

La centralidad de la correcta interpretación del interés superior del niño en los conflictos de restitución internacional de menores de edad

The centrality of the correct interpretation of the best interests of the child in the conflicts of international child abduction

Por María Susana Najurieta*

Fecha de recepción: 15/06/2019

Fecha de aceptación: 06/08/2019

Resumen: Los conflictos de desplazamientos y retenciones ilícitos constituyen un flagelo que ningún Estado puede combatir en forma aislada, sino mediante mecanismos de cooperación internacional sustentados en la confianza sobre la actuación de todas las autoridades administrativas y judiciales orientadas en la realización del interés superior del niño concreto involucrado en este tipo de litigios familiares.

Los instrumentos de cooperación internacional, tales como las comunicaciones judiciales directas, la intervención de los jueces de enlace de cada país obligado por los convenios, el reconocimiento anticipado de resoluciones o medidas cautelares de protección, etc., deben ser perfeccionados para asegurar la integridad física, psíquica y emocional del niño. No debe soslayarse que se trata de una crisis en la familia y que, salvo casos excepcionales, el derecho debe favorecer la recomposición de las relaciones familiares, a fin de impedir que la torpe resolución de un conflicto de desplazamiento

* Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Titular de Cátedra de Derecho Internacional Privado, profesora de posgrado de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesora invitada en universidades nacionales y privadas de la República Argentina. Premio "Diploma al mérito KONEX" en Humanidades-Derecho Civil en 2016. Miembro de la AADI, de la ASADIP y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Ex Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Ciudad de Buenos Aires.

o retención ilícitos se transforme en el largo plazo en un daño permanente para el niño o niña.

Palabras clave: Restitución Internacional de menores; Interés superior del niño; Derecho Internacional Privado.

Abstract: Conflicts of displacements and illegal withholdings constitute a scourge that no State can fight in isolation, but through international cooperation mechanisms based on confidence in the actions of all administrative and judicial authorities aimed at realizing the best interests of the specific child involved in this type of family litigation.

Instruments of international cooperation, such as direct judicial communications, the intervention of the liaison judges of each country bound by the agreements, the early recognition of resolutions or precautionary measures of protection, etc., must be perfected to ensure physical integrity, psychic and emotional of the child. It should not be overlooked that it is a crisis in the family and that, except in exceptional cases, the law should favor the recomposition of family relationships, in order to prevent the clumsy resolution of a conflict of displacement or illegal retention from being transformed in a long term into permanent damage to the child.

Key words: International Child Abduction; Best interests of the child; Private International Law.

Sumario: I. Introducción. II. El dilema sustancial: el interés superior del niño en la configuración de las excepcionales causales que justifican el rechazo a la restitución. 1. Formulación del interés superior del niño en los conflictos de desplazamientos y retenciones ilícitos transfronterizos. 2. La comprensión del interés superior del niño por la jurisprudencia y la armonización de la realidad con los imperativos que emanan de otros derechos fundamentales. III. El dilema procesal: la exigencia de celeridad en el procedimiento de restitución a fin de no deformar su finalidad. 1. El nefasto impacto del transcurso del tiempo en el logro de los objetivos de los convenios de restitución internacional de niños. 2. Interferencias que responden a finalidades ajenas a las necesidades de un niño desplazado o retenido ilícitamente. IV. Reflexiones conclusivas. Bibliografía

I. Introducción

Tener como consideración primordial el interés superior del niño es una obligación que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda institución o persona en la esfera pública o privada –expresión que incluye a todos los Poderes del Estado y a los miembros de la comunidad civil-, con la finalidad de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos fundamentales del niño y su desarrollo holístico¹.

Es un concepto plasmado en los documentos internacionales de protección de la infancia desde antiguo², que ha impactado de manera vehemente –a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las subsiguientes reformas en las legislaciones nacionales e instrumentos internacionales³- tanto en las autoridades administrativas como en las judiciales y en los restantes operadores en la problemática de la infancia.

Comprende una multiplicidad de despliegues: a) como *derecho sustantivo del niño* que le garantiza su ponderación y preeminencia al momento de balancear los distintos intereses en juego en un conflicto concreto y determinado; b) como *aplicación de todas las garantías procesales* que pueden afectar a un niño involucrado en un procedimiento sobre un conflicto que le concierne (derecho a ser escuchado, a la defensa profesional de sus intereses, a la motivación de la decisión, a la no discriminación y a la celeridad del proceso, entre otros); y c) como *principio jurídico interpretativo fundamental* que impone que, en caso de existir distintas interpretaciones

¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1, CRC/C/GC/14, párrafos 1 y 4). El término desarrollo se comprende como un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño (Observación General N° 5, párrafo 12).

² Conf. Declaración de los Derechos del Niño de 1959, párrafo 2.

³ La ley argentina N° 26.061 es resultado del gran impacto que la Convención sobre los Derechos del Niño tuvo sobre el derecho de la infancia en la Argentina. En el plano de las convenciones internacionales a nivel mundial, provocó la revisión de numerosos instrumentos vigentes, tal como la Convención europea en materia de adopción de niños de 1967 (preámbulo de la Convención europea en materia de adopción de niños, revisada en noviembre de 2008).

posibles, prevalezca aquella que concrete de manera más efectiva el interés superior del niño⁴.

En la evaluación que precede toda toma de decisiones concretas, debe ponderarse la característica dinámica del desarrollo del niño, los elementos que pueden impactar en su vida en forma inminente y a mediano y largo plazo, como así también la percepción del tiempo -muy distinta por parte de los niños a la de los adultos- y el impacto nefasto de las demoras, las incertidumbres, los procedimientos pendientes y los conflictos irresueltos en la formación espiritual y social de los niños.

II. El dilema sustancial: el interés superior del niño en la configuración de las excepcionales causales que justifican el rechazo a la restitución

El primer considerando del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de menores afirma categóricamente que los Estados partes han acordado las disposiciones del convenio “profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia” y, por ello, en protección de los derechos de custodia y de visita en vigor en cada uno de tales Estados, asumen la obligación de garantizar la inmediata restitución a su centro de vida, en caso de haber sufrido un desplazamiento o una retención ilícitos (artículo 1, a y b del Convenio). A pesar de la claridad de los textos, la aplicación del interés superior del niño como la principal consideración ha dado lugar a diversas interpretaciones por parte de los distintos tribunales nacionales - generales o especiales-, las cuales, a su vez, han variado con los tiempos⁵.

⁴ Observación General N° 14, citada en la nota 1 precedente, párrafos 1 y 6.

⁵ Un fallo recientemente dictado en materia de competencia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación muestra que tanto el voto mayoritario como la disidencia invocaron la orientación y el condicionamiento de la decisión al principio del “interés superior del niño”, a pesar de arribar a resultados disímiles: la mayoría atribuyó competencia a la justicia del fuero civil provincial y la disidencia entendió que la acción de restitución debía continuar ante el juez federal N° 2 de Mendoza (*in re* FMZ 36636/2018/CS1, “K., K.J. c. P., C.S. s/civil y comercial - varios”, del 26.12.2018).

La correcta interpretación, que surge del informe de la Dra. Pérez Vera⁶, es expuesto explícitamente en textos más recientes, con el propósito de orientar a los operadores y a los jueces en la comprensión de un procedimiento autónomo respecto del contencioso sobre el fondo de la custodia, donde la ponderación del interés superior del niño debe efectuarse apreciando la unicidad y la dignidad del menor de edad en el concreto conflicto en que se encuentra, que lo afecta por el impacto del desarraigo, por la pérdida de contacto regular con uno de sus progenitores y por el alejamiento del niño de todo aquello que constituía su medio de relacionamiento regular.

En este orden de ideas, establece el artículo 2, segundo párrafo, de la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños⁷: *“Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, 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”*.

1. Formulación del interés superior del niño en los conflictos de desplazamientos y retenciones ilícitos transfronterizos

Cuando se ha producido un desplazamiento o una retención ilícitos, el niño ha perdido el contacto regular y continuo con uno de sus progenitores y su vida se organiza en torno al sustractor (Fernández Pereiro y Trecca, 2017), a la familia del

⁶ El informe de la Prof. Elisa Pérez Vera explica que el texto de la convención omite deliberadamente la referencia al interés superior del niño en las disposiciones, a fin de evitar las flexibilidades de un término poco preciso, que pudiera ser usado como correctivo de las finalidades del tratado (párrafo 23 del informe explicativo, www.hcch.net, espacio “enlèvement d’enfants”). <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>

⁷ Ley Modelo elaborada por un grupo de expertos coordinado por el Juez y profesor uruguayo Pérez Manrique, bajo la convocatoria del Instituto Interamericano del Niño y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

sustractor y, si corresponde por su edad, a su ámbito de escolarización. Es evidente que la posibilidad de presentar el caso ante juez competente para la decisión de fondo se ha tornado imposible por la fuerza de los hechos puesto que estamos por hipótesis en ausencia del niño y de uno de sus progenitores del medio jurisdiccional donde se radicaba el centro de vida. La realidad más próxima a la solución del conflicto consiste en decidir con toda celeridad la restitución del niño a su anterior centro de vida a fin de dar intervención al juez competente que es quien dispone de la totalidad de los elementos que configuran la concreta realidad del menor de edad.

Las maniobras para profundizar los lazos del niño víctima con el Estado de refugio, lejos de contribuir a su mejor interés, constituyen formas de injerencia indebida en la vida de familia pues, a pesar de una aparente normalidad, revelan la complicidad de un sistema –ajeno a la residencia habitual que el niño tenía- en dar una respuesta eficiente y, por ende, favorecen la prolongación del daño. Por ello, el sistema jurisdiccional del Estado de refugio debe contar con herramientas apropiadas para lograr:

- a) Que el defensor del niño vele por los intereses de su defendido (Fernández Pereiro y Trecca, 2017, p.171), con preferencia a los intereses antagónicos de los padres;
- b) Que el ministerio público y los jueces cuenten con suficiente formación como para dirigir el proceso –la prueba, la escucha del niño, la organización del regreso seguro del menor de edad a su residencia habitual, etc.-;
- c) Que la decisión sobre la procedencia de la restitución se tome con la mayor celeridad, pero sin menoscabo al derecho de defensa del niño y de los adultos en pugna; y
- d) Que la ejecución de la orden de restitución, si se dicta en tal sentido, esté combinada con garantías efectivas para asegurar la protección del niño en el trance del regreso⁸.

⁸ Conferencia de La Haya, Guía de Buenas Prácticas. Cuarta Parte (Ejecución). Disponible en español en <https://assets.hcch.net/upload/guide28enf-s.pdf>.

En suma: el interés superior del niño debe ser apreciado en la íntegra realidad de un niño concreto, pero siempre en relación al conflicto particular, es decir, un niño que ha sido sustraído o retenido ilícitamente por uno de sus progenitores violando el derecho de custodia vigente en el centro de vida que el menor de edad tenía con anterioridad a la vía de hecho. Por ello es una deformación fomentar que los progenitores desplieguen el conflicto sobre el fondo del derecho de custodia en el Estado de refugio, dado que se trata de un medio ajeno a la vida del niño.

Dos situaciones favorecen la desviación del procedimiento, a saber: 1) la pérdida de contacto entre el progenitor reclamante y el niño desplazado o retenido ilícitamente; en efecto, la ruptura de la relación puede llegar a anular el beneficio del regreso, pues puede haberse producido un daño permanente, si bien también es posible mitigar sus efectos mediante tratamientos de revinculación⁹; y 2) la denuncia de la madre contra el padre reclamante por causa de abuso sexual del padre hacia su hija o hijo como pretensión para demorar el procedimiento mediante la complejidad de la intervención de un juez penal, o de la oficina de protección de la infancia del Estado de refugio, soslayando el daño que puede causarse al menor de edad –que será sometido/a a estudios periciales médicos y psicológicos para confirmar o descartar la denuncia-, víctima atrapada por segunda vez en la pelea de los adultos. Si la denuncia es mentirosa, el surgimiento posterior de la verdad no reparará la producción del daño.

Sobre este tema, tanto la jurisprudencia nacional como extranjera¹⁰ nos deja enseñanzas relevantes. En jurisprudencia extranjera, citaré una sentencia uruguaya, del Tribunal

⁹ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Contacto transfronterizo relativo a los niños: Principios Generales y Guías de Buenas Prácticas (2008), www.hcch.net (https://assets.hcch.net/upload/guidecontact_s.pdf; disponible en inglés, francés, árabe y español). (Flores Ríos y Benavides Santos, 2017, p.239).

¹⁰ En jurisprudencia argentina, puedo citar entre muchos: CSJN, caso “Q., A. c/M.V.C. y otros s/reintegro de hijo”, sentencia del 25.10.2016. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó la restitución de dos niños a los Estados Unidos de América después de siete años de lucha judicial y tras haber intervenido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Sala IV), tribunal que decidió el 26.02.2014 que no existía suficiente mérito para procesar o sobreseer al imputado A.Q. También merece citarse el caso “S”, fallado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos

de Apelaciones de Familia de primer Turno, de Montevideo, que muestra cómo recurrir a medidas eficaces para que la “seguridad y protección” del niño no sea una mera declamación.

Se trata del caso “N.S.V”, fallado por el citado tribunal el 22 de diciembre de 2016. En primera instancia se desestimaron las excepciones opuestas por la madre y se ordenó el regreso de la niña al Reino de España acompañada necesariamente de un familiar diverso al padre. En el curso del procedimiento, la madre había opuesto la excepción del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya, invocando situación intolerable y abuso sexual del padre hacia la niña, situación esta última que no había podido ser demostrada.

En la sentencia n° 431/2016 del 22.12.2016, el Tribunal confirmó la orden de restitución pero dispuso: “...Condiciónase la restitución efectiva de la niña de autos a la acreditación por parte del requirente, en los presentes autos y ante la Sede a quo: A) del efectivo reconocimiento de la presente orden por la autoridad judicial competente del Reino de España previsto en el artículo 11 del Convenio. B) de que se encuentra firme el fallo de sobreseimiento de la Sra. U. en la causa penal en su contra de referencia en el Considerando III de la presente decisión. Confirmándose el fallo en lo demás. Una vez acreditado, levántese el cierre de fronteras, entréguese la documentación personal y testimonios que se solicitaren, a sus efectos...”.

Posteriormente, el Juzgado de ejecución constató el cumplimiento de las condiciones establecidas por el Tribunal para proceder a la restitución: “...Por acreditado el cumplimiento de las condiciones impuestas por el Tribunal ad quem para la restitución dispuesta...” (sentencia interlocutoria N° 4194/2017, del Juzgado Letrado de Familia de 8° Turno de Montevideo). Contra la decisión N° 431/2017, la madre interpuso un recurso de revisión que dio jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. Por unanimidad, dicho tribunal rechazó el recurso de revisión y, finalmente, se ejecutó el regreso de N. al Reino de España. La niña

Aires, tribunal que negó la restitución de una adolescente de 13 años a Bélgica, por sospecha fundada de abuso por parte de hermanastros mayores ante la pasividad del padre (Tagle de Ferreyra, 2015, p.24).

regresó con su madre y se mantuvo vigente la restricción de acercamiento del padre (a no menos de 500 metros de la niña y de su madre).

En el curso de dicho proceso, se estableció que las denuncias de abuso y maltrato eran infundadas, se levantó la orden de restricción de acercamiento que “castigaba al padre” y se dispuso el comienzo de la revinculación entre la niña y su progenitor.

La jurisprudencia argentina nos ha dado ejemplo de los riesgos de confundir las funciones de los jueces de enlace de la Red de La Haya con la función jurisdiccional del juez dotado de la competencia para tomar la decisión sobre la restitución (Tagle de Ferreyra, 2017).

Es responsabilidad de los jueces que ordenan la restitución de un menor de edad, no sólo declamar la importancia de la seguridad y protección del niño sino organizar un protocolo de conductas efectivas, entre las que se encuentran “condicionar” la ejecución hasta lograr la efectiva intervención de las autoridades de protección administrativa o judicial del Estado al cual se reintegra el menor, para suprimir el peligro de que las sospechas hayan sido justificadas y asegurar que el protagonista más vulnerable, que es el niño, esté protegido en concreto y no en abstracto.

Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación impone a los jueces la obligación de asegurar estas garantías (artículo 2642, segundo párrafo CCCN).

2. La comprensión del interés superior del niño por la jurisprudencia y la armonización de la realidad con los imperativos que emanan de otros derechos fundamentales

Examinaré tres casos, fallados por la Corte Europea de Derechos Humanos en los años 2010, 2013 y 2015, que revelan la dificultad de elaborar una fórmula que exprese un adecuado equilibrio de derechos fundamentales del niño, involucrados en un desplazamiento o en una retención ilícitos, especialmente cuando se trata de

superiores tribunales que no tienen el contacto directo con el niño y con el legajo que reúne los antecedentes del concreto conflicto.

En primer lugar, presentaré el caso “**Neulinger y Shuruk c. Suiza**”¹¹. Versa sobre un niño nacido en Tel Aviv, Israel, en 2003, de un matrimonio compuesto por madre suiza y padre israelí. El divorcio se decretó en 2005, con tensiones respecto de la custodia del niño, puesto que la madre temía que el padre desplazara al pequeño fuera del país por razones vinculadas a fanatismo religioso. El juez dispuso la guarda del niño a cargo de la madre y un régimen limitado de visitas para el padre, pero no autorizó el viaje de la madre y el niño a Suiza, a visitar a los abuelos maternos. El juez israelí estableció que el niño no debía dejar el país. Sin embargo, la madre se desplazó en forma clandestina a la Confederación Helvética, al cantón de Vaud, en junio de 2005. Pronto la Autoridad Central suiza recibió la demanda de restitución encaminada por la Autoridad Central de Israel, que hizo saber la existencia de organismos de protección de cuadros de violencia familiar disponibles en Tel Aviv. La señora Neulinger presentó un informe psicológico que demostraba que el niño no tenía lazos ni recuerdos del padre y que el regreso lo expondría a una situación intolerable. El juez de primera instancia de Vaud negó la restitución el 22 de mayo de 2007. Apelada la decisión, fue revocada por el Tribunal Federal suizo, que consideró no probada la excepción de “grave riesgo” y ponderó especialmente la ayuda y contención de especialistas que la madre podía obtener en Tel Aviv, si regresaba con el niño, tal como le había sido ofrecido. El 26 de agosto de 2007, el Tribunal Federal suizo ordenó la restitución del niño S. a Israel. Sin embargo, el juez de ejecución de Lausana dispuso la realización de estudios sobre el menor de edad y la ejecución no tuvo lugar.

La madre presentó demanda contra Suiza ante la Corte Europea de Derechos Humanos por considerar que la sentencia del 26 de agosto de 2007 del Tribunal Federal suizo -que había ordenado el regreso del niño a Tel Aviv-, era violatoria de los derechos del niño y de su vida privada y familiar, en los términos del art. 8 del

¹¹CEDH, caso “Neulinger y Shuruk c. Suiza”, aplicación n° 41.615/07, fallada por Gran Sala el 6 de julio de 2010.

Convenio europeo de derechos humanos. El considerando 139 de la sentencia del 6 de julio de 2010 que hizo mayoría en la CEDH, afirma lo siguiente: *"...la Corte debe determinar si los tribunales nacionales llevaron a cabo un examen a fondo de la situación de la familia y de toda una serie de factores, en particular aspectos médicos, materiales, psicológicos y emocionales, e hicieron una equilibrada evaluación de los intereses respectivos de cada persona, con una preocupación constante para determinar cuál sería la mejor solución para el niño..."* ("Neulinger y Shuruk c. Suiza", considerando 139).

Los fundamentos de este considerando provocaron perplejidad en la comunidad internacional. Ello se debe a que el más alto tribunal europeo de Derechos Humanos condenó a Suiza¹² porque sus jueces no habían realizado una ponderación del interés superior del niño que se correspondiera con un debate sustancial y profundo de "los intereses respectivos de cada persona", es decir, exigía una ponderación propia del derecho de fondo sobre la custodia. Esta profundización no es pertinente para la apreciación de los extremos a fin de resolver, en forma limitada y rápida, un conflicto de desplazamiento o de retención ilícitos.

La dificultad en lograr argumentos de mayoría en ese fallo, los fundamentos del voto en disidencia¹³ y el error en el enfoque, habida cuenta la finalidad y características del procedimiento de cooperación establecido por el Convenio de La Haya de 1980, hicieron esperar que, en ocasión de un nuevo caso, se produjera una nueva reflexión y se produjera una modificación en el concepto del interés superior del niño que se ciñera mejor a la protección de los derechos fundamentales comprometidos en un conflicto de restitución internacional.

La ocasión se presentó en el caso "**X. c. Letonia**"¹⁴, que finalizó con sentencia de la Gran Sala en noviembre de 2013. La niña había nacido el 9 de febrero de 2005 en

¹² La mayoría de los jueces entendió que no era convincente la invocación del interés superior del niño para justificar el regreso a Israel en las circunstancias del caso. El Tribunal concluyó que si se hubiera ejecutado la orden de regreso a Tal Aviv, se hubiera cometido violación del art. 8 en combinación con el artículo 6.1. de la Convención.

¹³ El voto disidente del juez Zupancic, muy breve, destacó que la decisión de la mayoría configuraba un claro apartamiento de la doctrina de la CEDH en el precedente "Maumousseau et Washington c. France", asunto n° 39388/05 fallado el 6.12.2007.

¹⁴ CEDH, caso "X c. Letonia", asunto n° 27853/09, fallado el 26 de noviembre de 2013.

Australia, fruto de la relación de la señora X –que pidió que su nombre no se difundiera- nacional de Letonia, en pareja con T., nacional australiano. Cuando la niña nació, la madre estaba unida en matrimonio con un tercero, por lo cual registró a la niña como hija de madre soltera, recibiendo una pensión de apoyo del Gobierno australiano. La madre obtuvo su divorcio y también la nacionalidad australiana, pero se separó de T. y llevó a la niña con ella a Letonia, sin el conocimiento del padre de la pequeña, que tenía 3 años al tiempo del desplazamiento ilícito. El señor T. debió tramitar un reconocimiento de paternidad, a fin de tener legitimación para reclamar por sus derechos y los de su hija, situación que se esclareció el 6 de noviembre de 2008, en decisión que estableció que ambos progenitores tenían la responsabilidad parental sobre la niña según el derecho australiano.

El padre reclamó la restitución –con una certificación judicial sobre sus derechos según el derecho de Australia- a través de la Autoridad Central australiana y la Autoridad Central de Letonia, con asiento en Riga. La Oficina de Protección de la Infancia de Letonia se opuso al regreso en apoyo de la madre, manifestando que la niña ya estaba arraigada en Letonia. Sin embargo, el juez de primera instancia ordenó la restitución a Australia de conformidad con el Convenio de La Haya, destacando que tal instrumento no contempla el arraigo como causal autónoma de rechazo a la restitución. La madre apeló la sentencia acompañando una certificación de un psicólogo de parte, según la cual la niña estaba muy unida a su madre y toda separación sería un trauma importante para la pequeña. La Corte de Apelaciones de Riga confirmó la orden de restitución y otorgó un plazo de un mes para ejecutarla. La madre adelantó que no la cumpliría. Una vez vencido el plazo final fijado para el 19.02.09, solicitó con urgencia una audiencia que le fue concedida para el 16.04.09. En tanto, el padre T. se hallaba en Letonia tramitando un pedido de contacto con su hija para favorecer la ejecución de la orden de regreso. Casualmente, se encontraron T. con X. y la niña en un paseo público y, en un momento dado, T. tomó a la niña de la mano y se alejó en un auto, rumbo a Estonia. La madre acudió a la Autoridad Central letona, a fin de que se reclamara la restitución a la Autoridad Central de Estonia, sin embargo

se le comunicó su situación de incumplimiento de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Riga. La niña comenzó a residir con su padre en Australia, donde el padre promovió un juicio de custodia que le fue atribuida a él, con un régimen de visitas a favor de la madre.

La madre promovió proceso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, por entender que el tribunal de Apelaciones de Riga, al ordenar la restitución de la niña a Australia, había violado sus derechos amparados por el artículo 8 de la Convención europea de derechos humanos. La importancia de este fallo –en donde se condenó a Letonia por haber dictado *una decisión judicial sin suficiente motivación*, y donde la condena consistió en que Letonia debía asumir las costas y gastos incurridos por la señora X.- *reside en una revisión explícita y fundada del concepto del interés superior del niño que debe ponerse en práctica en los litigios de desplazamientos y retenciones ilícitos transfronterizos.*

En primer lugar, los considerandos 96 a 100 del voto de mayoría expresan el vasto consenso logrado en torno a la idea de que el “interés superior del niño” debe primar en todas las decisiones que le conciernan. La CEDH afirma que ese principio es el que también sustenta el sistema del Convenio de La Haya de 1980, que asocia ese interés superior al restablecimiento del *statu quo*, mediante el dictado de una orden de restitución inmediata al país de la residencia habitual anterior a la vía de hecho, teniendo en cuenta que, excepcionalmente, el no regreso puede estar justificado por la demostración del riesgo grave a exponer al niño a un peligro físico, psíquico o a una situación intolerable.

El tribunal destacó: a) que el concepto del interés superior del niño no puede ser apreciado de manera idéntica en un contencioso sobre el fondo del derecho de custodia y en un proceso de restitución internacional tras un desplazamiento o retención ilícitos (considerando 100); b) que la noción de interés superior en este último tipo de procesos debe apreciarse a la luz de los artículos 12, 13 –en sus párrafos primero, a y b, y segundo- y 20 del Convenio de La Haya (considerando 101); y c) que la evaluación de la situación del niño concreto corresponde en primer lugar a las

autoridades nacionales competentes -que tienen el contacto directo y personal con el menor de edad- y que no debe soslayarse que un tribunal supranacional de derechos humanos no tiene por función reemplazar o substituir esta función ejercida por las autoridades locales.

Ahora bien, en su misión de controlar la invocada violación al artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos, el tribunal estimó que es posible llegar a una interpretación armoniosa de los imperativos del Convenio europeo y de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980, y esa armonización consiste en dos condiciones: 1) dar una decisión apropiadamente motivada sobre el rechazo de alegaciones referidas a las excepciones al regreso contempladas en el Convenio de La Haya, y 2) no dar argumentos relativos al interés superior del niño de manera abstracta y estereotipada (considerandos 106 y 107, caso “X. c. Letonia”).

La CEDH afirmó, asimismo, que al ordenar el regreso del niño al Estado de su residencia habitual anterior a la vía de hecho, los jueces deben asegurarse de que existan garantías convincentes de protección concreta del niño para el supuesto de presentarse algún riesgo (considerando 108). En el conjunto de la argumentación, surge claramente la rectificación de la doctrina sentada en el precedente “Neulinger” de 2010.

El tercer caso que considero relevante a los fines de esclarecer los principios en juego y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es el asunto “**Ferrari c. Rumania**”¹⁵, fallado en 2015. El niño había nacido en la Argentina en el año 2005, de padre argentino y de madre con doble nacionalidad, argentina y rumana. La residencia habitual de la familia estaba en la Argentina; el padre era piloto de avión y realizaba numerosos viajes por razones de trabajo. En el año 2007 otorgó autorización de viaje a favor de la madre para que el niño y ella visitaran a la familia materna en Rumania, con regreso el 15 de octubre de 2007. Posteriormente, la madre comunicó que permanecería en Rumania con el niño, y, además, que había promovido demanda de

¹⁵ CEDH, Aplicación n° 1714/2010, “Ferrari c. Rumania”, fallado el 28 de abril de 2015.

divorcio y solicitud de custodia. El padre presentó demanda de restitución por retención ilícita de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980. La Corte de distrito ordenó el regreso del niño y esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Bucarest. La orden de regreso debía ejecutarse antes del 8 de enero de 2009. Sin embargo, la madre no la cumplió y presentó demanda de anulación de la decisión de la Corte de Apelaciones de Bucarest, por haber omitido ponderar el consentimiento dado por el padre al “cambio de residencia” en atención a que no podía ocuparse del niño. La Corte de Bucarest hizo lugar a la acción de la madre y anuló su propia decisión por nuevo fallo del 4 de mayo de 2009. Seguidamente, el tribunal asumió jurisdicción sobre el fondo de la custodia, que atribuyó a la madre, otorgando derechos de relacionamiento personal al padre.

En tanto, el padre demandó a Rumania ante la Corte Europea de Derechos Humanos, por violación del artículo 8 del CEDH e injerencia indebida en su vida de relación con su hijo. La Corte le dio la razón pues estimó que la sentencia de anulación de la orden de regreso a la Argentina era carente de motivación dado que la Corte de Apelaciones de Bucarest había interpretado erróneamente una autorización de viaje con fecha de regreso explícitamente establecida, que no consistía en modo alguno en un consentimiento para cambiar la residencia habitual del niño. El tribunal europeo otorgó daño moral a favor del padre y el reintegro de gastos y costas.

La formulación del interés superior del niño como la obligación de restituirlo a su residencia habitual anterior a la vía de hecho, es una presunción *iuris tantum*, es decir, admite la prueba de las excepciones plasmadas en el convenio interpretadas de manera estricta. Sin embargo, ello no significa una interpretación abstracta y una decisión automática, sin ponderación de las razones y pruebas aportadas por el oponente. La consideración del interés superior del niño como derecho sustancial supone que existen otros derechos en juego. Ellos pueden ser, según las circunstancias, el derecho al bienestar, a la educación de excelencia, a la cobertura de las contingencias de salud, al relacionamiento con otras figuras positivas de la familia –abuelos, tíos, primos-. El peso de estos derechos empalidece cuando la configuración del interés

superior del niño significa garantizar su vida, su vida personal sin daños duraderos y con expectativas de desarrollo.

III. El dilema procesal: la exigencia de celeridad en el procedimiento de restitución a fin de no deformar su finalidad

Toda idea de celeridad debe respetar las garantías procesales de los niños y la atención que requieren por su especial condición por parte de la familia, de la sociedad y del Estado (art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Un primer presupuesto es que la ley prevea su representación –especialmente porque se trata de un conflicto entre sus representantes legales- y su fácil acceso a medios de solución de controversias –mediación, audiencia administrativa y/o procedimiento judicial-, en condiciones de gratuidad y de comprensión lingüística¹⁶. El segundo presupuesto es que, en caso de poner en marcha un proceso jurisdiccional, éste debe ser conducido por personas idóneas y formadas en la perspectiva de los derechos fundamentales de los niños. Satisfechos estos presupuestos, resta enfrentar las consecuencias del inevitable paso del tiempo.

1. El nefasto impacto del transcurso del tiempo en el logro de los objetivos de los convenios de restitución internacional de niños

Los conflictos de desplazamientos o retenciones ilícitos son de conocimiento limitado a la procedencia de la restitución o al rechazo de la solicitud. La verificación de las condiciones para ordenar el regreso¹⁷, la escucha del niño, la producción de prueba estrictamente ceñida a los presupuestos fácticos de las excepciones y la organización de la protección del niño en ocasión de la restitución, deben resolverse

¹⁶ Documento elaborado en el seno de la OEA, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de los derechos humanos”.

<http://www.cidh.org/pde%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>

¹⁷ Esto es, los presupuestos materiales y temporales y la configuración de la conducta ilícita (artículos 3 y 5 de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; artículos 3 y 4 de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores).

en muy reducido tiempo. Los convenios establecen la obligación que los Estados asumen de aplicar el procedimiento más breve que conozca su legislación procesal o que se dicte especialmente para tramitar estos conflictos (artículo 2 del Convenio de La Haya de 1980). También establece que si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas, esta situación habilita a la Autoridad Central requerida, por propia iniciativa o a pedido de la Autoridad Central del Estado requirente, a pedir y a recibir explicaciones sobre las razones de la demora.

Ello significa que el ideal a alcanzar en cuanto a la duración del trámite, desde la iniciación hasta la finalización del procedimiento, es un lapso breve de seis semanas. Las legislaciones nacionales deben aspirar a este ideal y, si no fuera posible, deben arribar a una resolución firme en un lapso de dos o tres meses, incluyendo la garantía procesal de la doble instancia¹⁸.

Citaré un instrumento reciente, de *softlaw*, como son las Conclusiones y Recomendaciones aprobadas en la séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de las convenciones de 1980 y de 1996¹⁹. Los delegados destacaron la obligación que tienen los Estados parte de poner en funcionamiento mecanismos o procedimientos escritos u orales destinados a garantizar la ejecución efectiva y rápida de las órdenes de regreso.

La carencia de procedimientos específicos regulados en las legislaciones procesales nacionales ha llevado al Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente y a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a encomendar a un grupo de expertos la elaboración de la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de

¹⁸ Las Bases para la reforma procesal en materia de familia establecen que el proceso debe estar estructurado en dos instancias de conformidad con el derecho a disponer de un recurso rápido y sencillo plasmado en la Opinión Consultiva N° 17/2002 del 28 de agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (párrafos 121 y 122).

¹⁹ “La Septième reunión de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996 achève ses travaux”. Documento del 2.11.2017, disponible en www.hcch.net, espacio “enlèvement d’enfants”; conclusiones 13 a 15.

Niños²⁰, la cual ha inspirado reformas legislativas en países centro y sudamericanos²¹. Al tiempo de escribir este trabajo, la República Argentina tiene en vigor el “Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños”, elaborado por la Comisión de Acceso a la Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (All y Rubaja, 2017).

La demora desproporcionada en dictar o en ejecutar la decisión relativa a los conflictos de restitución internacional ha sido materia de condena a los países miembros del sistema europeo de derechos humanos, con sustento en la violación a la prohibición de injerencia indebida en la vida privada y familiar del niño en combinación con la norma que impone el respeto a las garantías procesales. Citaré dos casos paradigmáticos fallados por la Corte Europea de Derechos Humanos, uno de ellos en el año 2000, en el asunto “IgnaccoloZenide c. Rumania”²² y otro en época más reciente, el asunto “Ferrari c. Rumania”²³, resuelto en el año 2015, ya citado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la exigencia de celeridad en los procedimientos administrativos y judiciales atinentes a la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad. Ha sostenido que “aquellos procesos judiciales relacionados con [...] la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades”²⁴.

²⁰ El texto puede verse en www.hcch.net/upload/iap28ml_spf; conf. nota 7 precedente.

²¹ Tal el caso de la República Oriental del Uruguay (ley 18.895); la República Dominicana (resolución 480/2008 de la Suprema Corte de Justicia); de Chile (Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia del 3.11.1998; etc.); de El Salvador (decreto legislativo 839 del 26.03.2009); de Panamá (decreto ejecutivo N° 222/2001). En Argentina, en el orden nacional, se presentó un proyecto legislativo “Procedimiento para la aplicación de los convenios sobre la restitución de niños y niñas y régimen de comunicación o contactos internacionales” (expediente N° 5903-D-2014, que ha perdido estado parlamentario). Un nuevo Anteproyecto se encuentra en estudio, propuesto por el Poder Ejecutivo Nacional (IF-2017-17624988-APN-DDMEAPYA#MRE). En el orden provincial, algunas provincias argentinas han aprobado regulaciones específicas para los procedimientos de restitución en el ámbito local.

²² CEDH, caso “Ignaccolo-Zenide c. Rumania”, Aplicación N° 31679/96 del 25 de enero de 2000.

²³ CEDH, caso “Ferrari c. Rumania”, ya citado en nota 18 precedente, del 28 de abril de 2015.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2011. Medidas Provisionales respecto de Paraguay, asunto “L.M.”, párrafo 16.

Si este principio es fundamental en el debate sobre el fondo –dado que pone en juego la ruptura del relacionamiento regular del niño con uno de sus progenitores-, tanto más justificada es su aplicación en el contencioso limitado a la restitución de un niño ilícitamente desplazado o retenido.

Los tribunales latinoamericanos han dado ejemplo de las conductas que deben evitarse cuando están involucrados derechos de los niños. Tal el caso “Alejandro Esteve e hijos c. Brasil”²⁵, cuya admisibilidad fue declarada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 2 de noviembre de 2011, en relación con los artículos 8.1, 17, 19, 24 y 25 en concordancia con el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los niños D., de tres años, y P., de siete meses al tiempo de los hechos, vivían con sus padres en San Isidro, Provincia de Buenos Aires, Argentina. La madre, nacional de Brasil, no regresó con los niños tras unas vacaciones en Río de Janeiro y los retuvo en marzo de 2003. El 28 de marzo de ese año el Segundo Tribunal de Familia de San Isidro otorgó la guarda provisoria de D. y de P. al padre, señor Alejandro Esteve, nacional argentino, y ordenó el regreso de los niños a la República Argentina. En paralelo, la Autoridad Central argentina solicitó a la Autoridad Central brasileña la restitución de los menores de conformidad con la Convención Interamericana sobre restitución internacional de niños. En agosto de 2003 el exhorto quedó radicado en el Juzgado 12 Vara Federal de Río de Janeiro, que citó a una audiencia que se llevó a cabo el 31 de marzo de 2004, con la presencia del reclamante señor Esteve.

En mayo de 2005 ese tribunal federal declaró extinguido el juicio por falta de legitimación activa. Por apelación, el Tribunal Regional Federal de la 2da. Región del Estado de Río de Janeiro dictó sentencia el 24 de marzo de 2008, por la que revocó la cuestión sobre la legitimación, rechazando el reclamo de restitución con el argumento de que los niños se hallaban arraigados al Brasil. Dos recursos extraordinarios fueron presentados en el Supremo Tribunal Federal de Brasil en julio de 2009, los que estaban

²⁵ Informe N° 173/11, Petición P-897-04-Admisibilidad, “Alejandro Daniel Esteve e hijos c. Brasil”, del 2 de noviembre de 2011.

pendientes al tiempo de expedirse la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello significa que desde la retención de los niños en marzo de 2003 a septiembre de 2010, habían transcurrido largos años en un procedimiento de discusiones bizarras, en donde el derecho a la restitución al centro de vida se confundía con el reclamo de la madre por alimentos y con la persecución penal de la madre por impedimento de contacto, instada por el padre.

La Comisión Interamericana observó que –al tiempo de emitir la declaración– habían transcurrido más de ocho años desde el inicio del proceso de restitución. Destacó que “...la justicia federal brasileña demoró más de un año y medio en emitir una sentencia de primera instancia y, posteriormente, tardó otro año y medio en elevar el recurso de apelación interpuesto contra dicha sentencia. Como regla general, un proceso debe realizarse prontamente para proteger los derechos del interesado. Según ha señalado la Corte Interamericana, la oportunidad para decidir sobre los recursos internos debe adecuarse a los fines del régimen de protección internacional y no debe conducir a que la actuación se detenga o se demore hasta la inutilidad...”²⁶. En conclusión, la Comisión Interamericana estimó que podían haberse configurado violaciones a los derechos de Alejandro Daniel Esteve y de sus hijos D. y P.

En época más reciente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó la Medida Cautelar N° 356-16 en relación al niño “A.R. respecto de Argentina”²⁷.

El niño A.R. nació el 2 de abril de 2008 en los Estados Unidos de Norteamérica y fue llevado por su madre ese mismo año a la Argentina. En febrero de 2009 el padre reclamó la restitución de su hijo a través de la Autoridad Central de los Estados Unidos con fundamento en la Convención de La Haya de 1980. La decisión de primera instancia del 24 de noviembre de 2009 ordenó la restitución y fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala E) el 27 de mayo de 2010. La primera intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo lugar el 20 de diciembre

²⁶ Considerando 35 del Informe N° 173/11, con cita de la CIDH, caso “Velázquez Rodríguez. Excepciones Preliminares”, sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, N° 1, parr. 93.

²⁷ Comisión IDH, Resolución 26/2017 del 27 de julio de 2017. Medida Cautelar N° 356/16 “Niño A.R. respecto de Argentina”.

de 2010. En dicha sentencia, descartó la configuración de alguna de las excepciones opuestas y confirmó la orden de restitución. La Corte Suprema exhortó a los padres a colaborar en la ejecución de la orden de restitución a fin de evitar situaciones traumáticas para el niño. Sin embargo, la orden no tuvo ejecución.

El 22 de diciembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo una segunda intervención y dejó firme la orden de regreso, exhortando al juez de primera instancia a no dilatar los tiempos de cumplimiento de la sentencia. La señora Juez de primera instancia debió establecer un período de revinculación del niño con su padre, en atención a la ruptura del contacto y al transcurso del tiempo. El último plazo fijado para la ejecución era el 16 de mayo de 2017. Sin embargo, el 12 de mayo de 2017 el niño A. R. tuvo que ser internado en un hospital neuropsiquiátrico por un grave cuadro de depresión. La señora juez de primera instancia suspendió el regreso provisoriamente por la fuerza de los hechos. El informe médico señaló que A.R. se encontraba en situación de extrema vulnerabilidad, con ideas de muerte y autoagresión.

En ese contexto, la Comisión Interamericana entendió que el niño A.R. se encontraba en una clara situación de riesgo y que el Estado Argentino debía garantizar su recuperación y bienestar general mediante servicio y acompañamiento especializados. Concretamente, la Comisión Interamericana tuvo por configurados los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad y solicitó al Estado de Argentina que suspenda la ejecución de la orden de restitución dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 20 de diciembre de 2010, "hasta que exista una determinación de los derechos del niño A.R. conforme a las circunstancias actuales, atendiendo al interés superior y a la luz del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en armonía con el *corpus iuris* internacional de protección de los derechos del niño"²⁸.

En el primer caso, los tribunales del Brasil no habían dictado una resolución firme sobre la procedencia o no de la restitución después de más de ocho años. En el

²⁸ Considerando 32, apartado 'a', Resolución 26/2017.

segundo caso, los tribunales argentinos llegaron a una decisión definitiva en un año y once meses, pero no fueron eficaces en ejecutar la orden de restitución durante los siguientes seis años y medio, situación de incertidumbre que derivó en la enfermedad del niño.

Cualquiera fuese el resultado final de ambos conflictos, los objetivos de los convenios de restitución internacional fueron frustrados por el inexorable efecto del tiempo en la vida real de un menor de edad²⁹.

2. Interferencias que responden a finalidades ajenas a las necesidades de un niño desplazado o retenido ilícitamente

Los casos de desplazamientos o retenciones ilícitos se integran en los conflictos de familia, involucrando derechos fundamentales de los niños, es decir, derechos respecto de los cuales existe la obligación de los Estados de garantizar su operatividad conforme a los tratados internacionales de derechos humanos. Es así que tanto la Convención de La Haya de 1980 como la Convención Interamericana de 1989 reglamentan el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contribuyendo a dar operatividad a otros derechos fundamentales.

Esta “publicización” del derecho privado familiar tiene como consecuencia otras interferencias del derecho público, tal como se revela en la jurisprudencia de superiores tribunales nacionales. Citaré tres ejemplos.

Caso “**Kovacs c. Kovacs**”, Corte Superior de Justicia de Ontario, 23 de abril de 2002³⁰

²⁹ Nieve Rubaja (2016) presenta casos de tribunales nacionales que evidencian las deficiencias en satisfacer los parámetros de celeridad. Entre ellos se destaca: Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1ª, 3 de diciembre de 2015, “G.L. en J° 13-00704210-2 (010302-50720) en G.L. por su hijo T.G.P. por restitución s/familia p/rec.extr. de inconstitucionalidad-casación”. Este caso dio lugar a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 27.12.2016, que confirmó en lo principal la orden de reintegro (Fallos 339: 1773). A la fecha, no obstante, la restitución no pudo concretarse.

³⁰ Ontario Superior Court of Justice, April 23, 2002 “Miklos Kovacs applicant v. Miklosne Kovacs, respondent (niño Gyorgy Kovacs). 212 D.L.R.(4th)711,21 Imm.L.R.(3d)205,59 O.R.(3d)671,[2002]O.T.C.

El niño “G” nació en Hungría en 1997, del matrimonio celebrado en 1991 por M.K., húngaro, y X., nacida en Roma, Italia, perteneciente al pueblo ROM o romaní. La familia se integraba también con A., hija de una relación anterior de la madre. El marido tomó conocimiento de que la mujer pertenecía al grupo romaní con posterioridad al nacimiento del niño y ése fue el centro de las desavenencias. Se separaron en 2001 y ella partió con sus dos hijos a visitar familiares a la zona rural. No regresaron.

El señor K. interpuso reclamo el 13 de marzo de 2001 ante Interpol, denunciando a G. como niño secuestrado. La madre, el niño G. y la niña A. llegaron al aeropuerto de Toronto, Canadá, el 29 de marzo de ese año. En Migraciones, la madre solicitó el estatuto de refugiado para ella y para sus hijos. Afirmó haber sufrido discriminación y malos tratos por pertenecer a una minoría perseguida en Hungría, y denunció abuso físico y psicológico por parte de su marido, a quien describió como un hombre violento y habituado a vivir al margen de la ley.

La oficina de Migraciones del Canadá admitió que el niño “G.” era buscado por Interpol y reclamado por su padre K. desde Hungría. En abril, la Autoridad Central de Ontario recibió el pedido de restitución por parte de la Autoridad Central de Hungría de conformidad con la Convención de La Haya de 1980. El padre hizo saber a través de la Embajada de Hungría en el Canadá, que no daría autorización para que su hijo G. recibiera el estatuto de refugiado. El tribunal federal suspendió el procedimiento relativo al estatuto de refugiado hasta tanto no se resolviera si correspondía restituir al niño a su anterior residencia habitual.

El caso llegó a decisión de la Suprema Corte de Ontario quien decidió no restituir al pequeño G. La razón determinante fue la comprobación del maltrato y del desprecio del marido hacia su mujer, por motivo de su pertenencia al pueblo romaní. Si bien la configuración de la situación de grave riesgo (artículo 13.1.b. de la Convención de La Haya) respecto del niño era dudosa, los tribunales del Canadá desconfiaron de la posibilidad real de las autoridades competentes de Hungría de

organizar la protección y seguridad del niño G. en caso de regreso, habida cuenta las condiciones de marginalidad en que se movía el padre³¹.

En la decisión parecen haber incidido dos factores: a) el impacto negativo de quien reclama la protección de la ley pero se halla al margen del sistema legal, y b) el conocimiento de las autoridades del Canadá sobre la fuerte discriminación sufrida por los romaníes en Hungría, situación que había determinado un importante flujo de inmigrantes gitanos que buscaban refugio en Canadá.

Caso “K”. Sala Constitucional de la Suprema Corte de Costa Rica, 13 de marzo de 2011

La niña había nacido en Green, Estado de Missouri, Estados Unidos de Norteamérica, el 5 de julio de 2008. En un episodio violento, cuando la niña tenía tres meses de edad, el padre empujó a la madre contra el sofá y posteriormente la arrojó al piso. La señora T.A. presentó denuncia policial y se refugió unos días en casa de familiares. En febrero de 2009, la madre y la hija -de siete meses- llegaron a Costa Rica. Poco después, en mayo de ese año, el padre reclamó la restitución de la pequeña a la residencia habitual en Green, Missouri, a través de la Autoridad Central de los Estados Unidos, con sustento en la Convención de La Haya de 1980.

El Juzgado de Niñez y Adolescencia de San José declaró el 7 de mayo de 2010 la ilicitud del desplazamiento y ordenó la restitución de la niña a los Estados Unidos. La orden de restitución fue confirmada por el Tribunal de Familia de San José. La madre interpuso *habeas corpus* ante la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica invocando el grave riesgo de colocar a la menor de edad -de tres años al tiempo de estos hechos- en peligro. Se sostuvo que la madre no podía regresar a los Estados Unidos pues se había promovido persecución penal en su contra y que la niña no podía ser confiada a un hombre violento, con antecedentes comprobados de violencia, con el cual no tenía lazos. La madre ofreció pruebas de amenazas telefónicas del padre contra

³¹ En efecto, estaba comprobada la persecución penal que pesaba sobre él en Hungría, por estafas reiteradas y fraude contra el Estado.

ella y entendió configurada la situación intolerable en que sería colocada la pequeña al ser separada de su madre, quien era su único sostén afectivo y emocional.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica hizo lugar al *habeas corpus* y no restituyó a la menor de edad, por mayoría de 5 votos contra 2. Uno de los votos disidentes, del Dr. Castillo Vázquez, se pronunció a favor de la restitución bajo la condición de suspender la ejecución hasta tanto el Estado requirente no ofreciera garantías de que la madre podía regresar a los Estados Unidos de Norteamérica sin sufrir persecución ni perjuicio con el propósito de discutir el derecho a la custodia de la niña.

Esta decisión suscita dos reflexiones. La primera, es la injerencia del derecho constitucional de algunos países de América Central y Latina -que ponen en juego institutos como el *habeas corpus* o el amparo constitucional o la protección de los nacionales- para desvirtuar los objetivos de los convenios de restitución y aplicarlos con una tendencia nacionalista ajena al espíritu de la cooperación internacional³².

La segunda reflexión es la necesidad de profundizar matices en el razonamiento de los jueces, a fin de aplicar medidas de protección como el condicionamiento de la decisión de regreso -tal como propuso el voto disidente del Dr. Castillo Vázquez- o la satisfacción anticipada de garantías de protección dictadas por el juez competente del Estado requirente (por ejemplo, convivencia de la madre que regresa con la niña hasta la audiencia de decisión de la custodia; órdenes efectivas de restricción de acercamiento para neutralizar la amenaza del padre violento o similares), a fin de restituir pero con la debida seguridad a los derechos de la niña³³.

³² Otro caso es: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, 17.05.2013, www.incadat.com HC/E/CR 1320.

³³ En este orden de ideas ha avanzado el "(Projet de) Guide de Bonnes Pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants. Cinquième Partie – Article 13 (1) (b)". Este instrumento, aún no aprobado, impulsa la interpretación restrictiva de las causales de oposición al regreso y la obligación de agotar un abanico de herramientas -medidas cautelares, condicionamientos, órdenes espejo, etc.- destinado a garantizar la seguridad del niño que regresa, antes de resolver el rechazo de la restitución. Afirma que dentro de las responsabilidades de las Autoridades Centrales se encuentra la cooperación con la Autoridad central del otro Estado como así también con sus autoridades internas, a fin de responder rápidamente a los pedidos de informes de los tribunales sobre las medidas

Caso X, Corte Suprema de Islandia, sentencia del 9 de noviembre 2016³⁴

La madre de un niño de cinco años, ambos nacionales islandeses, pierde por decisión de un juez de Noruega la tenencia del menor de edad y, por sentencia judicial, el ejercicio de los derechos de custodia, la cual se transfiere a la Agencia Noruega de Protección de la Niñez. La madre y la abuela del niño lo desplazan a Islandia en el verano de 2016. La Oficina Noruega de Protección de la Niñez proporcionó una declaración de las autoridades noruegas según la cual el desplazamiento había sido ilícito y solicitó la restitución del niño a su residencia habitual en Noruega.

Un tribunal islandés de distrito ordenó la restitución. La madre y la abuela llevaron el caso ante la Corte Suprema de Islandia invocando violación al artículo 66.2 de la Constitución de ese país, según el cual ningún ciudadano islandés puede ser expulsado del Estado.

La Corte Suprema de Islandia rechazó el argumento constitucional y afirmó que dicha cláusula es pertinente en otro tipo de conflictos y no impide el funcionamiento de convenios internacionales específicos en la materia de restitución internacional, que se gobiernan por principios de la ley civil sin interferencias del derecho público de la nacionalidad.

IV. Reflexiones conclusivas

Los conflictos de desplazamientos y retenciones ilícitos constituyen un flagelo que ningún Estado puede combatir en forma aislada, sino mediante mecanismos de cooperación internacional sustentados en la confianza sobre la actuación de todas las autoridades administrativas y judiciales orientadas en la realización del interés superior del niño concreto involucrado en este tipo de litigios familiares.

Las resoluciones que se toman en el marco de los convenios internacionales, como así también todas las decisiones que se dictan fuera del ámbito de tales convenios

de protección existentes en su propio sistema destinadas a atenuar el riesgo grave que pudiera sufrir un niño que regresa. Conf. párrafo n° 95, p. 41.

³⁴ Corte Suprema de Islandia, N° 707/2016 del 9.11.2016. Puede verse en: www.bc.edu/content/dam/fils/centers/clough/constitutional-law/Review_of_ConLaw-final.pdf

pero inspiradas en sus soluciones –el rico *softlaw* elaborado a lo largo de muchos años de experiencia- no consisten en decisiones automáticas y abstractas, sino en resoluciones motivadas, ceñidas al caso concreto, en procura del interés superior del niño involucrado en un desplazamiento o en una retención ilícitos. No se trata de una resolución sobre el fondo del derecho de custodia, sino de una decisión sobre la procedencia o el rechazo de la restitución, que debe adoptarse de manera rápida y sin deformación de las finalidades del proceso, resguardando los derechos de defensa de todas las partes y dando preeminencia al interés del menor de edad.

Los convenios internacionales sobre la materia presumen que el interés superior del niño consiste en ser restituido rápidamente a fin de que el juez natural de su centro de vida anterior a la vía de hecho, sea la autoridad competente para regular la sustancia del derecho de custodia y asegurar el relacionamiento con ambos progenitores en la medida de lo posible. Esta regla general sufre excepciones muy precisamente definidas –que también expresan el interés superior del niño en los ámbitos sustanciales y procesales- que sólo pueden conducir al rechazo de la restitución una vez que haya fracasado la implementación de medidas –tanto en el Estado de refugio como en el Estado de la residencia habitual del niño- para disminuir o bloquear el riesgo que pueda amenazar al niño en ocasión de su regreso y hasta la decisión de fondo sobre el derecho de custodia.

Los instrumentos de cooperación internacional, tales como las comunicaciones judiciales directas, la intervención de los jueces de enlace de cada país obligado por los convenios, el reconocimiento anticipado de resoluciones o medidas cautelares de protección, etc., deben ser perfeccionados para asegurar la integridad física, psíquica y emocional del niño. No debe soslayarse que se trata de una crisis en la familia y que, salvo casos excepcionales, el derecho debe favorecer la recomposición de las relaciones familiares, a fin de impedir que la torpe resolución de un conflicto de desplazamiento o retención ilícitos se transforme en el largo plazo en un daño permanente para el niño o niña.

Bibliografía

- ALL, Paula y RUBAJA Nieve (2017) "El Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños", Buenos Aires: Ed. La Ley, (AR/DOC/1426/2017).
- FERNÁNDEZ PEREIRO, A. y TRECCA D. (2017), "La necesidad de una reglamentación procesal para la resolución de los casos de sustracción internacional de niños", en la obra GODÍNEZ LÁZARO T.; RUBAJA N.; CASTRO, F. (Coord.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México: Ed. Porrúa, 1ª edición.
- FLORES RÍOS, M. A. Y BENAVIDES SANTOS, D. (2017) "Importancia de mantener el contacto personal entre el niño y el progenitor desplazado durante el proceso de restitución internacional de niños", en la GODÍNEZ LÁZARO T.; RUBAJA N.; CASTRO, F. (Coord.) *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México: Ed. Porrúa, 1ª edición.
- RUBAJA, Nieve (2016) "Lineamientos de la restitución internacional de niños a partir del nuevo Código Civil y Comercial y de la jurisprudencia reciente", en UZAL, María E. y NAJURIETA María S., *Derecho Internacional Privado*, Revista Jurídica de Buenos Aires, año 41, número 93, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- TAGLE DE FERREYRA, Graciela (2015) "Aplicar restrictivamente el artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, equivale a no aplicarlo en ningún caso?", *Revista Derecho de Familia* n° III.
- TAGLE DE FERREYRA, Graciela (2017), "Funciones de los jueces de la red internacional de jueces de La Haya: experiencia de la jueza argentina (a nivel nacional e internacional)", en la GODÍNEZ LÁZARO T.; RUBAJA N.; CASTRO, F. (Coord.) *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México: Ed. Porrúa, 1ª edición.