

Ejecución de las sentencias en el derecho de familia

El proceso de restitución internacional de niños

María Mercedes Sosa¹

Sumario: **I.** Tutela jurisdiccional efectiva y restitución internacional de niños. **II.** Criterios jurisprudenciales. **III.** Ejecución de la sentencia. **IV.** A modo de cierre.

I. Tutela jurisdiccional efectiva y restitución internacional de niños

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva se concreta cuando la sentencia se ejecuta. La sentencia adquiere eficacia vertical y horizontal cuando los organismos del estado que deben participar en su ejecución y los particulares a quienes va dirigida, respetan y obedecen la decisión jurisdiccional².

El proceso concluye cuando la sentencia es ejecutada; en consecuencia, su incumplimiento vulnera la garantía de la tutela judicial efectiva. Esta afirmación no merece debate alguno. Sin embargo, nos remite a pensar o repensar al proceso desde una óptica integradora, pues la frustración de la ejecución de la sentencia adquiere dimensiones de igual o superior importancia que el logro del dictado de la misma. Cuando la sentencia no se acata, ésta se transforma en un discurso vacío, un conjunto de razonamientos e inferencias y justificaciones carentes de eficacia. Y además, coloca a quien recurrió ante la jurisdicción y obtuvo un pronunciamiento favorable, en una situación disvaliosa, pues su derecho reconocido no puede ser realizado.

Esta inobservancia provoca mayores daños cuando se trata de decisorios que afectan directamente a la vida de las personas, de los niños, niñas y adolescentes inmersos en un proceso de restitución. Cuando la familia se quiebra, en principio no hay orden, hay desorientación, las cotidaneidades con las que se convivían se esfuman, se abre en ella

¹ Juez de Familia N° 2 de Corrientes, provincia de Corrientes.

Juez integrante de la Red Nacional de Jueces para el cumplimiento de la Convención de la Haya en materia de restitución internacional. Designada por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acuerdo N° 6/12, punto 13° del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Corrientes.

² In extenso MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*, Biblioteca de Derecho Procesal, Directores Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 206 y ss.

una operatoria de transformaciones en los vínculos que supone un complejo trabajo de reconocimiento de pérdidas, reformulación de las modalidades de intercambio relacional y necesidad de creación o producción de otras alternativas vinculares. Es lo que se denomina momento de deconstrucción y momento de nuevas construcciones. Por ello, cuando los padres no saben o no pueden construir un nuevo orden familiar, se producen las disputas, en las cuales el objetivo principal -ya lo sabemos- son los hijos.

En este tiempo de planteamientos de una nueva forma de vida familiar, una de las conductas que adoptan los progenitores inmersos en el conflicto es proceder al traslado de los hijos, generalmente sin el consentimiento del progenitor no conviviente. Ello da lugar al proceso de restitución en sus dos modalidades: 1) interna, 2) por pedido efectuado entre estados (estado requirente-estado requerido).

La restitución de un niño que es retenido o trasladado en forma ilícita tiene tratamiento tanto en el derecho local como en el derecho internacional.

En el primer caso, los códigos locales no prevén un procedimiento específico. El pedido de restitución suele plantearse como medida cautelar o como incidente derivado del incumplimiento del régimen de visitas (el padre o madre no conviviente que detenta un régimen de visitas pactado o establecido judicialmente retiene consigo al niño y no lo reintegra, desobedeciendo la manda judicial).

Cuando la retención o traslado en forma ilícita o ilegal se produce a un país diferente al considerado el lugar habitual de residencia, procede la aplicación del Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores aprobada por ley 23857 (en adelante el Convenio, CH 1980), y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores adoptada en Montevideo, República Oriental del Uruguay del 15 de julio de 1989.

En el ámbito del derecho procesal de familia no existe una regulación específica y concreta para ambos casos. Estamos en presencia de orfandad procedimental³. Ello genera desgaste jurisdiccional y lleva en la mayoría de los casos a la adopción de

³ In extenso SOSA, María Mercedes, *Restitución internacional de niños. Cuando el tiempo garantiza los derechos*, en www.ceprocesales.org.

medidas inoficiosas que atentan palmariamente contra los principios de tutela judicial efectiva y plazo razonable.

Adelanto que el análisis versará sobre la fase de la ejecución de una sentencia de restitución internacional firme, quedando excluido el examen particular de las cláusulas de neto corte procesal del Convenio (plazos, excepciones a la obligación de restituir, derecho de visita, etc.)⁴.

Partiendo del presupuesto enunciado precedentemente -adoptar una visión integradora del proceso que procure la realización cierta de la tutela jurisdiccional- en los procesos de restitución internacional de niños, la tutela judicial efectiva no se agota con el dictado de la sentencia, sino que se concreta con su ejecución y con el seguimiento y contralor del cumplimiento de la decisión por parte del tribunal que dictó el fallo.

II. Criterios jurisprudenciales

La Corte Suprema de Justicia de la Nación

Es criterio sostenido y reiterado de la Corte Suprema de Justicia que se debe restituir al niño al país de su residencia habitual.

En la causa: "S., D. c/ R., L. M. si reintegro de hijo y alimentos" de fecha 02 de julio de 2013, dijo:

“...6°) Que a los efectos de una mayor comprensión de las cuestiones que se plantean en la presente causa, resulta pertinente destacar las siguientes circunstancias relevantes: la señora L. M. R, de nacionalidad argentina, y el señor D.S., de nacionalidad italiana, convivieron desde el año 1993 y contrajeron matrimonio el 28 de julio de 2002 en Corigliano, Calabro (provincia de Cosenza, Italia) donde nacieron sus tres hijas: C. S. R. el 16 de julio de 1997, M. F. S. R. el 25 de septiembre de 2000 y V. S. R. el 12 de enero de 2004. Las menores vivieron junto a sus padres de manera ininterrumpida en su ciudad natal hasta el mes de septiembre de 2008, oportunidad en que L. M. R le informó a D. S. su intención de viajar a la Argentina con las hijas de ambos a fin de visitar al abuelo materno que sufría un problema de salud. Alega -de manera exagerada según sus propios dichos (fs. 264)- que la situación era grave porque había padecido un derrame cerebral y que en consecuencia le solicitaba la pertinente autorización para que las tres niñas pudiesen viajar con ella. D. S. otorgó el permiso requerido y las menores debían regresar a Italia el 21 de septiembre de ese mismo año. En virtud de que no retornaron en la fecha prevista, el progenitor el 5 de noviembre de 2008, inició el pedido de restitución internacional de sus tres hijas ante

⁴ Idem 3

la Autoridad Central italiana de acuerdo con el procedimiento establecido por el CH 1980 (conf. fs. 16).

7°) Que habida cuenta de que el presente caso trata de un pedido de restitución internacional de tres niñas a Italia, que se encuentra regido por las pautas establecidas en el CH 1980 corresponde, en primer lugar, tener por reproducidos todos los criterios interpretativos sentados por esta Corte Suprema respecto de dicha norma en los sucesivos supuestos análogos en los que ha debido intervenir (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604 y 2396; 334: 913, 1287 Y 1445, causas G. 129.XLVIII "G., P. C. c/ H., S. M. s/reintegro de hijo", sentencia del 22 de agosto de 2012; H. 102. XLVIII "H. C., A. c/ M. A., J. A. s/restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores", sentencia del 21 de febrero de 2013 y F.354. XLVIII "F., C. del C. c/ G., R. T. s/ reintegro de hijo", sentencia del 21 de mayo de 2013).

8°) Que en el caso no se encuentra controvertido por las partes que el lugar de residencia habitual de las menores C., M. F. y V. con anterioridad a su traslado a este país, a los efectos del CH 1980, era la ciudad de Corigliano, Calabró, Italia, pues no solo fue el lugar donde nacieron sino también donde desarrollaron sus actividades educativas y sociales hasta la fecha en que se produjo el viaje a la Argentina. Dicho ello, corresponde determinar si en el caso existió el traslado o retención ilícita que requiere el mencionado convenio.

9°) Que de acuerdo a la legislación italiana, en el momento del traslado, D. S. ostentaba el ejercicio compartido de la responsabilidad parental (arts. 155, 316, 317, 317 bis, 327, 343 y concordantes del Código Civil Italiano) y ambos progenitores son contestes en que existió una autorización para que la madre viajase con las hijas con fecha de regreso el 21 de septiembre de 2008. No hay duda entonces de que el traslado fue lícito en los términos del CH 1980, no así la retención de las niñas en la Argentina por parte de la progenitora, dado que no retornaron en la fecha pactada.

10°) Que acreditada la ilicitud a la que el CH 1980 supedita la operatividad del procedimiento de restitución, corresponde examinar si se ha configurado la excepción invocada por la Asesora de Menores en su recurso extraordinario consistente en el grave riesgo que correrían las niñas en caso de que se rechace, al colocarlas en la situación intolerable de tener que regresar a Italia junto al progenitor contra su voluntad (art. 13, inc. b). A tal fin, es menester recordar que el mencionado convenio determina como principio la inmediata restitución del menor y, en consecuencia, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar su finalidad (conf. parágrafo 34 del informe explicativo de la profesora Elisa Pérez-Vera, Ponente de la Primera Comisión Redactora del Convenio por Encargo del Décimo Cuarto Período de Sesiones de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado). En tal sentido, esta Corte ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980 (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:604).

11°) Que teniendo en cuenta lo anteriormente expresado respecto a la apreciación rigurosa y prudente que debe efectuarse del material probatorio destinado a acreditar la "situación intolerable" que configuraría la excepción invocada, de la compulsión del expediente no surgen pruebas determinantes que permitan hacerla

operativa. En efecto, los informes técnicos agregados a la causa, en particular los que refieren a los encuentros entre las profesionales intervinientes y las niñas, dan cuenta del vínculo disfuncional de las menores con su progenitor. Sin embargo, el informe de la perito psicóloga del Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de La Plata, concluye que "teniendo en cuenta los factores de riesgo en las separaciones o divorcios altamente destructivos: morbilidad (tendencia al suicidio), fracasos escolares, enfermedades psicosomáticas, severas perturbaciones psicológicas (trastornos en el desarrollo, trastornos de ansiedad, trastornos en la alimentación) las niñas C., M. F. y V. no presentaron estos signos al momento de ser evaluadas" (fs. 234 vta.).

12°) Que en lo que hace a la opinión de las menores, esta Corte ha señalado que en el marco del CH 1980, su ponderación no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, y que el convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado, sino que la posibilidad del art. 13 -penúltimo párrafo- solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia, sino al reintegro al país de residencia habitual (conf. causa G. 129.XLVIII "G., P. C, c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", sentencia del 22 de agosto de 2012 y H.102.XLVIII "H. C., A. c/M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores", sentencia del 21 de febrero de 2013).

Considerando dicha inteligencia y que la excepción de grave riesgo solo procede, como ha interpretado este Tribunal, cuando el traslado le configuraría un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un cambio de lugar de residencia o la ruptura de la convivencia con uno de los padres, corresponde concluir que en el caso no se ha acreditado una verdadera oposición, entendida como un "repudio irreductible a regresar". De fs. 124/125, 151/152, 228/229, 233/234, 300 y 342/342 vta. surge que las niñas no quieren regresar a Italia "bajo el cuidado de su padre", es decir, que no es una resistencia absoluta al retorno. En efecto, esa oposición se vincula con las experiencias vividas en ese país junto al progenitor y a los relatos de la madre en punto a la personalidad violenta de éste, así como también que en la actualidad están adaptadas a la vida en Argentina, circunstancia que no constituye un motivo autónomo de oposición (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:2396).

13°) Que no escapa al examen que se realiza la gravedad de las declaraciones efectuadas por la demandada y referidas por la adolescente C. a profesionales que intervinieron en la causa en cuanto a la existencia de comportamientos inadecuados y violentos por parte de D. S., pero la decisión de restituir a las tres menores al lugar de residencia anterior al desplazamiento, poniendo fin a una situación irregular, no implica resolver que las niñas deberán retornar para convivir con su progenitor. Ello es así pues la influencia que conductas como las descriptas puedan tener respecto de la custodia o guarda del niño hacen al mérito que es posible atribuir al progenitor para ejercer dicha guarda, lo que no es materia de este proceso sino de las autoridades competentes del Estado de residencia habitual, quienes se encuentran al tanto de la situación según surge de fs. 268/271.

14°) Que tampoco existen constancias claras y convincentes que permitan vislumbrar que el progenitor consintió la estadía de las menores en Argentina, lo que

hubiese configurado la excepción prevista por el arto 13, inc. a del CH 1980. En efecto, dicha parte instó en todo momento el procedimiento de retorno y, aun cuando la nota de la Oficina de Bienestar Social (Welfare Office), dependiente del Ministerio de Justicia del Menor obrante a fs. 268/271 sugería la posibilidad de entablar un régimen de visitas, con posterioridad frente a una consulta de la mencionada oficina (fs. 323/327), el actor ratificó su intención de continuar con el trámite iniciado en los términos del CH 1980. Asimismo, reiteró el deseo de que las niñas regresen a Italia y agregó que sus ingresos económicos le permiten mantenerlas durante su crianza.

15°) Que en síntesis, lo debatido en autos trata de una solución de urgencia y provisoria, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo (conf. art. 16 del CH 1980 y Fallos: 328:4511 y 333:604). Por otro lado como ya se ha señalado, la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento del CH 1980, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo; y la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución.

16°) Que con el objeto de lograr el cumplimiento de un retorno seguro de las niñas a su lugar de residencia habitual, esta Corte Suprema ha destacado en reiteradas oportunidades el rol primordial que cumplen las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido en este tipo de procesos, la obligación que tienen de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio, y el deber de garantizar la restitución del menor sin peligro (conf. art. 7° del CH 1980 y Fallos: 334:1287 y 1445 y causa G. 129.XLVIII "G., P. C. c/H., S. M. s/ reintegro de hijo., sentencia del 22 de agosto de 2012).

17°) Que en virtud de lo señalado, este Tribunal entiende que corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que, por medio de los mecanismos idóneos que se encuentren a su disposición, deberá:

a) actuar coordinadamente con su par italiana en función preventiva -arbitrando los medios informativos, protectorios y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester-, en orden a que el regreso transcurra del modo más respetuoso a la condición personal de las niñas y a la especial vulnerabilidad que deviene de las etapas vitales por las que atraviesan;

b) poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades que presenta el caso; y,

e) comunicar a su par italiana la necesidad de establecer a través de la Oficina de Bienestar Social (Welfare Office), dependiente del Ministerio de Justicia del Menor, un estricto seguimiento del proceso y de las condiciones sociales, habitacionales y educativas de las menores una vez que se haya realizado el retorno seguro con los mecanismos existentes para dicho fin.

18°) Que por último, teniendo en mira el interés superior del niño -que debe primar en este tipo de procesos- y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el señor D. S. a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde

exhortar a los padres de C., M. F. y V. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación cabe dirigir al tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para las menores y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Por ello, oído el señor Defensor Oficial ante esta Corte y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara mal concedido el remedio federal de fs. 259/265 vta., formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la Asesora de Menores y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber a la Autoridad Central argentina lo establecido en el considerando 17°. Asimismo, esta Corte exhorta a los progenitores de las menores y al tribunal de familia a cargo de la causa en los términos del considerando 18°. Notifíquese, devuélvase y comuníquese con copia a la Autoridad Central”.

En los autos: “E. S. s/reintegro de hijo”, en fecha 11 de junio de 2013 resolvió:

“1°) Que contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que, al hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley deducido por S. E., revocó el fallo del tribunal de familia y ordenó la restitución del menor A.M.G. a la ciudad de Ámsterdam, Holanda, A.V.G. por si y en representación de su hijo, y la titular de la Asesoría de Incapaces N° 4 del Departamento Judicial de La Plata, interpusieron sendos remedios federales que fueron concedidos a fs. 368/369.

2°) Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitirse por razones de brevedad.

Que sin perjuicio de lo expresado en el citado dictamen sobre el tema, en lo que respecta a la excepción que contempla el grave riesgo y a los argumentos invocados en particular por la progenitora para sustentar su configuración en el presente caso - algunos de ellos reiterados en la presentación de los Amigos del Tribunal efectuada a fs. 512/521-, esta Corte estima conveniente distinguir con claridad dos órdenes de consideraciones: por un lado, la conveniencia de que la titularidad de la guarda del niño recaiga en la madre o en el padre, tema que resulta ajeno a esta instancia; y por el otro, la procedencia de la restitución, que es el único debate al que se encuentran autorizadas las autoridades del país requerido.

3°) Que, en relación con dichas consideraciones, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de afirmar que el proceso de restitución internacional no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido en autos trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo (conf. art. 16 de la Convención de La Haya 1980 y Fallos: 328:4511

y 333:604 y causa H. I02. XLVIII "H. C., A. c/M. A., J.A., sentencia del 21 de febrero de 2013).

Asimismo, cabe reiterar que la decisión de restituir a A.M.G. a su lugar de residencia habitual con anterioridad al desplazamiento, poniendo de ese modo fin a una situación irregular, no implica resolver que el niño deberá retornar para convivir con su progenitor, ni supone quitarle la guarda a la madre, como sostiene en su dictamen la señora Procuradora Fiscal subrogante. La influencia que el comportamiento en el que pudiese haber incurrido el padre vaya a tener respecto de la custodia o guarda del niño, hace al mérito que es posible atribuir al progenitor para ejercer dicha guarda, lo que como ya se ha señalado, no es materia de este proceso sino diferida a las autoridades competentes del Estado de residencia habitual en donde deberá investigarse la cuestión (conf. causa H. I02. XLVIII "H. C., A. c/ M.A., J.A., sentencia del 21 de febrero de 2013).

4°) Que, por otro lado, en lo que hace a la excepción contemplada por el art. 13, inc. b, del CH 1980, al margen de que la progenitora recurrente no invocó el tema de los maltratos o de violencia familiar al contestar el pedido de restitución, el débil planteo efectuado por aquélla en sus presentaciones -examinado en el punto VII.i del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante- sumado al carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980, impiden tener por configurada la citada excepción; más aún si se tiene en cuenta que la progenitora ya ha invocado ante los tribunales holandeses alegaciones del tenor de las mencionadas y, frente a ello, tales jueces resolvieron la ampliación del régimen de contacto entre padre e hijo (conf. fs. 68/72).

5°) Que por último, teniendo en mira el interés superior del niño -que debe primar en este tipo de procesos- y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, este Tribunal entiende que además de la recomendación efectuada en el 4° párrafo del punto VIII del dictamen, corresponde exhortar a los padres de A.M.G. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación cabe dirigir al tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Por ello, oído el señor Defensor Oficial ante esta Corte y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declaran formalmente admisibles los recursos extraordinarios deducidos y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Esta Corte exhorta a los progenitores del menor en los términos del 4° párrafo del punto VIII del dictamen. Igual exhortación cabe dirigir al tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos. Notifíquese, comuníquese con copia a la Autoridad Central argentina, a los efectos de que actúe de conformidad con lo expresado en el 5° párrafo. Devuélvase”.

En el fallo de fecha 21 de febrero de 2013, en los autos caratulados: “H. C., A. c/M. A., J. A. s/restitución internacional de menor s/Oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, la Corte expresó:

“...8°) Que habida cuenta de que el presente caso trata de un pedido de restitución internacional de un niño a España que se encuentra regido por las pautas establecidas en el CH 1980 corresponde, en primer lugar, tener por reproducidos todos los criterios interpretativos sentados por esta Corte Suprema respecto de dicha norma en los sucesivos supuestos análogos en los que ha debido intervenir (conf. Fallos 318: 1269; 328: 4511; 333: 604 y 2396; 334: 913, 1287 y 1445 y causa G. 129. XLVIII “G., P. C. c/H., S. M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012).

17°) Que asimismo, no puede dejar de reiterarse que el presente proceso no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido en autos trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia del menor por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo (conf. art. 16 del CH 1980 y Fallos 328: 4511 y 333: 604).

20°) Que con el objeto de lograr un retorno seguro del menor a su lugar de residencia habitual, esta Corte Suprema ha destacado en reiteradas oportunidades el rol primordial que cumplen las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido en este tipo de procesos, la obligación que tienen de cooperar entre sí y las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio, y el deber de garantizar la restitución del menor sin peligro (conf. art. 7° del CH 1980 y Fallos 334: 1287 y 1445 y causa G. 129. XLVIII “G., P. C. c/H., S. M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012).

En efecto, sobre las bases de las Guías Prácticas del convenio, el tribunal ha señalado, que tales obligaciones deberían implicar, entre otras cuestiones: a) la protección del bienestar del menor al momento del retorno hasta que la competencia del tribunal apropiado haya sido invocada efectivamente; b) el aporte mutuo de información acerca de la asistencia jurídica, financiera y social –que debe garantizarse al padre sustractor que desee acompañar a su hijo-, y de todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente; c) la implementación de “órdenes de retorno sin peligro” (safe returns orders), que no es más que establecer procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la cual el menor es retornado, todas las medidas provisionales de protección necesarias antes de la restitución, y d) la ayuda para acudir a los tribunales locales lo más rápido posible (Conf. Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, puntos 3.18, 3.20, 4.23, 4.24 y 6.3, págs. 41/43, 60/61 y 79/80; Fallos 334: 1287 y 1445 y causa G. 129 XLVIII “G., P. C. c/H., S. M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012).

21°) Que habida cuenta de lo señalado y en virtud de lo expresado respecto de la existencia de comportamientos inadecuados por parte de la progenitora que promovió la presente restitución y las consecuencias que éstos podrían traer aparejadas respecto de la salud psicofísica del niño R. M. H., esta Corte entiende que corresponde hacer saber a la

Autoridad Central argentina que, por medio de los mecanismos idóneos, deberá: a) actuar coordinadamente con su par española en función preventiva –arbitrando los medios informativos, protectorio y de asistencia jurídica, financiera y social que fuera menester- en orden a que el regreso transcurra del modo más respetuoso a la condición personal del niño y a la especial vulnerabilidad que deviene de las etapas vitales por las que atraviesa y, b) poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita del menor, dadas las particularidades que presenta el caso.

22º) Que por último, teniendo en mira el interés superior del niño que debe primar en este tipo de procesos y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde exhortar a los padres de R. H. M. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación cabe dirigir al juez de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos. Se confirma la sentencia apelada. Y el Tribunal exhorta a los padres del menor y al juzgado interviniente en la causa actuar en la forma indicada en este pronunciamiento”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

El fallo Fornerón⁵, demuestra a claras luces el proceder activo de la CIDH al transformar su sentencia en una sentencia de seguimiento estableciendo específicamente directrices a aplicar por los magistrados en el derecho interno. Ellas son:

1) Establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor Fornerón y su hija. Implica un proceso de acercamiento progresivo a fin de construir un vínculo entre padre e hija quienes no han tenido contacto durante el lapso de doce años.

2) ¿Cómo se logrará esa vinculación? La Corte señala: debe estar guiado e implementado por uno o más profesionales expertos en la materia, idóneos, con conocimiento cabal de la sentencia, debiendo éstos proponer un plan de trabajo. Asimismo, padre e hija deben contar con apoyo terapéutico previo y posterior, si ese es su deseo, a los encuentros.

3) El Estado debe garantizar y proveer todos los recursos materiales y condiciones que determinen los expertos para que se produzca el proceso de vinculación, como ser licencias laborales, gastos de traslado, estadía y alimentación, espacios físicos adecuados.

⁵ CIDH, 27-4-2012, “Fornerón e hija vs. Argentina”, Serie C, N° 242 en www.corteidh.or.cr.

Ver también SOSA, María Mercedes, “Los últimos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Implicancias en materia procesal. Aportes para la reparación de derechos vulnerados en el proceso de familia”, en Nuevas herramientas procesales, Peyrano, Jorge, Director W. , Esperanza, Silvia L., Pauletti, Ana Clara, Coordinadoras, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2013, p. 271/279.

4) El Estado debe garantizar que por el bienestar de la niña y el adecuado desarrollo del proceso de vinculación, la familia adoptiva facilite, colabore y participe de este proceso.

5) Consideración de la voluntad y opinión de la niña: de acuerdo al grado de desarrollo y autonomía personal, a fin de que pueda adoptar decisiones para su proyecto de vida. Los expertos a cargo del proceso deben asegurar que la menor en cuestión tenga conocimiento de sus derechos.

6) El proceso de vinculación debe considerar mecanismos idóneos para que el padre se involucre en la vida de su hija debiendo recibir información periódica sobre los distintos aspectos de su vida y su desarrollo.

De los antecedentes jurisprudenciales citados surge que:

- ✓ La CH 1980 regula el procedimiento para los casos de restitución internacional; su naturaleza es netamente procesal.
- ✓ El proceso de restitución internacional tiene por objetivo decidir si medió traslado o retención ilícita por parte del progenitor sustractor. No persigue dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño sino que se trata de una solución de urgencia y provisoria.
- ✓ Las excepciones a la obligación de restituir son de carácter taxativo y deben interpretarse en forma rigurosa y restrictiva a fin de no desvirtuar el propósito del Convenio.
- ✓ La decisión sobre el derecho de fondo corresponderá al juez competente en la materia (magistrado del lugar donde el niño restituído tenía su residencia habitual).
- ✓ Se reitera y enfatiza sobre la celeridad que debe imprimirse a este trámite debiendo dictarse la sentencia dentro de un plazo razonable.
- ✓ Se confiere primacía al principio del interés superior del niño y a su derecho a ser oído (siempre que la edad y el desarrollo madurativo del niño en litigio lo permita).
- ✓ Se observa que en los últimos fallos sobre restitución internacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece pautas para su ejecución, indica la forma en que debe realizarse la restitución, obliga al seguimiento, control y contacto entre las Autoridades Centrales de Aplicación para garantizar el retorno del niño, niña o adolescente del modo menos lesivo para su integridad física y

psíquica. Los fallos no se limitan a resolver sino también a disponer el control de su cumplimiento.

- ✓ Existe consenso al sostener que en la concreción de los derechos tutelados por las sentencias, se sustenta la legitimación del proceso judicial.

III. Ejecución de la sentencia

Con lenguaje claro y concreto las decisiones sobre restitución internacional dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación establecen directivas precisas para garantizar su ejecución.

Así, ordena a la Autoridad Central Argentina de aplicación del Convenio de la Haya diversas acciones:

- 1) Actuar en forma coordinada con su par correspondiente al Estado requirente debiendo arbitrar los medios informativos, protectorios y de asistencia jurídica, financiera y social, para que el regreso transcurra del modo más respetuoso a la condición personal de las niñas y a la especial vulnerabilidad que deviene de las etapas vitales por las que atraviesan.
- 2) Poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia de resolver la cuestión de fondo y la relacionada con el contacto⁶ y visita de los niños con el padre o madre no conviviente.
- 3) Comunicar a la Autoridad Central del Estado requirente que a través del organismo administrativo pertinente realice un estricto seguimiento del proceso y de las condiciones sociales, habitacionales y educativas del niño una vez que se haya realizado el retorno seguro.
- 4) También solicita a los progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de la sentencia a los fines de evitar una experiencia más conflictiva. Idéntico pedido efectúa al tribunal de familia a cargo de la causa que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

⁶ Al efecto se puede consultar *“Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y guía de buenas prácticas”* www.hcch.net

Estas disposiciones deben ser cumplidas por el juez de familia del modo más activo y diligente posible. Es una función extraordinaria. Debe organizar el circuito y activar el mecanismo de la restitución requiriendo la intervención de todos los organismos que cuente en su jurisdicción para materializar la medida. Así, por ejemplo, puede solicitar al Poder Ejecutivo la colaboración y –en su caso- intimar su participación para el cumplimiento de la sentencia (intervención del Ministerio de Gobierno, Jefatura de Policía, Ministerio de Justicia a efectos de arbitrar las medidas para el traslado); dentro de la órbita del Poder Judicial puede ordenar la participación de asistentes sociales que acompañen al niño, niña, adolescente cuya restitución se ha ordenado, como así también la intervención de psicólogos que contengan al niño o niños que deban regresar al lugar de su residencia habitual; debe trabajar en forma coordinada con los Jueces de Enlace y las autoridades administrativas y Centrales para la Aplicación del Convenio.

Se impone la presencia de un juez de familia activo. Debe hacer uso de todas las facultades ordenatorias e instructorias que le otorga la ley adjetiva, flexibilizar las formas, adoptar decisiones de oficio, facilitar su comunicación a través de los medios tecnológicos que se encuentren a su disposición (vía telefónica, fax, correo electrónico), comunicarse con la Embajada del Estado requirente para concertar esfuerzos y trabajo, etc., todo ello en pos de lograr una justicia de resultado.

IV. A modo de cierre

El derecho procesal de familia requiere en forma urgente el dictado de una legislación específica para regular los casos de restitución internacional de niños, cuyo marco normativo se encuentra establecido por la Convención de la Haya de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Este procedimiento debe ser abreviado, con plazos procesales reducidos, actividad probatoria restringida y apelación limitada. Por otra parte -mientras se sustancia el pedido de restitución- se debe resolver la cuestión relativa a la adecuada comunicación entre el niño, niña o adolescente con el padre o madre no conviviente.

La ejecución de una sentencia que resuelve la restitución de un niño al estado que constituía su residencia habitual no es tarea sencilla. La cuestión no se limita al dictado de una decisión jurisdiccional sino también a coordinar con posterioridad los mecanismos administrativos dependientes de otros poderes del estado (requerido y

requiriente) para que se ejecute la sentencia. El rol del juez de familia en esta tarea es esencial.

Para hacer efectiva la garantía de la tutela judicial efectiva debe llevarse a cabo un estricto seguimiento e información periódica sobre las condiciones en que se produce el retorno seguro de un niño y también sobre los resultados de la decisión jurisdiccional del juez competente.

La ecuación integrada por la ejecución de las decisiones judiciales y la efectividad de los derechos, constituye un desafío vigente del derecho procesal para restaurar la confianza en la justicia.