

MARÍA SOLEDAD PENNISE IANTORNO
MARCELA VIRGINIA PANATTI

Procesos de restitución internacional de niños

Interés superior del niño en la cooperación internacional

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL.
SU EVALUACIÓN Y DETERMINACIÓN EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL. IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.
USO DE LAS COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS. ÓRDENES ESPEJO Y REGRESO
SEGURO. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE RESTITUCIÓN (SENTENCIAS INTEGRALES).
EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. ROL DE LA AUTORIDAD CENTRAL

■ PRÓLOGOS DE **ADRIANA DREYZIN DE KLOR**
IGNACIO GOICOECHEA Y **DIEGO BENAVIDES SANTOS**

EN ANEXO

JURISPRUDENCIA
SISTEMATIZADA
PROTOCOLO DE
ACTUACIÓN PARA EL
FUNCIONAMIENTO
DE LOS CONVENIOS
DE SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL
DE NIÑOS



hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS Y PALABRAS PREVIAS	9
PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	19
ABREVIATURAS	29

CAPÍTULO I

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL

§ 1. Evolución y contenido del principio del interés superior del niño hasta su incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación	31
§ 2. La evaluación y determinación del interés superior del niño	34
§ 3. La incidencia del tiempo en la determinación del interés superior del niño. El rol del juez y del defensor de menores	38
§ 4. La determinación del interés superior del niño en los casos de sustracción internacional	40

CAPÍTULO II

ESCENARIO ACTUAL DE LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

§ 5. Escenario actual que exhibe la praxis. Análisis estadístico	43
§ 6. Buenas ideas que aún no prosperaron	45
§ 7. Llegó el momento de activar las soluciones existentes	47

CAPÍTULO III

OPTIMIZACIÓN DE LOS CONVENIOS: VOLVER A LAS FUENTES

§ 8. Implementación de la mediación internacional	51
a) Oportunidad	52

b) Duración	54
c) Fases del proceso de mediación	55
1. Apertura de la mediación	55
2. Presentación y conciliación de los temas que van a integrar la negociación	55
3. Tratamiento de los conflictos	55
4. Desarrollo de las opciones de solución que se planteen	55
5. Conclusión de la mediación	56
d) El rol del juez en la etapa de mediación	56
e) La intervención del Defensor de Menores e Incapaces	58
f) Posibles dificultades por la distancia y el idioma	58
g) Especialización de los mediadores	59
h) Alcance de los acuerdos	59
i) Mediación e interés superior del niño	61
j) Países en los que se ha implementado la mediación para resolver casos de sustracción internacional de menores	61
§ 9. El uso de las comunicaciones judiciales directas entre los jueces de ambas jurisdicciones	63
a) Las redes de cooperación internacional	64
b) Las comunicaciones directas y la instrumentación de salvaguardas	66
c) La experiencia en otros Estados. Casos	70
1. «Re M. and J.» (Abduction) [International Judicial Collaboration] [1999] HC/E/UKe	71
2. «Y. D. v. J. B.», [1996] R.D.F. 753 (Que.C.A.) HC/E/CA	73
3. «Panazatou v. Pantazatos», No. FA 9607135715 [Conn. Super. Ct.] HC/E/USs 97	73
d) La cooperación judicial en Argentina. La Red Nacional de Jueces	74
§ 10. Órdenes espejo y regreso seguro	76
§ 11. Recaudos que debe contener una sentencia de restitución	79
§ 12. Ejecución de la sentencia	81
a) Principios que se desprenden de la Guía de Buenas Prácticas sobre Cuestiones de Ejecución	82
b) Jurisprudencia sobre la ejecución de la orden de restitución	84
1. Análisis de casos de jurisprudencia extranjera en los que la orden de restitución fue de imposible cumplimiento	84
I. 427/01/1998, 49/III/97/bufr/mour, Cour d'appel du canton de Berne (Suisse), HC/E/CH	84
II. 5P.160/2001/min, Bundesgericht, II. Zivilabteilung (Tribunal Fédéral, 2ème Chambre Civile), HC/E/CH	86
2. Casos en los que la ejecución se tornó imposible por cuestiones vinculadas al bienestar del menor	88
I. Re B. (Children) (Abduction: New Evidence) [2001] 2 FCR 531, HC/E/UKe	88
II. Cameron v. Cameron [n° 3] 1997 SCLR 192, HC/E/UKs	89
3. Casos en los que las órdenes de restitución fueron ejecutadas a pesar de encontrarse pendiente de resolución la apelación planteada	91
I. Fawcett v. McRoberts, 326 F.3d 491 (4th Cir. Va., 2003) HC/E/USA	91
II. Sentencia n° 120/02 [Sala Primera]; Reg. n° 129/99. Recurso de amparo, HC/E/ES	91

4. Jurisprudencia del Tribunal Internacional de Derechos Humanos	92
I. Jurisprudencia del TEDH	93
— Ignaccolo-Zenide v. Romania, n° 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7, HC/E	93
II. Jurisprudencia de la CIDH	96
c) Situación en Argentina	97
§ 13. Aportes que introduce el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis del art. 2642	105
a) Primera parte: principios generales para la aplicación de los convenios	106
b) Segunda parte: el rol del juez argentino. Supervisión del regreso seguro	110
c) Tercera parte: facultad del juez para adoptar medidas anticipadas de protección (justicia preventiva)	111
§ 14. Rol de la Autoridad Central	114
a) Funciones de la Autoridad Central argentina en su rol de requerida	116
1. Que el niño se encuentre localizado	116
2. Que se desconozca el paradero del niño	117
I. Que el niño se encuentre localizado	118
II. Que no se conozca el paradero del niño	118
b) Funciones de asistencia jurídica y económica	118
1. Asistencia jurídica	118
2. Asistencia económica	118
§ 15. Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños	119
§ 16. Procedimientos en el derecho comparado	125
a) Procedimiento en Chile (Auto acordado CSJ del 3/12/15)	125
b) Procedimiento en Panamá (ley 24.422)	127
c) Procedimiento en Uruguay (ley 18.895)	129
d) Procedimiento en República Dominicana (Res. 5C 480/08)	133
§ 17. La situación en Argentina	136
a) Proyecto de ley sobre "Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre la Restitución de Niños y Niñas y Régimen de Comunicación o Contacto Internacionales"	136
b) Proyecto de Código Procesal de Familia Modelo	145
c) Entre Ríos	148
d) San Luis	153
e) Misiones	154
f) Córdoba	157
g) Propuestas efectuadas por la doctrina	160
h) Actuación de la justicia	160
CAPÍTULO IV	
PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LOS CONVENIOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS	
§ 18. Hacia un procedimiento urgente y acotado	163

§ 19. Elaboración y presentación del Proyecto	163
§ 20. Acto de aprobación por la Comisión de Acceso a la Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	164
§ 21. Texto completo del Protocolo	164
§ 22. La aplicación del Protocolo y su implicancia en la protección del ISN	175

CAPÍTULO V

OTROS APORTES PARA LOGRAR UNA EFECTIVA TUTELA JUDICIAL

§ 23. Pautas de actuación	177
a) Protocolo para mediaciones transfronterizas	177
b) Protocolo para el uso de las comunicaciones judiciales directas	179
c) Protocolo de actuación para la determinación del interés superior del niño	180

ANEXOS

ANEXO I

SISTEMATIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA

A. Objetivo y ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980	185
a) Generalidades	185
1. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional. Convención de los Derechos del Niño. Coincidencias	185
2. Instrumentos internacionales. Interés superior del niño. Protección	185
3. Modificación del «statu quo»	185
b) Finalidad del Convenio	186
1. Convención de La Haya de 1980. Objetivos. Protección del niño	186
2. Finalidad del procedimiento de restitución. Subsistencia de los tres elementos. Pérdida de virtualidad del convenio	186
3. Objetivo del Convenio de la Haya de 1980	186
c) Objeto del proceso. Cuestiones excluidas	186
1. Objeto del proceso de restitución internacional de menores	186
2. Objeto de los procesos de restitución internacional de menores. Cuestiones de fondo excluidas	187
3. Cuestiones de fondo excluidas	187
4. Objeto del proceso de restitución internacional de menores. Cuestiones de fondo excluidas	187
5. Cuestiones de fondo excluidas	187
d) Competencia	188
1. Juez competente	188
2. Juez competente para resolver la restitución. Ley aplicable a cuestiones de fondo	188
3. Conflicto de competencia. Código Civil y Comercial de la Nación. Inmediatez. Interés superior del niño. Tutela judicial efectiva	188

e) Ámbito de aplicación	188
— Inaplicabilidad de la Convención de La Haya —menor de 16 años—	188
f) Retención ilícita	189
1. Retención ilícita. Modificación unilateral de la residencia de los menores	189
2. Retención indebida. No configura residencia	189
3. Retención indebida	189
4. Retención ilícita	190
5. Retención ilícita. Carga de la prueba	190
6. Comprobación de que la retención es ilícita. Conocimiento del derecho aplicable	190
7. Inadmisibilidad del pedido de restitución internacional. Falta de acreditación de retención ilícita conforme legislación vigente	190
8. Consentimiento anterior o posterior	191
g) Residencia habitual	191
1. Residencia habitual	191
2. Residencia. Presupuestos	191
h) Trámite y procedencia	191
1. Procedencia de la orden de restitución	191
2. Procedencia del trámite. Acreditación de la ilicitud del traslado o retención	192
3. Trámite. Solución de urgencia y provisoria. Cese de la vía de hecho. Interés superior del niño	192
4. Trámite procesal. Requisitos	192
5. Desestimación de la restitución. Imposibilidad del sustractor de conocer y probar la conducta que se le atribuye	192
i) Oposición a la restitución	193
1. Inadmisibilidad del pedido de restitución. Falta de acreditación de la retención ilícita	193
2. Oposición a la restitución. Implicancias y alcances	193
3. Oposición a la restitución. Pedido extemporáneo. Integración de la menor. Factor tiempo. Grave riesgo. Falta de comprobación de la ilicitud del traslado	193
4. Oposición a la restitución. Interés superior del niño	193
B. Excepciones a la restitución	194
a) Cuestiones generales	194
1. Excepciones. Interpretación restrictiva	194
2. Carácter taxativo e interpretación restrictiva de las excepciones	194
3. Demostración de las excepciones	194
4. Cuestiones económicas no habilitan la oposición a una restitución	194
5. Invocación genérica del beneficio del niño. Insuficiente	195
b) Grave riesgo	195
1. Grave riesgo. Interpretación restrictiva	195
2. Excepción de grave riesgo	195
3. Grave riesgo. Situación intolerable. Presupuestos para su configuración	195
4. Excepciones. Grave riesgo	196
5. Excepciones. Grave riesgo no acreditado	196
6. Excepción de grave riesgo. No configurada	196
7. Excepción de grave riesgo. Configuración	196

8. Excepción de grave riesgo. No se configura. Orden de restitución no implica dilucidar cuestiones de fondo	197
9. Oposición a la restitución. Riesgo cierto. Doble desarraigo	197
10. Situación intolerable	197
c) Integración del niño al nuevo medio	197
1. Integración no constituye un motivo autónomo de oposición	197
2. La integración no habilita la oposición a la restitución	198
3. Excepción de integración no constituye un motivo autónomo	198
4. Integración del menor. No constituye un motivo autónomo de oposición	198
d) Violencia doméstica	198
e) Oposición del niño	199
1. Opinión del niño en el proceso de restitución de menores	199
2. Oposición del menor	199
3. Oposición del menor insuficiente	199
4. Opinión del menor	199
f) Interés superior del niño	200
1. Consideración del interés superior del niño	200
2. Jueces	200
3. Exhortación a las partes a cooperar	201
4. Convención sobre los Derechos del Niño. Convenio de La Haya de 1980	201
5. Responsabilidad del Estado	201
g) Regreso seguro del niño	202
1. Medidas para el regreso seguro del niño	202
2. Regreso seguro. Cooperación de las partes	202
3. Medidas regreso seguro. Falta de contacto con el progenitor. Juez de enlace	202
4. Regreso menos lesivo. Art. 2642 del CCCN. Revinculación paterno filial	202
5. Regreso seguro. Ejecución de la sentencia	203
6. Ejecución de la sentencia. Protección del niño. Regreso seguro	203
7. Regreso seguro. Derecho a la salud. Discapacidad	203
h) Cooperación internacional	203
1. Autoridades centrales. Comunicaciones judiciales directas. Jueces de enlace	203
2. Rol de la autoridad central	204
3. Cooperación internacional	204
i) Factor tiempo. Demoras en los procesos	204
1. Convenio de La Haya 1980. Duración de los procesos. Demoras	204
2. Celeridad. Responsabilidad del Estado	204
3. Factor tiempo. Demora en el proceso de restitución. Inexistencia del presupuesto del trámite urgente	205
4. Factor tiempo. Falta de ponderación. Modificación del «statu quo». Tratados internacionales	205
5. Solicitud de restitución. Consideración del factor tiempo. Arraigo. Estabilidad psíquica y emotiva del niño	205
j) Jurisdicción de la Corte Suprema	205
1. Competencia de la Corte Suprema de Justicia	205
2. Corte Suprema. Habilitación de la instancia extraordinaria. Discrepancias con lo decidido	206

3. Recurso. Conductas contradictorias de las partes. Compromisos asumidos en la otra jurisdicción	206
4. Cuestión federal. Interpretación de los Tratados. Recurso extraordinario	206
5. Procurador general de la Nación. Intervención	207
6. Suspensión de los efectos de la sentencia de la Corte. Falta de intervención del defensor oficial	207
7. Suspensión de los efectos de la sentencia de restitución. Falta de intervención del procurador general de la Nación	207
k) Ejecución de la sentencia. Conducta procesal	207
1. Exhortación con mesura en el ejercicio de derechos. Cooperación. Solución amistosa	207
2. Exhortación a las partes. Regreso seguro. Ejecución de la sentencia	207
3. Ejecución de la sentencia. Colaboración de las partes	208
4. Ejecución. Exhortación progenitores	208
5. Ejecución de sentencia. Jueces. Regreso seguro	208
6. Exhortación. Interés superior del niño. Derecho a la intimidad	209

ANEXO II

INTEGRANTES DE LA RED INTERNACIONAL DE JUECES DE LA HAYA

-----	211
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	219