

Edgardo Lòpez Herrera\*

*Análisis de la jurisprudencia argentina sobre restitución internacional de menores y los derechos humanos del niño*

Lo que este trabajo se propone investigar es la relación que existe entre el sistema argentino de restitución internacional de menores y la efectiva vigencia de los derechos humanos. Se trata de un problema cada vez más frecuente debido al aumento de las separaciones y a la facilidad de desplazamiento del domicilio de las partes con posterioridad a su separación. En primer lugar se efectuará una descripción muy somera de cómo funciona el sistema argentino de restitución internacional de menores y luego se analizará la jurisprudencia sobre el tema. A modo de conclusión puede decirse que la jurisprudencia nacional ha hecho un loable trabajo de interpretar qué se entiende por 'interés superior del niño' en materia de restitución internacional de menores.

La indeterminación del principio ha sabido ser llenada con gran sabiduría por los jueces argentinos que han hecho una interpretación bastante razonable del superior interés armonizándolo con los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos suscriptos por Argentina logrando un justo equilibrio con los fines buscados por las convenciones internacionales sobre restitución de menores de las que la Argentina es parte.

*1. Planteo del problema*

La reforma de la constitución de la República Argentina incorporó varios tratados de derechos humanos otorgándoles una jerarquía normativa idéntica

---

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Tucumán, Profesor Titular de Derecho de Daños de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. Autor de los siguientes libros: *Tratado de la prescripción liberatoria*; *Manual de responsabilidad civil*; *Los daños punitivos*. Este trabajo se realiza como parte del proyecto de investigación de la Universidad Nacional de Tucumán n. 26/L473 'El impacto de los fallos judiciales de la Corte Suprema Nacional y Provincial en la efectivización de los derechos humanos y en la transformación social', dirigido por el Dr. Oscar Flores.

a la de la Constitución, es decir con superioridad a las leyes comunes, art. 75, inc. 22, CN. Es lo que la doctrina denomina bloque de constitucionalidad<sup>1</sup>.

Uno de los tratados incorporados con jerarquía constitucional fue la Convención de Derechos del Niño de 1989.

Lo que este trabajo se propone investigar es la relación que existe entre el sistema argentino de restitución internacional de menores y la efectiva vigencia de los derechos humanos, ya sea que se trate de los derechos del niño, principalmente o de cualquier otro derecho humano reconocido en el bloque de constitucionalidad argentino. Se trata de un problema cada vez más frecuente debido al aumento de las separaciones y a la facilidad de desplazamiento del domicilio de las partes con posterioridad a su separación<sup>2</sup>.

Para ello se hace necesaria una descripción muy somera de cómo funciona el sistema argentino de restitución internacional de menores.

Una primera aclaración es que este trabajo versará solo sobre los aspectos civiles de la restitución internacional de menores y no de los penales que excederían la investigación propuesta. Es decir que se investigará sobre la sustracción de menores, que se produce generalmente entre padres que se disputan la tenencia, pero no sobre el tráfico de menores, que puede tener que ver con la prostitución, explotación sexual o laboral, etc. de menores<sup>3</sup>. Para ello se analizarán sentencias de tribunales de toda la República, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, buscando descubrir en ellas los principios de derechos humanos reconocidos en la Constitución y la manera en que fueron aplicados a los casos de restitución internacional de menores.

## *2. El sistema argentino de restitución internacional de menores*

Teniendo en cuenta las fuentes del derecho internacional privado argentino el primer punto a señalar es que Argentina no tiene un código o ley de derecho internacional privado que contemple a la restitución

---

<sup>1</sup> G. BIDART CAMPOS, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires 1995, pp. 265-267, considera al bloque de constitucionalidad como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infra-constitucionales. C. PIZZOLO, *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal*, «La Ley», 2006-D, p. 1023.

<sup>2</sup> I. WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2011<sup>4</sup>, p. 170.

<sup>3</sup> WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 170.

internacional de menores. Tampoco hay ninguna disposición en el código civil, que es la fuente residual de derecho internacional privado. En parte dicha ausencia se debe a que en la época en que fue sancionado el código el problema de la restitución internacional de menores no era preocupante, porque no había alcanzado la gravedad que exhibe en nuestros días.

Esa carencia de normas de fuente interna obliga a buscar en las fuentes convencionales, cuál es el régimen aplicable a la restitución internacional de menores en el derecho argentino.

Someramente puede decirse que en lo que concierne a la restitución internacional de menores, el derecho privado argentino se encuentra integrado de la siguiente manera:

- a) Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en la sesión 14<sup>a</sup> de la Conferencia de La Haya del 25.10.1980, aprobada el 27.09.1990 por ley 23857, vigente en la República Argentina a partir del 01.06.1991.
- b) Convenio Bilateral con la República Oriental del Uruguay sobre Protección Internacional de Menores de 1981 (ley 22546 BO del 04.03.1982).
- c) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (más conocida como CIDIP IV; Montevideo, 1989, ley 25358, BO del 12.12.2000).

Estos tratados son aplicables, cabe aclarar, solo para los casos en los cuales se trate de pedidos de restitución emanados de países con los cuales la Argentina haya suscripto los convenios mencionados anteriormente. Por lo tanto si no hay convenio específico que regule el régimen aplicable, las sentencias extranjeras que exhorten la restitución de un menor a un juez argentino deben tramitar por las reglas ordinarias contenidas en los códigos procesales, que prevén un proceso de ejecución de sentencias extranjeras que culmina con un *exequatur*.

- d) Por último, y si bien no es materia de este trabajo, en materia penal, con la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (más conocida como CIDIP V; México, 1994, ley 25179, BO del 26.10.1999) que tiene que ver con los delitos penales que se producen con la sustracción de menores con fines de explotación sexual o laboral. Es decir apunta principalmente a los menores que son víctimas de trata. La diferencia con el régimen de restitución civil es que además de devolver el menor al hogar de sus padres, se persigue la imposición de una pena a los autores del delito.

Si bien todos los convenios suscriptos por la Argentina tienen algunas diferencias, pueden sintetizarse sus principales características.

La finalidad de todos los convenios es garantizar la pronta restitución del menor, que indebidamente, se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte.

El Convenio de La Haya tiene por finalidad:

- 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.

En tanto que la Convención Americana tiene una fórmula muy similar. Su objetivo es asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente y también hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Así la jurisprudencia nacional<sup>4</sup> ha dicho que «Deben ponerse de resalto los perniciosos efectos que ocasionan a los menores el repentino cambio de su residencia habitual, respecto de lo cual los Estados firmantes de la Convención enfatizan los efectos perjudiciales que ocasiona un traslado inconsulto de los menores del ámbito de pertenencia emocional y material, lo que también se encuentra previsto por la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país por Ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional mediante el art. 75 inc. 22 con rango constitucional, que en su art. 11 dispone que los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero, debiendo a tales fines promover la concertación de acuerdos bilaterales».

Es en las formas procesales donde se observan las diferencias más notorias con el régimen común de ejecución de sentencias extranjeras. Así son sus características más salientes:

- a) Puede ser diplomático (extra-jurisdiccional) o jurisdiccional (autoridades centrales o ejecución de régimen común)

Las partes pueden plantear el pedido de restitución por vía diplomática, aunque el procedimiento más utilizado es el administrativo, que se realiza ante lo que se conoce como Autoridad Central, que cada país designa.

- b) Procedimiento autónomo

---

<sup>4</sup> Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Rosario, 23.02.2009, *G.M.M. c. M., M.O. s/ restitución urgente de menores*, «La Ley Litoral», 2009, p. 585.

Tal como se ha dicho la regla es que en la Argentina las sentencias extranjeras se deben cumplir utilizando la vía del procedimiento judicial del reconocimiento, que termina con una sentencia, denominada *exequátur* que la confiere a la decisión judicial extranjera la misma fuerza que una sentencia nacional. Este tipo de proceso no distingue entre tipos de sentencias sino que es uniforme cualquiera sea el objeto que se pretende reclamar en el país y de ahí su inconveniencia para ser utilizado en el caso de menores<sup>5</sup>. Es que cuando un menor es arrancado de sus padres, el factor tiempo es sumamente relevante.

Por esa razón es que los países han buscado, mediante convenios, crear un tipo de proceso distinto que tenga por finalidad restituir al menor en un muy breve plazo al país donde debe discutirse la custodia. Por eso la Convención de La Haya dice que el objetivo es «garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita» y tanto la Convención Interamericana como el Convenio Argentino Uruguayo afirman que el objetivo es «asegurar la pronta restitución de menores».

La jurisprudencia nacional ha dicho que<sup>6</sup> «En cuanto al examen previo a la ejecución de una sentencia extranjera, el código de rito establece un orden de prelación en el cual, primero tienen que observarse los términos del tratado celebrado con el país del que provenga la sentencia y luego, en su defecto, los requisitos del art. 517 del Código procesal civil y comercial de la nación (CPCCN)».

La pronta o inmediata restitución del menor a su residencia habitual no es caprichosa sino que está guiada porque se considera que para el menor es lo más beneficioso.

La Corte Suprema de la Nación ha dicho que «No se trata, en el caso, de la ejecución de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autónomo respecto del contencioso de

<sup>5</sup> V. BASZ, S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores*, «La Ley», 1996-B, p. 610. Así también se ha dicho que «Hace falta el *exequátur*? Decididamente no. El Convenio de La Haya no pertenece al tipo de convenciones internacionales que precisen o posibiliten el reconocimiento o la ejecución de sentencias. Su misión se cumple con el retorno inmediato del menor al lugar de la residencia habitual que tenía inmediatamente antes de la sustracción. El propio texto, según surge del art. 20, impide a las autoridades detenerse sobre la cuestión de fondo en controversia», V. BASZ, S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *Divorcio y restitución internacional de menores o sobre ¿quién podrá defender a los niños?*, «Revista de Derecho de Familia», 2000-16-59, secc. Doctrina; E. HOOFT, *Restitución internacional de menores. Un caso argentino-brasileño*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006-6-664.

<sup>6</sup> Cámara Nacional Civil, sala H, 02.03.1995, A., L. A., Abeledo Perrot N°: 70003199.

fondo, que se instaura a través de las llamadas ‘autoridades centrales’ de los estados contratantes. Dicho procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante<sup>7</sup>».

c) Es ajeno el proceso contencioso sobre tenencia o divorcio

El procedimiento que prevé la Convención de La Haya o la Convención Interamericana no tienen nada que ver con los juicios de divorcio o de tenencia.

Por eso se ha dicho que «La finalidad del Convenio de La Haya es evitar la definición de la mal llamada ‘tenencia’ o ‘custodia’ de los hijos menores a través de las vías de hecho, sustrayendo el caso de sus jueces naturales». Es decir, su objetivo esencial es combatir la posibilidad de que los individuos puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que favorezca (*forum shopping* o *forum conveniens*). Ello indica que las restituciones de niños y/o adolescentes deben ser resueltas inmediatamente por las autoridades administrativas o judiciales del Estado donde éstos han sido trasladados a fin de evitar su arraigo y con ello provocarles un daño mayor. Como bien se ha observado, «Es evidente que cuanto más tiempo transcurra entre el traslado o retención ilícita y la decisión a adoptar, ésta será mucho más difícil para aquel que tiene que resolver pues el menor habrá desarrollado un nuevo centro de vida en el Estado requerido<sup>8</sup>».

d) Es una acción de naturaleza cautelar, que se agota con la sentencia que dispone la restitución

El procedimiento de restitución internacional de menores no necesita de ninguna acción ulterior ya sea de divorcio o tenencia. Basta solo con el pedido de que el menor vuelva al lugar de residencia habitual para hacer cesar el traslado o retención ilícitos. La naturaleza de este tipo de procesos se asemeja más a un procedimiento cautelar que a uno de fondo, lo que ha llevado a que la doctrina diga que se trata de de una acción «autónoma por su objeto y específica por su perfil procesal, pues puede verse agotada con la sola restitución, sin ser seguida de una acción posterior a cautelar<sup>9</sup>».

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 14.06.1995, *Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela*, «Jurisprudencia Argentina» 1995-III-434.

<sup>8</sup> M.V. FAMÁ, *Cuando los niños se vuelven botín de guerra internacional de sus progenitores*, «Doctrina Jurídica», 24.06.2009.

<sup>9</sup> C.G. CÉDOLA, *La restitución internacional de menores en un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cuando la mora judicial afecta superiores intereses*, «Suplemento de Jurisprudencia Argentina», 03.08.2011, Abeledo Perrot N°: 0003/015524; L.B. SCOTTI, *Un destacable pronunciamiento de la Corte Suprema en materia de restitución internacional*

Se trata de decisiones provisionarias, pues la finalidad es evitar la solución de la tenencia a través de las vías de hecho, que sustraen el caso a los jueces naturales, que son quienes luego decidirán sobre las cuestiones de fondo que se plantearen<sup>10</sup>.

e) Haría falta que fuera reglamentada en los códigos procesales

Una falencia de la legislación argentina es que haría falta que los códigos procesales reglamentaran el procedimiento de sustracción de menores. En el reparto de competencias argentino, corresponde a la Nación dictar los códigos de fondo, pero son las provincias las que tienen reservada la facultad de legislar en materia de procedimientos judiciales. Por eso sería conveniente de que en el futuro se adecuaran los procedimientos que existen para casos de restitución de menores, no solo para los casos en los que se plantean acciones bajo el amparo de los convenios mencionados sino también para aquellos casos en los cuales los asuntos provienen de países que no son suscriptores de dichos convenios. En este último supuesto es altamente inconveniente recurrir a las reglas ordinarias de ejecución de sentencias extranjeras o al procedimiento sumarísimo<sup>11</sup>.

g) La ley de la residencia habitual rige la custodia, tenencia guarda u otros derechos conexos

Tema típico de derecho internacional privado es que en el procedimiento de restitución no rige la ley del país donde el menor está retenido ilegalmente sino la del país en donde se otorgó la tenencia o guarda. Esto tiene como razón de ser la de evitar que los padres que trasladan o retienen ilícitamente elijan países con legislación favorable a sus pretensiones<sup>12</sup>. Como ha expresado una autora «las vías de hecho solamente son útiles al permitir el forum shopping cuando los propios tribunales lo hacen, en aras de un supuesto interés nacional. Entre naciones civilizadas que aceptan los mismos principios básicos y no olvidan el interés del menor, cualquier decisión sobre su tenencia va a ser similar, en tanto que son únicamente efectivas las vías de hecho en países que no aceptan las reglas del derecho internacional privado<sup>13</sup>». Esto quiere decir que en los casos que se litiguen ante los tribunales argentinos, la legislación de fondo será siempre extranjera.

*de menores*, «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», año 2, *La Ley*, agosto de 2010, p. 82.

<sup>10</sup> WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 183.

<sup>11</sup> De acuerdo: N.E. SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, «La Ley», 2006-C, p. 271.

<sup>12</sup> J.E. BRIZZIO, *La aplicación de la CIDIP IV sobre Restitución Internacional de Menores en los tribunales de Córdoba*, «La Ley», 2004-D, p. 760.

<sup>13</sup> WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 184.

Por otro lado se ha elegido a la residencia como punto de conexión o contacto para determinar el derecho aplicable y no el domicilio que es el punto de conexión elegido por el derecho argentino para los estatutos personales.

Sin embargo, en materia de menores la Argentina ha seguido la tendencia internacional, que para la protección de menores hace prevalecer al punto de conexión residencia por sobre el domicilio. Ejemplo de ello son el Convenio de La Haya relativo a la Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de menores, de 1960/1; el Convenio que funda esta causa; la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de adopción de menores (C.I.D.I.P. III, La Paz, 1984), la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (C.I.D.I.P. IV, Montevideo, 1989); la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (C.I.D.I.P. IV, Montevideo 1989); el Convenio argentino-uruguayo sobre protección internacional de menores (Montevideo, 1981).

En un fallo<sup>14</sup> se ha dicho que «por residencia habitual hay que entender aquel lugar donde el menor tiene su centro de vida. Se trata de una cuestión de hecho que debe diferenciarse de la noción de domicilio (cfr. I. GOICOCHEA, M. SEOANE de CHIODI, *Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores*, «La Ley», 1985-D, p. 1412/1427; I. GOICOCHEA, *Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores*, RDF 30-2005-65). En tal sentido y a partir de la conferencia de La Haya, en la sesión del año 1900, se sustituyó en materia de tutela, el concepto de domicilio por el de residencia habitual (Cam. 1º, Civil y Cial. San Isidro, Sala I, agosto 31-2000, ED 191-115). Se recepciona así un concepto sociológico y no jurídico, poniendo especial énfasis en la situación de hecho y concreta, despojado de situaciones jurídicas y formales como sería en el caso de remitir al domicilio del menor».

La residencia habitual es el lugar donde desarrolla sus actividades, donde está establecido con un cierto grado de permanencia y el centro de sus afectos y vivencias. La residencia, como lugar donde el menor tiene su centro de vida, respeta de mejor manera el interés superior del niño, pues como se ha dicho: «el verdadero sentido que debe asignársele, cual es la integración del niño, que requiere indagar en un aspecto psicológico más profundo, pues el mismo representa la idea de que el niño no está solamente físicamente en determinado lugar sino que se encuentra integrado a él. Por ello, el factor tiempo no es decisivo a tal fin, pues por mucho tiempo

---

<sup>14</sup> Tribunal Colegiado del Fuero de Familia Nro. 1 de La Plata, 07.04.2009, C., C. c. L., M. E., «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», 2009, p. 65.

que permanezca en un lugar, podría no estar integrado al mismo<sup>15</sup>». Otros autores en sentido coincidente han dicho que la residencia que mencionan los convenios «se debe entender como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo, que en la aplicación de esta Convención carece de relevancia, como tampoco la tiene la nacionalidad de los progenitores o la del menor<sup>16</sup>».

La Corte Suprema de la Nación<sup>17</sup> ha dicho que «la regla atributiva *forum personae* (utilizada por V.E. en varios precedentes – Fallos: 308:932; 315-16; v. asimismo Fallos: 320:245; entre otros), hace referencia al lugar donde los hijos viven efectivamente y representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la inmediatez, valiosísimo elemento en el manejo de casos de esta índole. En nuestros días, esa pauta se profundiza y refina, en el tamiz que aporta la noción centro de vida, que hace suya el art. 3º inc. f) de la ley 26.061, como una derivación concreta del mejor interés del niño, y al que recurre la comunidad jurídica internacional, cuando los asuntos de competencia afectan a la niñez (v.gr. Conferencias de La Haya de 1894 sobre tutela, de 1961 y de 1996 sobre competencia y ley aplicable en materia de protección de menores; y de 1980 sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores)».

Cabe agregar que con posterioridad a la sanción de los convenios internacionales reseñados, se dictó en Argentina la ley 26.061, que contempla el centro de vida, como elemento fundamental a tener en cuenta, al ocuparse del interés superior del niño (art. 3º, inc. f), al que define como «el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia».

Sin embargo es más apropiada la noción centro de vida, en cuanto a los litigios de restitución internacional de menores, que prevé el decreto 415/2006, reglamentario de la ley 26.061, al señalar que: «El concepto de 'centro de vida' a que refiere el inciso f) del art. 3º se interpretará de manera armónica con la definición de 'residencia habitual' de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad (art. 3º)».

<sup>15</sup> N.E. SOLARI, *Sustracción internacional de menores. El 'centro de la vida' del menor en el contexto del convenio de La Haya*, «La Ley Córdoba», 2006, p. 793.

<sup>16</sup> L.B. SCOTTI, *Una acertada decisión en un caso de restitución internacional de menores*, «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», 2009, p. 65.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 20.08.2008, *Ferreira, Miguel Angel*, <[www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html](http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html)> (conexión 29.04.2014).

## 2.1. *Análisis breve del Convenio de La Haya*

El Convenio de La Haya 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, fue incorporado al derecho Argentino mediante la ley 23.857, publicada el 31.10.1990.

Es decir que un primer elemento de interpretación nos indica que esta Convención de La Haya, que es de 1980, es anterior a la Convención de Derechos del Niño, que fue adoptada y abierta a la firma y ratificada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Sin embargo la Convención de Derechos del Niño es el marco jurídico de referencia de todas las acciones de protección integral a los niños y la Convención sobre aspectos civiles de sustracción de menores se considera complementaria de aquélla.

Por su parte, tanto para la Convención de La Haya como para la Convención Interamericana, es menor toda persona que no haya cumplido la edad de 16 años. Superada esa edad no se aplican estas dos convenciones. La calificación de quién es menor no se deja librada a los estados suscriptores, sino que es fijada de manera autárquica.

### 2.1.1. *Finalidad de la Convención Internacional de La Haya*

La finalidad de la Convención Internacional de La Haya es:

- 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.

Para estos fines debe implementar procedimientos rápidos y eficaces para garantizar el retorno del menor al lugar donde residía antes de la transferencia ilícita, buscando volver las cosas al estado anterior, que fuera iterado unilateralmente por uno de los progenitores o un tercero<sup>18</sup>. El Presidente Ronald Reagan, al recomendar la aprobación de la Convención de La Haya por parte del Senado de los EE.UU., resumía los objetivos de ésta diciendo: «La Convención no busca resolver disputas sobre los derechos de tenencia ni tampoco depende de la existencia de órdenes judiciales como condición para la restitución del menor. Se le niega al

---

<sup>18</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

progenitor que sustrae internacionalmente a un menor toda ventaja legal por la ‘sustracción de’ o la ‘retención en’ el país de residencia del menor, dado que al recurrir a la Convención se hace efectiva la rápida restitución del menor a las circunstancias anteriores a la sustracción o retención. En la mayoría de los casos ello significará que el menor retorne a su país de residencia habitual donde puedan llevarse a cabo y resolverse disputas sobre la tenencia legal<sup>19</sup>».

### 2.1.2. *Carácter ilícito del traslado o retención*

El presupuesto de procedencia de la aplicación de la Convención es que haya existido un traslado o retención ilícitos.

Esto se configura:

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.

Es decir que la convención efectúa una calificación autárquica de lo que se considera ilícito en cuanto a traslado y retención, independientemente de la consideración que pueda realizar cualquier juez nacional, estableciendo así una categoría universal y uniforme a todos los Estados ratificantes de la Convención<sup>20</sup>.

La Convención aclara que «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».

Dos son entonces las situaciones en que los mecanismos de la Convención de La Haya se activan. Una es cuando *ab initio* el menor sale ilegalmente de un país, sin autorización, hacia otro país. En ese caso desde un primer momento el traslado es ilícito. La otra situación consiste en que la salida es autorizada, es decir lícita desde un comienzo, como por

<sup>19</sup> D.R. RIVERS, *The Hague International Child Abduction Convention and the International Child Abduction Remedies Act: Closing Doors to the Parent Abductor*, en *The Transnational Lawyer*, p. 608-617, citado por S.N. HIDALGO, *Restitución internacional de menores en la República Argentina*, «La Ley», 1996-C, p. 1393.

<sup>20</sup> BRIZZIO, *La aplicación de la CIDIP IV sobre Restitución Internacional de Menores en los tribunales de Córdoba*, cit., p. 760.

ejemplo un viaje de vacaciones, pero que se transforma en violatoria de la ley, cuando, pasado el tiempo autorizado, el menor no vuelve al lugar donde residía.

### *2.1.3. Calificación autárquica del menor y de ciertos aspectos del derecho de custodia*

La Convención tiene una particularidad, cual es la de poner fin a toda controversia sobre el status jurídico del menor. Es sabido que por regla en el derecho internacional privado, la capacidad de las personas, en este caso, la minoridad, se juzga de acuerdo a la ley personal, sea esta la domiciliaria o la nacionalidad. Prácticamente todos los sistemas jurídicos del mundo optan por someter la capacidad a la ley persona en uno de los dos sistemas. La Convención opta por una calificación autárquica, es decir no remite a ningún ordenamiento para tener que decidir si una persona es o no menor. Directamente considera que es menor, a los efectos de aplicación de la Convención, a toda persona que no ha cumplido 16 años. Esto no quiere decir que si un progenitor quiere pedir la restitución de un menor de 16 que no ha cumplido 18 años de edad, que para la ley argentina sigue siendo menor, no pueda hacerlo, solo que deberá acudir a las reglas ordinarias.

Igualmente la Convención de La Haya tiene otra calificación autárquica de lo que debe entenderse por derechos de custodia y las prerrogativas que confiere, sobre todo el de trasladar por un breve período de tiempo al menor hacia otro Estado. Así se aclara que a los efectos de la Convención: «a) El derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual».

### *2.1.4. Autoridades centrales*

La Convención sigue el sistema de designar autoridades centrales encargadas del cumplimiento de las obligaciones que surgen del convenio y que además deben cooperar entre sí con las autoridades centrales de los otros estados para facilitar el cumplimiento de estos objetivos.

En especial las autoridades centrales de cada país deben:

- «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) Mantener mutuamente informadas sobre la aplicación del presente convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación».

En la República Argentina la autoridad central es la Dirección de Asistencia Judicial Internacional, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

#### *2.1.5. Procedimiento*

La Convención busca facilitar al máximo los trámites de la restitución de menores. En principio «toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia», está legitimada para iniciar el procedimiento.

Ese procedimiento se inicia con una solicitud o formulario tipo en la que se debe hacer constar:

- «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».

Si bien no es necesario, se puede agregar a la solicitud y en algunos casos es altamente recomendable:

- «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».

No es necesario que exista un procedimiento judicial previo.

Una vez que la autoridad central del país donde el menor tiene residencia habitual analiza la documentación, y considera que el pedido es admisible, debe transmitir la demanda directamente y sin demora a la autoridad central de ese Estado contratante e informar a la autoridad central requirente, o en su caso al demandante. La autoridad central puede rechazar la demanda «cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente convenio o que la demanda carece de fundamento. En ese 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».

Una vez que la autoridad central recibe la solicitud de asistencia, debe adoptar o hacer que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor. La Convención permite interponer la solicitud ante «la autoridad central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante», aunque lo usual es que se lo haga ante la autoridad central del Estado donde el menor tiene residencia habitual.

#### *2.1.6. El factor tiempo*

El objetivo primordial de la Convención de La Haya es lograr la inmediata restitución del menor. Son casos distintos a los que usualmente pueden plantearse en los tribunales porque mientras más pequeño es el menor, más irreparable puede ser el daño que le ocasiona la privación del contacto con el otro progenitor.

La doctrina nacional ha dicho que «La brevedad del tiempo contemplada en la Convención, se debe a que, en aplicación de la misma, no está en juego la cuestión de fondo, sino que se busca que el menor regrese al país de origen, que es donde tiene su residencia habitual, siendo este último el lugar donde se debatirá, oportunamente, la cuestión de fondo<sup>21</sup>».

Así se establece que la autoridad central requerida tiene un plazo de seis meses que se cuentan a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, para llegar a una decisión. Caso contrario debe informar al demandante o la autoridad central del Estado requirente, cuáles son los motivos de la demora.

---

<sup>21</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

Por otro lado se establece que «cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el art. 3, 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». En cambio si hubiera transcurrido más de un año, la restitución procede igualmente, salvo que se demuestre que el menor «ha quedado integrado en su nuevo medio».

Con esto último se preserva el superior interés del niño, que puede haberse integrado a la vida escolar, haber formado un círculo de amigos, por lo que sería muy perjudicial que volviera a su antiguo lugar de residencia. La doctrina nacional ha dicho que si transcurre más de un año, e igualmente se ordena la restitución, puede comprometerse el derecho del menor a obtener una decisión judicial en un plazo razonable, pues ya podría estar integrado a un nuevo medio<sup>22</sup>.

#### 2.1.7. Casos de improcedencia

La restitución no procede si «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».

Son casos sumamente graves. Por lo general se observa una tendencia sumamente restrictiva a aplicar estas causas de improcedencia, pese a que es usual que sean planteadas por el progenitor que se resiste a la entrega del menor. La jurisprudencia ha dicho que «el derecho del niño a no ser desarraigado de su residencia habitual cede ante el interés que posee como toda persona a no ser expuesta a un daño físico o psíquico o ubicarlo en una situación intolerable, es decir, aun cuando el interés personal del guardador desposeído debe prevalecer sobre el del autor de la vía de hecho, cede ante el interés superior del niño<sup>23</sup>».

<sup>22</sup> C.G. CÉDOLA, *La restitución internacional de menores en un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cuando la mora judicial afecta superiores intereses*, SJA 03.08.2011, Abeledo Perrot N°: 0003/015524.

<sup>23</sup> Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Rosario, 23.02.2009, *G. M. M. c. M., M.O. s/restitución urgente de menores*, «La Ley Litoral», 2009, p. 585.

Otra causal que también es muy importante para los derechos humanos del menor es el derecho a ser oído (art. 12 Convención de los Derechos del Niño). La Convención prevé que «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».

Es decir que alcanzada cierta edad, es obligación para el tribunal escuchar al menor antes de tomar una decisión sobre su lugar de residencia<sup>24</sup>.

Finalmente se prevé una excepción de orden público en el art. 20: «La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

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

---

<sup>24</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño y, a la vez, que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos<sup>25</sup>».

#### 2.1.8. *Facilidades procesales*

Tal como se ha dicho la Convención busca un trámite rápido y sencillo para lograr la pronta restitución del menor.

A tal fin la Convención dispone algunas facilidades procesales para las partes en la presentación y tramitación del pedido:

«a) 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.

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

c) 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.

d) Cada autoridad central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente convenio.

e) 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.

f) Si bien los Estados no pueden exigir el previo pago de las costas, salvo que hayan hecho una reserva específica, los gastos de traslado del menor de un país a otro, no quedan cubiertos, en principio por el convenio». A tal fin se prevé que «Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 14.06.1995, *Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela*, *Jurisprudencia Argentina* 1995-III-434.

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».

## *2.2. Análisis breve de la Convención interamericana*

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo el 15 de julio de 1989, e incorporada al derecho argentino mediante la ley 25.358 publicada el 12.12.2000, es muy similar a la de Convención de La Haya aunque tiene algunas diferencias o particularismos regionales<sup>26</sup>.

A continuación se la analizará someramente:

### *2.2.1. Carácter ilícito del traslado o retención*

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

### *2.2.2. Calificación autárquica del menor y de ciertos aspectos del derecho de custodia*

En este aspecto es idéntica a la Convención de La Haya. Se califica de forma autárquica al menor, como «toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad». Asimismo se aclara que «Para los efectos de esta Convención:

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

---

<sup>26</sup> A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2011, p. 366.

### 2.2.3. *Autoridades centrales*

También se crea una autoridad central, la que. La Convención Interamericana no es tan minuciosa como la Convención de La Haya, aunque en lo sustancial las atribuciones que tiene la autoridad central son casi las mismas: colaborar «con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor, llevar a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención».

En la Argentina la autoridad central es también la Dirección de Asistencia Judicial Internacional, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

### 2.2.4. *Procedimiento*

La Convención Interamericana aclara que el procedimiento puede ser:

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

En cuanto a la solicitud, se fijan los siguientes requisitos:

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

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

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

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

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

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

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

- d) Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y
- e) Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno».

#### 2.2.5. *El factor tiempo*

Al igual que la Convención de La Haya, la Convención Interamericana persigue la restitución inmediata del menor a su residencia habitual.

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

Una diferencia con respecto a la Convención de La Haya, es que «si no se conoce el paradero del menor, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados».

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

#### 2.2.6. *Casos de improcedencia*

Las causales de improcedencia son las mismas que las de la Convención de La Haya, es decir si se prueba «a) Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o, b) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico».

También se prevé el derecho del menor a oponerse a la restitución siempre que «la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión».

En la apreciación de las circunstancias contempladas en el art. 13, las autoridades administrativas o judiciales deberán tomar en cuenta las informaciones proporcionadas por la autoridad central, o toda otra autoridad competente del Estado de la residencia del niño, sobre su situación social<sup>27</sup>.

A diferencia de la Convención de La Haya, se fijan estrictos límites temporales para manifestar la oposición, la que debe formularse dentro de «del término de ocho días hábiles, que se cuentan a partir hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciera saber a quien lo retiene». Luego de recibida la oposición

<sup>27</sup> BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 367.

la autoridad central tiene sesenta días calendarios para resolver el pedido.

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

Al igual que en la Convención de La Haya está prevista la excepción de orden público.

### 2.2.7. *Facilidades procesales*

La Convención Interamericana también busca facilitar el traslado del menor hacia el lugar de su residencia habitual.

Por ello otorga las siguientes facilidades procesales;

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

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

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

Esto quiere decir que no están obligados a designar apoderado, ya que «Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, y no requieren intervención de parte interesada».

d) En cuanto a los gastos de traslado se aclara «estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal. Por eso luego se aclara que las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución».

### 2.3. *Análisis del Convenio Argentino Uruguayo*

El Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, suscripto en Montevideo el 31 de julio de 1981, incorporado al derecho argentino mediante la ley 22546 publicada el 04.03.1982, es el antecedente legislativo más antiguo que existe en la Argentina en materia de restitución de menores. Ha sido aplicado no solo a casos entre la Argentina y Uruguay sino por analogía a casos con otros países latinoamericanos en la época en que todavía no se había sancionado la Convención Interamericana<sup>28</sup>.

Se trata de un convenio bilateral que tiene por objeto «asegurar la pronta restitución de menores que, indebidamente, se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte». Su finalidad, al igual que todos los convenios de restitución de menores, se agota con la decisión que ordena el inmediato retorno del menor. Por ello se aclara que «El pedido o la entrega del menor no importará prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su guarda».

#### 2.3.1. *Carácter ilícito del traslado o retención*

El Convenio considera que la retención o traslado es indebida cuando «se produzca en violación de la tenencia, guarda o derecho que, sobre él o a su respecto, ejerzan los padres, tutores o guardadores».

#### 2.3.2. *Calificación autárquica de la residencia del menor y de ciertos aspectos del derecho de custodia*

Una de las diferencias más notorias con los convenios de La Haya e Interamericano, es que carece de una calificación autárquica de lo que se considera menor, remitiéndose a lo «establecido por el derecho del Estado de su residencia habitual».

Pero así como carece de una calificación autárquica en materia de menores, sí la tiene en la definición de residencia. Ninguno de los otros convenios define lo que debe entenderse por residencia. El Convenio Argentino Uruguayo dice que «se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida». Se trata de una calificación que ha tenido una importancia expansiva en la jurisprudencia argentina ya que ha sido aplicada por analogía para casos que no están regidos

---

<sup>28</sup> Cámara Nacional Civil, sala B, 26.09.1989, *P. H., M. C. c. N. L., E. A.*, «La Ley» 1991-A, p. 325, con nota de RAMAYO, RAÚL ALBERTO Y PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, A. MARIANA, *Un caso argentino-chileno de restitución de menores*.

por el Convenio Argentino Uruguayo<sup>29</sup>.

### 2.3.3. *Falta de autoridad central*

Otra diferencia notoria, justificada por su carácter de convenio bilateral, es que este convenio no prevé una autoridad central sino que directamente establece que «serán competentes los jueces del Estado de su residencia habitual».

No está previsto por lo tanto un procedimiento de naturaleza administrativa o diplomática sino uno típicamente judicial en el que el procedimiento comienza ante el juez del Estado donde tiene residencia el menor, quien luego debe exhortar a su par del otro país para que cumpla con los trámites de una pronta restitución.

### 2.3.4. *Procedimiento*

La solicitud de restitución deberá acreditar:

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

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

### 2.3.5. *El factor tiempo*

Una vez recibida el exhorto de restitución del menor, el juez exhortado tiene el deber de tomar «de inmediato y, sin más trámite, conocimiento de visu» del menor, adoptar «las medidas necesarias para asegurar su guarda provisional en las condiciones que aconsejen las circunstancias y disponer, sin demora, la restitución del menor».

El juez exhortado puede «admitir la presentación de éste o de quien controvierta la procedencia de la restitución exhortada, sólo cuando el derecho en que se funde la oposición se justifique con la agregación de prueba documental». En ese caso el procedimiento a seguir es «dentro de los tres días» de recibida la documentación mencionada, comunicar la circunstancia al juez exhortante, «acompañando copia íntegra de la oposición deducida y de la documentación pertinente».

Si el juez exhortado insiste con el pedido de restitución el juez exhortado debe ordenar sin más trámite la medida.

Si dentro del plazo de sesenta días corridos desde que fuere transmitida

---

<sup>29</sup> *Ibid.*

la comunicación de oposición por el Ministerio de Justicia del Estado requerido, no se recibiere exhorto reiterando la solicitud de restitución, el juez exhortado ordenará sin más trámite el levantamiento de las medidas dispuestas.

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

Como se advierte el trámite previsto es sumamente rápido y no requiere por parte del juez exhortado el seguimiento de los trámites ordinarios de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Finalmente se aclara que «no se dará curso a las acciones previstas en este convenio, cuando ellas fueren entabladas luego de transcurrido el plazo de un año a partir de la fecha en que el menor se encontrare indebidamente fuera del Estado de su residencia habitual y que En caso de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará desde el momento en que fueren localizados».

#### *2.3.6. Casos de improcedencia*

El juez exhortado solo puede negarse a ordenar la restitución «en los casos en que ello signifique grave riesgo para su salud».

#### *2.3.7. Facilidades procesales*

A los fines de que el procedimiento sea lo más expeditivo posible, el pedido de restitución:

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

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

c) Las solicitudes y la documentación anexa no necesitarán legalización.

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

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

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

### *3. El proyecto de código civil*

El Poder Ejecutivo de la Nación envió al Congreso de la Nación Argentina un proyecto de reforma integral al código civil, que como novedad incluye un cuerpo orgánico de derecho internacional privado que regula la restitución internacional de menores, en el art. 2642 dice «En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.

El juez competente para decidir la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño o adolescente».

La regulación proyectada es un claro avance frente a la orfandad actual de reglas generales en aquellos casos en los cuales no hay un convenio internacional aplicable.

Como principio recoge la tendencia jurisprudencial dominante que aplica por analogía las reglas de los convenios internacionales a situaciones no regidas por ellas. El problema es que todas las convenciones tienen diferencias como se acaba de ver en el análisis realizado. Así por ejemplo el Convenio argentino uruguayo define a la residencia como el lugar donde el menor tiene su centro de vida, pero los demás convenios no la mencionan. De la misma manera la Convención de La Haya considera que es menor quien no ha cumplido 16 años (art. 4), efectuando una calificación autárquica, mientras que el Convenio argentino uruguayo remite a la legislación del país donde el menor tiene residencia habitual (art. 4).

#### 4. *Análisis jurisprudencial*

Como se advierte en los convenios internacionales que incorporan al derecho argentino la figura de la restitución internacional de menores son relativamente recientes, por lo que también lo es la jurisprudencia que a continuación se analizará procurando señalar los principios de derechos humanos que recogen esos fallos.

El principio rector de la Convención de los Derechos del Niño es buscar siempre y en toda situación que involucre a niños, la preservación del «superior interés del niño». El art. 3 de dicha convención dice que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los organismos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». El principio se repite además en los arts. 9, puntos 1 y 3; art. 20, punto 1; art. 21 y art. 37, inciso c. Es que como ha dicho un autor, «no se trata de la restitución de un objeto debido o disputado entre copropietarios<sup>30</sup>».

Debe aclararse, antes de comenzar el análisis, que si bien la Convención de los Derechos del Niño es del año 1989 y todos los convenios internacionales que rigen en la Argentina son anteriores a esa fecha, como el Convenio Argentino Uruguayo que es del año 1981, o la Convención Internacional de La Haya, que es del año 1980, o la Convención Interamericana que es de julio de 1989 mientras que la Convención de los Derechos del Niño fue aprobada en octubre de 1989, se observa que todas las convenciones tuvieron siempre en miras el superior interés del niño. La razón de ser es más que obvia, pero puede resumirse en que los niños terminan siendo el objeto de las disputas entre los progenitores debido a la desavenencia matrimonial se acentúa por la profunda vulnerabilidad de los niños o adolescentes que son puestos en un tensa situación<sup>31</sup>.

La doctrina ha dicho que «si bien es cierto que la Convención de La Haya no contiene en su parte dispositiva una referencia específica al ‘interés superior del niño’, su silencio no implica que lo ignora<sup>32</sup>. La doctrina especializada dice que el interés que se persigue es «superior, toda vez que entre el eventual conflicto entre los padres y el niño o bien entre la

---

<sup>30</sup> WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 183.

<sup>31</sup> BRIZZIO, *La aplicación de la CIDIP IV sobre Restitución Internacional de Menores en los tribunales de Córdoba*, cit., p. 760.

<sup>32</sup> HIDALGO, *Restitución internacional de menores en la República Argentina*, cit., p. 1393.

sociedad y el niño, debe primar el protegido por la Convención. Éste es su objetivo primordial<sup>33</sup>».

Así, el Convenio Argentino Uruguayo dice que las autoridades lo firman «profundamente convencidos de la necesidad de proteger los intereses del menor», la Convención de La Haya dice «Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia» y finalmente la Convención Interamericana no menciona al interés del menor como objetivo a conseguir. Ninguna de las convenciones menciona al ‘superior’ interés de niño, que en la Argentina es un principio de jerarquía constitucional, en virtud del art. 75 inc. 22 que incorporó a la Convención de los derechos del Niño a la Constitución y le otorgó jerarquía constitucional.

Eso no quiere decir que la jurisprudencia no haya reconocido que el principio guía de interpretación de los casos de restitución de menores no haya sido el ‘superior’ interés del niño. Así la Corte Suprema<sup>34</sup> dijo que «Esa declaración, incluida solemnemente en el preámbulo de la Convención de La Haya, inspira el procedimiento instaurado en su texto, destinado a implementar una exigencia que la comunidad internacional formuló en la década de los años setenta: la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio habitual de vida familiar y social. La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos».

Para la doctrina nacional ‘interés superior del niño’ no es un derecho sino un ‘principio’, que debe ser interpretado y compatibilizado con el resto del ordenamiento jurídico. Así se ha dicho que «En verdad, así como no hay derechos absolutos, tampoco puede sostenerse que haya principios absolutos, como sería el interés superior del niño. La concordancia y armonía del sistema exige que el mismo sea valorado con los demás derechos y principios en juego. Que estemos en presencia de un principio rector no lleva a sostener, indiscriminadamente, que ha de imponerse ante cualquier circunstancia<sup>35</sup>».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la expresión ‘interés superior del niño’ – art. 3° de la Convención de los

<sup>33</sup> BASZ, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores*, cit., p. 610.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 14.06.1995, *Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela*, *Jurisprudencia Argentina* 1995-III-434.

<sup>35</sup> N.E. SOLARI, *Un principio con jerarquía constitucional: El interés superior del niño*, «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», 2010, p. 27.

Derechos del Niño – implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus ‘derechos’ deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas en todos los órdenes relativos a la vida de éste<sup>36</sup>.

Por eso se ha propuesto conceptualizar al interés superior del niño como «un principio general del derecho positivo – con jerarquía constitucional –, cuyo contenido se integra con derechos y garantías. ¿Qué derechos y garantías? Los enumerados en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, así como las demás disposiciones vigentes en el derecho positivo<sup>37</sup>».

#### 4.1. Casos jurisprudenciales

El *leading case* en Argentina fue el caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1995<sup>38</sup>, con una ajustada votación cinco a cuatro, que se hizo famoso porque fue discutido no solo en los tribunales sino fundamentalmente en los estudios de televisión<sup>39</sup>.

Los hechos fueron los siguientes: los padres de la niña se casaron en Buenos Aires el 03.12.85 y llegaron al Canadá en marzo de 1986. La menor, de cuatro años de edad al tiempo del acto que dio origen al litigio, nació en Guelph, Provincia de Ontario, Canadá, el 06.02.90. La niña vivía con sus padres en una residencia universitaria para estudiantes casados y asistía al jardín de infantes. El padre gozaba de la residencia propia de la condición de estudiante, que le fue renovada periódicamente durante ocho años, y que trabajaba en la universidad, percibiendo una remuneración. La madre de la niña afirmó que a fines del año 1993 decidió venir a Buenos Aires con su hija a pasar las ‘fiestas’ con su familia, con conocimiento del padre. El padre sostuvo que tomó conocimiento el 06.01.94 de la decisión de la madre de no regresar al Canadá y de permanecer con

---

<sup>36</sup> Opinión Consultiva OC- 17/2002, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>37</sup> SOLARI, *Un principio con jerarquía constitucional: El interés superior del niño*, cit., p. 27.

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 14.06.1995, *Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela*, *Jurisprudencia Argentina* 1995-III-434.

<sup>39</sup> Lamentablemente los medios de comunicación distorsionaron el caso *D. W.*, introduciendo en la sociedad elementos valorativos tendientes a favorecer los intereses de los propios nacionales, y prestando escasa atención al correcto planteo jurídico del mismo. HIDALGO, *Restitución internacional de menores en la República Argentina*, cit., p. 1393.

la niña en la República Argentina. En febrero de 1994 el Sr. Wilner solicitó la asistencia de la Autoridad Central correspondiente a la Provincia de Ontario, para reclamar la restitución de la menor en los términos de la Convención de La Haya. El 7 de marzo de ese año se dictó una decisión judicial en la Corte de Ontario, que atribuyó la custodia de la niña a su padre. Finalmente, el 21.03.94 la Autoridad Central de la República Argentina presentó el pedido de restitución ante el juez local. La Cámara Civil hizo lugar al pedido de restitución lo que fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema dijo que «La jerarquización de intereses – con preeminencia del interés superior del niño – que propugna la recurrente, es respetada en la Convención de La Haya. A su vez, la República Argentina, al obligarse internacionalmente con otros países por este convenio, acoge la directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño: ‘1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes’. Adviértase que esta Convención también dirige a los padres la exhortación de tener como preocupación fundamental el interés ‘superior del niño’ (art. 18 párr. 1). En tales condiciones es evidente que en el Derecho internacional la Convención de La Haya armoniza y complementa la Convención sobre los Derechos del Niño». Este párrafo, en el que la Corte Suprema declara que el interés superior del niño es el principio rector en materia de restitución internacional de menores, fue reiterado en numerosas oportunidades<sup>40</sup>.

Respecto del factor tiempo, de la celeridad de la restitución, la Corte dijo que «es fundamental la rapidez que se imprima al trámite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integración del menor a un nuevo medio. En este sentido, el pedido que la Autoridad Central argentina formuló en la audiencia del 18.05.94 y que responde al imperativo contenido en el art. 11 de la citada Convención: ‘Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 21.12.2010, *R., M. A. c. F., M. B.*, LL 2011-C, 412; Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *W., D. c. S. D. D. W. s/demanda de restitución de menor*, del 22.11.2011, LL 07.12.2011; Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegración de hijo*, del 08.11.2011, «La Ley» 07.12.2011; Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia extranjera*, del 16.08.2011, «La Ley», 2011-E, p. 35.

restitución de menores'. Especial atención ha de ponerse a esta directiva – máxime dado las características del sistema judicial argentino –, a fin de que el paso del tiempo no desvirtúe el espíritu del tratado puesto que la integración del menor al nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, aun cuando el segundo desplazamiento fuese conflictivo».

En ese caso la madre se opuso invocando la excepción contenida en el art. 13 inc.b de la Convención de La Haya, alegando casualmente que la restitución a Canadá viola derechos humanos de la niña. Al respecto la Corte dijo que «En el sub lite cabe excluir que el regreso de la menor al Canadá con su padre importe la violación o el peligro de violación de un derecho humano fundamental de la niña, habida cuenta de los informes sociológicos y psicológicos reunidos en la causa, que dan cuenta de la regularidad de los factores externos y de la calificación de ambos progenitores para garantizar la protección física y el respeto de los derechos de la niña, incluido el derecho de visita del progenitor que, en ocasión de tomarse la decisión sobre el fondo, no reciba la tenencia».

Con respecto al derecho a ser oído que tiene el menor, la Corte dijo que «no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”, circunstancia satisfecha en el sub lite dada la intervención del asesor de menores en ambas instancias. El tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados (art. 13 párr. 2 de la Convención de La Haya; art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño). De los informes de la psicóloga y de la asistente social, surge que se trata de una niña “psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta”, que atraviesa por un estado de “confusión afectiva [...] por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres”. Ello permite concluir que hace a su interés superior el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres».

Esta última afirmación de la Corte ha sido criticada por alguna doctrina que sostiene que se confunden «dos aspectos de la cuestión, perfectamente diferenciables: la representación legal y el derecho a ser escuchado. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) consagra el derecho a ser oído de la persona, el cual puede ser expresado directamente o por medio de un representante legal o por un tercero, pero siempre es la voluntad del niño la que se expresa, no la del tercero ni la del representante legal. La representación legal, tanto necesaria como

promiscua, debe servir para la protección de la persona del menor y no para la negación de sus derechos<sup>41</sup>».

Luego de ese caso señero surgieron otros casos cuyos principios señalaremos a continuación.

#### 4.1.1. *Personas de escasa edad*

En Corte Suprema Justicia De la Nación *W., D. c. S. D. D. W.* «s/ demanda de restitución de menor, del 22.11.2011, LL 07.12.2011, la Corte reiteró que No existe contradicción entre la Convención sobre los Derechos del Niño y el CH 1980. El Convenio en el que se apoya la petición de autos, respeta y complementa la debida jerarquización de bienes, con preeminencia del mejor interés del niño. Lo hace partiendo de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu qua anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos. Luego, preserva el mejor interés de aquél – proclamado como prius jurídico por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño –, mediante el cese de la vía de hecho. La víctima debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen, salvo que concurran las circunstancias eximentes reguladas en el texto convencional». En ese caso la Corte ordenó el regreso de un menor a Alemania, que vino al país traído por ambos padres, pero que luego la madre retuvo porque alegó que no se adaptaba a vivir en Alemania. Respecto de esto último la Corte exhortó al juez de la causa a que «al momento de efectuar la ejecución del presente fallo, proceda a realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos, permitiéndole para ello adoptar las medidas que estime conducentes, ponderando la realidad y circunstancias en que se desarrollan las relaciones entre las partes para concretar las pautas de restitución, como así también evaluar los requerimientos que se le formulen en tanto respeten la decisión adoptada y no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar sin causa su cumplimiento».

La Corte además dijo que «la mera oposición de la madre a retornar al país requirente, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la comunidad de naciones, a merced de la voluntad unilateral de la parte demandada». Cabe destacar que ese fallo es interesante porque el menor tenía siete meses de edad, por lo que no podía decirse que hubiera adquirido domicilio en Alemania. El dictamen de la Procuradora Fiscal, al que la Corte adhirió dijo que «esa postura lleva necesariamente a aceptar que las

<sup>41</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

personas de escasa edad quedan fuera del amparo de la Convención. Esta conclusión me parece del todo inadecuada, desde que introduce una cortapisa a la realización del objetivo central del CH 1980, que es desarticular – en orden a la tutela del derecho de custodia – la práctica del traslado o retención ilegítimos, restableciendo el *statu qua* ante mediante el retorno inmediato del menor desplazado. Y esa barrera aparece extraña – y opuesta – a la norma del art. 4º, que comprende en el ámbito de aplicación *ratione personae* a los niños de cero a dieciséis años».

#### *4.1.2. Personas mental o físicamente impedidas (síndrome de down)*

La Corte Suprema en *F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegro de hijo*, del 08.11.2011, LL 07.12.2011 se expidió sobre la relación entre la Convención de La Haya y los derechos de los niños mental o físicamente impedidos (art. 23 art. Convención de los Derechos del Niño). Se trataba de una niña con síndrome de down y una anomalía anorectal. En ese caso el padre autorizó el viaje a la Argentina para el tratamiento de la enfermedad de su hija, sin aclarar el tiempo de duración. Debido a que la madre se negó a retornar a Perú alegando que su hija se había adaptado a la Argentina, el padre inició el procedimiento. La Corte dijo que «Que el derecho a la salud y su debida preservación, encuentran un marco de protección en los arts. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en lo que respecta a los menores la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho a acceder a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud, debiendo los Estados Parte asegurar la plena aplicación de esta prerrogativa a través de medidas adecuadas (art. 24). Asimismo y en estrecha vinculación con la particularidad que presenta el caso, en el art. 23 de la citada convención los Estados Parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su participación activa en la comunidad; el derecho a recibir cuidados especiales, y el acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento con el objeto de lograr su integración social y el desarrollo individual».

A continuación agregó que «Que, en consecuencia, a fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor T.L. requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, hágase saber a la Autoridad Central argentina que – por medio de los mecanismos adecuados – deberá informar a la

Autoridad Central del Estado requirente (República del Perú) acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la citada niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor».

Finalizó con una exhortación a los padres «dado que el citado interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde exhortar a ambos progenitores de T. L. y B. S. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva. Igual requerimiento cabe dirigir a la señora jueza a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos».

#### *4.1.3. Derecho a la libertad de expresión e interés superior del niño*

En CSJN, V., D. L. s/ restitución de menores – ejecución de sentencia extranjera, del 16.08.2011, LL 2011-E, 35, la Corte ordenó el retorno a Francia de dos menores que habían sido retenidos ilegalmente en la Provincia de Salta, abusando de un permiso de vacaciones en nuestro país.

En ese caso la Corte dijo que «La Convención sobre los Derechos del Niño compromete a los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, su nombre y relaciones familiares, de conformidad con la ley, “sin injerencias ilícitas” (art. 8); y lo protege contra “injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y en su familia”, estableciendo que “tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques” (art. 16)». Es decir que claramente el menor tiene derecho a la protección de su derecho a la intimidad, el que debidamente respetado hace al superior interés del niño.

En el juicio la madre del menor había divulgado todos los detalles de las peleas por la restitución en las redes sociales. La Corte Suprema, luego de señalar que la madre no había tenido una actitud ‘colaboradora’ que distaba de “favorecer al pleno desarrollo psíquico, físico y espiritual de los menores”, dijo que «dado que la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema (Fallos: 328:2870), a los efectos de evitar agravar el conflicto generado y los perjuicios que éste ocasiona a los menores, corresponde exhortar a los progenitores a que se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de las vidas de G.V. y E.L.V. a fin de resguardar

el referido derecho a la intimidad de los niños, y a prestar colaboración en los términos de la sentencia apelada».

#### *4.1.4. Derecho de controlar la prueba*

Es sabido que uno de los derechos humanos fundamentales es el de producir pruebas y controlarlas. La Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala I, Purcell, Brett s/ pedido de restitución del menor Dante Purcell del 10.08.2011, LLO, dijo que «la mencionada Convención gira sobre el pivote de que la restitución del menor sustraído debe ser ‘inmediata’ (“El factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores”, por Eloísa Raya de Vera, en *La Ley*, 31 de mayo de 2011), dado que con la demora en la restitución se corre el riesgo del arraigo del niño en su nuevo hábitat. Ello explica que en ningún tramo de la Convención se aluda a la existencia de una suerte de proceso de oposición. Por el contrario, lo que se alude es que el requerimiento de restitución es una ‘medida urgente’; admitiéndose, con carácter restrictivo, la alegación de causales de excepción mencionadas en el art. 13. Todo ello revela que se trata de un procedimiento atípico que si bien reconoce contradicción – que en el caso fue escrupulosamente observada – no admite el despliegue de un derecho probatorio irrestricto que venga a colisionar con la celeridad que le es inherente. Por ello es que entiendo que sólo pueden proponerse en su seno pruebas demostrativas per se, sin perjuicio de las que pueda despachar el órgano judicial, a título de medida para mejor proveer, y cuyo diligenciamiento no importe una compleja y extendida en el tiempo tramitación; pudiendo, también, proveer algunas de las pruebas ofrecidas por las partes que no sean demostrativas per se, siempre y cuando se encuentren exentas de toda duda acerca de que se trata de una vía para obtener el no deseado alongamiento de la causa».

#### *4.1.5. Celeridad en las decisiones de restitución y en el modo de cumplirlas*

En varios fallos la Corte Suprema de la Nación dejó en claro que la restitución debe hacerse en el menor plazo posible<sup>42</sup>, a los efectos de cumplir con los compromisos internacionales.

El tiempo, tal como se ha dicho, es vital en la vida de un menor, porque la ausencia de uno de sus padres en los momentos formativos de su

---

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 29.12.2010, *R., M. A. c. F., M. B.*, LLO; Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 28.06.2011, *D. F., R. c. G., M. S. s/ restitución de hijo*, «Doctrina Jurídica», 14.09.2011, p. 43.

personalidad puede generar un daño irreparable<sup>43</sup>. A pesar de ello, lo que prima es siempre el interés superior del niño, por lo que se ha juzgado que «Aun vencido el plazo de un año para pedir la restitución de un menor que establece la Convención sobre Sustracción Internacional de Menores de La Haya, deberá ordenarse el retorno salvo que aquél se haya integrado en su nuevo medio, solución que se explica en virtud del especial papel que juega el juez de familia en la apreciación de lo que mejor conviene al interés del niño».

#### 4.1.6. *Cuestiones que devienen abstractas*

En Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12.07.2011, *C., L. C. c. L., M. E. s/exequatur*, LL 2011-D, 337, dijo que la madre no puede ser contradictoria con su propia conducta. En ese caso si bien en Argentina se había opuesto al traslado a España, efectuó una presentación ante los jueces españoles, donde consintió las medidas provisionales dispuestas en ese foro, comprometiéndose a trasladar temporariamente su residencia a Barcelona junto con el hijo menor, y solicitó un plazo de dos meses para implementar la mudanza, con miras a la preparación del viaje y a la adopción de recaudos organizativos que lo hicieran menos traumático, como ser la búsqueda de vivienda o trabajo. Por lo tanto no puede seguir sosteniendo atacando la decisión de la Corte.

#### 4.1.7. *Aplicación no retroactiva del reconocimiento*

En otro fallo se dijo que si la madre trasladó a la menor al país cuando todavía el padre no había reconocido a su hija, el traslado a la Argentina no puede ser ilícito<sup>44</sup>. Es una aplicación del principio de irretroactividad de la ley, ya que cuando se realizó el traslado la custodia total la tenía la madre, ya que legalmente la menor no tenía padre.

#### 4.1.8. *Violación de la prohibición de salida del país de residencia*

Si el juez del Estado de residencia prohibió la salida del territorio extranjero hacia nuestro país debe ordenarse la restitución. El Tribunal dijo que «es necesario que la restitución se cumpla en tiempo propio, para no desvirtuar los objetivos limitados del procedimiento. El tiempo es fundamental en

<sup>43</sup> Cámara Nacional Civil, sala I, 14.09.1995, *S. Z. A. A. c. A., D. D.*, «La Ley», 1996-E, p. 165.

<sup>44</sup> Cámara Nacional Civil, Sala A, 06.10.2010, *E. G., V. C. c. A. N., A. L.*, «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», 2011, p. 78.

todos los asuntos humanos, y lo es de manera relevante en el desarrollo de los niños y en la evolución de las relaciones personales entre hijos y padres<sup>45</sup>». En el caso se ordenó la restitución del menor a España, lugar donde residía.

*4.1.9. La idoneidad del progenitor que solicita la restitución no se puede discutir en el proceso de restitución*

Otro de los puntos en los cuales la jurisprudencia nacional<sup>46</sup> ha sido clara es que en el proceso de restitución de menores de la Convención de La Haya no se puede discutir la idoneidad del cónyuge que tiene la tenencia.

En ese caso se dijo que «el interés del menor es de una importancia primordial para toda cuestión relativa a la custodia y su consecuencia “el deseo de proteger al niño en el plano internacional, contra los efectos nocivos de un desplazamiento ilícito” reflejan muy claramente cuál ha sido la filosofía de la Convención, que la podemos definir como sigue: la lucha contra la multiplicación de los secuestros internacionales de niños debe siempre estar inspirada por el deseo de protegerlos haciéndose una interpretación de su verdadero interés. CNCIV, sala I, set. 14-995, S.Z.A., c. A., D.D. (La Ley, 1996-E) y que La resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los derechos del niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño y, a su vez, que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos».

Respecto a los derechos del menor, el fallo dijo que «Entre los diversos derechos que le corresponden al menor se encuentra el de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario a su propio interés (art. 9.3, Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20.12.89), derecho éste con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Sin embargo ello no es suficiente para alegar en el juicio de restitución sobre la idoneidad de uno de los padres, pues se debe

---

<sup>45</sup> Tribunal Colegiado del Fuero de Familia Nro. 1 de La Plata, 07.04.2009, *C. C. c. L., M. E.*, «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», 2009, p. 65.

<sup>46</sup> Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Rosario, 23.02.2009, *G. M. M. c. M., M.O. s/restitución urgente de menores*, «La Ley Litoral» 2009, p. 585.

aclarar que el hecho de que se ordene restituir a los menores a su país de origen no obsta a que, por la vía procesal pertinente, los padres puedan discutir la tenencia del niño, pues el art. 19 de la Convención establece que la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia. En este sentido se ha dicho que la restitución del menor no importa disposición o modificación de la situación jurídica actual, sino sólo su reintegro a la jurisdicción competente – de la que fue sustraído de modo ilegal con arreglo a las normativas internacionales –, quien resolverá, en definitiva, sobre el particular, atendiendo a todos los intereses en juego, en especial el de los menores afectados. La pronta restitución exigida en la normativa compatibiliza con el sentido del mecanismo de restitución internacional, esto es, no entrar a debatir sobre la cuestión de fondo – tenencia, visitas, etc. – sino la de ordenar si se dan los requisitos exigidos por la Convención, que el menor sea restituido a su país de origen, de donde fue ilegalmente sustraído».

#### *4.1.10. Las excepciones se interpretan restrictivamente*

La Corte de la Nación ordenó en otro<sup>47</sup> caso que se realizaran estudios para determinar «si el cumplimiento de la restitución podría producir en él un grave detrimento de su salud física o psíquica en los términos del art. 11 inc. b de la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores (Adla, LXI-A, 7), debiendo entenderse que lo que se requiere para tornar improcedente dicha restitución es un grado acentuado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Como ha dicho la doctrina debe tratarse de una situación extrema que excede los parámetros normales del trauma o padecimiento que eventualmente puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o de desarticulación de su grupo convivencial<sup>48</sup>». La madre alegaba violencia doméstica del padre.

Con posterioridad se ordenó la restitución<sup>49</sup> ya que la Corte consideró que «la recurrente no ha demostrado, con el grado de certeza que es menester, que exista un riesgo grave de que la restitución de la menor pueda exponerla a un peligro físico o psíquico, supuesto de excepción contemplado por el art. 11 inc. b Convención Interamericana sobre Restitución

<sup>47</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 07.09.2004, S.A.G.A., «La Ley», 2005-A, p. 302.

<sup>48</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 20.12.2005, S. A. G., «Jurisprudencia Argentina», 2006-IV-30.

Internacional de Menores, ya que la supuesta violencia que habría ejercido el progenitor de la niña no se encuentra debidamente acreditada en autos, y que los informes periciales sobre los progenitores, su personalidad y su capacidad para asumir el rol de madre o de padre no aportaron datos que permitieran abrir juicio sobre si la restitución podría exponer a la niña a un grave peligro físico o psíquico; máxime cuando el presente proceso no tiene por objeto dilucidar su aptitud para ejercer la guarda o tenencia de la menor, afirmación que es corroborada por el art. 15 de la propia Convención Interamericana, que explícitamente dice que la restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda».

En otro caso donde se alegaba violencia doméstica por parte de la madre, y en el que el padre llevó a su hija a México sin permiso de la madre, la Corte Suprema de la Nación<sup>50</sup> dijo que «La postura de la niña, que no importa una resistencia cerrada a retornar al país donde vivía con su madre, sino que apunta a la marcada preferencia que tendría en cuanto a vivir con su padre, no permite extraer una actitud interna auténticamente intransigente dirigida a resistir la restitución en los términos del art. 13, párrafo cuarto del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya y que Rehusar la restitución de la niña objeto del litigio en base a la excepción de grave riesgo, no es procedente, pues si bien fueron denunciadas situaciones de violencia por parte de la madre, quien hace el pedido, no se ha detallado ninguno de esos episodios ni la frecuencia que los enlazaría; sin perjuicio de ello se recomienda que, una vez que esté la niña en su lugar de residencia habitual, se haga el seguimiento del caso y se analice en profundidad la índole de la relación materno-filial, adoptando las medidas que fueren menester para su resguardo efectivo».

Finalizó la Corte diciendo que «La negativa del padre requerido a retornar al lugar de residencia habitual de su hija, cuando ella manifestó que volvería voluntariamente si lo hiciese con él, es una conducta que no merece aval institucional, pues, de lo contrario, todo el mecanismo creado para combatir el desplazamiento transfronterizo de niños, quedaría a merced del designio unilateral del sustractor».

Es decir que el criterio para interpretar las causales que impiden la restitución del menor a su país de residencia deben interpretarse de manera restrictiva<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 21.05.2013, *F. C. del C. c. G., R. T. sreintegro del hijo*, «La Ley», 03.06.2013.

<sup>51</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

#### 4.1.11. *El derecho del menor a ser escuchado en el país requirente*

En un caso<sup>52</sup> se planteó la nulidad del pedido de restitución por no haber sido escuchada la menor por el juez del país requirente. Fue rechazada no solo por impracticable, ya que precisamente si se pide la restitución es porque la menor no se encuentra en el país, sino porque las normas nacionales y supranacionales vigentes no imponen el requisito de la audiencia previa del menor por ante el juez exhortante.

Muy importante es que en ese fallo se dijo que «Cuando las normas internacionales se refieren al primordial derecho del menor a ser escuchado para, según la Convención sobre los Derechos del Niño, ‘expresar su opinión libremente’ (art. 12.1) ‘en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional’ (art. 12.2), no lo hace erigiendo, por regla y como principio, que la oposición del niño a la restitución constituya una causal autónoma y exclusiva (art. 11 in fine Convención Interamericana de 1989) que se desentienda de las precisas y categóricas causales que prevé». Es decir que no se equipara el deseo del menor con el interés superior del niño, el que surge de computar todas sus circunstancias vitales y existenciales en concreto, ese interés se conforma con el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia determinada.

#### 4.1.12. *La inconveniencia de la restitución por imposibilidad de la madre de mantener al menor*

En un caso<sup>53</sup> en el que la madre del menor solicitaba la restitución a Alemania, país en el que no tenía trabajo ni autorización para permanecer allí, se denegó el pedido de restitución, con base en el art. 13 inc. b de la Convención de La Haya. El juez se preguntó «¿Qué futuro propone la madre para este niño, radicándolo en un país extranjero, cuyo idioma ninguno de ellos conoce, en el que se encuentra sin trabajo y, hasta según surge del expediente, con su autorización para permanecer allí caducada?. Si atendemos a su reclamo, sucede que vamos a ordenar el envío de E. a Alemania para satisfacer las tardías ansias maternas de la Sra. R., cuando no sabemos ni tan siquiera cual será su medio de vida (reconoce no poder

<sup>52</sup> Cámara Civil y Comercial de Azul, sala II, 13.09.2006, R., H.S., «La Ley Buenos Aires», 2006, p. 1346.

<sup>53</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso administrativo de 2a Nominación de Río Cuarto, 15.12.2005, *Asesor Letrado del 2º turno en representación de la Sra. E. E. R. de M.*, LexisNexis, Córdoba 2006-1.

contribuir a su manutención – 25ª posición – ni su condición jurídica en aquel país. En este marco se impone la segunda pregunta: ¿Podemos confiar que E. no será un ilegal más, entre los tantos sudamericanos que padecen esta situación, pese a la aludida nacionalidad italiana que la madre le atribuye?».

Concluyó que no se contribuye a preservar la identidad, incluida la nacionalidad, de un niño argentino, con casi toda su familia radicada en este país, si se dispone su traslado a Alemania a vivir con su madre, que muestra condiciones de precariedad en su inserción en aquel país, que se presentan como inadmisibles al tiempo de evaluar la conveniencia para el niño.

#### *4.1.13. El riesgo de la vida del menor como límite al pedido de restitución*

Si bien las causales que impiden la restitución del menor deben ser interpretadas restrictivamente, tal criterio cede cuando lo que está en juego es el derecho a la vida del menor (art. 6.1. Convención de los Derechos del Niño).

Así se juzgó<sup>54</sup>, que era improcedente ordenar la restitución de un menor a Inglaterra, donde vivía el padre, quien reconoció ante la autoridad central que pesaba sobre él una condena de muerte por fundamentalistas islámicos. El tribunal consideró que «Habida cuenta que en la jerarquía de valores que sustenta la Convención, así como en la que consagra los Derechos del Niño, ocupa el primer lugar el interés superior de éste (declaración del preámbulo del texto de La Haya y art. 3.1, Convención adoptada por las Naciones Unidas en Nueva York), corresponde interpretar que pese al criterio restrictivo con el que cabe considerar si se encuentran configuradas las causales de excepción que autorizan a rehusar la solicitud de restitución (Pérez Vera, rapport cit., n. 34 y 113 a 118; se debe otorgar preeminencia a la protección contra un grave riesgo de vida, que en el caso aparece verosímil, habida cuenta la conocida decisión con la que el fanatismo fundamentalista musulmán persigue sus fines, sin detenerse ante atentados de todo tipo. A diferencia del caso resuelto por la Corte de Casación francesa al que ya se hiciera referencia (Revue Critique [...] cit. p. 409 y comentario de Y.L., ps. 409/10), la cuestión se presenta como un grave riesgo actual para el menor, por cuyo interés corresponde a este tribunal velar».

---

<sup>54</sup> Cámara Nacional Civil, sala I, 14.09.1995, S. Z. A. A. c. A., D. D., «La Ley», 1996-E, p. 165.

## 5. *Conclusión*

A modo de conclusión puede decirse que la jurisprudencia nacional ha hecho un loable trabajo de interpretar qué se entiende por ‘interés superior del niño’ en materia de restitución internacional de menores.

La indeterminación del principio ha sabido ser llenada con gran sabiduría por los jueces argentinos que han hecho una interpretación bastante razonable del superior interés armonizándolo con los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos suscriptos por Argentina logrando un justo equilibrio con los fines buscados por las convenciones internacionales sobre restitución de menores de las que la Argentina es parte.

### *The Argentine restitution of minor’s system and the rights of the child*

The purpose of this article is to examine the relation between the Argentine international restitution of minors’ system and the actual validity of human rights. We deal with an increasingly frequent problem due to the rising number of separations and the parties’ ability to change addresses after separation. First, we briefly describe the Argentine international restitution of minors’ system and then we analyse the Argentine case law tendency. The conclusion is that national case law has done a laudable work to interpret what should be understood as the ‘best interest of the child’ in the field of international restitution of minors. The uncertainty of such principle has been filled with great wisdom by the Argentine judges, who reasonably interpreted the best interest in harmony with the remaining human rights recognized in the National Constitution and the human rights treaties signed by Argentina, achieving a fair balance with the goals pursued by the international conventions on restitution of minors to which Argentina is a party.

