obtenido una resolución favorable a la solicitud en el 64.46% de los casos, en tanto que un 35.54% de las solicitudes fueron rechazadas.

Es notable que la mayor cantidad de casos resueltos se ha fundado en un acuerdo de partes. En tal sentido, en un 19.54% de los casos se ha arribado a algún acuerdo relativo a la restitución del niño o a la determinación de un régimen de visitas. Los acuerdos han sido alcanzados por diversos medios (por intervención de la autoridad central, del juez, o por acuerdo de partes sin mediar intervención externa).

Se encuentran pendientes al 31 de diciembre del año 2009 el 25.10% de los casos iniciados entre los años 2005-2009 (131 casos) y 7 casos iniciados entre los años 2001 y 2004.

Se deja constancia que los resultados han sido evaluados al 31 de diciembre de 2009, sin importar si los casos fueron resueltos durante el año de inicio o posteriormente. A continuación se analizará la duración de los procedimientos y se dará un panorama del tiempo promedio de duración de los casos resueltos en sede judicial.

Comentario de Javier Forcada

Desde una perspectiva española y europea es fácil apreciar por un mecanismo de mera comparativa, que en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, el plazo de 6 semanas no es obligatorio y que solo impone la indicada posibilidad de utilizar un mecanismo de presión convencionalmente previsto, y ello frente al Reglamento Bruselas II bis o 2201/2003, que refuerza, y mucho, la necesidad de respetar tal plazo, que en España se impone como coercitivo en el Art. 1902 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ejemplo, en España, donde la ejecutividad de la resolución que decreta el retorno puede depender de una apelación en un efecto a resolver en 20 días, suele considerarse apropiado, como medida que garantiza la celeridad y respeta la decisión de una segunda instancia, aun siendo el recurso de apelación en un solo efecto, el que pueda señalarse en la instancia el retorno en plazo levemente superior al de 20 días que tiene la Audiencia Provincial para resolver el recurso de apelación. Esto ya se comentó. Incluso, se puede llegar a plantear por parte de las autoridades centrales, como ha sucedido en algún país, la no presentación de recurso alguno contra las resoluciones judiciales de instancia denegatorias del retorno de menores con una finalidad de aceleración de la resolución de este tipo de procesos, salvo casos especialmente graves en punto a una posible vulneración de normativa esencial. Eso sí, muchas veces el retraso procede de la voluntad de los propios particulares involucrados, que tardan en actuar frente a fenómenos de sustracción. En este sentido, y en el marco de los trabajos de la Red Judicial Española de Cooperación Internacional, se ha advertido sobre una práctica real muy usada con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, resaltándose que, lamentablemente, es habitual que los ciudadanos/as españoles/as que han sido privados de la custodia de forma ilícita mediante traslado no voluntario de los menores, se limiten a instar tan solo unas medidas provisionales ante los tribunales españoles, lo cual es posible al amparo del art. 19 del Convenio, sin accionar en petición del retorno de forma rápida o al tiempo, debiendo tomarse conciencia social de que transcurrido un año desde el desplazamiento, es más que probable, que se deniegue la restitución. Acerca del plazo de seis semanas y de la ejecutividad de la resolución de restitución, no dejan de suscitarse polémicas en la práctica. Evitar que un caso de sustracción, se convierta, por el mero paso del tiempo, de uno de restitución en otro de custodia, pasa, además de por la rápida ejecución de la

resolución dictada, por una previa y eficaz gestión del desarrollo del proceso para obtener la resolución de restitución de forma ágil. Precisamente, muy relacionado con el factor tiempo, lo está el fenómeno del desplazamiento del menor de un lugar a otro. En caso de movimiento del menor de uno a otro estado, podría pensarse que el Reglamento Bruselas II bis en Europa habilita la posibilidad de que una orden de retorno dictada en un estado para otro determinado, pueda hacerse efectiva en otro estado distinto de aquel en el que inicialmente se encontraba el menor, cuando el Reglamento Bruselas II bis no parece haber previsto este caso, y que, por ello, es posible que hubiera de iniciarse un nuevo proceso en el estado donde el menor ahora esté presente. Es el problema que surge cuando el sustractor se mueve de un estado europeo a otro antes de que una orden de retorno haya sido ejecutada¹²⁸. Por ello, ante la existencia de un plazo no vinculante caso del Convenio de 25 de octubre de 1980, es claro que el Reglamento Bruselas II bis en punto al plazo de las seis semanas marca una clara llamada de atención sobre la importancia del factor tiempo en estos casos. También plantea graves dudas la redacción actual del art. 11.3 del Reglamento Bruselas II bis, acerca de si debe ser ejecutiva la resolución que se dicte en el plazo de seis semanas. Desde luego, el apartado 3 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003, no especifica que tales resoluciones, que deben dictarse en el plazo de seis semanas, sean ejecutivas en el mismo plazo, pero pese a ello, es deseable que las normas internas de cada estado les den carácter ejecutivo. Eso sí, esta es una opinión personal, ya que muchos colegas europeos siguen considerando que es preciso esperar

¹²⁸ En el caso del art. 42 del Reglamento 2201/2003, tampoco bien resuelto legislativamente en el sentido de no haberse previsto todas las posibilidades, es muy clara la exposición de la guía práctica, meramente orientativa, sobre esta crucial materia ya que señala que debe hacerse hincapié en que la resolución del órgano jurisdiccional de origen tiene automáticamente fuerza ejecutiva en todos los Estados miembros, y no solo en el Estado miembro en el que se pronunció la resolución de no restitución. Ello se desprende claramente del tenor del artículo 42, apartado 1, y responde al objetivo y espíritu del Reglamento. El traslado del menor a otro Estado miembro no tiene ninguna incidencia en la resolución del órgano jurisdiccional de origen. No es necesario incoar un nuevo procedimiento para la restitución del menor con arreglo al Convenio de La Haya, sino simplemente ejecutar la resolución del órgano jurisdiccional de origen.

a tener los resultados de la resolución de la segunda o tercera instancia¹²⁹. Desde luego, en punto a celeridad, nuestro Reglamento Bruselas II bis, es más exigente que el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, cuyo artículo 11, en esta materia, solo concede cierto derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Insisto, por ello, en que la cuestión de la celeridad es clave, y que la falta de diligencia en la recuperación de un menor retenido en el extranjero, es caso a menudo enjuiciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo en la sentencia de 29 de abril de 2003 en violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo relativo al derecho de toda persona al respecto de su vida privada y familiar, habiendo señalado en estos casos el Tribunal que *cuando están en juego los derechos de los menores, el Convenio europeo ha de interpretarse a la luz de lo previsto en la Convención de La Haya, instrumento cuyos arts. 3, 7, 12 y 13 hubiesen permitido adoptar toda una serie de medidas destinadas a hacer efectivo el inmediato retorno del menor, mediante actuaciones de cooperación judicial internacional. A juicio del Tribunal, la falta de diligencia por parte de las autoridades españolas, a la hora de promover tales actuaciones,*

¹²⁹ La guía práctica, sobre esta materia ya señala que por lo que se refiere a las resoluciones que ordenen la restitución del menor, el apartado 3 del artículo 11 no especifica que tales resoluciones, que deben dictarse en el plazo de seis semanas, sean ejecutivas en el mismo plazo. Sin embargo, ésta es la única interpretación que garantiza efectivamente el objetivo de asegurar la rápida restitución del menor dentro del plazo estricto. Este objetivo podía socavarse si la legislación nacional permitiera la posibilidad de recurrir una orden de restitución y suspendiera mientras tanto su ejecución, sin imponer ningún plazo al procedimiento de recurso. Por estas razones, la legislación nacional debe intentar garantizar que una orden de restitución dictada dentro del plazo prescrito de seis semanas tenga “fuerza ejecutiva”. La manera de lograr este objetivo compete a la legislación nacional. Pueden preverse diversos procedimientos para ello, por ejemplo: a) La legislación nacional puede excluir la posibilidad de recurrir contra una resolución que implique la restitución del menor, o b) La legislación nacional puede permitir la posibilidad de recurso, pero estipulando que una resolución que implique la restitución del menor tiene fuerza ejecutiva en tanto se sustancia el recurso. c) En caso de que la legislación nacional permita la posibilidad del recurso, y suspenda la ejecución de la resolución, los Estados miembros deben establecer procedimientos para procurar que se acelere la vista del recurso respetando el plazo de seis semanas. Los procedimientos descritos arriba deben aplicarse *mutatis mutandis* también a las resoluciones de no restitución para minimizar el riesgo de procedimientos paralelos y resoluciones contradictorias. En caso contrario, podría ocurrir que una de las partes recurra una resolución de no restitución que se dicta inmediatamente antes de que se agote el plazo de seis semanas y al mismo tiempo solicite que el órgano jurisdiccional competente de origen examine el caso.

*resulta contraria al Convenio Europeo...*¹³⁰. Un fenómeno de cierta relevancia, es el de los retrasos producidos cuando se obliga a las partes a mediaciones previas al inicio del proceso judicial tras una sustracción en sí, con la finalidad loable de propiciar que las partes lleguen a un acuerdo, pero cuando las gestiones suelen prolongarse a tal efecto de forma inapropiada durante meses sin alcanzarse acuerdo alguno, lo que determina en la práctica que el espacio de tiempo transcurrido lo es, evidentemente, en beneficio de la posición del sustractor y de la consolidación de una situación de hecho ilícita que se pretende destruir. Este tipo de situaciones se han dado en supuestos concretos ente España y Holanda, por ejemplo, y así en la tercera reunión de Autoridades Centrales designadas bajo el Reglamento Bruselas II bis, que se produjo el 8 de junio de 2009 en Praga, República Checa, Holanda ya anunció que iba a presentar un proyecto piloto que solventase el problema de la mediación previa obligatoria de las partes, de tal modo que habría dos vistas, una para ver la situación de la responsabilidad parental y ofrecimiento de la mediación y una segunda fase donde ya se fija la vista del segundo caso tras el proceso de mediación. Solo habría así una o dos semanas entre una y otra vista para llevar el caso al tribunal y se limitaría el tiempo dedicado a la mediación.

¹³⁰ La guía práctica señala que en este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que una vez que las autoridades de un Estado contratante del Convenio de La Haya de 1980 establezcan que, conforme al Convenio, se ha trasladado ilícitamente a un menor, tienen el deber de emplear los medios adecuados y efectivos para asegurar la restitución del menor. Su incumplimiento constituye una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (respeto de la vida familiar) (véase por ejemplo el asunto Iglesias Gil y A.U.I. v. España de 29 de julio de 2003, apartado 62). Los Estados contratantes deben disponer de medios adecuados y efectivos de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones positivas de conformidad con el artículo 8 del Convenio (véase por ejemplo los asuntos de Maire v. Portugal de 26 de junio de 2003, apartado 76 e Ignaccolo-Zenide v. Rumania de 25 de enero de 2000, apartado 108). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha puesto de relieve que los procedimientos relativos a la concesión de la responsabilidad parental, incluida la ejecución de la resolución final, requieren su urgente tramitación pues el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en las relaciones entre el menor y el progenitor con el que no vive. La suficiencia de una medida debe por lo tanto ser juzgada por la rapidez de su ejecución (véanse por ejemplo los asuntos Ignaccolo-Zenidi v. Rumania, del 25 de enero de 2000, apartado 102, y Maire v. Portugal, del 26 de junio de 2003, apartado 74).

Artículo 12. Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3º y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la demanda de restitución del menor.

Comentario de Graciela Tagle

Los dos supuestos previstos en el artículo tienen directa relación con el factor tiempo para ordenar el retorno del menor. En el primer supuesto, se ordenará la inmediata restitución del menor, si a la fecha de iniciación del procedimiento no hubiere transcurrido un año desde que se produjo el traslado o retención, salvo que se configure alguna de las causas de excepción establecidas en el art. 13. El segundo supuesto refiere al caso que hubiere transcurrido el plazo de un año: podrá ordenarse el retorno del niño, salvo que se demuestre que el menor ha quedado integrado al ámbito de aquel a quien se le reclama. En tal caso la obligación de restituir no es inmediata como en la hipótesis anterior, sino que se impone analizar si el menor ha quedado integrado a su nuevo medio por aplicación del principio del “interés superior”. La prueba del aquerenciamiento está a cargo de quien lo invoca, es decir el sustractor. Ahora bien la situación descrita para constituirse en excepción al retorno, necesita de un requisito adicional: la inacción por parte de quien ha visto violado su derecho de guarda y no acciona hasta haberse cumplido el año. ¿Cómo se computa el plazo? Se computará a partir de la fecha en que debía ser devuelto el niño o cuando se negó el consentimiento a una extensión de la estadía del menor en un lugar diferente al de su residencia habitual. Por ello quien reclama la resti-

tución de un niño debe actuar con celeridad a los efectos de que la nueva situación no se consolide. Esta solución reafirma lo dicho anteriormente, por encima de todo el Convenio preserva el interés del menor.

La jurisprudencia nos da el fundamento al término temporal inserto en el articulado, cuando refiere a 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. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 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 dispone: “Ejercido el derecho dentro del plazo, no cabe efectuar consideración alguna sobre la proximidad de su vencimiento. En todo corte producido en un continuo temporal relacionado con la adquisición o pérdida de un derecho, no resulta posible efectuar tales disquisiciones, ya que el legislador es quien ha sopesado la conveniencia de fijar un plazo determinado y fija su extensión... de todos modos, incluso aún vencido dicho plazo, deberá ordenarse el retorno del menor, salvo que se haya integrado en su nuevo medio, disposición que se explica en mérito al especial papel que juega el juez de menores y familia en la apreciación de lo que mejor conviene al interés del menor”¹³¹.

En el caso en que hubo expirado el año -segunda hipótesis del Artículo en estudio- la doctrina judicial reafirma lo señalado y nos dice que la restitución cuando ha transcurrido el año, exige la demostración de que sea en interés del menor preservar el status quo. Ello requiere de acreditación por parte del sustractor y consecuentemente, de ordenarse la restitución nunca será en forma inmediata.

La doctrina judicial nos enseña que no puede considerarse inaplicable el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores con fundamento en lo dispuesto por su art. 12, salvo que se demuestre que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio y así sostiene: “Sobre este punto considero que la cuestión se encuentra definida con claridad con el informe de fs. 431/432 de la licenciada SGG donde además de ponderar la importancia de la relación de L. con su padre señala la

¹³¹ CNCiv., Sala I, 14/09/1995, “S. Z. A. A.”.

circunstancia de que el mismo no presenta características que hicieran temer que en su compañía, la menor corra riesgo físico, psíquico o moral. Asimismo se verifica que ambos progenitores se encuentran en condiciones de ejercer la custodia como lo establece el tribunal español y se consigna que “la menor se encuentra adaptada al medio familiar del que participa actualmente pero que debe tenerse en cuenta que la adaptación no es lo mismo que integración. Y que al momento del examen no se observa que L. pueda integrarse sin realizar tratamiento psicoterapéutico adecuado que permita lograr una sana dinámica a su crecimiento. Vale decir no hay inconveniente alguno para que la menor vuelva a España con los resguardos mínimos que el caso requiere”¹³². Con estos fundamentos entre otros la Excm. Cámara revoca la decisión del aquo y restituye la menor a su padre.

Otro caso interesante donde no se ha logrado probar el aquerenciamiento resulta el de un menor que tenía dos años en la fecha del supuesto traslado ilícito. En 1991, su padre se lo llevó de su hogar en Australia. El 20 de abril de 1994, la Juvenile Division of the Portage County Court of Common Pleas (División de Menores del Tribunal de Acciones Civiles del Condado de Portage) ordenó la restitución del menor. El padre apeló la decisión, ésta fue desestimada y consecuentemente se ordenó la restitución con fundamento en que no se habían demostrado la procedencia de las excepciones en la medida exigida en virtud de los artículos 13, apartado 1, letra b) y 12, apartado 2. En cuanto a la integración del niño se destacó que si bien habían transcurrido tres años entre la sustracción y la presentación de la solicitud de restitución, el menor solo había estado en Ohio durante diez meses antes del inicio del proceso. No había evidencia de que lo hubiera inscripto en la escuela o en otras actividades ni que el niño hubiera desarrollado relaciones con otras personas salvo aquéllas específicamente elegidas por el padre¹³³.

La jurisprudencia también refiere al caso de un menor que contaba con 3 años y 3 meses a la fecha de la supuesta sustracción ilícita. Había nacido en Grecia y vivido allí durante la mayor parte de su vida. Los padres estaban casados, pero se separaron a principios de diciembre de 1990. En la

¹³² CNCiv., Sala H, 02/03/1995, “A.L.A”, publicado en LL, 1996-B-611.

¹³³ *In re Coffield*, 96 Ohio App. 3d52,644 N.E. 2d 662 (1994). Ref. INCADAT HC/E/138. Estado requirente: Australia; Estado requerido: EE.UU.

primavera de 1991, la madre viajó a Inglaterra, su estado de origen, con el menor durante aproximadamente cuatro meses. Después de su regreso a Grecia en mayo o junio de 1991 hubo algún contacto entre el padre y el menor, pero todo contacto a partir del 7 de diciembre de 1990 fue en presencia de la madre. El diecinueve de marzo de 1992, la madre obtuvo la custodia provisoria por parte del tribunal de Atenas. El 14 de abril de 1992 la madre emitió una nueva solicitud en Atenas para obtener una orden sustantiva con respecto al cuidado del menor y su manutención. Sin embargo, la solicitud no logró una audiencia debido a una huelga local de abogados. El contacto entre el padre y el menor se reanudó por mutuo acuerdo en septiembre de 1992. En julio de 1993 el padre amenazó con llevarse al menor lejos de la madre. El 30 de julio de 1993 la madre llevó al menor a Inglaterra sin notificar al padre. El doce de agosto de 1993 la madre obtuvo una orden de residencia con respecto al menor por parte del Tribunal del condado de Gloucester (Gloucester County Court). El diecinueve de octubre de 1994 el padre emitió una solicitud para que el menor fuera restituido a Grecia. Se denegó la restitución con fundamento a que el traslado del menor a Inglaterra no era sustracción ilícita para la ley griega. En cuanto a la integración del niño a su nuevo medio¹³⁴, se dijo: La citación civil fue emitida quince meses después de la supuesta sustracción. Toda supervisión del grado de asentamiento del menor debe considerar en base al asentamiento emocional y psicológico, así como el asentamiento físico. En la perspectiva de un menor de cuatro años, quince meses era una experiencia muy sustancial de la infancia y la madre habría tenido éxito en demostrar que el menor estaba asentado en su nuevo entorno en Inglaterra dentro de los términos del art. 12¹³⁵.

Comentario de Javier Forcada

En la práctica española, una cuestión muy interesante al hilo de este precepto lo es la relativa a cómo se computa el plazo del año. Lo cierto es que el plazo de un año, que no debe admitir interrupción de ningún tipo, hace abstracción de los problemas de localización del menor, y que la refe-

¹³⁴ Art. 12, segunda hipótesis.

¹³⁵ HC/E/UK21 Estado requerente: Grecia; Estado requerido Reino Unido-Inglaterra; 23/11/9; Re M.(1996) 1FLR315 INCADAT

rencia a la fecha de inicio del proceso evita problemas de posibles retrasos en la tramitación de los procesos, al ser muy distinta tal fecha de aquella otra en la que, por ejemplo, se inició el proceso ante la autoridad central o se la requirió de intervención, en casos como el español en el que es la autoridad judicial, distinta de la autoridad central administrativa, la que decide las peticiones de retorno. Ello sentado, no parece dudoso que el plazo deba empezar a correr desde la fecha en la que el menor debió ser devuelto o desde que el titular de la custodia se negó a una extensión de la estancia del menor en otro lugar distinto al de su residencia. La jurisprudencia en España suele entender que el “dies a quo” comienza en la fecha que tuvo lugar el traslado y que en el caso de la retención, la fecha será aquella en que comenzó a ser ilícita, es decir, en el momento en que hubiera debido reintegrarse al menor. En todo caso el plazo de un año que fija el Convenio de la Haya de 1980 en su artículo 12 debe tomarse siempre como referencia para limitar los retornos, habiendo opiniones que aconsejan fijar un límite temporal de manera absoluta, sobrepasado el cual, la restitución solo sea posible en circunstancias excepcionales. Siempre se ha valorado la posible actitud dolosa del sustractor, o las circunstancias del menor cuando se producen, por ejemplo, restituciones de menores de corta edad sustraídos hace varios años a progenitores a los que ni siquiera conocen, o que ya no recuerdan, lo que puede producir daños psicológicos irreversibles a los menores que se han de evaluar previa y oportunamente al retorno. A nivel práctico, transcurrido el plazo del año, son pocas las resoluciones que ordenan el retorno del menor con base en el recurso al mecanismo de la integración. Lo cierto es que la terminología siempre es una poderosa arma para resolver estos casos en función del caso concreto. Así se habla de arraigo, integración y adaptación como de cosas distintas, siendo la palabra integración, por ejemplo, la que dota de mayor contenido y exigencia a la situación del menor por referencia a una mera o sola adaptación, y siendo el arraigo, frente a las dos previas palabras, algo que iría más allá de la escolarización del menor, que en España es obligatoria, o del aprendizaje de la lengua, dada la gran capacidad de los menores para adaptarse a las nuevas situaciones. Tampoco se debe dejar de mencionar la dificultad añadida para que el juez valore, a nivel de comparación, lo que el menor dejó atrás, cuando normalmente no dispondrá de elementos de juicio y de prueba mínimos para ello, y es importante focalizar el momento de la valoración de si existe o no arraigo, ya que tal momento

debe ir referido a la fecha de presentación de la demanda de restitución y no a la de resolución del procedimiento, en evitación de que los retrasos judiciales, por ejemplo, beneficien al sustractor. Tampoco hay que perder de vista que este artículo y el art. 18 del convenio merecen un tratamiento conjunto al ser complementarios, constituyendo una pieza clave del sistema.

Artículo 13. No obstante lo dispuesto en el Artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

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

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

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. La obligación genérica a restituir que dispone el art. 1 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de menores de 1980 y la Convención Interamericana de Montevideo so-

bre Restitución Internacional de menores adoptada en Montevideo¹³⁶ contempla excepciones ordinarias y extraordinarias, en los arts. 13 y 20 y en los arts. 11 y 25 respectivamente. Analizaremos aquellas previstas en el artículo en comentario. Deben interpretarse taxativamente y son las siguientes: a) cuando el peticionante no ejercía efectivamente el derecho de custodia al momento del traslado o retención o hubieren consentido con posterioridad tal traslado; b) cuando existe un riesgo grave de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico y cuando se comprobare que el propio menor se opone a su restitución y la autoridad considerara que conforme su edad y madurez se justifica tener en cuenta su opinión. Conforme lo señala el Informe explicativo, la primera excepción prevista en el 13 a) reconoce que las autoridades judiciales o administrativas no está obligadas a restituir al niño cuando se da la situación de hecho, anterior al traslado o retención ilícita de no ejercicio efectivo de la custodia que se invoca, o cuando dio la conformidad posterior a que se produjera la acción que ahora denuncia, mostrando una aceptación a la situación creada. En el 13 b) las excepciones se basan en la consideración del interés del menor que consiste precisamente en no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será una situación estable, que cede frente al interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico o colocada en una situación intolerable. Asimismo la opinión del menor es decisiva cuando se dan determinadas condiciones, la edad y la madurez suficiente para tener en cuenta su opinión. En tercer lugar el art. 20 admite las excepciones extraordinarias cuando “no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Así como la Convención menciona las condiciones necesarias para que se active el mecanismo de cooperación para el logro de su objetivo primordial, a la par enuncia las causas de excepción. Estas son taxativas y de interpretación restrictiva. En lo procesal el planteo invierte la carga de la prueba con una particularidad: quien debe probar la existencia de estas causales no es solo el sustractor sino cualquier persona o institución pública o privada, podrá presentarse en el proceso acompañando las pruebas tendientes a la demostración de la in-

¹³⁶ En adelante Convenio de La Haya y Convenio de Montevideo respectivamente.

conveniencia del retorno del menor a su residencia habitual¹³⁷. En el primer supuesto se dice que no hay ejercicio efectivo del derecho de custodia entendiéndose por tal el derecho al cuidado del menor y el de decidir su lugar de residencia¹³⁸. La interpretación de “ejercicio efectivo” de la custodia incluso comprende la situación de la no convivencia por justificadas razones tales como enfermedad, trabajo, estudios¹³⁹. Vale decir que esta situación fáctica debe ser ponderada por el juez en cada caso particular. Abona esta interpretación la doctrina judicial cuando sostiene: “Tampoco resultan atendibles las objeciones vertidas por la apelante en cuanto expresa que el padre no ejerce la custodia efectiva de la niña. Cabe señalar que aún cuando el cuidado directo de la persona de la menor esté confiado a la abuela paterna, ello se cumple en el marco de las funciones de custodia y guarda que le han sido acordadas al padre.”¹⁴⁰.

En la segunda hipótesis relacionada en a): Cuando el progenitor despojado de aquel derecho, denota actitud tolerante con el desplazamiento o no retorno del menor, despoja al traslado de su condición ilícita transformándolo en un simple cambio de residencia sin consecuencias jurídicas¹⁴¹. Otro de los supuestos de excepción que establece el artículo es el grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable. Refiere a acontecimientos en las que la sustracción internacional se ha operado, pero el retorno sería “contrario a su interés” ya que puede afectar su propia integridad física o psíquica. Puede serlo por causas que se relacionen con la idoneidad de quien solicita la restitución, ya sea que se trate de una persona con desequilibrio psíquico, adicción al alcohol, drogadicta, un abusador o por causas exógenas que se puedan catalogar de intolerables para el menor, lo que implica mirar los graves riesgos o peligros que encontrará a su regreso al lugar de su residencia habitual, que incluso podrían hasta explicar la causa del traslado o

¹³⁷ Arcagni, José Carlos; L.L., ob. cit., pág. 1026.

¹³⁸ Art. 4 del Convenio de La Haya y art. 3 Convenio de Montevideo.

¹³⁹ Informe explicativo de Pérez Vera, Elisa, art. 13, N° 115, pág. 34.

¹⁴⁰ TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, A.I. N° 19, 27/12/2006, “R. B. F. H. c/ M. A. C. - Restitución internacional”, *Actualidad Jurídica - Familia & Minoridad*, N° 38, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba; *Actualidad Jurídica on line*, código unívoco: 11700.

¹⁴¹ Miralles Sangrón, P. P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid. 1989, pág. 190.

retención. La prueba debe ser contundente ya que, se trata de situaciones fácticas de riesgo intolerable y actual y comprobable por la autoridad en su contacto con el menor, desechando aquellas basadas en hipótesis, conjeturas o planteos banales cuyo juicio quedará en definitiva a cargo del juez que resuelva la cuestión de fondo a plantearse en su caso¹⁴². Por otra parte el magistrado debe juzgarla con criterio restrictivo pues de lo contrario una interpretación amplia provoca que la excepción se vuelva la regla al momento de decidir. La vasta jurisprudencia en la materia nos muestra que el grave riesgo es la defensa que con mayor frecuencia se invoca en el entendimiento equivocado, que se ajusta a todas las situaciones. También se observa que en ocasiones se desvirtúa el fin perseguido justificando el no retorno con apreciaciones que hacen referencia no ya al peligro grave, sino al bienestar del niño desde el lugar de refugio volviendo la mirada a cual de los dos progenitores está en mejores condiciones de ejercer el cuidado del niño. Ello claramente significa confundir el objeto del juicio que es la restitución inmediata sin entrar a indagar cuál de los progenitores está en condiciones de brindar mayor satisfacción al niño, lo que será objeto del posterior juicio de custodia una vez operada la restitución o rechazada la misma. En algunos casos jurisprudenciales se observa que bajo la invocación del principio del “interés superior del menor” se juzga el bienestar del niño en su situación actual en el estado de refugio malinterpretando el artículo. El grave riesgo para ser tal será aquel que se encuentre en el lugar de residencia habitual, en el lugar donde el menor tenía su centro de vida antes del traslado o retención ilícita. De lo contrario se estaría decidiendo la custodia del menor ante una jurisdicción exorbitante, sustrayendo la causa de sus jueces naturales y sin el debido proceso judicial, provocando una confusión evidente entre el procedimiento de restitución y el que compete a la custodia. Es interesante un caso de un menor que fue trasladado por su madre a Brasil desde EE.UU. La progenitora opuso la excepción del art. 13 b) y el Superior Tribunal de Justicia de Brasil resolvió denegar la restitución del menor al país de su residencia habitual. En dicho pronunciamiento la Corte brasileña sostuvo que fue ampliamente probado que el niño ya se encontraba integrado a su nuevo medio y que existía el riesgo de que, con su retorno a los Estados Unidos, éste quedase

¹⁴² Lucero de Godoy; Miriam; ob. cit, pág. 307.

sujeto a daños de orden psíquico, causados por una nueva separación afectiva. Asimismo consideró que el menor se encontraba adaptado a su nuevo domicilio y que tenía una situación familiar estable y favorable a su desenvolvimiento, condiciones que si se alteran ocasionaría un inequívoco trastorno emocional que no atiende a los intereses del menor. Como se advierte, aunque el padre norteamericano reuniese los requisitos para obtener el retorno de su hijo, ya que en ningún momento se cuestionó el riesgo que el progenitor pudiera ofrecer al menor, la justicia brasileña consideró que, un nuevo cambio de domicilio afectaría gravemente el equilibrio emocional del menor de tan corta edad, buscando dar efectividad a la máxima protección del interés superior del niño, lo que motivó en ultima ratio la denegación de la restitución”.¹⁴³ Analizando la resolución claramente encontramos que el grave riesgo no fue analizado ni probado ya que conforme sus fundamentos, se consideró que existe riesgo de que el menor con su retorno a EE.UU. quede sujeto a daños psíquicos causados por una nueva separación. Ahora bien ¿a qué daños psíquicos refiere y cómo quedaron demostrados? Nada se dice al respecto, más aún los daños se estarían presuponiendo sin haber sido objeto de prueba. Es que el juez en uso de prácticas que deben ser desterradas, está resolviendo si procede o no la restitución analizando la situación actual de bienestar del niño, es decir la custodia que ha de ser resuelta por el juez natural. Ello prueba que las excepciones deben ser ponderadas por el juez con meticulosidad y restrictivamente.

Refiere la doctrina judicial a un fallo de primera instancia que fuera revocado por el Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba y que en relación al riesgo grave dijo: “la privación del afecto materno en esta etapa de la vida de plena evolución y desarrollo tendría consecuencias dañosas – para la niña- tan graves como definitivas...”.¹⁴⁴ Se advierte una interpretación equivocada del grave riesgo –supuesto de de excepción– lo que lleva a una intromisión en las cuestiones de fondo atinentes a la custodia ajenas a

¹⁴³ Klein Vieyra, Luciana, “El interés superior del niño y la restitución internacional de menores: un caso brasileño”, en *Revista de Derecho de Familia*, 2009-I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 198.

¹⁴⁴ TSJ Córdoba, A.I. N° 13, 23/07/2003, “Exhorto Dra. K.G., Juez de 1ª Inst. de la Niñez y Adolescencia del 2º T., Secret. N° 3, Asunción - Paraguay en auto: S.A. G. s/ Restitución Internacional - Solicita restitución de la menor”.

la petición que implica, por qué no decirlo, socavar la finalidad que persigue el Convenio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la interpretación de las excepciones ha dicho "...la mera invocación genérica del beneficio del niño o del cambio de ambiente o de idioma no basta para configurar la situación excepcional que permitiría denegar la restitución". El fundamento no es otro que al ser una excepción a la regla general, tal prerrogativa debe ejercitarse con suma moderación. Con ello sienta el criterio y no deja dudas el carácter restrictivo y riguroso con que deben analizarse las excepciones previstas en el texto convencional. Más aún el cuadro de inestabilidad que puede presentar un niño al momento del examen psicológico es de interpretación restrictiva. La CSJN ha entendido que "...de las observaciones vertidas por los expertos psiquiatras si bien surge la existencia de un cuadro de inestabilidad que podría afectar a la niña, no aportan datos certeros idóneos para colegir que de llevarse a cabo la restitución, estaría expuesta a un grave peligro físico psíquico y entendió que lo que resulta decisivo es que el proceso en trámite no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los padres para ejercer la guarda o custodia de S... la estabilidad del ámbito convivencial de la niña es un elemento de juicio no decisivo y que debe ceder frente a las reglas del convenio por ser consecuencia de una acción ilegítima de un progenitor".¹⁴⁵

Otro caso jurisprudencial del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba que al confirmar la resolución de primera instancia que ordenó la restitución de una menor a Colombia, nos ilustra en relación a la tarea del juzgador para resolver estos conflictos y las excepciones: "...impone un juicio crítico, riguroso, estricto en orden a meritarse los supuestos de excepción previstos por la normativa en cuestión. Así la negativa a la restitución del menor solo procede en caso de existir un "riesgo grave" de exponer al niño a un peligro psíquico o físico, hipótesis que para tornarse operativa requiere que este último presente un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres".¹⁴⁶

¹⁴⁵ CSJN, 20/12/2005, "S.A.G. s/ Restitución internacional", del voto en disidencia de la Sra. Vocal Dra. Carmen Argibay.

¹⁴⁶ TSJ Córdoba, Sala Civil, A.I. N° 19, 27/12/2006, "R. B. F. H. c/ M. A. C. L. - Restitución internacional - Solicita restitución". Tribunal de origen: Juzg. Flia. de 3ª Nom. Córdoba.

El artículo en estudio refiere asimismo a que podrá denegarse la restitución si se prueba que el propio menor se opone, bajo determinadas condiciones. Ello se relaciona al derecho del menor a ser oído, a su participación en el proceso y a que sus opiniones sean tenidas en consideración. Analizaremos por tanto el derecho del niño a ser oído y su valoración. El reconocimiento de este derecho parte de la nueva concepción del niño definido no ya desde sus carencias sino como “seres humanos completos” vistos desde lo que son, lo que pueden, lo que tienen y de lo que son capaces¹⁴⁷. La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴⁸, lo coloca en esta posición desechando la consideración de incapaz y por ello de la necesidad de representación y de protección asentada en nuestra legislación sustantiva¹⁴⁹. La Ley de Protección integral de Niñas, niños y adolescentes que recoge los postulados de la CDN en nuestro país¹⁵⁰, instala una relectura de las categorías jurídicas desarrolladas en el derecho de familia, incorporando los nuevos paradigmas consagrados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los ordenamientos jurídicos secundarios. Consecuentemente positiviza una nueva concepción sobre la infancia y adolescencia que posiciona al niño, niña o adolescente¹⁵¹ como titular de derechos y atributos por ser persona humana dejando definitivamente atrás la doctrina de la situación irregular para remplazarla por la doctrina de la capacidad progresiva, que sigue los claros postulados de la CDN. Parte del concepto de autonomía progresiva y evolución de facultades con una consideración del niño sujeto jurídico especial por su inmadurez psicológica y la necesidad de apoyo en el ejercicio de sus derechos. El derecho del niño a ser oído es regulado en la CDN¹⁵² y está presente en ambas convenciones restitutorias¹⁵³, como en nuestra legislación nacio-

¹⁴⁷ Minyersky, Nelly, “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en Grosman, Cecilia (Dir.) - Herrera, Marisa (Coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pág. 255.

¹⁴⁸ En adelante Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁴⁹ Código Civil de la República Argentina, art. 54: “Tienen incapacidad absoluta a) las menores por nacer; los menores impúberes; los dementes; los sordomudos que no saben darse a entender por escrito”.

¹⁵⁰ Ley 26.061, BO del 26/10/2005.

¹⁵¹ En adelante NNA.

¹⁵² Art. 9 de la CDN.

¹⁵³ Arts. 13 y 11 respectivamente.

nal¹⁵⁴. Es así que en la República Argentina se entiende decisiva la opinión del menor para resolver la solicitud de restitución internacional del menor. A qué edad se dan estas características, no se ha logrado consenso dejando así la decisión a los jueces. La razón jurídica estriba en que la Convención al extender su aplicación hasta los menores de dieciséis años, entiende que es muy complicado imaginar el retorno de un joven de una edad y con madurez suficiente en contra de su voluntad expresa. Así el menor de tales características se convierte en “interprete de su propio interés” expresándolo libremente ante la autoridad competente¹⁵⁵. Nuestra jurisprudencia ha incorporado estos postulados cuando sostiene: “El derecho a ser oído es de carácter personalísimo por lo que no puede admitirse que se exija su ejercicio a través del representante promiscuo del menor – el Asesor de Menores- ni de una figura como la del tutor ad litem, por cuanto su intermediación desvirtuaría la finalidad que se persigue”¹⁵⁶. Este derecho también comprende el de participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés y que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo y se extiende a todos los ámbitos de la vida del menor¹⁵⁷. Asimismo

¹⁵⁴ Ley de Protección Integral de Niños Niñas y Adolescentes, art. 24: “Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

¹⁵⁵ En una encuesta realizada por Ricardo Oppenheim y Susana Szylowicki en la “Teoría y realidad acerca de la vez y presencia de los menores en los juzgados nacionales con competencia en materia de familia”, se sostuvo que según datos de una encuesta realizada en los Juzgados Nacionales con competencia en materia de familia, entre jueces y asesores de menores en relación a la edad mínima para ser citados, el 71% de los magistrados la ubica entre los cinco y catorce años; el 67% de los asesores entre los ocho y los catorce años y el 29% de los jueces y 33% de los asesores de menores dicen que no hay una edad a partir de la cual el magistrado deba tener contacto con los menores (El Derecho, 1555).

¹⁵⁶ SCJ Buenos Aires, Ac. N° 87.754, 05/02/2005, “B. d. S. D. c/ T. E. - Exhorto”, *Actualidad Jurídica - Familia & Minoridad*, N° 17, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba; *Actualidad Jurídica online*, código unívoco: 9932.

¹⁵⁷ Art. 24, ley 26.061.

establece las garantías en los procedimientos judiciales o administrativos que deben observarse y prescribe el derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que lo solicite el NNA, a ser asistido por letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial que lo incluya, a participar activamente y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte¹⁵⁸.

Como vemos es decididamente innovadora ya que confiere al NNA la posibilidad de intervenir en forma directa, conforme a su edad y madurez, ello al margen de la representación promiscua del Ministerio Pupilar y necesaria de sus progenitores. ¿Cómo valorar sus dichos? Este tema es trascendente. La escucha no significa resolver conforme sus deseos ya que sería depositar en el NNA la decisión que compete al Tribunal. El juez resolverá priorizando el interés del menor considerándolo sujeto de derechos, con capacidades progresivas sin que implique acoger plenamente sus argumentos. La ayuda de los equipos técnicos, permite descubrir la manipulación de que pudiera ser objeto.

Así la jurisprudencia nos enseña al referirse a la posibilidad del juez de tomar contacto con el menor y la valoración de sus dichos: "...no supone automática y mecánicamente admisión por el juez de los deseos del niño sino que debe ponderarlos "analizándolos en concreto, atendiendo a la circunstancia histórica", ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto; todo ello conduce, sin ambages, a dar respuesta negativa

¹⁵⁸ Art. 27. "Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".

al agravio de la apelante”.¹⁵⁹ Una interpretación contraria implicaría dejar la resolución en manos del menor, lo que a todas luces constituiría un *dislate*.

La práctica judicial obliga a volver sobre estos conceptos pues muchas veces se intenta dar otro alcance a los dichos de los menores, ya que se cree que el juez debe resolver en coincidencia con lo dicho por el niño, lo que implicaría el absurdo de erigirlos en jueces. En un caso reciente luego de varios años de litigio –la sentencia de primera instancia ordena la restitución de los niños en el año 2007, la alzada confirma la resolución y la CSJN hace lo propio confirmando lo resuelto en abril de 2010. Cuando el expediente baja a los fines de la ejecución de sentencia, el juez en esta etapa de ejecución, citó a los menores para ser escuchados y esto es lo grave sin perjuicio de haberse resuelto la restitución dispuso restituir al lugar de residencia habitual “en la medida en que no se plantee oposición en los términos del art. 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la Haya”, es decir abre un proceso de conocimiento en una etapa de ejecución. Estas son distorsiones que se presentan por una errónea interpretación de la escucha al menor.¹⁶⁰ Es que es importante no confundir las medidas para asegurar el retorno seguro con las medidas de prueba tendientes a demostrar si existe o no grave riesgo. Este es un tema que ha sido ampliamente debatido en la reciente reunión bilateral de Argentina y Brasil a los fines de la cabal interpretación de las etapas del proceso.

Por último y en relación al objeto de prueba, es el propio menor, por lo que el examen psicológico debe serlo en su persona del menor y no en la de los progenitores, resultando irrelevante para resolver la restitución de un niño, los exámenes psicológicos practicados en la persona de los progenitores ya que no se trata de otorgar la guarda del menor.

¹⁵⁹ Cám. Civ. y Com. Azul, Sala II, Causa N° 50.264, Reg. N° 105 Sent. Civil, 13/09/2006, “Exhorto: Sra. Juez Dra. Ma. del C. de Chiodi - Dir. Asistencia Social. Internc. - Min. Ext. Int. y Culto - Rca. Arg., “R., H. S. - Restitución de menor”, Juzg. de origen: Juzg. de 1ª Instancia y Familia del 26º Turno de Montevideo (República Oriental del Uruguay), *Actualidad Jurídica - Familia & Minoridad*, N° 33, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, enero 2007, pág. 3514; *Actualidad Jurídica on line*, código unívoco: 10998.

¹⁶⁰ “R. K. C. y R. K. J. - Reintegro de los menores”.

En América Latina se observa que existe una gran preocupación por esta escucha del niño en todos aquellos procesos que le afecten, como también en relación a la participación del niño en el proceso. Existe una gran sensibilidad sobre esta materia, habiéndose incorporado el oír al menor en presencia del juez en las audiencias judiciales con distintas formalidades. Queda por delante la incorporación efectiva del menor en el proceso con letrado de su elección o especialista en la materia. También es clara la obligación de los tribunales de garantizar este derecho y las circunstancias de que el juez no está obligado a basar su decisión en las peticiones de los menores. La última parte del artículo refiere a los informes sobre la situación social del menor. Ello no constituye un elemento indispensable para resolver. Tampoco una limitación sino es una ampliación de las posibilidades probatorias que tiene quien se opone al retorno del menor. Por último nos preguntamos quién debe ordenar el pedido de estos informes sobre la situación social del niño. La respuesta es que en caso de ser necesario es un elemento de prueba dentro del proceso jurisdiccional, no siendo objeto de verificación por parte de las Autoridades centrales.

El art. 20 del Convenio de La Haya¹⁶¹ dispone que podrá denegarse la restitución del menor cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido. Esta excepción se describe como extraordinaria en oposición a las ordinarias tratadas. Resuelve la tensión entre los principios del orden público interno de un Estado contratante y el sacrificio que es legítimo exigir al padre desposeído por las vías de hecho en aras del supremo interés del niño. Los antecedentes los encontramos en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales el cual se hallaba en vigor en varios estados miembros de la Conferencia de La Haya cuando estaba en debate la Convención. Se incorpora 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 instaurado¹⁶².

¹⁶¹ El art. 25 del Convenio de Montevideo dispone: "La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño".

¹⁶² Dreysin de Klor, Adriana (Coord.), *La protección internacional de menores*, pág.15.

En un caso de Argentina con España se ha sostenido que “Los hechos contemplados en el punto b) y el art. 20 deben ser de una gravedad que trascienda lo referido a los aspectos subjetivos de los progenitores, como puede ser el riesgo de una psicosis en el menor, o que en el lugar de residencia originaria haya un estado de guerra, revolución, hambruna generalizada, caos social, epidemia. O bien que hayan regímenes que desconozcan los derechos de sectores de la población, como las mujeres, grupos religiosos, extranjeros y el menor perteneciera a alguno de estos grupos excluidos del reconocimiento de sus derechos. En el caso contemplado en el art. 20, el hecho ilícito de la sustracción se encuentra legitimado ante una situación que se considera de una gravedad tal que no permitiría recurrir a la vía judicial en el lugar de residencia del menor, sea por falta de seguridad, sea por un apremio de tiempo. “Es una figura semejante a la violación de un domicilio, que como hecho ilícito cede en su ilicitud si la misma se realiza para salvarle la vida a un morador que en ese momento era víctima de un incendio en el domicilio violado.”¹⁶³ El análisis de estos considerandos nos muestra cuál debe ser la entidad de la situación de hecho como denegatoria de derechos imperante en el Estado requerido.

Lo interesante radica en que la causal de denegación puede ser alegada a instancia de la parte pero en caso que no sea invocada, el juez podrá aplicarla de oficio por imperio del principio “*iura novit curia*”.

§ 2. *Retorno seguro del menor. Undertakings. La función de los compromisos.* La experiencia de otros Estados y en forma incipiente en nuestro país, nos señala que los compromisos elaborados, asumidos y ejecutados voluntariamente, pueden ser un mecanismo importante para superar la defensa fundada en el art. 13 (1) b) de suerte tal de asegurar un retorno seguro del menor. Los compromisos, conceptualmente, “son una promesa o estipulación ante un tribunal ofrecido por o más a menudo impuesto al progenitor solicitante, y en base al cual, él o ella acepta tomar ciertas medidas para garantizar a corto plazo el bienestar del niño o del progenitor que regresa. El uso limitado proporciona certeza a los tribunales requeridos de que el retorno no será perjudicial para el niño y de que una audiencia rápida y justa sobre custodia tendrá lugar en el Estado requirente luego de la resti-

¹⁶³ Cám. Civ., Com. y Min. San Juan, 09/11/2005, publicado en *LL Gran Cuyo*, abril 2006.

tución”. Los especialistas y tribunales en los Estados Unidos y en otros lugares han subrayado que los compromisos ayudan a promover la restitución en casos en los que de otra manera los tribunales serían reacios a ordenarla, especialmente cuando el progenitor requerido ha demostrado en las audiencias de restitución la existencia de riesgo de daño para el menor.¹⁶⁴ En mi experiencia, he logrado en audiencia luego de escuchar a las partes, la celebración de estos compromisos tendientes a asegurar el contacto paterno filial en el lugar de residencia habitual como asimismo en otra oportunidad asegurar el tratamiento psicológico del menor a su regreso¹⁶⁵.

Comentario de Javier Forcada

Este artículo junto con el Art. 20, recogen las excepciones a la obligación general de devolver al niño. La interpretación restrictiva de las excepciones y la evitación de su invocación sistemática son aspectos claves ya que las excepciones no son de aplicación automática y permiten siempre la discrecionalidad judicial o administrativa. El apartado tercero del precepto es una mera disposición procesal. Acerca de este precepto señalar que, en líneas generales, España y Europa asumen postulados de aplicación de las excepciones al retorno, acordes a la normativa convencional, pero que ello no garantiza siempre a nivel práctico buenos resultados. El riesgo físico o psíquico para el menor caso de ser retornado es una causa denegatoria que se ha mostrado a modo de cajón de sastre para la denegación de retornos de gran uso y que no siempre se evalúa cuidadosamente por los peritajes ad hoc¹⁶⁶. En este entorno, uno de los temas claves del convenio y

¹⁶⁴ “Los compromisos como práctica del Convenio. Perspectiva de los Estados Unidos”, *Boletín de los Jueces*, t. XI, año 2006, pág. 27.

¹⁶⁵ Juzg. Flia. 3ª Nom. Córdoba, “Exhorto internacional en autos ‘A. S. B. G. - Solicita restitución internacional de su hijo T. A. B. a Estocolmo -Suecia-’”, iniciado el 09/09/2008.

¹⁶⁶ Son ejemplos de resoluciones españolas que deniegan la restitución en base a este motivo la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga N° 463/2007, del 11/09; el auto N° 100/2006 de la Audiencia Provincial de Granada de 16/06; el auto N° 20/2004 de la Audiencia Provincial de Almería y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona del 28/10/2002. También los temas de consentimiento son recurrentes en los tribunales y así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Las Palmas -Sección 3ª- dictó el 09/03/2009 orden de retorno a Italia, tras el

de mayor actualidad en este momento, lo es el relativo a las audiencias de menores, a las que cabe destinar un amplio comentario, ya que se trata de una cuestión de primordial importancia en el desarrollo del Convenio¹⁶⁷. Acerca de la opinión del menor, el punto 30 del informe explicativo de doña Elisa Pérez Vera, ya señalaba que “...Además, el Convenio admite asimismo que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés. Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores. No obstante, una disposición de esa naturaleza era indispensable dado que el ámbito de aplicación del Convenio *ratione personae* se extiende a los menores hasta el decimosexto cumplea-

recurso interpuesto por el abogado del Estado en un caso en el que la Audiencia consideró que el recurso debía prosperar por cuanto la premisa mayor, esto es el consentimiento por parte del padre del traslado de la residencia de las hijas a España, no quedó mínimamente acreditado.

¹⁶⁷ Existen diversos trabajos ad hoc a nivel nacional e internacional en este campo. En concreto, y en el *Boletín de los Jueces de la Conferencia de La Haya*, vol. VI, de otoño de 2003, en el apartado designado como “The Child’s Voice” (págs. 18 a 52), se recoge un amplio e ilustrativo estudio sobre las diferencias legislativas en diversos países sobre la práctica de la exploración o audiencia del menor, accesible en inglés y francés. A nivel de la Red Judicial Europea civil y mercantil, en su reunión de puntos de contacto de 14 de febrero de 2006, ya citada, se trabajó igualmente sobre un cuestionario acerca de la audiencia de menores en los procesos judiciales sobre responsabilidad parental, exigiéndose a los representantes de cada país contestar un formulario muy variado con preguntas del tipo: ¿en qué circunstancias su ley interna contiene la previsión de audiencia de los menores y bajo qué circunstancias es ello obligatorio?; ¿se aplican reglas especiales a los menores si son parte en el proceso?; ¿la audiencia tiene lugar en el juzgado o fuera del juzgado?; ¿la audiencia la lleva a cabo el juez o un trabajador social en o sin presencia del juez, y en tal caso, cómo se informa al juez del resultado de la audiencia?; ¿cómo se organiza la audiencia en el sentido de quien está presente, y si se admite o no la presencia de los padres?; ¿a partir de qué edad se oye al menor y bajo qué circunstancias no se acuerda su audiencia?; ¿recibe el juez o las personas que hacen las audiencias algún entrenamiento especial?; ¿hay previsiones legales especiales para los casos transfronterizos?; ¿hay previsiones legales para evitar que el menor sea objeto de presiones o influencias?; ¿cómo motiva el juez su fallo y el resultado de la exploración y cómo se comunica éste a las partes y padres implicados?, etc. Todo ello se hizo con miras a intercambiar puntos de vista y aprender de las prácticas internas de cada país y con miras a la extracción de una posible guía de buenas prácticas que quizá tenga reflejo al revisarse el Reglamento Bruselas II bis en 2012.

ños; y es que, hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ejemplo de quince años, contra su voluntad. Por lo demás, en este punto concreto, los esfuerzos hechos para ponerse de acuerdo respecto a una edad mínima a partir de la cual la opinión del niño podría ser tomada en consideración han fracasado, ya que todas las cifras tenían un cierto carácter artificial, por no decir arbitrario; en consecuencia, se ha entendido que era preferible dejar la aplicación de esta cláusula al mejor juicio de las autoridades competentes. La Jurisprudencia en España, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, realza tres principios fundamentales en esta materia: El derecho del menor a ser oído, la obligación de los tribunales de garantizar este derecho y la circunstancia de que el juez no está obligado a basar su decisión en las peticiones de los menores. En España, ha sido clave la reforma legislativa del año 2005 afectante al matrimonio, la separación y el divorcio, y operada, esencialmente, por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Esta materia, ya abordada por el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del menor, tras la Ley citada 15/2005, ha sufrido importantes novedades. En el anterior art. 92 del Código Civil se imponía al juez la obligación de oír a los menores si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años, señalándose que el juez de oficio o a petición de los interesados, podría recabar el dictamen de especialistas. Ahora en el nuevo art. 92 del Código Civil, ya no se hace obligatoria tal exploración y se contienen novedosas previsiones en los apartados 2, 6 y 9¹⁶⁸. Recaltar, además, que, de forma muy novedosa, la citada Ley

¹⁶⁸ Señalan dichos preceptos que: "...2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. 9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

15/2005, de 8 de julio, ha regulado por primera vez en España la forma de llevar a cabo las exploraciones de menores al añadir un nuevo párrafo final a la regla 4ª del art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha regla ya establecía que *cuando hubiere hijos menores o incapacitados se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años. Ahora el nuevo párrafo nuevo añade:* “... En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”. La misma reforma en materia de separaciones y divorcios consensuales deroga el anterior art. 777.5 que decía: “...Si hubiere hijos menores o incapacitados, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativo a los hijos y oirá a éstos, si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años...”. Ahora el nuevo art. 777.5 dice “...5. Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días...”. Un claro logro en mi opinión de esta reforma ha sido el no imponer audiencias obligatorias de menores a partir de una cierta edad, en determinados casos, con la salvedad del mantenimiento de alguna previsión ciertamente confusa en el art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por referencia al art 92 del Código Civil¹⁶⁹. Personalmente,

¹⁶⁹ Sobre la edad, señala la sentencia del TC, Sala 2ª, 71/2004, del 19/04, recurso N° 6895/2002, que se produce indefensión de la menor al no ser oída en proceso sobre sus intereses contando ya con 10 años de edad. Señala dicha resolución que “...El derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de forma constante (la última, en la STC 178/2003, de 13 de octubre, FJ 4, recordando pronunciamientos anteriores del mismo orden), derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor. En el caso, se deduce sin margen de duda esa condición del suficiente juicio atendida la edad de la niña en el momento en que conocía la audiencia del recurso de apelación, porque si en anteriores actuaciones la corta edad de la menor pudo impedir tener en cuenta su parecer, no puede considerarse que esa fuera la situación cuando la audiencia dictó la resolución aquí recurrida (octubre de 2002), momento en que la

me parece acertado que los menores ya no tengan que acudir a los juzgados de forma indiscriminada en los procesos de separación y divorcio consensuales, por el mero hecho de ser mayores de doce años, de forma automática. La experiencia cotidiana de los juzgados, tras la entrada en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, demostró que tal hecho es innecesario y nada aporta al desarrollo del proceso, cuando las personas que ejercen la patria potestad sobre un menor están de acuerdo en la forma de su ejercicio y el Ministerio Fiscal, junto al Juez, velan por la legalidad de las medidas acordadas por los padres sobre los menores a su cargo. Respecto a la forma en que el juez aborda la exploración de un menor, la nueva regulación es totalmente insuficiente pese a su carga notable de buenas intenciones. Ahora se dice que se garantizara la audiencia en condiciones idóneas para la salvaguarda de los intereses del menor, pero no se dice qué condiciones sean esas. No hay regulación de aspectos importantes que siempre surgen al planear una audiencia de menores, tales como valorar qué información debe darse al menor durante la audiencia, si es que ha de dársele alguna información sobre el motivo de la entrevista, y cómo debe articularse su representación procesal puntual y la forma de documentar el resultado de la declaración. La nueva reforma sí ha matizado que la

menor había alcanzado prácticamente los diez años sin que, a la vista de los informes psicológicos que figuran en las actuaciones, su estado mental revelase una especial insuficiencia de su capacidad intelectual a estos efectos: de hecho, ya había sido oída por el Juez de instancia, como refleja el Auto...". A una edad de nueve años nos remite la sentencia del TC, Sala 1ª, 152/2005, del 06/06, recurso N° 1966/2004, al señalar que "...Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

La Sala de la audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del art. 24.1 CE, como hicimos en su momento en el caso que dio origen a la STC 221/2002, de 25 de noviembre, por las razones que se expresan en su fundamento jurídico...".

exploración se haga sin interferencia de otras personas y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario. No cabe duda de que es clave la figura del Ministerio Fiscal en esta área, y que no debería existir obstáculo alguno a su intervención en la exploración de menores, dada la altísima responsabilidad que en sus informes asume el Ministerio Fiscal precisamente en defensa de los intereses del menor¹⁷⁰. Otro tema es el de la documentación de la exploración. Así como en sistemas anglosajones tal hecho parece que causa recelo y se prefiere evitar la plasmación escrita de los deseos del menor, en España se suelen documentar las manifestaciones del menor de cara a la posterior motivación por el juez de su decisión y de cara a que las partes puedan valorar oportunamente tales declaraciones, si bien no existe una pauta clara de actuación y cada juez decide según las circunstancias. No obstante, esta no es una cuestión pacífica ni mucho menos. Además, cómo se deba hacer esa documentación, por quién y qué es lo que se deba recoger, es materia harto complicada. No se olvide, tampoco, la importancia de documentar las declaraciones de un menor, por ejemplo, a los efectos de valorar denegaciones de retorno o de ordenar dicho retorno en casos de sustracción interparental de menores y en el marco de las previsiones recientes de los arts. 10 y 11 del Reglamento 2201/2003. Citar, por relevante, la cuestión relativa a las subsanaciones, por ser materia que, muy recientemente, ha abordado el

¹⁷⁰ Acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en las exploraciones, señalar que resulta muy clarificadora la sentencia del TC, Sala 1ª, 17/2006, del 30/01, recurso N° 6707/2001, en cuanto considera que la denegación de la intervención del Ministerio Fiscal en un acto de exploración de menores en proceso matrimonial vulnera el Derecho a la tutela judicial efectiva. La presencia del Ministerio Fiscal no se puede entender como que implique una falta de respeto a la intimidad de los menores. Señala el TC que los arts. 138.2 y 754 LEC permiten, en efecto, celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, esto es, sin asistencia de las partes (sin perjuicio de que la comparecencia del menor pueda realizarse de otro modo, cuidando siempre de preservar la intimidad del menor, como señala el art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), pero tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso (art. 749.2, LEC) de forma imparcial (arts. 124.2, CE, y 2.1, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos (art. 2, Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor). Es claro pues, que es necesaria la intervención efectiva del Ministerio Fiscal en la exploración, sin que sea suficiente con ponerle de manifiesto el acta con el resultado de la exploración.

Tribunal Constitucional español. Así, la cuestión indicada de la posibilidad de subsanación de la falta de audiencia de menores, queda muy clarificada en la STC, Sala 2ª, 139/2008, de 26 de mayo, recurso 10383/2006 en un caso en el que se omitió la exploración de las menores para acordar judicialmente la guarda y custodia compartida en modificación de medidas, pero en el que se suplió luego tal carencia en la vista celebrada en ejecución, lo cual determinó la extinción del amparo¹⁷¹. Un paso más allá se ha dado recientemente al considerar el Tribunal Constitucional español que la audiencia no se concibe con carácter esencial. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Pleno, de 29 de junio de 2009, señala que no es necesaria la audiencia del menor cuando su opinión ya se conoce por el informe psicosocial. Se denegó, en este caso, la audiencia de un menor en un proceso de modificación de medidas, que contaba con alrededor de 11 años cuando se dictaron las Sentencias de Primera Instancia y de Apelación, en un supuesto en el que el menor había mostrado su negativa al régimen de visitas a favor del padre biológico acordado por el Juez. El Tribunal Constitucional estima que la falta de audiencia del menor no ha producido indefensión ni ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva y señala que el objetivo de esta audiencia es conocer la opinión del menor, y la misma ya fue manifestada al equipo psicosocial que redactó el dictamen. Esto supone que este trámite “no se concibe con carácter esencial”, puesto que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a

¹⁷¹ Se señala allí que “...en la fase de ejecución de la sentencia impugnada en este recurso de amparo se ha tramitado incidente de ejecución, en cual se ha sometido a consideración del órgano judicial la conveniencia de mantener o reformar la guarda compartida y alternativa de las menores, habiendo decidido el Juez su mantenimiento por Auto de 27 de junio de 2007, que consta unido a la pieza de suspensión de este recurso de amparo. Para adoptar tal decisión se ha practicado en el referido incidente, no solo el interrogatorio de los progenitores y la pericial del Equipo psicosocial, sino también la exploración judicial de las menores con la asistencia del Ministerio Fiscal, según consta en la copia digitalizada de la vista celebrada en el proceso de ejecución 611-2007. Consecuentemente cabe afirmar que la eventual lesión de derechos fundamentales que pudiera haberse producido como consecuencia de haberse adoptado la decisión judicial en relación con la guarda y custodia de las menores sin que éstas hubieran sido oídas previamente de modo personal y directo, aunque sí a través del Equipo psicosocial, habría quedado reparada en el marco del mismo proceso judicial al ser exploradas las menores antes de resolver el proceso de ejecución en el que se cuestionaba precisamente la conveniencia de mantener el régimen de su custodia compartida y alternativa...”.

través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996). Concluye que solo resultará obligatorio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6, CC). Ahora, en España, tenemos sobre la mesa, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que entrara en vigor el 4 de mayo de 2010, y que, en este apartado, modifica la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil con pocas novedades. Se modifica la regla 4ª del artículo 770, que queda redactada, en la parte relevante, como sigue: *Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario....*”, con lo que se aclara que solo en el proceso contencioso es obligatoria la audiencia de mayores de doce años. En el aspecto probatorio y procesal, existe en la Ley de Enjuiciamiento Civil española un medio de prueba titulado del reconocimiento judicial, y regulado en sus arts. 353 al 359, que se acuerda cuando, para el esclarecimiento y apreciación de los hechos, es necesario o conveniente que el Tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona; señalando el art. 355 para el caso de reconocimiento de personas, que *el reconocimiento judicial de una persona se practicara a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptara a las necesidades de cada caso concreto. En dicho interrogatorio, que podrá practicarse, si las circunstancias lo aconsejaren, a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, podrán intervenir las partes siempre que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia. En todo caso, en la práctica del reconocimiento judicial, se garantizará el respeto a la dignidad e intimidad de la persona.* En base a tal previsión legal, se suele considerar por la doctrina que la exploración de un menor es una variante de la prueba de reconocimiento de personas, pero, siendo ello cierto, también lo es el hecho de que las peculiaridades que rodean la exploración de un menor, constituyen de hecho a esta peculiar actividad probatoria, en una digamos prueba autónoma cuya regulación en España se ampara de forma parece que insuficiente en el ya citado art. 770 regla 4ª. No me gustaría acabar este apartado sin dejar de citar la posibilidad de

previsiones autonómicas en España sobre la materia. Así, en determinadas Comunidades Autónomas hay regulación ad hoc en este campo. Por ejemplo, el art. 3 de la Ley Aragonesa 13/2006 sobre derechos de la persona, prevé la exploración de menores desde los 12 años con carácter obligatorio de forma indiscriminada. También señala el art. 82, de la Llei 9/1998, de 15 de julio, del Codi de familia, por la que crea el Código de Familia de Cataluña, acerca del cuidado de los hijos, que *La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no eximen al padre y la madre de sus obligaciones hacia los hijos, de acuerdo con lo dispuesto en el título VI. A la hora de decidir sobre el cuidado de los hijos y demás aspectos a que se hace referencia en el artículo 76, la autoridad judicial ha de tener en cuenta preferentemente el interés de los hijos y, antes de resolver, ha de oír a los de doce años o más, y a los de menos, si tienen suficiente conocimiento.* En punto a la compleja situación europea, y tomando como referente los trabajos que realizó la Red Judicial Europea civil y mercantil, y que se resumieron en su reunión de 14 febrero 2006, al contrastar las aportaciones de los países miembros de la Red acerca de la forma de desarrollo de la audiencia del menor en cada uno de estos países, debe señalarse que la variedad de posiciones es enorme de un país a otro. En este marco de diversidad, el Reglamento comunitario N°. 2201/2003 de 27 Noviembre, conocido como Bruselas II bis, establece el principio general de que en Europa los menores deben de ser oídos en aquellos asuntos que les afecten. Como una excepción, un menor no deberá ser oído si ello se considera inapropiado teniendo en cuenta su edad o su grado de madurez, circunstancias éstas que han de ser objeto de una clara interpretación restrictiva. En la Unión, la audiencia del menor es un requisito previo para la abolición del exequátur en procedimientos que conceden derecho de visitas o en procesos que derivan en decisiones europeas que implican el retorno del menor cuando el Tribunal de origen así lo ha decidido con arreglo al Reglamento Bruselas II bis. Del mismo modo y con arreglo al citado Reglamento, se puede efectuar oposición al reconocimiento y ejecución de la sentencia relativa a un asunto de responsabilidad parental sobre la base de que el menor afectado no tuvo la oportunidad de ser oído. El objetivo de la audiencia es no solo proporcionar al juez importante información para evaluar la situación correctamente y aportar una sólida base para la decisión a adoptar, sino que la audiencia permite de forma añadida al menor expresar su punto de vista al respecto. Debe por ello ser claro que el menor no es el que toma la decisión y la persona que

le entrevista debe dejar muy clara esta circunstancia al principio de la audiencia, algo que puede ayudar a liberar de presión al menor y enseñarle que él no va a ser el responsable de lo que suceda en los casos en que se ve envuelto. Cuando las audiencias de menores se hacen correctamente y con la debida discreción, pueden permitir al menor expresar sus puntos de vista y evitar sentimientos en él de responsabilidad o de culpa que son inapropiados. Acerca de la posibilidad o de la obligación de oír al menor en el ámbito de la Unión Europea, todos los estados miembros de la Red, prevén en sus legislaciones la audiencia del menor aunque bajo diferentes condiciones. Algunos estados dejan la decisión acerca de si el menor ha de ser oído totalmente a la discreción del juez. Otros Estados fijan una edad límite por encima de la cual la audiencia del menor es obligatoria. Si el menor no ha alcanzado la edad prescrita como límite, los jueces tienen normalmente un margen de discrecionalidad para decidir si el menor tiene la suficiente madurez para ser oído. Algunos estados miembros consideran bastante que el menor tenga la suficiente edad como para forjarse una opinión. Los jueces alemanes pueden oír al menor a partir de edades muy tempranas de cuatro a cinco años, por ejemplo. Otros estados miembros requieren que el menor sea capaz de comprender el significado del procedimiento judicial. Existen, sin embargo, ciertas excepciones al principio general de la audiencia del menor. Por ejemplo, en los casos de la República Checa y Portugal, en procedimientos no contenciosos en los que las partes alcanzaron un acuerdo, no se contempla la posibilidad de audiencia del menor. Es muy importante en Europa, en todo caso, que si el juez decide que la audiencia del menor no tenga lugar, explique claramente las razones para esta decisión, sobre todo cuando se trata de un caso transfronterizo, a efectos de evitar problemas de reconocimiento y ejecución con arreglo al Reglamento Bruselas II bis. Acerca de las modalidades de la audiencia, en los países miembros de la Red Judicial Europea Civil y Mercantil, el menor puede ser oído por un juez o por una tercera persona, y ello puede tener lugar en un tribunal o fuera del mismo, por ejemplo, en un centro social. En cualquier caso, siempre es importante organizar las preguntas, tener en cuenta la naturaleza del caso, la edad del menor y todas las circunstancias que permiten y coadyuvan al menor a expresar sus puntos de vista sin miedos o presiones. En Alemania, por ejemplo, la audiencia del menor la lleva a cabo un juez, pero en Suecia, Finlandia y el Reino Unido, la audiencia del menor la hace una tercera persona (un

trabajador social, un psicólogo o un experto autorizado) que, después, informa al tribunal de los resultados de la audiencia. Otros estados miembros permiten la audiencia de menores de cierta edad en el tribunal mientras que para menores de corta edad se prevé la audiencia por medio de una tercera persona fuera del tribunal. En el caso del Reino Unido, donde las entrevistas no las hace el juez, ya se observan movimientos doctrinales que valoran la posibilidad de un cambio en punto a que el juez pueda o deba tener mayor o menor contacto, de alguna forma, con el menor. En Francia, por ejemplo, parece que el juez de familia goza de completa discrecionalidad en relación a la audiencia de menores. Lo que sí parece razonable es que cuando el menor es entrevistado por una tercera persona, el juez debería dar la posibilidad de contrastar los informes presentados a las partes, especialmente si tiene la creencia de que no reflejan adecuadamente el punto de vista del menor. Por ello, es deseable también que los jueces puedan ver a los menores personalmente si tienen dudas de la calidad o certeza de los informes. También es importante a nivel de principios en un proceso judicial que el juez informe a las partes acerca de los elementos importantes que han resultado de la audiencia, ya que el juez no puede o no debe basar sus decisiones en información que no ha sido comunicada a las partes. En el marco europeo, se debe pues interpretar de forma muy restrictiva la excepción relativa a que un menor no pueda ser oído si no se hubiere considerado conveniente habida cuenta su edad o grado de madurez, u otras circunstancias personales que influyan en su madurez y se debe propiciar el recurso a la utilización de la tele conferencia y de la video conferencia, en el marco del Reglamento 1206/2001, lo que permite practicar exploraciones dentro del plazo de seis semanas. Este plazo de seis semanas en Europa, para resolver, debe de respetarse en todos los procedimientos, salvo que concurran circunstancias muy excepcionales. No hay duda de que el Reglamento 2.201/2003, en materia de audiencia de menores, es plenamente respetuoso con la normativa internacional de cada Estado aplicable en la materia. En un caso de sustracción de menores, el propósito de la audiencia del menor, en línea con lo que señala la guía práctica, es a menudo determinar la naturaleza de las objeciones de los menores a la restitución y cuáles son sus causas, y también determinar si, y en qué medida, puede correr peligro el menor, así como apreciar la posibilidad siempre latente de que los padres intenten influir al menor en estos casos. Dejando ya de lado el campo de la audiencia de menores y volvien-

do al área de las denegaciones del retorno, debe decirse que el Reglamento Bruselas II bis, por referencia al Convenio de 25 de octubre de 1980, ha supuesto un paso adelante al cambiar totalmente la facultad final de decisión en punto a si un menor debe o no ser retornado. El art 12 y 13 del Convenio de 25 de octubre de 1980 está por ello totalmente modalizado por el art. 11 del Reglamento Bruselas II bis, cabiendo en estas líneas algunas pinceladas del art 11. Cabe señalar que acerca de la resolución de no restitución y el art. 11.6 del Reglamento 2201/2003, están surgiendo en la práctica innumerables cuestiones, no previstas legalmente, y de detalle técnico. Por ejemplo, no es nada fácil el decidir qué implica la necesidad de transmitir una copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular del acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. Parece acertado indicar que la información enviada a los efectos de este precepto, debe ser lo más amplia posible, correspondiendo al juez u órgano que ha dictado la resolución, el decidir qué documentos son o no pertinentes, buscándose soluciones pragmáticas en el tema de las posibles traducciones que no contempla el citado precepto. Pueden buscarse acuerdos sobre qué se ha de enviar en caso de que existan grandes diferencias entre las normas de procedimiento internas. No se debe olvidar que, en esta materia, puede ser de gran ayuda el recurso a la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil y a las autoridades centrales que, en el marco del art. 55 c) del Reglamento 2.201/2003, tienen entre sus funciones destacadas la de facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, en especial, para la aplicación de los apartados 6 y 7 del artículo 11 y del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis. Respecto a qué órgano jurisdiccional se transmitirá la resolución de no restitución, la respuesta acertada parece ser la de que dicha resolución se ha de transmitir al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, esto es, al órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto, que lo es la cuestión de la custodia. El Atlas judicial europeo en materia civil puede ser una herramienta útil para encontrar el órgano jurisdiccional competente en el otro Estado miembro (Atlas judicial). Las autoridades centrales designadas conforme al Reglamento, pueden también ayudar a los jueces a encontrar al órgano jurisdiccional competente en el otro Estado

miembro¹⁷². En cuanto a la resolución posterior de restitución y los arts. 11.7 y 11.8 del Reglamento 2201/2003, se ha de indicar que el Reglamento no contempla límite temporal alguno para que el órgano jurisdiccional competente examine la cuestión relativa a la custodia del menor, si bien el objetivo debería ser que se adopte una resolución tan pronto como sea posible. Lo que no parece discutible es que el art. 11.7 del Reglamento 2201/2003, no limita la competencia del Estado de origen para decidir sobre la custodia del menor solamente. En estos casos, el órgano competente resuelve sobre el fondo de la cuestión con arreglo a su ley nacional y sin plazos abreviados, ni imposición de medidas de urgencia, ni tramitación preferente alguna del proceso. Se advierte que, si la decisión final adoptada se dilata en el tiempo, se perdería, a buen seguro, toda la inmediatez que la solución definitiva final de estos casos exige en aras a salvaguardar el prevalente interés de los menores. Respecto al art. 11.7, la Comisión Europea distribuyó el 21 de abril de 2005 entre los miembros de la Red Judicial Europea civil y mercantil una nota clarificando el sentido del art. 11.7 del Reglamento para asegurar su correcta implementación en el sentido de que tal precepto no limita la competencia del Estado de origen para decidir sobre la custodia del menor solamente. En cuanto al procedimiento ante el órgano jurisdiccional de origen, dice la guía que *El órgano jurisdiccional de origen deberá tener en cuenta ciertas normas procesales al exami-*

¹⁷² En cuanto a determinar qué documentos se transmitirán y en qué lengua, la guía señala que el apartado 6 del artículo 11 establece que el órgano jurisdiccional que haya dictado una resolución de no restitución transmitirá una copia de la misma y de los “documentos pertinentes, en particular el acta de la vista”. Corresponde al juez que ha dictado la resolución decidir qué documentos son pertinentes. En este sentido, el juez presentará un escrito imparcial de los elementos más importantes que han influido la resolución. Por lo general incluirá los documentos en los cuales el juez ha basado su resolución, como por ejemplo informes elaborados por las autoridades de asistencia social con respecto a la situación del menor. El otro órgano jurisdiccional deberá recibir los documentos en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución. El apartado 6 del artículo 11 no regula los aspectos de la traducción. Los jueces deberán encontrar una solución pragmática que corresponda a las necesidades y circunstancias de cada caso. Dependiendo de la legislación procesal del Estado requerido, la traducción puede no ser necesaria si se transmite el asunto a un juez que comprende la lengua del caso. Si fuera necesaria una traducción, podría limitarse a los documentos más importantes. Las autoridades centrales pueden también ayudar a proporcionar traducciones informales. Si no es posible realizar la traducción en el plazo de un mes, deberá hacerse en el Estado miembro de origen.

nar el caso. El cumplimiento de estas normas permitirá más tarde al órgano jurisdiccional de origen emitir el certificado mencionado en el apartado 2 del artículo 42. El sistema de Reglamento se cierra con el juego del art. 11.8 y su previsión de que aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor. Acerca de la final supresión del exequátur lograda en este Reglamento, señalar que la, en principio clara operatividad del art. 42 del Reglamento 2201/2003, ha sido puesta en entredicho, con toda su virtualidad, por la práctica judicial europea en un caso concreto y real que ha puesto de manifiesto a todos los operadores jurídicos por la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de julio de 2008, caso *Rinau*¹⁷³. El fallo de la sentencia

¹⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de julio de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas - República de Lituania) - Procedimiento iniciado por Inga Rinau (Asunto C-195/08 PPU). Es un caso relativo a una solicitud de no reconocimiento en un Estado miembro A de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro B que ordena la restitución de un menor, declarado ilícitamente retenido en el Estado miembro A por su madre, a su padre, residente en el Estado miembro B y que ha obtenido la custodia del menor. En este marco, el Tribunal de Justicia declara que una vez dictada y comunicada al órgano jurisdiccional de origen una resolución de no restitución, es irrelevante, a efectos de la expedición del certificado previsto en el artículo 42 del Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 ... que esta resolución haya sido suspendida, reformada, anulada o, en cualquier caso, no haya devenido firme o haya sido sustituida por una resolución de restitución, en tanto la restitución del menor no se haya producido efectivamente. Sin que se haya expresado duda alguna en cuanto a la autenticidad de este certificado y habiéndose expedido éste conforme al formulario cuyo modelo figura en el anexo IV del Reglamento, no se permite la oposición al reconocimiento de la resolución de restitución y al órgano jurisdiccional requerido le incumbe únicamente constatar la fuerza ejecutiva de la resolución certificada y disponer la restitución inmediata del menor. Salvo en los casos en los que el procedimiento se refiere a una resolución certificada con arreglo a los artículos 11, apartado 8, y 40 a 42 del Reglamento N° 2201/2003, cualquier parte interesada puede solicitar el no reconocimiento de una resolución judicial, aun cuando no se haya presentado previamente una solicitud de reconocimiento de la resolución. El artículo 31, apartado 1, del Reglamento N° 2201/2003, por cuanto establece que, en esta fase del procedimiento, no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la persona contra la cual se solicite la ejecución, no es aplicable a un procedimiento de no reconocimiento de una resolución judicial iniciado sin que se haya presentado previamente una solicitud de reconocimiento respecto a la misma resolución. En tal situación, la parte demandada, que solicita el reconocimiento, puede presentar alegaciones.

de 11 de julio de 2008 aclara al menos tres cuestiones prácticas de relevancia en materia de ejecución de órdenes de retorno bajo la vigencia del Reglamento 2201/2003 pero también la cuestión relativa a la vigencia temporal de estas órdenes de restitución de menores, debidamente certificadas, es un tema a poner sobre la mesa caso de que se utilicen en periodo muy posterior al de su propia expedición. En concreto, no existe ningún apartado dedicado al plazo de ejecución de la orden de restitución, en el certificado relativo a la restitución del menor, en el Anexo IV del Reglamento 2201/2003. En un plano más general, existen voces que critican que los Reglamentos comunitarios nada digan sobre plazos de emisión de resoluciones ni sobre su ejecución en sí. Son temas candentes. Por ejemplo, con referencia a los arts. 47, y 40 a 45, del Reglamento 2.201/2003, no son claras las implicaciones que pueden tener preceptos de la normativa interna estatal, como, por ejemplo, el art. 158 del Código Civil español, en cuanto permiten la adopción de medidas urgentes que podrían dejar sin efecto las previsiones reglamentarias sobre reconocimiento y ejecución y supresión del exequátur en el área de derecho de visitas y retorno de menores. Planteado el papel que puede jugar el art. 158 del Código Civil en el marco del cumplimiento de un título ejecutivo del art. 40 del Reglamento 2201/2003, parece claro que, en estos casos, el Reglamento comunitario se impone sobre el derecho interno nacional y anula en estos casos de forma total el posible tentador recurso que se pueda hacer del art. 158 del Código Civil en un caso concreto, y ello, pese a la previsión del art. 47.1 del propio Reglamento, que remite para la ejecución a la legislación nacional, con lo que, de hecho, al suprimirse el exequátur, se modifica sustantivamente el derecho interno de cada Estado de una forma efectiva. Otro tema muy importante en el área de la sustracción internacional de menores bajo el Reglamento 2201/2003, lo es el relativo a la denegación basada en el art. 13 b) del Convenio de 25 de octubre de 1980 en relación con el art. 11.4 del Reglamento 2201/2003. Desde luego el art. 11.4 citado, amplía la obligación de ordenar la restitución del menor en casos en que pueda estar expuesto a tales peligros pero donde se ha demostrado, sin embargo, que las autoridades en el Estado miembro de origen han adoptado, o están dispuestas a hacerlo, las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor después de la restitución. En este punto, la comunicación directa entre jueces puede ser muy importante y se han de evitar declaraciones generales en las resoluciones judiciales, esto es, debe

existir una demostración suficiente de que se han adoptado medidas puntuales para proteger al menor en el caso concreto y no basta con que exista una genérica previsión de que se van a adoptar medidas adecuadas de protección¹⁷⁴. Respecto a las medidas adoptadas, el problema es el de cómo habrá de demostrarse este extremo, no siendo claro qué órgano jurisdiccional sea el que deba apreciarlo. Es lógico que si el órgano de origen ha dictado una resolución que declara que ha adoptado tales medidas, deberá estarse a ella. En otro caso, y si tal resolución se produce, deberá atenderse a las previsiones en el marco del juego de los arts. 11.6 y 11.7 del Reglamento. En un plano más general, existen voces que critican que los Reglamentos comunitarios nada digan sobre plazos de emisión de resoluciones ni sobre su ejecución en sí. Son temas candentes. El sistema de Reglamento se cierra con el juego del art. 11.8 y su previsión de que aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin

¹⁷⁴ Sobre el art. 11.4 la guía práctica recalca que el Reglamento refuerza el principio de que el órgano jurisdiccional ordenará la restitución inmediata del menor reduciendo las excepciones de la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 a un mínimo estricto. El principio es que se restituirá siempre al menor si se le puede proteger en el Estado miembro de origen. La letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 estipula que el órgano jurisdiccional no está obligado a ordenar la restitución del menor si existe el peligro de exponerle a un peligro físico o psíquico o ponerle en una situación intolerable. El Reglamento da un paso más al ampliar la obligación de ordenar la restitución del menor en casos en que pueda estar expuesto a tales peligros, pero se ha demostrado sin embargo que las autoridades en el Estado miembro de origen han adoptado, o están dispuestas a hacerlo, las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor después de la restitución. El órgano jurisdiccional debe examinar esto sobre la base de los hechos del caso. No es suficiente que en el Estado miembro de origen existan procedimientos para proteger al menor, sino que debe haberse demostrado que sus autoridades han adoptado medidas concretas para proteger al menor en cuestión. Será generalmente difícil que el juez evalúe las circunstancias efectivas en el Estado miembro de origen. La ayuda de las autoridades centrales del Estado miembro de origen será vital para determinar si efectivamente se han adoptado medidas protectoras en ese país y si garantizan adecuadamente la protección del menor sobre su restitución. De hecho, existe una práctica anglosajona que condiciona el retorno del menor a determinados undertakings, y que se ha generalizado de facto, positivizándose, incluso, en este Reglamento.

de garantizar la restitución del menor. Destacar también que sería muy deseable contar con una regulación y procedimiento detallado de la forma de actuar en los supuestos de los arts. 11. 6 a 8 del Reglamento Bruselas II bis en cada uno de los países de la Unión donde se aplica dicho Reglamento. También en materia de sustracción internacional de menores, es necesaria una regulación positiva de las garantías en y para el retorno de menores, o undertakings, por exigencias directas, entre otros, del 11.4 y 45.2 punto 14 del anexo 4 del Reglamento Bruselas II bis, y como medida que fomenta el aumento de la confianza mutua entre países implicados en un proceso de sustracción. El ofrecimiento de protección al menor tras la restitución debe incluir detalladamente las medidas que se van a adoptar en el caso concreto para garantizar el bienestar del menor y tranquilizar así, y reforzar la confianza, del estado requerido, evitándose de esta forma usos excesivos y abusos indeseables del art. 13 del Convenio de 25.10.1980. Concluiré este apartado con una mención de aspecto tan práctico cual útil y referido al hecho de que no hay mención convencional o reglamentaria acerca de cuál deba ser el lugar de devolución del menor, lo que siempre facilita su entrega directa al beneficiario de la orden de restitución con independencia de su lugar actual de residencia en tal momento, que puede no coincidir con el que fue en su día la residencia habitual del menor.

Artículo 14. Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del Artículo 3º, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya sean reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

Comentario de Graciela Tagle

El art. 14 flexibiliza la prueba del derecho extranjero sobre la residencia habitual del menor, toda vez que las autoridades requeridas podrán tener en cuenta directamente las decisiones judiciales o administrativas, reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin recurrir a procedimientos para probar su vigencia o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras.

La redacción de la norma es potestativa pero la facultad de hacer uso de esta información supone poner en claro si el secuestro ha interrumpido el derecho de custodia sobre el menor tal como se reconoce en el Estado de residencia habitual antes de producirse aquél, conforme lo señala el Informe explicativo Pérez Vera. Importa la facultad de conseguir decisiones rápidas dictadas en el lugar de residencia habitual o la información legislativa sin sujeción a formalidad alguna, lo que se traduce en la flexibilización de la prueba del derecho extranjero. Estas resoluciones relativas al derecho de custodia tienen en el estado requerido *“un efecto indirecto que no podía estar condicionado por la obtención de un exequatur o de cualquier otra modalidad de reconocimiento de resoluciones extranjeras”*¹⁷⁵. La doctrina judicial en este sentido ha sostenido: *“Tampoco se trata de juzgar incidentalmente si el acto judicial extranjero reúne las exigencias de los arts. 517 y 519 del Código Procesal Civil y comercial de al Nación”*.¹⁷⁶ Ello hace a la celeridad del trámite y está en consonancia con la finalidad del Convenio. También podría proporcionarse esta información a través de la Autoridad Central o del Juez de Enlace, haciendo innecesario un pedido de las partes involucradas. También refiere a la posibilidad de contar con jurisprudencia o resoluciones judiciales dictadas en el estado de residencia habitual que se conecten con el tema a resolver.

Esta prescripción es una de las funciones claves que tiene el juez de enlace, integrante de la Red Internacional de jueces de La Haya ya que dentro de sus funciones está aquella de proveer información acerca de cuestiones de custodia o visita o responder a toda falta de información que el juez competente tuviere acerca de la situación legal en el estado de residencia habitual del niño.

¹⁷⁵ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo del Convenio, pág. 35.

¹⁷⁶ Dreysin de Klor, Adriana (Coord.), *La protección internacional de menores*, pág. 17.

Comentario Javier Forcada

Estamos ante una disposición facultativa, como dice el informe explicativo del Convenio de 25 de octubre de 1980, relativa a la prueba del derecho de la residencia habitual del niño que puede ser de gran utilidad y motor de celeridad. En España y en Europa, este tipo de previsiones han de conectarse con las previsiones del Reglamento Bruselas II bis. Allí, señala el art. 54 que las autoridades centrales proporcionarán información sobre las legislaciones y los procedimientos nacionales y adoptarán medidas destinadas a mejorar la aplicación del Reglamento y a reforzar su cooperación. Dicho precepto, además, incluye una expresa referencia al uso de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión no 2001/470/CE, cuyas fichas informativas accesibles en la web de la Comisión Europea proporcionan información actualizada sobre legislación de los países que integran la Red. Tampoco hay que olvidar la habilitación que a las comunicaciones judiciales directas hacen los arts. 15 y 11, apartados seis y siete y 55 letra c) del Reglamento, en cuyo marco es claro el intercambio de información que puede suscitarse entre jueces de distintos países acerca de la legislación y las decisiones judiciales de cada país¹⁷⁷.

¹⁷⁷ La cooperación directa entre órganos jurisdiccionales es una previsión legal cada vez más frecuente. No solo la recoge el art. 15 del Reglamento N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, y la explicita la guía práctica, que respecto al mismo, elaboró la Comisión con el auxilio de la Red Judicial Europea Civil y Mercantil sino que también se recoge en el texto reglamentario de la Red Judicial Española de Cooperación Internacional que regula la forma de actuar de sus miembros (artículos 76 bis 1 a 76 bis 5 del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, y ello tras la modificación del Reglamento indicado por el Acuerdo Reglamentario 5/2003, de 28 de mayo, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en lo relativo a la cooperación judicial internacional). Respecto al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sus arts. 8 y 9 permiten el intercambio de opiniones entre las autoridades interesadas y el Art. 31 impone a las Autoridades centrales la obligación de tomar las medidas apropiadas para facilitar las comunicaciones. Desde luego, mucho se ha avanzado ya respecto a previsiones lejanas en esta materia de comunicaciones como la del art. 10 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1961.

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

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

Comentario de Graciela Tagle

Está íntimamente asociado al anterior artículo y supone la presentación por parte del solicitante de una certificación o decisión emitida por las autoridades del lugar de residencia habitual del menor con relación a la disposición del artículo tres: que el traslado ha interrumpido el ejercicio del derecho de custodia. No tiene formalidad alguna como tampoco tiene carácter vinculante. Es claro que en caso que no pueda obtener tal información, la Autoridad Central debe colaborar con el demandante al efecto de “*expedir una certificación relativa al derecho en materia de custodia del demandante*”.¹⁷⁸

Por último es una facultad de la autoridad judicial en miras a requerir al demandante aportar la documentación tendiente a esclarecer su derecho cuando no la hubiere aportado o lo hubiere efectuado en forma deficiente, de suerte tal que el Juez podrá completar una actividad probatoria defectuosa a los fines de dictar resolución. Se asimila a las medidas para mejor proveer dispuestas en la legislación adjetiva de distintas provincias¹⁷⁹.

Comentario de Javier Forcada

Acerca de este precepto debe señalarse el uso a veces anómalo que del mismo se hace por algunos países que parecen exigir de forma incondicio-

¹⁷⁸ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo del Convenio, pág. 36.

¹⁷⁹ Monton García dice que procesalmente son similares a las diligencias finales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a pesar de no encajar en los supuestos previstos.

nada tal tipo de certificaciones. Por ello, parece preciso dejar claro que estamos ante un precepto que contiene una previsión de carácter no vinculante. Esto es, el retorno del menor no puede condicionarse a que se cumpla la solicitud. En España y en muchos países existe el problema acerca de la falta de previsión en la legislación interna de cuál sea la autoridad encargada de emitir tal tipo de certificaciones. Ello motiva un deficiente funcionamiento del precepto y obliga al solicitante a un peregrinaje en diversas instancias a la búsqueda de la certificación, que va desde el recurso a la autoridad central española, al juzgado que conoce o ha tramitado algún proceso relativo al menor o el recurso a las redes de cooperación y los jueces de enlace. Ciertamente, es la autoridad central española la que con buena disposición suele atender este tipo de certificaciones, pero no dejaría de ser una buena práctica la previsión a nivel de legislación nacional interna en cada país, de cuál sea la autoridad encargada de emitir certificaciones a los efectos de este precepto. En todo caso, parece claro que el contenido de la decisión debe ir referido al carácter ilícito del traslado o no retorno en el sentido del Convenio. En materia de sustracción internacional de menores, debería en cada estado procederse a la regulación positiva interna de cuales sean las autoridades de certificación a los efectos de este precepto del Convenio de 25/10/1980.

Artículo 16. Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el Artículo 3º, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. Dispone que las autoridades judiciales o administrativas del Estado de refugio del menor no decidirán sobre la cuestión de fondo hasta que se resuelva el pedido de restitución o bien cuando haya transcurrido un tiempo prudencial, sin que se haya presentada la demanda de restitución. Consecuentemente surge la obligación de las Autoridades Centrales de advertir a las autoridades competentes que deben suspender los procesos que versen sobre los derechos de custodia.

La norma se relaciona al alcance de la decisión y prohíbe resolver respecto al derecho de custodia hasta tanto se haya resuelto el pedido de restitución. Ello supone encaminar el análisis a atender esta cuestión puntual, urgente y preservar la competencia del juez natural de la residencia habitual del niño para el tratamiento de la custodia. Esta prohibición reconoce un término: cuando quede probado que no procede devolver al menor o que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado ninguna demanda. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación nos enseña: “No cabe emitir pronunciamiento sobre la jurisdicción internacional para discutir la atribución de la tenencia de la niña, ya que excede la materia debatida¹⁸⁰.”

Ahora bien, resuelta la restitución del menor al lugar de su residencia habitual anterior a la sustracción, el órgano judicial de ese Estado deberá en definitiva decidir sobre la custodia de conformidad a la legislación vigente en él. De lo contrario, en caso que se denegara la solicitud, quien deberá resolver sobre la custodia será el juez del Estado de refugio en aplicación de la norma en estudio que condiciona esta posibilidad a la previa resolución de la restitución. En definitiva, la residencia habitual, pasará a ser aquella del Estado de acogida¹⁸¹.

¹⁸⁰ Dreysin de Klor, Adriana (Coord.), *La protección internacional de menores*, pág. 17.

¹⁸¹ Resulta interesante traer una experiencia en mi carácter de juez de enlace por un doble motivo. Por un lado para clarificar el alcance del artículo en estudio y por otro para comprender el rol que desempeñan los jueces de enlace. En un caso con Brasil en el el padre de la niña P. solicita el pedido de restitución, declara que el lugar de residencia habitual de la menor fue el la Ciudad de Villa Carlos Paz y manifiesta que ha sido retenida ilícitamente por su madre en Brasil. Por su parte la señora SBG inició una acción de separación litigiosa en contra de J.C.R. Habiéndose dado trámite a la solicitud de restitución internacional, informa la embajada de Brasil que la Sra. S. G. ha iniciado la acción de custodia respecto de la niña en el estado de Brasil. La Autoridad Central de la República Argentina pone en conocimiento del Juez de Enlace esta situación, solicitándome que estableciera comunicación con el juez interviniente a

Comentario de Javier Forcada

En relación a este precepto, una de cuyas finalidades lo es el evitar en cierto modo que un convenio de restitución se convierta en uno de custodia, cabe señalar que no siempre es aplicado correctamente por los tribunales nacionales. En España, algunos supuestos de incorrecta aplicación del art. 16 han generado graves disfunciones. Cabe al efecto la cita paradigmática de la sentencia 4153/1998, de 22 de junio, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de España, en cuanto efectúa una interpretación muy clarificadora de su recto sentido y que pone de manifiesto una perfecta comprensión técnica por el Alto Tribunal del espíritu y objetivos del Convenio. Señala dicha sentencia que *ha de establecerse como doctrina aplicable ... que la interpretación acertada de aquel precepto (art. 16), conforme a estas normas de hermenéutica, supone que las autoridades judiciales del Estado contratante, requerido no podrán decidir sobre el fondo, derecho de guarda de los menores, hasta que se establezca que no existen las condiciones previstas por el convenio para el retorno de los mismos.*

Artículo 17. El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para resti-

los fines de informarle el contenido del art. 16. Una vez establecida la comunicación con el juez interviniente e informado de lo dispuesto por el art. 16, dictó un decreto haciéndole presente a su par brasilero lo establecido en el mencionado artículo en orden a la suspensión de todo procedimiento que se encamine a dirimir la custodia hasta tanto haya sido resuelta la petición de restitución de la niña.

Como se advierte la cooperación y la adopción de disposiciones apropiadas para proporcionar información sobre legislación son elementos claves para agilizar e interpretar la normativa de estos procesos. Las legislaciones tanto a nivel regional, como instrumentos internacionales regulan esta actuación y funciones. La Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños la prevé en su art.21 cuando refiere a las comunicaciones judiciales directas.

tuir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

Comentario de Graciela Tagle

Dictada una sentencia relativa a la custodia del menor o susceptible de que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no impedirá que la restitución pueda ser ordenada; sin embargo las autoridades competentes del Estado requerido podrán tener en cuenta los fundamentos de la sentencia al aplicar el Convenio. El artículo en estudio tiende a desanimar a posibles sustractores que intentan protegerse de su obrar ilícito, obteniendo una resolución relativa a la custodia que, siendo anterior no ha sido ejecutada, o por ser posterior a la sustracción, en un gran número de casos resulta fraudulenta¹⁸². Esta resolución no podrá condicionar la solicitud de restitución, sin perjuicio que si llegara a plantearse podría tenerse en consideración los motivos en que aquélla se hubiere fundado.

Comentario de Javier Forcada

Con este precepto es claro que lo que se pretende es desalentar a los sustractores que quieran apoyarse en resoluciones, por ejemplo, anteriores al traslado pero nunca ejecutadas o en resoluciones obtenidas a posteriori de forma posiblemente fraudulenta.

Artículo 18. Las disposiciones del presente capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

¹⁸² Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo del Convenio, pág. 36.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. Dispone que las autoridades competentes del Estado requerido no estarán limitadas para ordenar la restitución del menor en cualquier momento, en la medida que existan otras disposiciones más favorables. Ahora bien, si el menor se ha integrado a su nuevo entorno familiar y social, la autoridad judicial o administrativa podrá denegar la restitución conforme lo dispone el art.12 con fundamento en el principio del interés superior del niño.

Comentario de Javier Forcada

Estamos ante un Convenio no exhaustivo y sí complementario.

Artículo 19. Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

Comentario de Graciela Tagle

El artículo se limita a precisar el alcance de la resolución que ordena el retorno del menor: debe ser inmediata y rápida y por tanto no debe prejuzgar sobre cuestiones de fondo como lo es el derecho de custodia¹⁸³. Prejuzgar significa juzgar antes del tiempo oportuno o sin tener de ellas cabal conocimiento¹⁸⁴. Esto es pues lo que pretende el artículo: eliminar cualquier consecuencia negativa que pudiera tener esta resolución sobre la decisión posterior de la custodia del menor.

¹⁸³ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo del Convenio, pág. 37.

¹⁸⁴ "Prejuzgar", *Diccionario de la Real Academia Española*, 20ª edición.

Comentario de Javier Forcada

Pese a la claridad de la redacción de este precepto, son demasiadas las ocasiones en que los tribunales resuelven sobre el fondo del derecho de custodia.

Cabe la cita a título de ejemplo del caso afectante a España y México, en el que el Juzgado Décimo Séptimo de lo Familiar del Distrito Federal en su resolución de 27 de febrero de 2009 deniega la restitución de la menor y atribuye la guarda y custodia a la madre sustractora. Frente a estas situaciones parece claro que la atribución del derecho de custodia no es un problema que se pretenda resolver con este convenio, que permite que su debate se inicie ante las autoridades del Estado en el que el menor tenía su residencia antes del traslado o retención ilícitos, siendo indiferente que no se hubiera dictado una resolución respecto a la custodia como que el desplazamiento se hubiera producido incumpliendo una resolución preexistente.

Desde luego, un retorno ágil y rápido nunca debe prejuzgar el fondo del derecho de custodia con lo que se consagra aquí la idea fundamental del convenio.

Artículo 20. La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Comentario de Graciela Tagle

Disposición claramente de carácter excepcional y que se aplica cuando la restitución no sea permitida por los principios fundamentales del Estado requerido respecto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El artículo es el resultado de un compromiso entre las delegaciones a favor y en contra de incorporar una cláusula de carácter público. La Con-

vención interamericana de Montevideo redacta la norma en términos prácticamente idénticos¹⁸⁵.

Fue dispuesta como una solución pactada entre dos corrientes: la de aquellos que deseaban incorporar una cláusula de orden público internacional de tipo clásica y la de aquellos que pensaban que si cada estado podía liberarse de sus obligaciones invocando motivos jurídicos propios de su derecho interno se desplomaba las bases de la convención: Más aún considerando que las otras excepciones a la obligación de restitución eran atinentes a cuestiones de hecho, ponderadas en interés superior del niño o a la conducta de las partes, pero no se contemplaba la posibilidad de invocar argumentos puramente jurídicos propios del Estado requerido. La norma que en definitiva fue consagrada, se inspira en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que se hallaba vigente en varios estados miembros de la Conferencia de La Haya cuando estaba en tratamiento la Convención, y se incorporara en la reunión final de octubre de 1980 pero no pertenece a ningún tratado internacional en especial; son los propios principios que están admitidos en el Estado parte requerido principalmente en el respectivo derecho constitucional.¹⁸⁶ Debe ser de aplicación restringida, esto es cuando de la aplicación del tratado surja evidente la violación de los derechos humanos fundamentales del niño¹⁸⁷. Las estadísticas nos indican que ha imperado la prudencia en el uso de esta cláusula de reserva en los últimos años lo que indica que los jueces tienen correcto entendimiento de sus particularidades¹⁸⁸. La razón la encontramos en que los Estados que

¹⁸⁵ Art. 25 de la Convención Interamericana de Montevideo.

¹⁸⁶ Najurieta, María Susana, "Orden público internacional y derechos fundamentales del niño", *LL*, 29/04/1997.

¹⁸⁷ Uriondo de Marinoli, Amalia, "Decisión conforme al derecho convencional", *Revista de Derecho de Familia*, 2007-III, LexisNexis, Buenos Aires, septiembre-octubre 2007, pág. 222.

¹⁸⁸ Dreyzin de Klor nos dice que en ambos Tratados de Montevideo (1889, 1940) se recepta la excepción de orden público internacional en los respectivos protocolos adicionales a través de una fórmula sumamente amplia al decir que "Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso (art. 4). Las CIDIP, por su parte, recalcan el carácter completamente excepcional del orden público internacional, al exigir como requisitos de su existencia que la ley extranjera sea manifiestamente contraria a los principios de orden público del juez. En el análisis que realiza de la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, expresa Goldsmith, que "la violación ha de recaer, en primer término sobre los principios

han ratificado la Convención de La Haya han suscripto los Tratados de Derechos Humanos y Convención de los Derechos del Niño en la generalidad. Esta cláusula tiene una característica especial respecto de las causales de excepción ordinarias en cuanto a la prueba. En éstas la causal puede ser alegada a instancia de parte pero en caso de que no fuera invocada, el juez podrá aplicarla de oficio por imperio del principio “*iura novit curia*”¹⁸⁹. Ello ya que la restitución no lo permiten principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos fundamentales. En el conocido caso con Canadá, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó el concepto “reducido” de orden público internacional y dijo: La resignación a la invocación del orden público interno que la República acepta al comprometerse internacionalmente es la medida de sacrificio que el estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del niño. Ello sumado a procurar que la vigencia de un tratado y su aplicación rápida y eficaz *que sirve operativamente pero además que tenga efectos disuasivos sobre las futuras 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 ilícita*¹⁹⁰. Con este fundamento entre otros no menos importantes, decidió por mayoría el retorno de la menor a Canadá retenida en la República Argentina por su madre en oportunidad de llevarse a cabo el régimen de visitas.

Otro caso paradigmático se refleja en el caso del matrimonio que residía en Kuwait, donde nació en el año 1979 el hijo y a raíz de la guerra del Golfo, la familia se refugió en Inglaterra y el menor concurre a la guarde-

del derecho propio. No es suficiente que ella concierna a las normas que elaboran los principios. En segundo lugar, la violación ha de ser manifiesta. No basta que sea dudosa. Conf. Goldmith, Werner, “Un logro americano en el campo convencional del derecho internacional privado”, en *El S.O.S. del Derecho Internacional Privado Clásico y otros ensayos*, Belgrano, Buenos Aires, 1979, pág. 108.

¹⁸⁹ *Iura novit curia* es un aforismo latino que significa literalmente “el juez conoce el derecho”; sirve para que las partes se limiten a probar los hechos, y no los fundamentos de derecho aplicables. Conforme a ello, el juez debe someterse a lo probado en cuanto a los hechos, pero puede ampararse en ese principio para aplicar un derecho distinto del invocado por las partes a la hora de argumentar la causa.

¹⁹⁰ CSJN, “W. E. M. c. O. M. G.”, JA, 1995-III-430 y ss.

ría. La madre trajo a su hijo a la República Argentina sin el consentimiento paterno e inició juicio de tenencia. A través de la Autoridad Central del Reino Unido, el padre solicita la restitución de su hijo. En primera instancia se ordena la restitución. Apelada la resolución la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, calificó de ilícito el traslado del menor hacia la República Argentina realizado por su madre, sin embargo rechazó la restitución del niño a su padre con fundamento en el art. 20 y dijo: "...de reinstalarse en la situación anterior al traslado ilícito la vida del niño estaría expuesta a grave riesgo pues grupos fanáticos habían dictado sentencia de muerte contra su padre. El Tribunal concluyó que se debe otorgar preeminencia a la protección contra un grave riesgo de vida que en el caso parece verosímil ... es preciso que se entienda que no se trata de resolver las cuestiones articuladas con falso nacionalismo de modo de favorecer la actitud del connacional que trasladó o retuvo al menor pese a la ilicitud de tal conducta...Pero así como un tribunal comprende que le corresponde desempeñar adecuadamente su papel en tanto parte de uno de los poderes del Gobierno Federal en la aplicación de los tratados Internacionales, también se encuentra plenamente convencido de que sirve lentamente a esa aplicación mediante un apropiado análisis de los supuestos de excepción". Esta sentencia revela magistralmente cómo una jerarquización de valores en cuya cúspide se encuentra el valor a la vida, su integridad y su dignidad, guía la solución de esa tensión entre dos fuerzas: por un lado, el derecho interno conocido en materia de menores, que todo juez tiende naturalmente a imponer, y por otro lado, los imperativos de las obligaciones asumidas internacionalmente, en materias en que ningún Estado puede combatir el flagelo de manera aislada, como los desplazamientos ilícitos o el tráfico internacional de menores"¹⁹¹.

Comentario de Javier Forcada

Este precepto tiene un carácter claramente excepcional en su aplicación y refleja una solución de consenso entre partidarios y detractores de las llamadas cláusulas de orden público. Su carácter extraordinario y su confuso alcance, contra la intención de los redactores del convenio, ha moti-

¹⁹¹ CNCiv, Sala I, 14/09/1995, "S. Z. A. A. c. A. D. D. s/ Exhorto", LL, 1996-H-165.

vado, en no pocos casos, situaciones de abuso recurrentes, al utilizarse para dar valor prevalente a la ley interna del estado de refugio, cuando ello no podía conseguirse recurriendo a apoyos legales, con respecto a la natural aplicación del convenio o a razones jurídicas. La aplicación del precepto implica apreciar una contradicción y, además, que los principios protectores de los derechos humanos prohíben el retorno solicitado. No basta con el que retorno sea incompatible sino que debe estar no permitido. En cierto modo, al analizar este precepto volvemos a enfrentar invocaciones de orden público, por mucho que tal expresión no se cite. El concepto de orden público alude a la incompatibilidad con las instituciones, los valores y los principios básicos del ordenamiento receptor, con sus principios esenciales básicos e irrenunciables que solo alcanzan tal condición a través de su consagración constitucional y alcance internacional, ya que suele tratarse de principios esenciales comunes a una pluralidad de países. Es concepto variable y no coincidente en todos los países. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no define el contenido del concepto en cada país pero sí controla los límites dentro de los cuales un Estado contratante puede recurrir a este concepto para no reconocer una resolución, por ejemplo, cuando el Tribunal del Estado de origen denegó a una parte el derecho a la defensa sin comparecer personalmente. Lo cierto es que en Europa, el orden público sigue siendo, hoy por hoy, un obstáculo, siquiera de invocación excepcional, a la libre circulación de resoluciones dentro del campo de la Unión Europea. De hecho, la sola supresión del exequátur puede plantear serios problemas si no va acompañada de una clara unificación de normas de procedimiento y de una regulación uniforme de las normas de conflicto de derecho internacional privado. A menor uniformidad de legislaciones internas, la desconfianza entre Estados es mayor sin olvidar que la garantía de la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de decisiones judiciales, es un objetivo que no puede alcanzarse menoscabando los derechos de defensa (sentencia de 11 de junio de 1985, Debaecker y Plouvier, 49/84, Rec. P. 1779, apartado 10). Caso paradigmático ad hoc lo puede ser la cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2000, C-7/98, asunto Krombach c. Bamberski, en un excelente análisis del art. 27 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, pero que serviría en caso semejante, salvando las distancias, para la aplicación, por ejemplo, del supuesto que regula el art. 22 del Reglamento 2201/2003 y que coincide con el art. 15.1 del

extinto Reglamento 1347/2000. En mi opinión y en el área de la sustracción internacional de menores, es difícil justificar en Europa la más mínima posible invocación del orden público por mucho que el Reglamento N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre, siga regulándolo con cita expresa en las previsiones de los arts. 22 a 24, relativos a motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad y de responsabilidad parental y para materia relativa a la prohibición del control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen. Dicho Reglamento comunitario, ello no puede negarse, contempla evidentes avances en esta materia. Así, no puede invocarse el orden público para denegar el reconocimiento tratando de fundarlo en que no se observaron las reglas de “competencia judicial internacional”. Tampoco puede denegarse el reconocimiento tratando de fundar la denegación en que el órgano jurisdiccional del Estado de origen haya aplicado una norma de conflicto distinta a la vigente en el Estado requerido, y no cabe, en ningún caso la revisión en cuanto al fondo, expresamente prohibida por los arts. 24 y 26 del Reglamento. En cuanto al **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, el artículo 22 señala que la aplicación de la ley designada por las disposiciones del presente capítulo solo puede excluirse si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño y el art. 23.2.d) contempla la denegación del reconocimiento si es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Como recuerda el informe explicativo de Paul Lagarde, la reproducción de la disposición habitual en los Convenios de La Haya sobre la excepción de orden público se mantiene en este Convenio pero con la precisión, sin embargo, relativa a que la intervención del orden público deberá tener en cuenta el interés superior del niño, que debe inspirar, por otra parte, la aplicación de todos los artículos del Convenio y con la consagración de la contrariedad manifiesta con el orden público del Estado requerido como motivo de no reconocimiento pero con el añadido, como en el artículo 24 del Convenio de 29 de mayo de 1993 sobre adopción, relativo a que el orden público se aprecie teniendo en cuenta el interés superior del niño. Vemos pues que cada día se ponen más cercos y limitaciones a las invocaciones del orden público, lo que debe ser tenido en cuenta por los

operadores jurídicos a la hora de resolver casos de sustracción internacional de menores y a la hora de aplicar el art 20 del Convenio de 25 de octubre de 1980. De este modo, si este precepto se usa solo a nivel internacional pero no para los casos idénticos internos, parece que se romperían las llamadas reglas del juego.

Capítulo IV DERECHO DE VISITA

Artículo 21. Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor. Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el art. 7º para asegurar el ejercicio pacífico de los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de esos derechos. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de esos derechos. Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dichos derechos y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio de los mismos.

Comentario de María Seone de Chiodi

Este derecho está consagrado en el artículo 21 del Convenio. En dicha disposición no se pretende establecer una regulación exhaustiva del derecho de visita.

En el entendimiento que el derecho de visita es la consecuencia lógica del derecho de custodia, se optó en el ámbito del Convenio por garantizar la cooperación entre las Autoridades Centrales para posibilitar su organización o la protección de su efectivo ejercicio.

En el primer apartado determina que la demanda para el establecimiento o el ejercicio efectivo del derecho de visita se podrá presentar ante las Autoridades Centrales de los Estados Contratantes al igual que en el procedimiento de restitución, es decir que el demandante tendrá libre elección, ello otorgará mayor rapidez a la solicitud.

La Autoridad Central tendrá el cometido de garantizar el ejercicio pacífico del derecho de visita, sin que se ponga en peligro el derecho de custodia.

Las Autoridades Centrales están sujetas, a los fines de garantizar el derecho de visita, a las obligaciones previstas en el artículo 7 del Convenio.

La cooperación entre las Autoridades Centrales vuelve a presentarse como el instrumento más importante y que permite –como se ha dicho– garantizar el derecho de visita y las condiciones pactadas. La garantía que el derecho de visita se podrá ejercer constituirá, a su vez, la única seguridad que tendrá el titular del derecho de custodia de que su derecho no se perjudicará, es que el derecho de visita pueda ser efectivamente ejercido por el otro progenitor.

Una de las obligaciones más importantes que tienen las Autoridades Centrales es la de “eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho”, dichos obstáculos podrán ser legales o derivados de la responsabilidad penal.

Las Autoridades Centrales siguen siendo el destinatario de las obligaciones asumidas en el Convenio y el eje central para posibilitar el cumplimiento del derecho de visita y las condiciones a las que esta sujeto.

Lamentablemente existen algunas Autoridades Centrales que consideran que el derecho de visita solamente puede tramitar si ha existido previamente una denegación del pedido de restitución. Entendemos que ninguna disposición del Convenio prevé este tipo de solución.

El derecho de visita es un derecho que tiene el menor y no los progenitores, él es el que tiene derecho a tener contacto con sus padres, siempre que no medie alguna causal que pueda ponerlo en peligro.

Todo niño necesita de sus dos padres para que pueda crecer sin carencias afectivas. Este es el principio rector que se encuentra establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

Por lo tanto, no debería exigirse la existencia de una denegación de la restitución para que pueda accederse al ejercicio efectivo del derecho de visita. Si un padre quisiera acceder al establecimiento o al ejercicio de ese derecho en un Estado, en el cual no se inicio un pedido de restitución, la única vía que tendría sería la presentación de la demanda ante los tribunales locales, debiendo contratar los servicios de un abogado del foro local, este tipo de situaciones resultan costosas para el progenitor que solicita visitas y tampoco podría acceder a un abogado pro-bono o defensor oficial que atienda su caso, la consecuencia de esto será la falta de contacto entre el padre y su hijo, menoscabándose el derecho de este último a mantener contacto con sus padres.

Otros Estados, como en la República Argentina, admiten las visitas a la familia ampliada, permitiéndose al menor estar en contacto con sus abuelos, tíos, etc., esto dependerá de la legislación interna de cada Estado. Debemos señalar que las visitas de la familia ampliada es un aspecto importante para la estabilidad emocional del niño y que le permitirá estar en contacto con sus raíces.

Alguna Autoridad Central también deniega la tramitación del pedido de visitas cuando estos no tienen carácter de urgente, y asimilan el pedido de visita a la tramitación o los procedimientos de urgencia de la restitución previstos en el Convenio.

En la Quinta Reunión de la Comisión Especial se reafirmó la prioridad que se le asigna al trabajo de seguir mejorando la protección del derecho de visita/derecho a mantener un contacto transfronterizo. A tal fin la Comisión Especial reconoció la fuerza de los argumentos para elaborar un Protocolo al Convenio de 1980, sin embargo se acordó seguir estudiando la posibilidad de implementar el Convenio de 1996 a fin de dar solución al tema.

Otro aspecto que recibió tratamiento en esa Reunión fue la reubicación de los niños (establecimiento en otro país). Se concluyó en la necesidad de alentar a los padres para evitar los traslados ilícitos y tratar que se llegue a acuerdos en materia de visita, cuando uno de los padres tiene la intención de quedarse en el país y de no acompañar al resto de la familia.

Se considero importante analizar el tema de la reubicación a los fines de establecer criterios comunes entre los Estados.

El artículo 21 contempla que las Autoridades Centrales, a los fines de garantizar el derecho de visita, removerán, en la medida de lo posible los

obstáculos, legales o de responsabilidad penal, para el ejercicio de ese derecho.

Comentario de Graciela Tagle

La función de la Autoridad Central ha quedado con total claridad descripta por quien precisamente interviene en la correspondiente fase por lo que tomaré otros aspectos que dificultan su cabal entendimiento por falta de regulación precisa. El derecho de visita, si bien no está definido en el Convenio en estudio, en términos generales consiste en el derecho a mantener un contacto personal con el menor cuya guarda está en cabeza del otro progenitor. Comprende la adecuada comunicación y supervisión de la formación integral del niño como también el derecho a determinar su lugar de residencia. Ello pues hemos dicho que en la legislación argentina, para salir del país o determinar la radicación fuera del país, es necesario el consentimiento del otro progenitor que no detenta la guarda, o en caso de oposición se dirime judicialmente priorizando el interés prevalente del menor. En términos de la Convención de La Haya de 1980 e Interamericano¹⁹², comprende la facultad de llevar al niño por un período limitado de tiempo a un lugar diferente al de su residencia habitual. Engasta con el artículo 1, que enumera entre sus objetivos el de hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares¹⁹³. ¿Cuál es el alcance de este derecho? Tienen derecho de visitas aquellos que se deban recíprocamente alimentos. Ello incluye a abuelos, hermanos e inclusive a aquellas personas que tengan un interés legítimo respecto al niño¹⁹⁴. Permite su extensión a la familia ampliada siempre que el país requerido considere factible la petición teniendo en cuenta su derecho interno y la convención que resulte aplicable.¹⁹⁵ En cuanto a su modalidad puede establecerse por acuerdo de partes ante la Autoridad central, acuerdo que luego se homologa judicialmente o en caso de no existir acuerdo, se podrá solicitar por vía judicial. En cuanto a la expresión “derecho de visita” hay consenso en que no refleja que comprende el derecho por lo

¹⁹² Arts. 5 y 3 respectivamente.

¹⁹³ www.menores.gov.ar.

¹⁹⁴ Art. 376 bis del Código Civil; Marianich de Basset, *Derecho de visitas*, Hammurabi.

¹⁹⁵ Seoane de Chiodi, María, “El problema de la restitución internacional de menores”.

que está siendo reemplazada paulatinamente por otros términos más abarcativos y que permiten incluir todos los nuevos medios de comunicación: Internet, telefonía móvil, fax, chat, distintas redes sociales, etcétera.

Ahora bien el cambio de nominación deberá ser ponderado entre los distintos Estados Parte a los fines de que la nueva expresión cumpla su finalidad: reflejar los nuevos paradigmas que rigen este derecho a partir de la CDN.¹⁹⁶

El artículo en estudio refiere a “organización o garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita”.¹⁹⁷

La organización se refiere a la determinación de un régimen de visitas en el caso concreto esto es el contacto del progenitor “no custodio” con el menor por un período limitado de tiempo en un lugar diferente al de la residencia habitual del niño. La garantía de ejercicio apunta al efectivo cumplimiento del régimen de visita lo que hace necesario establecer los medios que lo aseguren. Vale decir que el Convenio tutela el ejercicio del derecho de visita desde su fijación hasta su ejecución. ¿Qué sucede cuando se pretende la modificación del régimen vigente o la suspensión del mismo? Tal pedido se deberá considerar como un pedido de determinación de régimen de visita sirviendo de antecedente aquel cuya modificación o suspensión se pretende. La forma de materialización del derecho de visita no surge del artículo 21 que solo refiere que la demanda con el fin de organizar o garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visitas se podrá presentar a las autoridades Centrales en la misma forma que la demanda de restitución de menores. Por lo que será importante ponderar la conveniencia de la ratificación de del Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y cooperación por los Estados Contratantes que es complementario del Convenio en estudio.

¹⁹⁶ En el derecho suizo, se habla de “relations personnelles”, “droit aux relations personnelles” y “droit d’entretenir relations personnelles”, no aparece la palabra “visitas”, lo mismo sucede en el derecho alemán. En el derecho inglés se han generalizado los términos “access” y “right of access”, que viene a sustituir a “visit”.

¹⁹⁷ En la Convención Interamericana “hacer respetar el ejercicio del derecho de visita”.

Comentario de Javier Forcada

Desde la perspectiva española y europea, un tema muy candente al hilo de este precepto lo es el problema de si cabe al ampro del convenio de 25 de octubre de 1980 una petición de visitas alejada de cualquier idea de sustracción ilícita o de cualquier proceso de retorno de un menor. Es importante traer sobre la mesa esta problemática acerca de si las visitas en estos supuestos deban tener o no relación con la sustracción, porque si no hay sustracción puede considerarse no aplicable el art. 21 del Convenio de 25 de octubre de 1980. A nivel teórico, la respuesta afirmativa debe imponerse pero a nivel práctico la gestión del establecimiento de un derecho de visitas bajo tan deficiente, por escueta, regulación convencional, es materia compleja y no fácil, máxime cuando muchos otros instrumentos nacionales e internacionales de mayor detalle y directa aplicación, pueden permitir la misma finalidad. Quizá, además, esta discusión sea estéril tras la entrada en vigor del Convenio de 19 de octubre de 1996 prevista para 2010 en la Unión Europea. El origen de todas estas cuestiones quizá lo encontremos en el hecho de que el Convenio contiene una clara paradoja en tanto en cuanto el derecho de custodia prácticamente no cae dentro de su ámbito, al menos a nivel teórico, mientras que se admite una regulación positiva y de fondo del derecho de visita en el artículo 21 que, si bien incompleta, refleja la importancia que el contacto regular de los hijos con sus padres tuvo para los redactores del Convenio. En todo caso, se recalca la cooperación entre autoridades y se evita una regulación exhaustiva del derecho de visita, que me parece claro que, en la definición del art. 5 del Convenio de 25 de octubre de 1980, comprende el derecho de visitas transfronterizo. Existe, de forma añadida, cierta conflictiva interacción, por así decirlo, entre el Convenio de 25 de octubre de 1980 y el propio del Reglamento Bruselas II bis en esta área, en el que no hay una regulación detallada de la materia pero en el que diversos artículos se refieren a esta cuestión, caso de los arts. 41, 48 y 15 del Reglamento citado. Dentro del marco de la Unión Europea cubierto por el Reglamento Bruselas II bis, el tema de las visitas tiene un mayor realce. Así, no parece sostenible, por ejemplo, que un órgano jurisdiccional de uno de los estados se negara a ejecutar un derecho de visita establecido en otro estado alegando que en su país la ley interna no lo permite o que no tiene medios legales para ello. Incluso ello podría motivar el inicio de un proceso de infracción por parte de la Comisión. En materia de visitas, se ha de recalcar también que la

terminología ha cobrado cierta importancia en épocas recientes, sobre todo en el marco de la nueva Guía de Buenas Prácticas sobre “Contacto Transfronterizo Relativo a los Niños”, donde se analizan diversas opciones terminológicas para referirse a cómo calificar el derecho de visita. Se barajan conceptos como “derecho de visita”; “derecho de contacto”; “derecho a mantener el contacto”, etc., pareciendo primar la opción por la expresión “derecho a mantener el contacto”, quizá por mantener coherencia con la terminología utilizada por el Convenio de 19 de octubre de 1996, y por considerar que brinda una idea más acabada de su significado, sin desdeñar el uso de la expresión corta “derecho de contacto” en determinados supuestos. La cuestión no deja de tener evidentes repercusiones prácticas si la extensión al uso o real de las implicaciones terminológicas de las palabras “contacto” y “visita” no son las mismas. Por ejemplo, al parecer en el Distrito Federal de México, los códigos civil y de procedimiento civil solo hacen referencia al derecho de visitas, lo que en algún caso práctico motiva que los ciudadanos se quejen de que se les impide tener otros “contactos” vía teléfono y/o internet. Incluso puede darse el caso de quien piense que cuando se decreta que el padre podrá ver al menor, ello solo implica que lo puede ver literalmente, en el sentido visual, pero sin compartir su compañía. Como cuestión de la máxima actualidad en España me gustaría traer al comentario de este precepto, aun por referencia indirecta, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, en la que se ha condenado a una madre a pagar 60.000 euros al padre, por haber impedido que éste se relacionara con su hijo, imposibilitando el cumplimiento del régimen de visitas, establecido judicialmente. Se trata de un fallo del máximo interés que vuelve a poner sobre la mesa el tema de la responsabilidad civil aplicada al marco interno de las relaciones familiares, temas que ya habían sido tratados por resoluciones de tribunales inferiores en España con distinto signo, tal y como sucedió en los casos analizados por el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 y por la sentencia 89/2006, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, de 20 de febrero de 2006.

DISPOSICIONES GENERALES

Los arts. 22 a 28 y 30 refieren a disposiciones generales de carácter procesal y que se aplican a las solicitudes de restitución como al derecho de visita.

Artículo 22. No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. Prohíbe la exigencia de cualquier garantía económica a quienes intervengan en un juicio de restitución internacional de menores en aplicación del Convenio, a efectos de responder con ella de los gastos o costas

que de él pudieran derivarse. Estos tienen que ver con las fianzas o depósitos exigidos en los procesos locales de cada sistema jurídico para garantizar el cumplimiento de las resoluciones en relación a gastos y costas. De ello están exentos los extranjeros y comprende los procedimientos administrativos como los judiciales.

Comentario de Javier Forcada

“*Cautio iudicatum solvi*”. El Convenio, dice su informe explicativo, no impide la exigencia de otras fianzas o depósitos posibles, por ejemplo, impuestas para garantizar el correcto ejercicio del derecho de visitas.

Artículo 23. No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, ninguna legalización ni otras formalidades análogas.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. El fundamento del artículo no es otro que dar efectividad a los documentos o actuaciones que tuvieran que hacerse valer en este tipo de procedimientos. La posible exigencia de legalización de documentos privados, “*de acuerdo a la ley interna de las autoridades de que se trate*¹⁹⁸” quedan excluidos de la disposición.

Esta simplificación en cuanto a formalidades requeridas, facilita la transmisión de los documentos, al suprimir su legalización u otras formalidades análogas, favoreciendo que los procedimientos sean expeditos. Generalmente el cumplimiento de este tipo de formalidades puede retrasar la tramitación de una solicitud de asistencia, sobre todo cuando el particular

¹⁹⁸ Informe explicativo citado, pág. 40.

desconoce el sistema de legalizaciones y vive a distancia del lugar en donde se realiza la legalización u otra formalidad análoga.

Tal como se indica en las Prácticas de las Autoridades Centrales el no actuar con rapidez debilita el Convenio. La cuestión más controvertida en cuanto a la aplicación del Convenio es la relativa a los retrasos en el tratamiento de las solicitudes, los procedimientos judiciales y la ejecución de decisiones de retorno. La necesidad de una acción rápida en todas las fases del procedimiento no puede ser sobre-enfatizada.¹⁹⁹

Comentario de Javier Forcada

Este precepto no cubre la posible exigencia de legalización de las copias o documentos privados con arreglo a la ley interna de las autoridades de que se trate, según indica el informe explicativo.

Artículo 24. Toda demanda, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esto no sea factible, de una traducción al francés o al inglés. No obstante, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda demanda, comunicación u otros documentos que se envíen a su Autoridad Central.

¹⁹⁹ *Guía de Buenas Prácticas*, Primera Parte: "Práctica de las Autoridades Centrales", pág. 20, numerales 1.5.1 y 1.5.2.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. Los documentos a presentar ante la Autoridad Central del Estado requerido será en el idioma oficial del Estado requirente, acompañado de una traducción al idioma o a alguno de los idiomas oficiales del Estado requerido o cuando la traducción resulte difícilmente realizable al inglés o al francés. A su vez prevé que algún Estado contratante por vía de la reserva, pudiera objetar el uso de una de las lenguas de mención pero no podrá oponerse respecto de ambas lenguas oficiales.

En cuanto a las Autoridades judiciales, las demandas y los demás documentos remitidos deberán respetar la normativa procesal vigente en cada Estado en materia de traducción de documentos.

El sentido del artículo apunta a la rapidez en la transmisión de la demanda y comunicación en general. Respecto a las comunicaciones entre Autoridades Centrales deben realizarse en plazos rápidos, la comunicación debe ser fluida y expeditiva. Si se requiere complementar una información no puede existir demora sino remitirla en cuarenta y ocho horas, o de lo contrario, en caso que no sea posible se acusará el recibo del pedido en forma inmediata y se expresará la gestión que se ha despachado tendiente a conseguir lo requerido, también deberán utilizarse medios técnicos tales como el correo electrónico, fax etc como medio de comunicación y de transmisión de información.

Comentario de Javier Forcada

La disposición solo se refiere a las comunicaciones entre Autoridades Centrales, ello es clave, y no excluye acuerdos o convenios que prevean o eliminen la exigencia de traducciones. El convenio admite la posibilidad de reservas de acuerdo al art. 42. En el caso de España, no se ha formulado reserva a este precepto con lo que se admiten las solicitudes por la autoridad central en ambos idiomas, pero parece claro que más de 18 países sí han formulado reservas no aceptando el inglés o el francés. En el caso de España con Portugal, por ejemplo, no hay problema alguno al haberse firmado un convenio que excluye la necesidad de traducción. El problema se plantea con aquellos países que imponen la necesidad de una traducción a su idioma diverso del francés o del inglés, lo que genera disfunciones y la necesidad de contar con costosos medios de traducción por parte de las autoridades centrales. En la práctica cada vez son más frecuentes los

contactos bilaterales entre autoridades centrales a efectos de alcanzar pactos que permitan eludir el uso de costosas traducciones de una forma o de otra.

Artículo 25. Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen habitualmente en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. A los fines de promover una solicitud de retorno, el artículo señala que la asistencia jurídica y el asesoramiento letrado se prestará, por igual a sus propios nacionales y a los que lo sean de alguno de los Estados contratantes, con independencia de que tuvieran fijada su residencia habitual en el Estado frente al que reclaman. Es así que si bien la Autoridad Central argentina no representa a los particulares en juicio y por tanto el solicitante deberá contratar los servicios de un abogado del foro local para la tramitación judicial²⁰⁰. Ahora bien, sobre el particular se ha aconsejado a los Estados que faciliten la obtención de asistencia judicial y jurídica para evitar perjudicar los intereses de los niños involucrados. Cuando la parte interesada no tenga recursos para solventar los gastos de un letrado y de acuerdo a su legislación esté en condiciones de recibir asistencia legal gra-

²⁰⁰ La Autoridad Central de la República Argentina sobre Sustracción Internacional de Niños, niñas y adolescentes, Dirección de Asistencia Jurídica Internacional, Dirección Gral. de Asuntos Jurídicos, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en caso de ser necesario provee una lista de abogados acreditados por su experiencia en la materia.

tuita, podrá ser representada por un Defensor Oficial. En nuestro sistema cada provincia organiza el sistema de asistencia jurídica gratuita pero sus requisitos no pueden estar por encima de lo dispuesto en un Tratado Internacional, menos aún podría el Defensor Oficial negarse a patrocinar alegando que no reúne los requisitos de las leyes internas de patrocinio gratuito.

Comentario de Javier Forcada

Acerca de previsiones de justicia gratuita, en el marco europeo debe citarse la Directiva de 27 de enero de 2003 destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. En el caso de España, fue la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modificó la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea.

Artículo 26. Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

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

Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir ningún gasto de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de

un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por su sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

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

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. En cuanto a los gastos derivados de la aplicación del Convenio, el principio es claro: cada Autoridad Central asume sus propios gastos y *la cuantía de éstos dependerá de los servicios prestados de acuerdo a las posibilidades de acción que le reconozca la ley interna de cada Estado*. Ello implica que al demandante no se le solicitará el pago de costas del procedimiento ni de los gastos que deriven de la asistencia letrada oficial, es decir aquella prestada por el servicio de asistencia jurídica gratuita, salvo que se trate de un abogado particular en cuyo caso sufragará los gastos correspondientes conforme lo visto en el anterior artículo. La gratuidad total en la aplicación del Convenio que prevé el apartado segundo, fue uno de los puntos más controvertidos en el transcurso del decimocuarto período de sesiones que pudo ser resuelto finalmente mediante la aceptación de la reserva que dispone el apartado tercero. En efecto existieron posiciones entre las delegaciones que querían garantizar la gratuidad total al solicitante de la restitución y otras que eran contrarias a esta posición, controversia que pudo ser zanjada mediante la inclusión de una reserva a favor de las segundas, que autoriza a las Autoridades centrales a exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor²⁰¹. Así a crite-

²⁰¹ Pérez Vera, Elisa, en su Informe explicativo, a quien seguimos en su análisis del artículo, nos dice que “la razón es que, dado que los distintos criterios tenían sus raíces en la estructura de los sistemas jurídicos implicados, cualquier intento de hacer prevalecer en términos absolutos

rio de cada Estado podrá eximirse del pago de honorarios de los abogados, condicionado a la formulación de una reserva a los términos del Convenio en la forma que especifica el art. 42. En el caso de Argentina no ha formulado reserva a este precepto.

El último apartado refiere al caso de que se haya resuelto favorablemente la solicitud de restitución del menor. En tal caso, siendo condenado en costas el demandado, deberá abonar los gastos en que haya incurrido el solicitante o “en que se haya incurrido en su nombre” es decir su representante o la Autoridad Central. Tales gastos comprende los de viajes, localización del menor, los de abogado y los que ocasione la restitución del menor.

Comentario de Javier Forcada

En el caso de España no se han formulado reservas a este precepto de tal modo que cualquier persona que presente una solicitud ante la Autoridad Central Española, va a obtener asistencia inmediata, sin necesidad de que demuestre que carece de recursos económicos, delegándose la representación en Abogados del Estado altamente cualificados. Una vez que la Autoridad Central admite a trámite una petición remite toda la documentación a la Abogacía del Estado de la provincia en la que se encuentra el menor. Los “Abogados del Estado”, cuando presentan ante el juzgado una solicitud de restitución o visitas lo hacen en nombre y representación de la Autoridad Central Española, Ministerio de Justicia, en defensa de la aplicación de un convenio internacional. Una posible desventaja es que el contacto entre el Abogado del Estado y el solicitante siempre se realiza a través de la Autoridad Central, lo que genera cierta falta de comunicación directa entre el peticionario y el Abogado del Estado encargado de la tramitación del caso, pero se debe valorar más la calidad de la defensa que se proporciona que ciertos posibles mínimos inconvenientes que se derivan del hecho de que el Abogado del Estado no se ocupa de los intereses de personas particulares ya que su función es representar al Estado en defensa de los intereses generales. Eso sí, toda persona puede contratar los servi-

una postura respecto a otra, hubiese llevado a la exclusión a priori del Convenio de cierto número de Estados, un resultado que nadie deseaba”.

cios de un abogado particular si lo desea y el apoyo del artículo 29 del Convenio es claro, pero en tales supuestos, la Autoridad Central española declina su responsabilidad respecto a la resolución del caso, limitándose a proporcionar asesoramiento. Los países comunitarios que han hecho reserva al Convenio y que por tanto no asumen gastos de representación y defensa excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por el beneficio de justicia gratuita son Alemania, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Mónaco, Polonia, la República Checa y Suecia. Así, por ejemplo en Alemania, en caso de que el solicitante no tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita, deberá contratar a un abogado de su elección. Si prefiere que la Autoridad Central alemana le proporcione uno, deberá abonar por adelantado determinada suma de dinero dependiendo de que se esté en la primera instancia, en la segunda instancia o en la ejecución. Francia, Reino Unido y Holanda formularon reserva en su día, pero hoy no la aplican. En Francia, las solicitudes tanto de visita como de restitución son presentadas por los Procuradores de la República, sin necesidad de que el solicitante acredite sus ingresos. Reino Unido no aplica la reserva para las solicitudes de restitución, sí para las de visita. En Holanda es la propia Autoridad Central quien presenta las demandas ante el juzgado. Los países comunitarios que no hicieron reserva son Austria, Eslovenia, Hungría, Italia, Irlanda, Malta, Portugal y Rumania.

Artículo 27. Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la demanda carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la demanda. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente sus motivos al demandante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la demanda, según el caso.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. Este artículo y el siguiente remiten a la facultad de someter una solicitud a las Autoridades centrales y los documentos que pueden adjuntarse o completar una demanda que les haya sido presentada. El art. 27 contiene la posibilidad de que una solicitud sea rechazada derechamente por al Autoridad Central y precisa: a) cuando no cumpla con las condiciones requeridas en el Convenio, y b) cuando la solicitud carece de fundamento. Los primeros refieren a los motivos en que se basa el demandante para solicitar la restitución. En tales supuestos la Autoridad Central no está obligada a aceptar la petición debiendo comunicar inmediatamente al solicitante o en su caso a la Autoridad Central los motivos de su decisión. Se ha discutido si corresponde no aceptar la solicitud cuando el menor está a punto de cumplir los dieciséis años. En tal caso si bien algún Estado lo rechaza, considero que si cumple con los requisitos para su admisión (legitimación activa, residencia, documentos identificatorios y relativos a la custodia, ley aplicable entre otros) en manera alguna podría rechazarse esa solicitud. Será el juez quien, habiendo cumplido el menor la edad limite para la aplicación de la Convención, la declare inaplicable respecto al mismo.

Comentario de Javier Forcada

Siempre se ha puesto de manifiesto por la doctrina la necesidad de efectuar una clarísima interpretación restrictiva de este precepto. La disyuntiva siempre se plantea entre admitir todo tipo de solicitudes, aun las infundadas y las carentes de los requisitos mínimos imprescindibles, lo que traslada la carga del rechazo de las peticiones por las autoridades centrales, que quedan bien ante los ciudadanos, a los tribunales de justicia, o hacer un ejercicio responsable de este precepto por las autoridades centrales y no aceptar aquellas solicitudes carentes de fundamento. Difícil equilibrio. A veces es claro que, por ejemplo, ha pasado un año en exceso desde el traslado o retención ilícitos sin que el solicitante hubiera hecho nada, pero no siempre es fácil evaluar cada uno de los supuestos que puedan plantearse.

Artículo 28. Una Autoridad Central podrá exigir que la demanda vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del demandante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. La facultad de las Autoridades centrales para requerir que quien presente una solicitud de restitución, acompañe con ella poder a su favor para actuar en su nombre o para designar un apoderado que lo haga en su nombre, dispone el artículo. En tal sentido el formulario modelo introduce una referencia al “poder para actuar otorgado a la Autoridad Central”.

Comentario de Javier Forcada

Con este precepto se ha tratado de evitar que los Estados tuvieran que modificar su derecho para aceptar la Convención.

Artículo 29. El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o de los derechos de visita en el sentido previsto en los artículos 3 ó 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. La facultad de reclamación directa ante las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes está siempre presente como también la de petionar fuera del marco del Convenio en estudio. Con ello queda claro que es un instrumento complementario cuya finalidad es

agilizar los trámites tendientes a volver las cosas al estado anterior al traslado o retención ilícita. En el supuesto que el particular optara por la promoción del procedimiento ante las autoridades competentes en esta materia, podrá introducir su solicitud en aplicación de las disposiciones del presente Convenio, siempre que el Estado las haya convertido en ley interna. La jurisprudencia ha sostenido: "...deviene infundado oponer en este litigio un reproche que importa la denuncia de falta de cumplimiento de los requisitos previstos por la legislación adjetiva al incoarse la acción, cuando, conforme lo estipula el artículo 29 del Convenio, no se excluye que cualquier persona, institución u organismo, que entienda configurado el supuesto de autos, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un estado contratante, conforme o no a las disposiciones del convenio internacional".²⁰²

Comentario de Javier Forcada

Que estamos ante un convenio complementario es algo que queda claro en este precepto que regula la acción directa de los ciudadanos incluso fuera del marco de las disposiciones convencionales.

Artículo 30. Toda demanda presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes.

²⁰² CCN (Dras. Verde, Wilde, Mattera), Expte. N° 78.293/2008, "Guttorsmen E. W. c/ A. V. A. s/ Restitución de hijo".

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. Surge de este articulado la necesidad de dar celeridad y agilidad a las actuaciones y por ello presentada de conformidad a los términos convencionales, se allana la presentación en cualquier tribunal o autoridad administrativa de los Estados contratantes. También el artículo prevé que la demanda se presente directamente ante la Autoridad Central correspondiente que la remitirá ante el órgano judicial competente para su tramitación. A tal fin podrá indicar el nombre del abogado designado por la requirente en el país o en caso de carecer de recursos, “solicitar se dispongan las medidas necesarias a fin de que se designe un Defensor Oficial para que asuma la representación del peticionante”. En cualquiera de los dos supuestos, el letrado o el Defensor Oficial podrá ratificar lo actuado haciendo suyos los términos de la petición la que adquiere la condición procesal de demanda. Por último la solicitud y documentación podrá dirigirse a la Autoridad Central para que la remita a determinado letrado a solicitud del requirente, quien asume la representación legal del peticionante y presenta la demanda. En suma, tanto las demandas como los documentos acompañados serán admitidas en el Tribunal.

Comentario de Javier Forcada

Una precisión importante es la relativa a que este precepto trata de facilitar la admisión de documentos, no de fijar el valor probatorio de los documentos.

Artículo 31. Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables en unidades territoriales diferentes:

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

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

Artículo 32. Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado.

Artículo 33. Un Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores, no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de derecho.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. Estos artículos que analizaremos en conjunto tratan la aplicación del Convenio respecto a los Estados que tienen sistemas jurídicos no unificados. Es así que se hace distinción entre los Estados con varios sistemas de derecho de aplicación territorial y los Estados que cuentan con varios sistemas de derecho aplicables a distintas categorías de personas. Respecto al primer grupo de Estados, el art. 31 establece el modo en que debe entenderse la referencia a la residencia habitual del menor: se interpretará que refiere al derecho del Estado de tal residencia.

En cuanto al segundo grupo de Estados, el art. 32 prescribe que las normas vigentes en cada Estado serán las que determinarán el derecho a regir.

Lo dicho según comenta Elisa Pérez Vera, deberá ser observado por cualquier Estado contratante en su relación con ellos, cada vez que un menor sea trasladado de uno de tales Estados a otro Estado, tenga o no un sistema unificado²⁰³.

²⁰³ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo del Convenio, pág. 41.

Por último, el art. 33 delimita los casos en los que los Estados plurilegislativos están obligados a aplicar el Convenio, excluyendo las situaciones en las que un estado que tenga un sistema de derecho unificado no estuviese obligado a hacerlo²⁰⁴.

Comentario de Javier Forcada

A nivel de la Unión Europea, el juego de relación entre el Reglamento Bruselas II bis y este convenio lo marca el Art. 60 del citado Reglamento que señala que en las relaciones entre los Estados miembros, primará el Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Diferente es la relación del Reglamento Bruselas II bis para con 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, respecto al cual el art. 61 del Reglamento Bruselas II bis señala que... *en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, el presente Reglamento se aplicará: a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; b) 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.*

Artículo 34. El presente Convenio tendrá prioridad en las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación sobre el “Convenio del 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de las autoridades y a

²⁰⁴ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo del Convenio, pág. 41.

la ley aplicable en materia de protección de menores”, entre los Estados partes en ambos Convenios.

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

Comentario de Graciela Tagle

Conforme se ha dicho es ley básica aplicable entre los Estados contratantes en materia de restitución internacional de menores. Así la aplicación de las disposiciones que contiene el Convenio serán prioritarias a las que se contengan, dentro del ámbito de su aplicación, en el Convenio de 5 de octubre de 1961 en lo que refiere a la competencia de las autoridades y a la Ley aplicable en esta materia con respecto a los Estados que sean parte contratante de ambos Convenios²⁰⁵.

Estatuye una prioridad en su ámbito de actuación en orden a cumplir sus objetivos, sin perjuicio que no pretende ser un instrumento de aplicación exclusiva sino que establece la facultad de invocar cualquier otra norma jurídica que cumpla los objetivos convencionales. En tanto que no entra a tratar el problema de la custodia, de tratamiento una vez que el menor haya retornado a su lugar de residencia habitual, es compatible con otros convenios como lo son los mencionados.²⁰⁶

Comentario de Javier Forcada

El art. 34 que se comenta, se refiere a las relaciones con otros convenios. Es claro que nos encontramos ante un convenio autónomo, por referencia a los existentes en materia de protección de menores y/o relativos al derecho de custodia. Por ello coexiste con las normas relativas a la ley aplicable al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras de cada estado contratante al margen de que sean internas convencionales. Tampoco pre-

²⁰⁵ Monton Garcia, ob. cit., pág. 124.

²⁰⁶ El artículo en análisis se corresponde con los arts. 34 y 35 de la Convención Interamericana.

tende su aplicación de forma exclusiva y la relación con otros convenios se apoya la idea de que éste permite soluciones urgentes para casos urgentes obviando las cuestiones de fondo, lo que impone la citada compatibilidad con otras normas convencionales.

Artículo 35. El presente Convenio solo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

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

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. Refiere al ámbito de aplicación "*ratione temporis*". En cuanto al ámbito de aplicación temporal, el convenio rige solo entre los Estados contratantes "en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor entre esos Estados". La propuesta más amplia consistente en la aplicación del Convenio a las sustracciones que se hubiesen producido con anterioridad a su entrada en vigor, fue objeto de debate. Ahora bien, al posibilitarse a los Estados contratantes a realizar una declaración a fin de limitarlo temporalmente a aquellas que se hubieren producido con posterioridad a la entrada en vigor, la propuesta no prosperó.

Comentario de Javier Forcada

Este artículo determina la aplicación temporal del Convenio.

Artículo 36. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían implicar esas restricciones.

Comentario de Graciela Tagle

§ 1. El precepto reafirma la posibilidad que tienen los Estados contratantes de limitar convencionalmente las restricciones al retorno del menor mediante la supresión de algunas de las normas dispuestas. Ello con el fin de la adopción de criterios más favorables al objetivo principal del convenio. Este artículo como el art. 34, permiten que puedan darse estas situaciones: 1) Que el Estado requirente y el requerido en la resolución de un caso concreto apliquen tratados internacionales en vigor entre ellos o normas jurídicas propias del Estado reclamado conforme lo dice el segundo párrafo del art. 34. 2) Que dos o más Estados Partes puedan acordar mutuamente la no aplicación de aquellas disposiciones que consideren restrictivas para el retorno del menor, en especial en relación a las excepciones contempladas en los arts. 13 y 20.²⁰⁷

La Convención Interamericana de Montevideo tiene una disposición similar que va más allá y establece: La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia. Es en aplicación de este artículo que se podrá aplicar la Convención de La Haya en el supuesto que de sus disposiciones resulte una cláusula más benigna.

Comentario de Javier Forcada

Este precepto permite a los estados contratantes derogar convencionalmente las restricciones a que pueda estar sujeto el retorno del menor de conformidad con el convenio, y ello es lo que sucedió en el caso de la

²⁰⁷ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo del Convenio, pág. 43.

Unión Europea con el Reglamento Bruselas II bis. El citado Reglamento señala en su preámbulo que *En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor puedan oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. 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. En caso de que se dicte una resolución de no restitución en virtud del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, el órgano jurisdiccional debe informar de ello al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. Este órgano jurisdiccional, si aún no se ha interpuesto demanda ante él, o la autoridad central deben dirigir una notificación a las partes. Esta obligación no debe impedir que la autoridad central dirija asimismo una notificación a las autoridades públicas pertinentes de conformidad con el Derecho nacional.*

Capítulo VI

CLAUSULAS FINALES

Artículo 37. El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueron Miembros de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado en su decimocuarto período de sesiones. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

§ 1. Las cláusulas dispuestas en los artículos 37 al 45 del Convenio, han sido escritas según las disposiciones adoptadas en los últimos períodos de sesiones de la Conferencia de La Haya, por lo que no requieren de un análisis meduloso. Los estados que eran miembros de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en el decimocuarto período de sesiones podrán ratificar, aceptar o aprobar esta Convención, los que quedarán depositados en la forma que se dispone.

Artículo 38. Cualquier otro Estado podrá adherir al Convenio.

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

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

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

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

§ 1. El fundamento de esta disposición la encontramos en el carácter semi-abierto del convenio, que exige una confianza mutua entre los Estados permitiendo el desarrollo de una cooperación ágil y eficaz²⁰⁸. Trata la apertura del Convenio a los Estados no miembros de la Conferencia estableciendo que cualquier estado podrá suscribirlo pero su adhesión surtirá efecto solo respecto de las relaciones entre el Estado adherido y aquellos Estados contratantes que hayan declarado su aceptación de la adhesión. La convención entrará en vigor para el Estado adherido el primer día del tercer mes del Calendario después de efectuado el depósito de su instrumento de adhesión.

Artículo 39. Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Conve-

²⁰⁸ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo del Convenio, pág. 42.

no extenderá al conjunto de los territorios que representa en el plano internacional, o solo a uno o varios de esos territorios. Esta declaración tendrá efecto en el momento en que el Convenio entre en vigor para dicho Estado.

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

§ 1. El artículo establece que cuando un Estado represente internacionalmente a territorios, podrá declarar en el momento de la firma, aceptación, aprobación o adhesión que el Convenio se aplica a una, varias o al conjunto de unidades territoriales.

Artículo 40. — Si un Estado contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas de derecho distintos en relación con las materias de que trata el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el presente Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o solo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración.

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

§ 1. Los Estados que tengan distintas unidades territoriales con distintos sistemas de derecho en relación a la materia en comentario, podrán declarar al momento de la firma, de la ratificación, aprobación o de la adhesión, que el Convenio se aplica a todas o solo a algunas de las unidades territoriales.

Esta declaración podrá ser ampliada por otra declaración en cualquier momento. Si fuera restringida la aplicación por una modificación, debe ser considerada una denuncia parcial según lo dispón el art. 44 apartado 3. Es lo que se denomina “cláusula federal”.

Artículo 41. Cuando un Estado contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las Autoridades Centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio, o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el Artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

§ 1. El objetivo es poner en claro que la ratificación del Convenio por un Estado no afectará la división de poderes en dicho Estado.

Artículo 42. Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el Artículo 24 y en el tercer párrafo del Artículo 26, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 ó 40. No se permitirá ninguna otra reserva.

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

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

§ 1. Dispone la facultad de formular las reservas establecidas en los arts. 24 y 26 sin admitirse ninguna otra. El art. 26 trata sobre la reserva hecha por algunos Estados en relación al pago de honorarios de los abogados. En tal sentido se ha aconsejado a los Estados que faciliten la obtención de asistencia judicial y jurídica para evitar perjudicar los intereses de los menores²⁰⁹.

²⁰⁹ Puede consultarse *Guía de Buenas Prácticas*, Primera Parte: “Práctica de las Autoridades Centrales”, pág. 54.

Asimismo dispone que el Estado que hubiere formulado reservas podrá retirarla en cualquier momento.

Artículo 43. El Convenio entrará en vigor el primer día del tercer mes calendario después del depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los artículos 37 y 38.

En adelante el Convenio entrará en vigor:

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

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

Artículo 44. El Convenio permanecerá en vigor durante cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 43, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido. Si no hubiera denuncia se renovará tácitamente cada cinco años.

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

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

§ 1. Dispone que la Convención tendrá una duración de cinco años a partir de su entrada en vigor, incluso para los Estados que posteriormente hubieren adherido a ella. No obstante la Convención se renovará tácitamente de cinco en cinco años, salvo denuncia.

Artículo 45. El Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos notificará a los Estados Miembros de la Conferencia y a los Estados que hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 33 lo siguiente:

- 1) las firmas y ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que hace referencia el Artículo 37.**
- 2) las adhesiones a que hace referencia el Artículo 33.**
- 3) la fecha en que el Convenio entre en vigor conforme a lo dispuesto en el Artículo 43.**
- 4) las extensiones a que hace referencia el Artículo 39.**
- 5) las declaraciones mencionadas en los artículos 38 y 40.**
- 6) las reservas previstas en el Artículo 24 y en el tercer párrafo del Artículo 26, y los retiros previstos en el Artículo 42.**
- 7) las denuncias previstas en el Artículo 44.**

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

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

§ 1. El art. 45 dispone la obligación de notificar asumida por el Ministerio de Asuntos exteriores del Reino de Holanda, teniendo en consideración el rol que juegan las declaraciones de aceptación de las posibles adhesiones.²¹⁰ A continuación se mencionan los países en los cuales se encuentra vigente el Convenio referido son: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Belarus, Bélgica, Belice, Bosnia Y Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Canadá, Colombia, Costa Rica, Croacia, Chile, China, Hong Kong (Región Administrativa Especial), China (Macau Región Administrativa Especial), Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos De América, Estonia, Ex-República Yugoslava De Macedonia, Fidji, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Latvia, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Moldova, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido De Gran Bretaña e Irlanda Del Norte (Isle of Man, Cayman Islands, Montserrat, Bermuda), República Checa, Rumania, Saint Kitts And Nevis, Sri Lanka, Sud África, Suecia, Suiza, Trinidad Y Tobago, Turkmenistan, Turquía, Uruguay, Uzbekistan, Venezuela, Serbia y Montenegro, Zimbabwe.

²¹⁰ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo del Convenio, pág. 44.



ANEXO LEGISLATIVO
