

# **PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL NIÑO EN EL CONTEXTO DE LA CONVENCION SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES. SU REGULACION PROCESAL, UNA TAREA PENDIENTE**

**Por Irma Alfonso de Bogarín (\*)**

Sumario. 1. Introducción. 2. Finalidad del Convenio. 2.1 Garantizar la restitución inmediata del menor. 2.2 Velar por los derechos de custodia y de visitas vigentes. 3. Ámbito de aplicación. 3.1 El Convenio es un instrumento de cooperación entre Estados Partes. 3.2 Que el menor no haya alcanzado la edad de 16 años. 3.3 Contiene dos vías procesales de cooperación entre los Estados Partes. 3.3.1 Demanda para la restitución del menor. 3.3.2 Demanda para hacer efectivo el derecho de visitas. 4. Requisitos para la procedencia. 4.1 Que el traslado o retención merezcan la calificación de ilícitos. 4.2 Caducidad. 5. Excepciones a la restitución. 5.1 Alegaciones que autorizan denegar el pedido. 5.2 Grave riesgo y situación intolerable. 5.3 Opinión del menor. 6. Pautas generales. 6.1 Celeridad en el trámite. 6.2 Se prohíbe al Estado requerido juzgar sobre la cuestión de fondo de los derechos. 6.3 Interés superior del niño. 7. La función del Juez. 8. Norma procesal, una tarea pendiente.

---

(\*) Presidenta del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de la Capital. Miembro de la Red Internacional de Jueces de La Haya, especializada en la Protección Internacional de la Niñez. Representante de la Corte Suprema de Justicia como operadora de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica (IberRed). Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA) y de la Escuela Judicial del Paraguay.

## 1. Introducción.

La problemática del traslado internacional, en forma ilícita de niños constituye un flagelo en incremento alarmante en nuestros tiempos, sin embargo sus causas no serán objetos de análisis en este trabajo.

Esos desplazamientos frecuentes del Estado de residencia habitual a otro, se han convertido en importantes motivos de preocupación de la comunidad jurídica internacional, por los efectos perjudiciales que ocasionan al menor; por lo que se han firmado varios convenios internacionales que imponen como directiva la protección y auxilio de los más vulnerables: el niño y el adolescente, proponiendo institutos adecuados para el efecto.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Ley N° 57/90) subraya que la salvaguardia eficaz de los derechos de estos a través de las fronteras no puede ser alcanzada sin la cooperación entre los Estados.

Así la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley N° 983/96), que integra el derecho positivo nacional con rango cuasiconstitucional (1), se inscribe dentro del marco de los tratados que persiguen la más amplia protección de los menores que han sido objeto de traslado o retención ilícito proporcionando estructuras prácticas que permiten a los Estados trabajar conjuntamente en aquellas situaciones donde comparten la responsabilidad de otorgar tutela y seguridad jurídica a la infancia.

Idéntico fin persigue la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Ley N° 928/96).

---

(1) Artículo 137. *De la supremacía de la Constitución.* "La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...".

## 2. Finalidad del convenio.

La Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores tiene por finalidad:

2.1 Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;

2.2 Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes (Art. 1°).

Con ello trata de combatir la sustracción y retención ilícita de los menores fuera del país, a través de un sistema de cooperación entre los Estados, facilitando mediante una acción autónoma de urgencia la pronta restitución del menor al lugar de su residencia habitual.

En este sentido, este instrumento jurídico acoge los mandatos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que ordena:

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

*b. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”* (Art. 11).

En jurisprudencia se sostiene que el procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que le fuera turbada mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante (2).

---

(2) “Exp. W.E.M. c/ O.M.G.; C.S.J.N. 14/06/95. Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 18/03/07, en fallos 318:1269, en LL 1996-A, 260 y en DJ 1996-1,387”.

La solicitud de restitución internacional puede ser canalizada a través de la Autoridad Central designada en cada país (3). También la Convención reconoce la posibilidad de los particulares a dirigirse directamente ante los órganos judiciales competentes a fin de poner en marcha el proceso de restitución, conforme surge del Artículo 8° al prescribir: *"Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor..."* (4).

No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, ninguna legalización ni otras formalidades análogas para evitar retraso en la solicitud de asistencia. En concordancia, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores dispone: *"... Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central"* (Art. 9°.4).

---

(3) A fin de la aplicación del Convenio por Decreto del Poder Ejecutivo N° 3230/04, el Paraguay ha designado a la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia como Autoridad Central del Estado Paraguayo en esta materia.

(4) En el mismo sentido la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, dispone: *"Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención. A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación. El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo"* (Art. 6°).

De estas normas se infieren que la eximición de las legalizaciones no se confiere solo a las vías diplomáticas, sino se extiende a cualquier otra exigencia de este tipo, como ser las autenticaciones de las copias de los documentos presentados con la solicitud, **siempre y cuando** la promoción se tramita por la vía diplomática, consular o por conducto de las Autoridades Centrales. Ergo, si la pretensión se formula directamente por el interesado ante la autoridad pertinente, no corresponde las excepciones a las legalizaciones. En estos casos el órgano judicial, lo primero que debe analizar es si los documentos que se adjuntan al pedido están autenticados y legalizados, si no se cumple con estos recaudos se debe ordenar, como despacho saneador, se subsane esa irregularidad legal antes de proseguir los trámites.

### 3. Ámbito de aplicación.

3.1 El Convenio es un instrumento de cooperación únicamente entre las autoridades centrales, administrativas y judiciales a nivel interno e internacional entre los Estados Partes al establecer: *“El presente Convenio solo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados. Si se hubiera formulado una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 o 40, la referencia a un Estado contratante que figura en el párrafo precedente se entenderá que se refiere a la unidad o unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio”* (Art. 35).

3.2 La hermenéutica de la Convención determina que el ámbito de protección jurídica se refiere a la edad límite de 16 años para su aplicación, dado que imperativamente establece que dejará de aplicarse cuando el niño alcance dicha edad. Ello surge del Artículo 4° que prescribe: *“El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años”* (5).

---

(5) En consonancia el Artículo 2° de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores establece: *“Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad”*.

En palabras de Graciela Tagle, el presupuesto objetivo para que exista sustracción ilícita es que precisamente involucre a un menor que no haya cumplido 16 años de edad al momento de producirse el traslado o la retención ilícitos (6).

¿Qué ocurre si el menor cumple la edad de 16 años durante el proceso?

En nuestra opinión se debe disponer el archivo del expediente con argumento de que la norma es imperativa; al utilizar la expresión **dejará de aplicarse** cuando el menor alcance la edad de 16 años; ello conforme a lo dispuesto en la Convención al señalar: "*El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años*" (Art. 4°).

Refuerza este criterio la línea sostenida por Elisa Pérez Vera al reseñar que es inaplicable la normativa convencional, ya que no se cumple con el presupuesto de hecho que es la minoría de edad (7).

También expresa el mismo juicio Graciela Tagle al señalar, considero que una vez cumplidos los 16 años cesa la aplicación del Convenio por lo que no cabe al Juez ordenar la restitución con fundamento en lo dispuesto por dicho marco normativo.

Ella hace referencia a la jurisprudencia de su país que ha resuelto: "*que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que los fallos de la Corte Suprema deberán atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta, aunque estas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario. Que en tal sentido, se advierte que J.A.B. ha cumplido los 16 años (nació el 12 de abril de 1994), con lo cual a su respecto la aplicación de la*

---

(6) Tagle de Ferreira, Graciela. La restitución internacional de niños. Visión doctrinaria y jurisprudencial en Argentina y España. Edit. Nuevo Enfoque Jurídico, pág. 97.

(7) Pérez Vera, Elisa. *Informe explicativo de la Comisión redactora del Convenio por encargo del Décimo Cuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado*, pág. 22.

*Convención sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de La Haya (Ley 23857, Artículo 4°) en razón de ello, no cabe a este Tribunal ordenar su restitución internacional con base en dicho marco normativo” (8).*

3.3 Dentro del diseño de la Convención se prevén dos vías procesales de cooperación, para lograr sus objetivos con mayor efectividad.

### 3.3.1 Demanda para la restitución del menor.

*“Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor. La solicitud incluirá: a. información relativa a la identidad del solicitante, 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 solicitante para reclamar la restitución del menor; d. toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor. La solicitud podrá ir acompañada o complementada por: e. una copia auténtica 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 cualificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado; g. cualquier otro documento pertinente” (Art. 8°).*

### 3.3.2 Demanda para hacer efectivo el derecho de visitas.

La otra finalidad del Convenio es velar por que los derechos de visita vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes al determinar: *“Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma*

---

(8) C.S.J.N., 19/05/2010, B.S.M. c/ P.V.A. s/ restitución de hijos.

*forma que la solicitud para la restitución del menor. Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el Artículo 7° para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo” (Art. 21).*

#### **4. Requisitos para la procedencia.**

Conforme las directrices de la Convención, para que se active el pedido de cooperación deben configurarse estrictamente los siguientes requisitos:

##### **4.1 Que el traslado o retención merezcan la calificación de ilícitos.**

Los presupuestos para que sean configurados ilícitos son:

a. Cuando se haya 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 de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a. puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado (Art. 3°).

Es de resaltar que no cualquier traslado del menor de un país a otro generará necesariamente y de manera casi automática la puesta en funcionamiento de este mecanismo.



Debe estar presente la **ilicitud** en el traslado o retención unilateral a un país distinto al de su residencia habitual para que el mecanismo de restitución opere, caso contrario no se activa la Convención.

Ejemplo: no existe ilicitud alguna cuando una madre decide viajar al exterior con su hijo reconocido solo por ella, dado que es la única que ejerce la patria potestad al no tener padre jurídicamente acreditado.

### **Alcance del derecho de custodia.**

En el marco de la normativa, 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...”* (Art. 5° inc. a).

La doctrina se ha movido de manera oscilante en relación al derecho de custodia. Algunos sostienen que el término custodia no es unívoco por lo que puede hacer referencia exclusiva a aspecto de cuidado y control cotidiano, mas no la posibilidad de determinar el lugar de residencia.

Otros, en cambio, sustentan que atribuida la custodia, conforme al derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente anterior a la ocurrencia del desplazamiento del niño, comprende necesariamente la facultad de decidir sobre el lugar de residencia de dicho menor conforme directiva que emana de la Convención (9).

Recordemos que en nuestra legislación el padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en **igualdad de condiciones** (Art. 70 C.N.A.) y conllevan los deberes y derechos de velar por su desarrollo integral; proveer su sostenimiento y su educación; dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes; vivir con ellos; representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad y responsabilidad civil; y, administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieren (Art. 71 C.N.A.).

(9) Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Artículo 5: 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...”.

Por ende es prerrogativa de ambos padres resolver en forma conjunta el cambio de residencia de los hijos al exterior del país. Esto es, si se atribuye a uno de los padres la convivencia del hijo, ese derecho no es suficiente para que este progenitor decida por sí la modificación de la residencia habitual trasladando al menor y fijar domicilio al extranjero.

Para ello necesariamente debe contar con el consentimiento del otro progenitor o la autorización judicial pertinente (10).

Las cuestiones derivadas del ejercicio de la patria potestad serán resueltas por el Juez de la Niñez y la Adolescencia (11).

Reiteramos, la residencia habitual del menor no puede ser establecida por vía de hecho por el padre que ejerce el régimen de convivencia, no solo

(10) Código de la Niñez y la Adolescencia, Artículo 100: "En el caso de que el niño o adolescente viaje al exterior con uno de los padres, se requerirá la autorización expresa del otro. Si viaja solo se requerirá la de ambos. La autorización se hará en acta ante el Juez de paz que corresponda. Corresponderá al Juez de la Niñez y la Adolescencia conceder autorización para que el niño o adolescente viaje al exterior en los siguientes casos:

- a) cuando uno de los padres se oponga al viaje; y,
- b) cuando el padre, la madre o ambos se encuentren ausentes, justificado con la presencia de dos testigos.

En el caso establecido en el inciso a), el niño o adolescente deberá ser presentado al Juzgado a su regreso.

Cuando se trate de una adopción internacional, el Juez que entendió en el juicio, en la resolución que otorga la adopción deberá autorizar expresamente la salida del mismo".

(11) Código de la Niñez y la Adolescencia, Artículo 70: "El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos. Las cuestiones derivadas del ejercicio de la patria potestad serán resueltas por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia. En los lugares en donde no exista este, el Juez de Paz de la localidad podrá ordenar las medidas de seguridad urgentes con carácter provisorio legisladas por este Código, con la obligación de remitir al Juez competente en el plazo de cuarenta y ocho horas todo lo actuado".

porque soslaya los derechos del otro progenitor sino porque ello supone para el menor alteración sustantiva de todos sus anclajes afectivos, emocionales y variación de su espacio social con posibles riesgos para su salud física y síquica.

Si el progenitor conviviente desplaza o retiene al menor en otro país, sin la conformidad del otro, comete infracción que se califica de conducta ilícita la cual da lugar al pedido de restitución con fundamento en el ejercicio de responsabilidad parental compartida y violación del statu quo anterior.

Es interesante traer a colación la opinión de Javier Forcada Miranda refiriéndose al derecho a decidir el lugar de residencia, como elemento que caracteriza el derecho de custodia al sostener *“permitir la unilateralidad de este tipo de decisiones, supone admitir la legitimidad de una serie de consecuencias indirectas que casan mal con nuestro derecho vigente, ya que el progenitor custodio que altera unilateralmente el domicilio de sus hijos menores por cambio de residencia, altera a su vez, moralmente la previsión judicial de atribución del uso de domicilio familiar (Ex. Art. 96 C.C.) altera el sistema de visitas vigentes del otro progenitor, supone de facto permitir una modificación de medidas al margen de la intervención judicial y obvia por completo, la real voluntad del menor cuyo preferente interés es objeto de una clara unilateral interpretación”* (12).

Resulta importante destacar que la **residencia habitual** inmediatamente antes de su traslado o retención es un concepto central cuya interpretación es cada vez más problemática porque sirve a un doble objetivo:

- a. Permite la calificación de un traslado o retención como ilícito.
- b. Presupone un criterio de competencia para resolver los derechos de fondo.

La expresión residencia habitual, que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia y alude al cen-

(12) Francisco Javier Forcada Miranda y otros. *La restitución internacional de niños. Visión doctrinaria y jurisprudencial en Argentina y España*. Edit. Nuevo Enfoque, pág. 93.

tro de vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio del niño(13).

La Convención refleja la tendencia existente en el derecho internacional privado que asigna especial relevancia a la residencia habitual de los menores como punto de conexión y como criterio fundante de la jurisdicción(14). Esta es concedida en base a la situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, se trata del lugar donde el menor desarrolla sus actividades, centro de sus afectos y vivencias, que se puede probar con una certificación, conforme lo estipula la normativa al expresar: "... 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 cualificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado" (Art. 8 inc. f).

El lugar donde el menor tiene conformado su núcleo familiar y social puede probarse con el certificado médico de cabecera, terapeutas particulares, certificado escolar, constancias de actividades extra curriculares, informe social, entre otros.

#### 4.2 Caducidad.

La Convención ha distinguido dos supuestos para efectuar el requerimiento al establecer: "*Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hu-*

---

(13) Dreyzin de Klor, Adriana. *La restitución internacional de menores*. Córdoba 1996, pág. 15.

(14) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Artículo 6º: "Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención...".

*Código de la Niñez y la Adolescencia, Artículo 169.- De la competencia territorial. "La competencia territorial estará determinada por el lugar de residencia habitual del niño o adolescente"*.

*quiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor” (Art. 12).*

Esta norma alude a los plazos que obliga al progenitor desposeído por las vías del hecho actuar con celeridad dado que su inacción puede provocar la **caducidad** y habilitar la posibilidad de analizar una aceptación tácita de la permanencia del menor al país requerido o la existencia de una integración del mismo a un nuevo centro de vida.

Decíamos que la norma prevé dos supuestos:

1. Si en la fecha de la iniciación del procedimiento hubiera transcurrido un período **inferior a un año**, desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita, se debe ordenar la inmediata restitución del menor (Art. 12.1).

El criterio es imperativo al referir: “*Ordenará la restitución inmediata del menor*”. De lo que se infiere que la integración al medio no puede alegarse como motivo de oposición autosuficiente.

En otros términos, dichas alegaciones no bastan para configurar la situación excepcional prevista en la Convención a efecto de denegar la restitución.

2. En el caso de que se hubiere iniciado el procedimiento **después de la expiración del plazo de un año** y con el propósito de no perturbar el arraigo del niño al medio actual podrá prosperar la excepción a la obligación de la restitución.

Es que el superior y preeminente interés del menor, su propia integridad sicofísica, aconseja no exponerlo a sucesivos desarraigos que lejos de conterlo emocional, espiritual y afectivamente, se erigen como situaciones extremadamente delicadas y susceptibles de profundizar o agravar los daños sufridos por la ruptura abrupta del medio en el que estaba inserto (15).

Es interesante traer a colación la doctrina jurisprudencial sentada a este respecto: *"Resulta claro que concurren en el sub lite los elementos previstos en la Convención de La Haya como impedimentos a la restitución de la menor. En efecto, el trascurso de un año y cuatro meses sin que se iniciara el procedimiento de restitución y, en total, de cuatro años de vida de la niña que trascurrieron en la República Argentina, revelan que no existe el presupuesto que funda la aplicación del rápido trámite destinado a mantener el medio habitual de vida familiar y social del menor. En el caso, mal puede siquiera suponerse que L.A. habrá de reencontrar en España una situación concluida largo tiempo atrás, donde ya no existe el que había sido su hogar, por lo que se verá en un país para ella extraño, privada de la presencia de su madre y con la innovación introducida por su padre de una mujer a quien no conoce y de otros niños con quienes habría de convivir..."* (Exp: A.L.A. s/ exhorto. Publicado en La Ley online: AR/JUR/4366/1995).

¿Cómo se computa este plazo?

De acuerdo a la normativa mencionada, el cómputo debe efectuarse desde la fecha en que se produjo la sustracción y en caso de retención es a partir de la fecha en que debía ser devuelto el niño a su residencia habitual.

##### **5. Excepciones a la restitución.**

Como ya en su momento hemos señalado, el Convenio de La Haya determina como principio la inmediata restitución del menor. No obstante ello, la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar el retorno del niño. Esa decisión exige una evaluación y un escrutinio riguroso de las alega-

---

(15) Saracho Cornet, Teresita. La restitución internacional de menores en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional en La protección internacional de menores. Ad vocatus 1996, pág. 89.

ciones articuladas por el oponente a los efectos de no frustrar la efectividad de los fines de la Convención como también evitar que la responsabilidad internacional del Estado quede comprometida.

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

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

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

*La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor” (Art. 13).*

Del mandato transcrito emerge con meridiana claridad las excepciones oponibles a la obligación de restituir el menor al Estado requirente, las cuales a mi ver, son de carácter taxativo y deben interpretarse de manera restrictiva acorde al informe explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera, ponente de la primera Comisión redactora del Convenio por encargo del Décimo Cuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (párrafo número 34).

En este contexto, para la viabilidad de la excepción, las pruebas aportadas deben ser concluyentes a fin de cumplir con el compromiso de los Estados

Partes de combatir la sustracción internacional de menores, abdicando esa responsabilidad en circunstancias excepcionales.

Así la jurisprudencia comparada ha sostenido: *“Corresponde confirmar la sentencia que ordenó la inmediata restitución de un niño a España mediante el procedimiento establecido en el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, si frente a la postura ambigua del padre recurrente, a la carencia de prueba documental que acredite la existencia de la autorización otorgada por la madre sin fecha de retorno ya que pesa sobre quien pretende evitar que el menor sea restituido, la carga de probar dicha circunstancia que permita validar la situación que se encuentra cuestionada, lo que no ha ocurrido en el caso, solo cabe concluir que se está ante una retención ilícita del niño”*. (C.S.J.N., Letra H N° 102. Año 2012. Tomo 48. Autos: H.C.A. s/ restitución internacional de menor. Fecha del fallo 21/02/13).

Esta doctrina jurisprudencial refuerza nuestra tesis, pues es coincidente en señalar que la mera argumentación de grave riesgo no es suficiente para que proceda la situación excepcional que permitiría negar la restitución, si se admitiera esta posibilidad se estaría socavando la operatividad de la Convención.

Veamos ahora cuáles son las alegaciones que autorizan denegar el pedido:

### **5.1 Que el solicitante no haya ejercido de modo efectivo la custodia del menor en el momento en que fue trasladado o retenido.**

- Cuando el solicitante, haya consentido o aceptado el traslado o retención.

- Si el solicitante, posteriormente ha aceptado el traslado o retención (Art. 13.a).

### **5.2 Grave riesgo y situación intolerable.**



La admisión de un pedido de restitución reconoce otra excepción para el Estado requerido, cuando el oponente demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un grave peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo sitúe en una **situación intolerable** (Art. 13.b).

Es la defensa que con mayor frecuencia se invoca.

Con ello la norma exige que el operador pondere si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita, implicaría un serio y grave peligro síquico, físico al que podría verse expuesto el menor o lo exponga a una situación intolerable. En otras palabras, lo que se propone con este resguardo es evitar que se cause al menor un daño mayor que el que se pretende reparar con la restitución.

La facultad de denegar el retorno en base a la cláusula de grave riesgo, requiere que el niño presente una perturbación superior a la que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. De lo contrario, todo mecanismo creado para combatir el desplazamiento ilícito quedaría a merced de la voluntad unilateral del sustractor.

Es interesante el caso de un menor que fue trasladado por su madre sin autorización paterna a España. Ante el pedido de restitución formulado por el padre, la progenitora opuso excepción del Artículo 13.b.

La Jueza de España para denegar la restitución argumentó: *"...que el niño se encontraba integrado a su nuevo medio y que existía el riesgo de que con su retorno al Paraguay, este quedase sujeto a daños de orden psíquico, causado por una nueva separación afectiva"*... así mismo consideró *"...que el niño tenía una situación familiar estable y favorable a su desenvolvimiento, con nuevo hermanito, condiciones que si se altera ocasionaría un inequívoco trastorno emocional que no atiende a los intereses del menor..."*.

Examinada la resolución claramente encontramos que el **grave riesgo** no fue analizado ni probado, pues conforme a sus fundamentos, señaló que existe riesgo de que el menor, con su retorno a nuestro país, quede sujeto a daños síquicos causados por una nueva separación.

Nada se dice a qué daños síquicos refiere y cómo quedaron demostrados. Los daños se estarían presuponiendo sin haber sido objeto de prueba.

En este proceso no corresponde evaluar si el niño se encuentra bien en su nuevo hogar solo, si existe grave riesgo en restituirlo a su ámbito familiar y social donde pasó sus primeros seis años de vida.

Las malas prácticas referidas deben ser desterradas, pues disponer la no restitución con fundamento en la situación actual del bienestar del niño, escapa de la competencia en este proceso, dado que ello debe ser resuelto por el Juez natural.

Es preciso tener en claro que la restitución no será al progenitor, sino al país del cual el menor ha sido sustraído, por ello el Juez, debe adoptar medidas tendentes a asegurar el regreso seguro.

### **5.3 Opinión del menor.**

La Convención establece otra posibilidad de denegar la restitución al reglamentar: *“La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”* (Art. 13 in fine).

El reconocimiento de este derecho parte de la nueva concepción del niño como sujeto pleno de derecho frente a su familia, la sociedad y el Estado. La garantía de ser oído es regulada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño al establecer: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”* (Art. 12).

Resulta clara la obligación impuesta a los Jueces de garantizar el ejercicio de este derecho, a ser oído. A tal efecto el niño debe estar en condiciones de formarse un juicio propio en función de la edad y grado de madurez.

El cumplimiento de este derecho debe ser con la ayuda del equipo técnico especializado.

Las Reglas de Brasilia también establece: *“Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad”* (R 51).

“Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos:

- La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar.
- Su papel dentro de dicha actuación.
- *El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo* (R 52) (16).

En igual sentido la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina: *“En el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, la ponderación sobre la opinión del menor no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los genitores...sino al reintegro al país de residencia habitual...”* (17).

---

(16) Reglas de Brasilia, aprobada en la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en marzo de 2008 en la ciudad Brasilia, República Federativa de Brasil, ratificada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay por Acordada N° 633 de fecha 01 de junio 2010.

(17) Exp. H.C.A. s/ restitución internacional de menor. Fecha del fallo 2/2013.

Cualquier situación que obstaculice seriamente este derecho debe ser desbrozada, y allanado el camino para brindarles tranquilidad en todos los sentidos, ya que se trata de personas en desarrollo (18).

Ahora bien, en el análisis no solo debe considerarse la edad desde la cual hay que escucharlo sino también en la ponderación del Convenio, por su finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de la opinión.

En otras palabras, oír al niño no significa que se debe admitir sus deseos con efectos vinculantes. Las razones son obvias: no se le puede erigir en jueces de su propio destino.

En lo que hace a la opinión del menor, nuestra máxima instancia judicial ha señalado: “...*Es necesario recordar que escuchar al niño no significa aceptar incondicionalmente su voluntad, que son los juzgadores quienes, teniendo en cuenta el interés superior del mismo, adoptarán la decisión de la cuestión y quienes para hacerlo deberán apreciar no solo lo manifestado por el niño, sino también las pruebas aportadas dentro del juicio. Escuchar al niño no conlleva ningún compromiso para el juzgador, salvo el de resolver conforme al interés superior del mismo. Por otra parte, los juzgadores que votaron en mayoría debieron dar cumplimiento al principio de inmediación (Art. 167 del C.N.A.), para lo cual es fundamental el contacto directo y personal del juzgador con el niño, lo que no ha ocurrido en el caso de autos. La impresión directa y personal es imprescindible para dar un justo valor a las expresiones del niño...*” (19).

Pérez Vera sostiene: “*Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés. Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia*

---

(18) Exp. Restitución internacional de los niños A.L. y E.F.B.J. (vía Autoridad Central belga, Ac. y Sent. N° 23 de fecha 28/02/2011 Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de Asunción).

(19) Exp: “Acción de inconstitucionalidad en el juicio: S.C.S. y otra s/ restitución internacional”, Ac. y Sent. N° 125 del 21/03/2014- Corte Suprema de Justicia, Asunción, Paraguay.

*clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores” (20).*

Cuando las normas internacionales se refieren al primordial derecho del niño a expresar su opinión, no lo hace erigiendo, por regla y como principio, que la oposición a la restitución constituye una causal autónoma y exclusiva, sí es orientadora y conforme al Comité sobre Derechos del Niño *“para apartarse el Juez debe justificar las razones que lo conduce a tomar rumbo diferente y comunicárselo al menor” (21).*

La omisión de ser oído el menor llevó al planteo de la acción de inconstitucionalidad en el juicio: S.C.S. y otra s/ restitución internacional, donde la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, resolvió hacer lugar a dicha acción con el siguiente fundamento: *“El derecho a ser oído constituye un elemento fundamental del derecho a la defensa, es un derecho humano esencial que debe ser otorgado a todos, sin discriminación alguna. En el caso de los niños, cuyos intereses pueden estar en pugna con los intereses de quienes los representan, es necesario poner un énfasis mayor en garantizar el ejercicio de este derecho. El niño es ante todo y sobre todo una persona, y no debe prescindirse de su consideración como tal. El derecho del niño a ser oído solo puede ser obviado cuando ello sea contrario a su interés. Estudiado el expediente de origen, las afirmaciones de las partes y el A. y S. N° 127 del 16 de agosto de 2012, se observa que, en estos autos, los juzgadores que votaron en mayoría no han hecho efectivo los derechos de todo niño, niña o adolescente a ser escuchado en todos los asuntos que le afecten y a que su opinión sea tomada en cuenta en función de su edad y madurez, conforme lo disponen el Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño (Ley N° 57/90) y el Artículo 167 del Código de la Niñez y de la Adolescencia. Las niñas, de 8 y 5 años de edad, se presentaron ante el Tribunal pero no fueron escuchadas por dos de sus miembros, quienes manifestaron posteriormente en el voto que: “...el valor de una audiencia que a mi entender ya no era necesaria en razón de que las niñas ya habían declarado en la instancia en grado inferior y, teniendo en cuenta que durante su convivencia de hecho con la madre, ésta*

---

(20) Informe explicativo de Pérez Vera. Punto 30.

(21) Conforme observación general del Comité sobre los derechos del niño N° 12.

*bien pudo influir en el estado anímico de las niñas con respecto al padre". Es decir, partieron de la premisa de que las niñas carecen de capacidad para formarse un juicio libremente y lo hicieron sin estar apoyados en las pruebas arrojadas al expediente principal y contrariamente a lo manifestado por la Á-quo y la Conjuez, por quienes sí fueron escuchadas, prejuzgando al respecto. Para llegar a esta conclusión los juzgadores primeramente y de forma necesaria debieron escuchar a las niñas, para luego analizar sus capacidades y, conforme al análisis realizado, valorar sus manifestaciones para emitir opinión al respecto. No corresponde que el niño deba probar primero su capacidad, para luego ejercer su derecho a ser escuchado, esto resulta contrario al ejercicio del derecho a la defensa en juicio.... En conclusión, dentro del procedimiento observado en estos autos no se ha hecho plenamente efectivo el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído previamente en todos los asuntos que lo afecten, en función de su edad y de su grado de madurez, tal como lo exigen el Artículo 12 de la Ley N° 57/90 "Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño" y el Artículo 167 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, por lo que ante esta arbitrariedad debe declararse la nulidad del A. y S. 127 del 16 de agosto de 2012, dictado por el Tribunal de Apelación de la Niñez y de la Adolescencia, de la Capital. Debe darse cumplimiento al Artículo 560 del C.P.C. que dispone la devolución de la causa al tribunal que le siga en orden de turno, al que dictó la resolución, para que sea nuevamente juzgada..." (22).*

En relación a la interpretación excesivamente amplia de las excepciones, la Sra. Procuradora Fiscal sostuvo: "...VI- en el marco convencional, la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores. VII- en razón de su singular finalidad, el CH 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del Artículo 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia, a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta negativa área puntual, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida

---

(22) Exp: "Acción de inconstitucionalidad en el juicio: S.C.S. y otra s/ restitución internacional", Ac. y Sent. N° 125 del 21/03/2014- Corte Suprema de Justicia, Asunción, Paraguay.

*como un repudio irreductible a regresar...*" (Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 22/02/12: "G., P.C. el H., S.M. s/ reintegro de hijo").

Por último, la Convención de La Haya establece que la restitución podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esta norma es consecuencia de la conciliación entre dos posiciones contrapuestas dentro de la Conferencia de La Haya. Algunos delegados eran partidarios de incluir una cláusula de orden público internacional, que funcionaría como límite a la aplicación del derecho al extranjero, mientras otros entendían que un instituto como este no debía incorporarse a una Convención de esta naturaleza. Esta excepción también debe ser interpretada restrictivamente ya que su invocación sistemática vulneraría los principios que sienta la Convención como su propia razón de ser. Se considera que las excepciones consagradas en la Convención como los principios que inspiran a la misma son suficientes para proteger los derechos y libertades fundamentales de las partes interesadas en la restitución (Art. 20).

## 6. Pautas generales.

### 6.1 Celeridad en el trámite.

La Convención de La Haya dispone: "*Los Estados contratantes adaptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan*" (Art. 2°).

En armonía con esta disposición establece: "*Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores...*" (Art. 11.1).

De estas normas se deduce que a través de la Convención los Estados Partes se comprometen a restablecer la situación existente con anterioridad al traslado o sustracción, convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial previendo para tal efecto el breve plazo de 6 semanas dado que el transcurso del tiempo incide en la vida del niño trasladado o reteni-

do ilícitamente, estableciendo, que si la cuestión no se resuelve dentro del plazo señalado, la posibilidad de pedir una declaración sobre las razones de la demora al Estado requerido (Art. 11.2).

La ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de niños establece: "*Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante*" (23) (Art. 11).

Especial atención ha de ponerse a estas directivas, a fin de que el paso del tiempo no desvirtúe el espíritu del tratado y así convertir esta herramienta jurídica en un medio idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos.

Si los operadores no nos apartamos de la noción de urgencia impuesta en estos procedimientos se preserva el principio del interés superior del niño proclamado en el Preámbulo de la Convención.

En relación a la urgencia con gran claridad la Corte Suprema de Justicia ha dicho: "*El procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que le fue turbada ordenando el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante...*" (Exp: W.E.M. c/ O.M.G.; 14/06/95).

Es responsabilidad de los actores del proceso, y en forma muy especial del Juez hacer el máximo de los esfuerzos en evitar dilaciones injustificadas

(23) La ley modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del niño.



en el trámite del caso, pues el Convenio es considerado como un instrumento de Derechos Humanos, por lo que la falta de celeridad en el trámite de los casos ha sido considerada como una violación de derechos humanos habiendo recibido sanción de la Corte Europea de Derechos Humanos (Exp: Iosub Caras V/ Rumania HC/E/867).

Cabe recordar las enseñanzas del prestigioso procesalista rosarino Doctor Jorge W. Peyrano en cuanto a que el procedimiento de restitución instrumentado por el Artículo 13 de la Convención de La Haya es acotado y signado por la necesidad de que sea prontamente dirimido, dado que por la demora en la restitución se corre el riesgo del arraigo del niño en su nuevo hábitat. Ello justifica que el referido procedimiento judicial constituya una medida urgente con producción de pruebas limitadas, debate reducido, y repulsa admitir incidencias retardatorias porque su finalidad es volver al estado anterior para que se discuta la cuestión de fondo ante la jurisdicción originaria y combatir las vías de hecho en la materia. (Voto en la Sentencia N° 145 de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Sala IV de Rosario, de fecha 22/05/2012 en Autos: Pursell Brett s/ restitución del menor Dante Pursell).

## **6.2 Se prohíbe al Estado requerido juzgar sobre la cuestión de fondo de los derechos.**

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

En armonía reitera: *“Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia”* (Art. 19).

Cabe puntualizar una vez más que la Convención pretende proteger a los menores de los efectos perjudiciales que podrían ocasionarle un traslado o retención indebida por lo que centra su atención en garantizar la restitución inmediata al Estado de residencia habitual. Ello requiere de un proceso urgente y restringido en su alcance, a ese efecto establece la competencia de la autoridad administrativa o judicial del Estado donde se refugia el menor a tratar solo la procedencia o no de la restitución, sin abrir juicio sobre la cuestión de fondo de los derechos. Ergo, excede del ámbito convencional dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la convivencia u otros efectos personales de la patria potestad que son diferidos a los órganos naturales del lugar de residencia habitual del menor con anterioridad al desplazamiento.

La admisión del pedido no implica una modificación del ejercicio de la patria potestad, solo el reintegro al statu quo, resultando mala praxis otorgar la guarda, o convivencia provisional cuando se halla pendiente la resolución respecto a la restitución.

Es interesante lo sostenido en jurisprudencia al fundar: *“así mismo no puede dejar de reiterarse que el presente proceso no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido en autos trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia del menor por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no extiende al derecho de fondo”* (24).

### 6.3 Principio del interés superior del niño.

Constituye una orientación axiológica en proceso de esta naturaleza, el **interés superior del niño**, cuya tutela no es solo el motivo de la intervención judicial sino también la finalidad principal del Convenio al establecer en el Preámbulo cuanto sigue: *“Los Estados signatarios profundamente convenci-*

---

(24) Exp. caratulado: *Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el exhorto/oficio Ley Convenio de La Haya. C.S.J.N., República Argentina.*

*dos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia...”.*

Tal interés es el primero en las jerarquías de valores del Convenio y un principio de interpretación del mismo. Este instrumento internacional de cooperación identifica el interés superior del niño con el inmediato retorno al lugar donde el menor tenía su residencia habitual, pues parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícito, preservando el mayor interés de aquel mediante el cese de la vía de hecho.

Asimismo, corresponde reiterar que el Estado requerido no está llamado a efectuar un juicio sobre el mérito, ni una apreciación exhaustiva en relación a las cuestiones vinculadas a la patria potestad. Tales aspectos conforman resorte propio de la autoridad jurisdiccional competente en el lugar de la residencia habitual del menor.

Elisa Vera afirma: *“...entre la manifestación más objetiva de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona...”* (25).

En opinión del Dr. Pérez Manrique, que nosotros compartimos: *“el principio del interés superior del niño consiste en que se respete y garantice de manera prioritaria el pleno ejercicio de sus derechos, que en el Convenio de 1980 es el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a visitar al padre no conviviente y a un debido acceso a la justicia, comenzando por el Juez competente para determinar cuál es su interés superior en caso de conflictos interparentales...ello determina como derecho del niño prevalente respecto del interés de los adultos en disputa, la inmediata restitución, para que sea el Juez de la residencia habitual el que decida la cuestión de fondo sobre custodia o visitas...”* (26).

---

(25) Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo Importancia dada al interés superior del menor, disponible en <https://www.mimdes.gob.pe/dgna/sinna/doc/Informeexplicativo.doc,puntos20/26>.

(26) Pérez Manrique, Ricardo. Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay.

Para la ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de niños este principio implica: *“el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional”* (Art. 2).

### **7. La función del juez.**

La función de un Juez de la Red de La Haya es servir de enlace entre sus colegas a nivel nacional y otros miembros de la Red a nivel internacional. Los miembros de la Red desempeñan dos funciones de comunicación principales. La primera función de comunicación es de naturaleza general. Incluye compartir información general de la Red de La Haya o de la Oficina Permanente con colegas de la jurisdicción y contribuir al flujo inverso de comunicación. La segunda función de comunicación consiste en comunicaciones judiciales directas respecto de casos específicos. El objetivo de estas comunicaciones es abordar la falta de información que pueda tener un juez competente sobre una situación y las repercusiones legales en el Estado de la residencia habitual del niño. En este contexto, los miembros de la Red de La Haya pueden dedicarse a facilitar los arreglos para la restitución rápida y segura del niño incluido el establecimiento de medidas de protección urgentes o provisionales y el suministro de información acerca de cuestiones de derecho de visita o contacto. A menudo, estas comunicaciones resultaran en un ahorro de tiempo considerable y en un mejor uso de los recursos disponibles, todo en consideración del interés superior del niño (27).

### **8. Norma procesal. Una tarea pendiente.**

El Convenio tiene por finalidad garantizar la inmediata restitución, a su residencia habitual, del niño que ha sido trasladado ilegalmente o esté retenido ilícitamente en un lugar diferente a su residencia habitual.

---

(27) Documento Preliminar N° 12 de diciembre 2011, sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980. Sustracción Internacional de menores, pág. 15.

También el ámbito de protección jurídica es velar que los derechos de visita vigentes se respeten en los demás Estados contratantes. Desde esta óptica, resulta importante reiterar que el principio rector del Convenio es el interés superior del niño, para lo cual juega un papel fundamental la celeridad del procedimiento.

Nuestro país carece de una normativa, de orden interno, que regule el buen funcionamiento del Convenio mediante un procedimiento expeditivo.

A mi modo de ver las decisiones dilatadas en el tiempo, generadora de perjuicios no solo para el niño sino para las partes involucradas, por la complejidad de los procedimientos imprimidos por las autoridades intervinientes, se debe a la ausencia de normas procedimentales acordes con las pautas establecidas por la Convención y la falta de especialización de los operadores.

Es esencial, para eliminar estos obstáculos y favorecer una decisión con celeridad y urgencia propia de un mecanismo de restitución, contar con una norma de carácter procesal propio y eficaz, que guiada por el supremo interés del niño, respete los principios de tutela judicial efectiva, inmediatez, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

No debemos olvidar que la falta de celeridad en las decisiones debilita el Convenio. Por ello urge contar con un marco procesal adecuado que la regule en forma específica, no solo para mejorar su funcionamiento y evitar nuevos daños derivados de la mora en el proceso judicial sino para lograr la ansiada seguridad jurídica. Ello es una tarea pendiente.

### **Bibliografía.**

1. Belandro, Rubén S. El interés superior del menor en el derecho internacional privado. Suplemento en el Derecho Internacional Privado y de la Integración, 30/6/2006.
2. Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley N° 983/96).

3. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Ley N° 928/96).
4. Documento Preliminar N° 12, diciembre 2011, sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980. Sustracción Internacional de Menores.
5. Dreyzin de Klor, Adriana. La restitución internacional de menores. Córdoba 1996.
6. Grosman, Cecilia P. Significado de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en las relaciones de familia. L.L. 1993-B-1095.
7. Material de difusión de las observaciones del Comité de Derechos del Niño al Estado Paraguayo. 2010.
8. Tagle de Ferreira, Graciela y otros. La restitución internacional de niños. Visión doctrinaria y jurisprudencial en Argentina y España. Nuevo enfoque.