

PROBLEMAS EN TORNO A LA RESTITUCION INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

POR MARIA ANDREA ESPARZA *

Resumen

El siguiente artículo intenta acercar al lector a las complejidades que un caso iusprivatista internacional, multicultural, como lo es en muchos casos, la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes presenta en su faz práctica. Para ello abordaré los ejes centrales de las Convenciones Internacionales que regulan la materia y se encuentran vigentes en la República Argentina y expondré qué dificultades suelen producirse en relación a ellos, entorpeciendo o impidiendo una restitución exitosa.

Palabras clave

Restitución internacional de menores, responsabilidad parental.

PROBLEMS SURROUNDING THE INTERNATIONAL RETURN OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Abstract

The following article, attempts to bring the reader, closer to the complexities of an international, multicultural private law case, such as international kidnapping of children and adolescents is, in many cases, and the situations it presents in practice. To do this, I will address the central axes of the international conventions that regulate the matter and are in force in the Argentine Republic, and I will explain what difficulties usually happened in relation to them, hindering or impeding a successful restitution.

Keywords

International return of minors, parental responsibility.

* Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora adjunta interina en la misma casa de estudios. Profesora adjunta en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, en la materia Derecho Internacional Privado, en el primer caso perteneciente a la Cátedra de la Dra. María Elsa Uzal y en el segundo caso, perteneciente a la Cátedra del Dr. Gabriel Dias.

INTRODUCCIÓN

No resulta novedoso decir que vivimos en un mundo globalizado, con un torbellino de personas trasladándose de un país a otro, por diferentes razones, por ejemplo, estudio, trabajo, negocios, reencuentro con su familia y lugar de origen, etc. Estos movimientos provocan interrelaciones de personas, culturas y costumbres. Sumado a esto, la tecnología viene a permitir nuevas maneras de relacionarse, de conocerse, de generar vínculos.

Como consecuencia de lo expuesto, puede suceder que una pareja se conforme por personas de diferentes nacionalidades o, que a pesar de tener la misma nacionalidad, sus hijos nazcan en un país diferente, o bien puede no darse ninguno de estos supuestos y sin embargo, al momento de finalizar la relación, uno de los integrantes decida, por el motivo que fuera, trasladarse con sus hijos a otro Estado, sin conocimiento ni consentimiento del otro progenitor o con conocimiento del traslado (por ejemplo, con motivo de las vacaciones) pero no de la intención de retener al niño o niña en el país elegido.

Es aquí cuando comenzamos a vislumbrar un posible reclamo internacional para que ese niño o niña o adolescente sea restituido a su país de residencia habitual.

Es ahora, que empiezan a visibilizarse los problemas en la aplicación práctica de los Convenios Internacionales.

Principiemos por mencionar cuándo es posible requerir la restitución internacional de un niño, niña o adolescente.

1. TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS

Coloquialmente podemos decir que, cuando un padre o madre (generalmente son ellos los que cometen sustracciones internacionales), lleva a su hijo o hija desde su país de residencia habitual ⁽¹⁾ a otro, sin la autorización del otro progenitor o sin una autorización judicial, ha cometido una sustracción internacional que habilita solicitar la restitución del niño, niña o adolescente. También, si el padre o madre, lleva a su hijo fuera de su país de residencia habitual, con el permiso del otro progenitor o de un juez, pero por un tiempo determinado, al cabo del cual no retornan, se puede requerir la restitución internacional.

En el primer caso nos hallamos frente a un supuesto de traslado ilícito y en el segundo, de retención ilícita⁽²⁾.

⁽¹⁾ El Convenio sobre Protección Internacional de Menores califica este término en su art. 3º diciendo que "... se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida".

⁽²⁾ Art. 4º de CIDIP IV: 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.

Un problema que parece imposible solucionar, es la permeabilidad de las fronteras.

Muchas veces cuando las parejas se conforman por personas de distintas nacionalidades, como ejemplificara supra, al momento de la ruptura, quien resulta extranjero desea regresar a su país de origen porque allí tiene la contención de su familia, ante el fracaso del proyecto de vida. Cuando ese deseo se exterioriza e implica irse al otro país con el hijo o hijos en común, aparece la primera alerta.

Como abogados podemos requerir una medida cautelar de prohibición de salida del país, pero aun así es posible que la persona destinataria de esa medida logre salir con el niño o niña. Es decir, nada es cien por ciento efectivo o eficaz cuando la decisión es irse y este no es un problema que afecte a nuestro país únicamente.

2. MARCO NORMATIVO

La República Argentina, ha ratificado tres Convenios Internacionales que abordan la temática en análisis, a saber:

- Convenio Bilateral argentino-uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, Montevideo, 1981, ratificado en 1982 por ley N.º 22546. Actualmente no se aplica dado que ambos países han ratificado también los Convenios multilaterales que señalaré seguidamente, por lo que en la práctica son los más utilizados, aunque nada obstaría que se entablara un procedimiento de restitución por este Convenio, por no hallarse derogado.

- Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, La Haya, 1980, ratificado en 1990 por ley N.º 23.857.

- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo, 1989, ratificado en 2002 por ley N.º 25.358.

En este trabajo me referiré a estas últimas dos Convenciones.

3. EJES DE LOS CONVENIOS SOBRE LOS QUE SE DETECTAN LOS INCONVENIENTES PRÁCTICOS

3.1. *Primer problema: Demora*

Un primer problema, del que se habla en todo curso de capacitación, congreso o jornada sobre la materia, es el FACTOR TIEMPO.

Art. 3º de La Haya: El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Según el artículo 1° de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores:

La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

En este punto la Convención Interamericana, en adelante CIDIP IV, es coincidente con la Convención de La Haya de 1980. La única diferencia es que utiliza el término “ilegal”, en lugar de “ilícito” y menciona al punto de conexión “residencia habitual”⁽³⁾.

Si bien uno de los objetivos de los Convenios es la “inmediata” restitución de los niños, niñas y adolescentes —en adelante NNyA— a su país de residencia habitual, lamentablemente en la práctica esta finalidad no suele cumplirse, ya que los tiempos empleados tanto administrativa como judicialmente, son excesivamente largos.

En un caso que patrociné, en el que dos niñas de nueve años habían viajado a España para visitar a su madre durante el receso escolar de verano, debiendo regresar a nuestro país a fines de febrero, sin que lo hicieran porque aquella decidió retenerlas y habiendo iniciado el pedido de restitución inmediatamente el padre tomó conocimiento de que no regresarían, Interpol de España tardó tres meses para localizarlas. En el caso se había indicado el domicilio en que se hallaban con su madre de manera certera y, aun así, se demoró ese tiempo. Recién después se inició el proceso judicial en dicho país, por lo que todo el proceso se extendió casi un año.

En el caso de Colombia, en otro asunto que también patrociné, una vez recibido el pedido de restitución por la Autoridad Central de aquel país, demoró un año para darle intervención a la justicia. El caso se presentó ante la Autoridad Central argentina en mayo de 2017 y la sentencia de segunda instancia se dictó en Colombia, en octubre de 2020.

Tanto en el caso de España como en el de Colombia, se aplicó la Convención de La Haya, que dispone que en seis semanas debe estar resuelta la restitución para evitar un mayor perjuicio para el niño.

Estos son solo algunos ejemplos ilustrativos.

En Argentina también los procesos demoran, quizás dos o tres años, por lo que se han elaborado proyectos de ley de procedimiento específico para los casos de restitución internacional.

⁽³⁾ Art. 1° CIDIP IV: La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

En fecha 17 de julio de 2019, el Honorable Senado de la Nación otorgó media sanción al Proyecto de Ley de Procedimiento para la Aplicación de los Convenios de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes, sin embargo, no sucedió lo mismo con la Cámara de Diputados y perdió estado parlamentario en julio de 2021.

El artículo 2° de la Convención de La Haya, dispone: “Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan”.

La razón de respetar los plazos tiene que ver con que la restitución internacional, se trata de una medida de naturaleza cautelar que devuelve al niño a su lugar de residencia habitual. Una vez allí, es el juez de ese Estado, el que tiene jurisdicción internacional para tratar y decidir sobre la guarda o custodia del menor, ya que el juez ante quien se plantea la restitución internacional, que suele ser el del país donde se encuentra el niño sustraído o retenido, no puede decidir sobre la custodia, esto por imperativo legal (art. 16 de ambas Convenciones)⁽⁴⁾.

Nótese que el factor tiempo es un problema que se viene tratando hace mucho tiempo. En una conferencia que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 25 de septiembre de 2009, el Dr. Ricardo C. Pérez, juez de enlace de Uruguay en ese tiempo, decía que, en el marco del proceso de restitución internacional de menores, el interés superior del niño no es otra cosa más que el derecho de este a no ser trasladado o retenido ilícitamente y el derecho a visitar al progenitor no conviviente y a que la restitución sea inmediata.

A su vez, al festejarse los 125 años de la Conferencia de La Haya, todos los profesionales que participaron de la Reunión Latinoamericana sobre implementación de los Convenios de La Haya sobre cooperación jurídica y protección internacional del niño (Buenos Aires, agosto de 2018), de diversos países, hicieron alusión a la demora en la tramitación de los procesos de restitución.

⁽⁴⁾ Art. 16 de CIDIP IV: Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del artículo 4°, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

Art. 16 de La Haya: 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 adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

El 17 de noviembre de 2023, expuse en unas Jornadas sobre restitución internacional de NNyA, organizadas por NISDE⁽⁵⁾, donde soy coordinadora de Argentina y nuevamente el problema del tiempo en los distintos países, fue un tema central.

Pero no todo son malas noticias. En nuestro país, hay casos en los que los plazos se acortan, aun cuando no lleguen a las seis semanas y eso se debe a que algunas provincias cuentan con procedimientos específicos o porque han adherido al Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños.

La provincia de Córdoba ha sancionado con fecha 21/12/2016, la ley N.º 10.419 sobre “Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes y Régimen de Visitas o Contacto Internacional”, que contempla los principios de oralidad, inmediatez, conciliación, oficiosidad, economía procesal, bilateralidad, contradicción, gratuidad, acceso limitado al expediente, lealtad procesal, tutela judicial efectiva, cooperación, buena fe y moralidad procesal, la escucha del niño, la figura del abogado del niño, recurso con efecto suspensivo y excepcionalmente con efecto devolutivo. La provincia cuenta con siete jurisdicciones con jueces especialistas en el tema de la restitución internacional. Todos los plazos previstos en la ley son de dos días, salvo disposición en contrario y son perentorios, improrrogables y fatales. Las notificaciones se practicarán de oficio, salvo disposición en contrario y se realizarán por secretaría, con habilitación de días y horas inhábiles. Se prevé la notificación por cédula electrónica y la habilitación de la feria judicial para todos los casos previstos en esta. Sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público de la Defensa, el juez puede designar un abogado del niño, niña o adolescente o bien hacerlo el propio NNA según su grado de madurez, para que lo asista en la causa. Las únicas resoluciones que admiten ser recurridas son la que rechaza liminarmente la demanda o solicitud de restitución o contacto, contra la que procederá recurso de apelación y la sentencia definitiva, ambos deberán interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación. El recurso de apelación contra la sentencia definitiva será concedido con efecto suspensivo, a excepción que el juez advirtiese que existiera motivos suficientes para otorgarlo con efecto devolutivo. Ambas partes pueden pedir la mediación en ocasión de la audiencia prevista en el art. 26 de la ley o en la etapa de ejecución.

Otra provincia que cuenta con ley especial es la de Neuquén. La ley es la N.º 3134, al igual que la de Córdoba se titula “Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes y Régimen de Visitas o Contacto Internacional”, fue sancionada el 25/07/2018 y es muy similar a aquella.

La provincia de Entre Ríos, tiene una ley procesal de familia (ley N.º 10.668). El Capítulo X se titula “Proceso de restitución internacional de personas menores

⁽⁵⁾ Asociación niños sin derechos, Galicia, España

de edad y de visitas, comunicación y contacto”. Tiene por objeto del proceso de restitución internacional de menores de edad, determinar si ha existido traslado o retención ilícita de una persona de menos de dieciséis años de edad, en violación a un derecho de guarda o de custodia, y en su caso lograr en forma urgente la restitución en forma segura, entendiéndose por derecho de guarda o custodia, con una calificación autárquica o autónoma, aquel comprensivo del derecho de cuidado y de decidir sobre el lugar de residencia —incluyendo su traslado al extranjero— de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual. La persona menor de dieciséis años de edad, en consecuencia, debe haber sido desplazada ilícitamente de su centro habitual de vida, encontrándose en el territorio provincial.

La provincia de Misiones trata el tema dentro del Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar.

Tucumán, Santiago del Estero, Córdoba, Río Negro, entre otras provincias, han adherido al “Protocolo de actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños”, que, si bien no es vinculante, es una herramienta que orienta a los jueces sobre el modo de abordar el proceso de restitución, para lograr mayor celeridad.

Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

En la actualidad ante la todavía ausente ley específica que regule este tipo de procesos a nivel nacional, el Protocolo de Actuación resulta una herramienta útil y orientadora para todos los operadores judiciales del CH1980 y la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores de 1989 en tanto brinda pautas de actuación para llevar a cabo el procedimiento en un tiempo reducido⁽⁶⁾.

Veamos algunos aspectos relevantes de este instrumento de *soft law*.

Como objetivo general persigue:

Brindar a los operadores un instrumento de aplicación directa, para dar respuesta a los casos de sustracción internacional de niños y, en la medida de lo posible, restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida y que fuera turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.

Como queda claro, nuevamente la celeridad es motivo primordial de los procedimientos de restitución.

Como objetivo específico, el Protocolo pretende dar una respuesta adecuada, oportuna y eficiente a los casos de sustracción internacional, facilitando el acceso a la justicia de los niños víctimas y unificar criterios de actuación para dar respuesta a estos casos en tiempo oportuno, respetando los plazos y los objetivos establecidos en los convenios aplicables. Se refuerza la idea de rapidez.

⁽⁶⁾ TAGLE DE FERREYRA, Graciela, Restitución Internacional de NNA y régimen comunicacional transfronterizo, Resistencia, Chaco, Editar, 2023, p. 69.

Ya en etapa judicial se prevé que, para imprimir celeridad, eficacia y evitar que la demora convalide la sustracción, se disponga desde el inicio, que las notificaciones, diligencias y audiencias se lleven a cabo con habilitación de días, horas inhábiles, a fin de cumplir con el plazo de seis semanas establecido por el Convenio de La Haya. Excepto el traslado de la demanda, todas las notificaciones deberían hacerse por Secretaría, con habilitación de días y horas y en los casos de las jurisdicciones que cuenten con notificación electrónica, se efectuarán por ese medio. Justamente teniendo en cuenta la urgencia que caracteriza estos casos, se recomienda a los Jueces que dispongan la habilitación de las ferias judiciales, a fin de cumplir con los plazos establecidos en los Convenios.

En cuanto a la prueba, dispone que el plazo que se fije para su producción debería ser el más acotado posible, en ningún caso podrá exceder de los quince días, haciéndole saber a las partes que vencido dicho plazo se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal.

Solo se admitirán las excepciones taxativamente enumeradas en los Convenios vigentes ⁽⁷⁾. Hasta aquí resulta suficiente la referencia al Protocolo, en lo que a la celeridad se refiere.

3.2. Segundo problema: interpretación del derecho de custodia

Oro problema que se advierte, es el relacionado a la consideración del DERECHO DE CUSTODIA.

Según el art. 3º de la Convención de La Haya:

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, sepa-

⁽⁷⁾ Art. 11 de CIDIP IV: La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que este se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

Art. 13 No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

rada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o 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* (la negrita me pertenece); y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

Según el art. 4° de la CIDIP IV:

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* (la cursiva me pertenece).

Para poder evaluar la legitimación activa del progenitor que solicita la restitución internacional de su hijo/a, debe tomarse en cuenta si ejercía o no el derecho de custodia, al producirse el traslado o retención, pero ese derecho de custodia debe ser considerado según lo regule la ley de la residencia habitual del NNoA, no conforme la *lex fori*, es decir, la ley del juez que debe resolver la restitución. En este sentido, Colombia por ejemplo, ha rechazado la restitución de un niño que fuera retenido ilícitamente en dicho país, al considerar que era la madre conviviente la que según el derecho colombiano tenía la custodia, cuando en Argentina, país de residencia habitual del niño, el derecho de custodia lo ejercían ambos progenitores, ya que por ley el cuidado personal es compartido, independientemente de si el hijo tiene residencia principal en el domicilio del progenitor con quien convive más tiempo.

3.3. Tercer problema: Representación legal gratuita

También existe un problema vinculado a la posibilidad de representación legal por abogados gratuitos del Estado requerido, por parte del progenitor requirente, ante su imposibilidad económica de hacer frente a los gastos y honorarios que demande el reclamo judicial en el país donde se encuentre sustraído su hijo o hija. La dificultad ocurre, cuando los abogados que lo representarán judicialmente son considerados abogados del Estado, quien sería “su cliente”, y no, del progenitor. En estos casos (España, Ecuador, por ejemplo), el padre o madre no tienen acceso al abogado/a, no pudiendo ampliar información de relevancia, ya que con lo único que cuenta el letrado es con lo que se volcó en el formulario administrativo de inicio del reclamo ante la Autoridad Central. Téngase en cuenta que el progenitor/a requerido, tendrá acceso por inmediatez al juez, pudiendo expresar sus argumentaciones sin que el letrado del requirente tenga

elementos para refutarlas, si no resultan del formulario mencionado anteriormente. Ello vulnera gravemente su derecho a una verdadera defensa en juicio.

En estos momentos, por esta imposibilidad de contacto entre un padre español y su abogado del Estado ecuatoriano, en un caso en que se rechazara la restitución de su hijo, está pendiente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un reclamo internacional.

3.4. Cuarto problema: Retorno seguro

Es práctica en nuestro país, hace ya varios años, supeditar la restitución internacional del NNoA a su país de residencia habitual, a la adopción de medidas de retorno seguro. Esto no surge de los Convenios, si no como dije, de una exigencia pretoriana, que luego, al sancionarse el Código Civil y Comercial se incorporó como derecho positivo en el art. 2642 ⁽⁸⁾.

Si bien es sumamente importante que se asegure que el retorno del NNoA no lo colocará en una situación perjudicial o vulnerable en el país de residencia habitual, lo cierto es que no es realmente efectiva ninguna medida, a menos que el país de recepción del NNoA espeje la sentencia dictada por el juez argentino. Me refiero a las llamadas “órdenes espejo”, que no son otra cosa más que, previo al retorno del NNoA, se dicte en el país de residencia habitual una resolución que reproduzca la sentencia dictada por el juez de la restitución. Solo así se garantiza que llegado el NNoA a su país, se cumplirá con lo ordenado o acordado en el nuestro. En la práctica hay muy pocos países que admiten las órdenes espejo, por lo que muchas veces se suspenden decisiones de restitución por no contar con esa garantía. Y en los casos en que no se exige que se espeje la orden, luego se desvanece toda protección en el otro Estado.

Lo ejemplificaré con algunos casos que representé.

En un caso, dos niños que nacieron en España, país de su residencia habitual, hijos de un francés y una argentina, fueron trasladados por ella a nuestro país con un permiso paterno para visitar a la familia materna y no regresaron. Como consecuencia de esta retención ilícita, iniciamos el trámite judicial directamente en Argentina, país de la sustracción, anoticiándose luego a la Autoridad Central argentina. El caso que duró cinco años, ya que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en el que en todas las instancias se ordenó la restitución, en la etapa de ejecución se suspendió porque, a pesar que se habían acordado las medidas de retorno seguro (que el padre asegurara por tres meses una cuota alimentaria, vivienda y que los niños estarían con su madre hasta se resolvieran ante el juez natural las cuestiones de fondo), no se obtenía de España certeza de que no existía una causa penal en contra de la madre ni accedían a espejar la orden del juez argentino.

⁽⁸⁾ Art. 2642 Cód. Civ. y Com: “...El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión...”.

En otro caso, un niño argentino, hijo de madre y padre argentinos, que por acuerdo entre ellos se fuera con este último a vivir a Italia, país de su residencia habitual, al venir a visitar a su madre, esta lo retuvo, por lo que el padre solicitó la restitución ante la Autoridad Central italiana. Llegado el pedido a la Autoridad Central argentina, iniciamos el proceso judicial ante el juez argentino, quien ordenó la restitución. Este proceso fue relativamente rápido, duró poco menos de un año, porque se llegó a un acuerdo. Al no estar la madre en Italia, el retorno se consideraba seguro porque el niño recuperaría su statu quo anterior, pero lo que se quería asegurar era que regresaría a visitar a la madre, dando garantías de que no volvería a retener al niño. Sin embargo, llegado el padre a Italia, no cumplió con las visitas, ya que el juez italiano no había reflejado la sentencia argentina, con lo cual la madre debía iniciar la ejecución de la sentencia o bien pedir un régimen de comunicación internacional.

En otro caso, una niña argentina, hija de padre y madre argentinos, con residencia habitual en Argentina, viajó a visitar a esta última a EE. UU., país donde vivía. Por razones de salud de la niña, la madre decidió retenerla en aquel país, lo que motivó que el padre activara el proceso de restitución a través de la Autoridad Central argentina. Intervino el juez estadounidense, quien entendiendo que la restitución no respondía al interés superior de la niña pero que debía cumplir con el Tratado Internacional (en el caso la Convención de La Haya), vigente entre ambos países, ordenó la celebración de dos compromisos para asegurar el retorno. Uno de esos compromisos consistía en que el padre permitiera a la niña tener contacto con los abuelos maternos, residentes en Argentina y que pudiera viajar a visitar a su madre a EE. UU. Pero esa orden no se espejó en nuestro país, lo que motivó que tuviera que iniciar el exequatur ⁽⁹⁾ ante el juez argentino, ya que el padre no cumplió con ninguno de los compromisos asumidos ante el juez extranjero. El trámite lamentablemente fue tan extenso que la niña no volvió a viajar a EE. UU., hasta que alcanzó los dieciocho años. Hoy vive con su madre en aquel país.

Como podemos ver, el retorno seguro en muchos casos no es más que una utopía.

3.5. Quinto problema: interpretación del permiso de viaje

Este problema, tampoco surge de los Convenios, pero es un gran inconveniente de interpretación por parte de algunas Autoridades Centrales o de jueces extranjeros.

Sabido es que, en Argentina, para que un NNoA salga del país con uno de los progenitores, es necesaria la autorización del otro y que ella se plasma en un permiso de viaje. También puede suceder, claro está, que la autorización la otorgue un juez, pero esto no acarrea ningún escollo.

⁽⁹⁾ Ejecución de sentencia extranjera.

También es sabido que, por razones de economía, tanto en cuanto al dinero como al tiempo, los permisos de viaje suelen otorgarse hasta la mayoría de edad del hijo/a, y es ahí donde surge el inconveniente.

Lo pondré con dos ejemplos concretos, Portugal y Colombia.

La Autoridad Central de Portugal, ha interpretado que, como el permiso de viaje con el que viajó un niño a ese país, con su progenitora, dice que se lo autoriza a viajar hasta la mayoría de edad, quiere decir que se lo habilita a quedarse hasta esa edad, lo que es una interpretación errónea, porque no dice que se autoriza el cambio de residencia.

El caso es de este año 2023. La Autoridad Central rechazó in limine el pedido que recibiera desde la Autoridad Central argentina y aunque intervino la Juez de Enlace, no logró que cambiaran de parecer.

En el caso de Colombia, fue la interpretación de la justicia colombiana la de que el permiso de viaje otorgado hasta la mayoría de edad por el padre para que su hijo viajara con la madre, significa autorizarlo a que se quede en ese país hasta ese acontecimiento, por lo que rechazó la restitución a pesar que se probó la residencia habitual del niño en Argentina, que tenía menos de 16 años al momento de la retención y que el padre inició el pedido inmediatamente se enteró de las intenciones de la madre.

3.6. Sexto problema: acción penal

No todos los países tienen en sus legislaciones penales, regulado el llamado “secuestro parental”, pero los que sí lo tienen, al permitir que el progenitor o progenitora víctima de la decisión unilateral tomada por el otro, de alejarlo/a de sus hijos/as, formule una denuncia penal, a veces provoca la denegación de una restitución que habría prosperado de no haber sido por esa causa.

En Argentina están vigentes la ley 24.270 sobre impedimento de contacto y el art. 146 del Código Penal, sobre delito de sustracción de menores. Respecto de este último, no hay unanimidad en cuanto a considerar si resulta aplicable a los casos en que la sustracción la comete un progenitor⁽¹⁰⁾.

En las Jornadas de NISDE, que tuvieron lugar en España, en noviembre de 2023, de las que participé en carácter de ponente como mencionara ut supra y de

⁽¹⁰⁾ Art. 146 Código Penal: Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.

Art.1º ley 24.270: Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

Art. 2º ley 24.270: En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial. Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.

las que participaron también, abogados de varios países europeos y de Latinoamérica, se trató el tema de las ventajas o desventajas de instar la acción penal, concluyendo todos los intervinientes en que es recomendable evitar denunciar penalmente la sustracción para no frustrar una restitución plausible.

Nótese que nuestra Autoridad Central (Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores), en su página web, expresa que una denuncia penal en contra del progenitor sustractor “puede tener efectos perjudiciales a los fines de la aplicación de los convenios sobre restitución. En efecto, la existencia de una causa penal se ha evidenciado como una causa que puede llevar a los tribunales a adoptar una decisión contraria a la restitución del niño, ya que el sustractor puede verse privado de la posibilidad de acompañar a su hijo en el reintegro y de ejercer luego su derecho a petitionar en la jurisdicción competente para decidir sobre la custodia del niño”⁽¹¹⁾.

CONCLUSIONES

Como habrán podido observar a lo largo de este artículo, que no pretende ser concluyente respecto de las problemáticas prácticas al momento de abordar un caso iusprivatista internacional, si no meramente informativo a partir de experiencias personales a lo largo de años de ejercicio profesional, hay mucho camino por recorrer y mucho por mejorar. Parece ilógico hablar de largo camino por recorrer con los años de recorrida que tienen las Convenciones vigentes, pero la práctica demuestra la complejidad de relaciones, de multiculturalidad, de multiplicidad de interpretaciones y abordajes, que hace tan difícil la uniformidad internacional en materia de derecho de familia.

Lo importante es saber que, en nuestro país, se está avanzando con leyes procesales provinciales, o procedimientos propios de los Códigos procesales. Que los jueces que aplican el Protocolo de Actuación están logrando sentencias más rápidas, que la mediación es una herramienta muy positiva para lograr acuerdos y que eso provoque la casi certeza de retornos seguros.

No quiero concluir sin decir que, como efectores jurídicos no podemos perder de vista, cuando decidimos tomar un caso de estas características, que sin importar si somos defensa técnica del padre o madre, sustractor o afectado, la principal víctima es el niño, niña o adolescente, al que nadie pidió opinión sobre mudar su vida a otro país, alejándose de su centro de vida, por lo que, sin dejar de defender los derechos de nuestros clientes, también respetemos el interés superior del niño, niña o adolescente, haciendo que ese norte no se convierta sólo en una declamación.

⁽¹¹⁾ Equipo de restitución internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina, “*El traslado o retención ilícitos, son considerados delito?*”, disponible en <http://www.menores.gov.ar> (consultado el 10/12/2023).

Recordemos que, como dijo el filósofo italiano, escritor de aforismos, Mirko Vadeale: “Sobre cada niño se debería poner un cartel que dijera: Tratar con cuidado. Contiene sueños”.

BIBLIOGRAFÍA

Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/convenio_de_la_haya_sobre_los_aspectos_civiles_de_la_sustraccion_internacional_de_menores.pdf (consultado el 10/12/2023).

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html> (consultado el 10/12/2023).

Convenio sobre Protección Internacional de Menores. Argentino-uruguayo, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Argentino-Uruguayo_sobre_Proteccion_Internacional_de_Menores.pdf (consultado el 10/12/2023).

Código Penal, ley 24.270.

TAGLE DE FERREYRA, Graciela, *Restitución Internacional de NNA y régimen comunicacional transfronterizo*, Resistencia, Chaco, Editar, 2023, p. 69.

Equipo de restitución internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina, “*El traslado o retención ilícitos, ¿son considerados delito?*”, disponible en <http://www.menores.gov.ar> (consultado el 10/12/2023).