

# XXVII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

## COMISIÓN PROCESAL DE FAMILIA

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE FAMILIA FUERA DE LA  
JURISDICCIÓN DEL ÓRGANO QUE LA DICTA

### “RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y TUTELA EFECTIVA”

*por Mabel A. De los Santos*

*“Hay un guardián ante la Ley. A ese guardián llega un hombre de la campaña que pide ser admitido a la Ley...”. FRANZ KAFKA, “Ante la Ley”.*

*“Las decisiones relativas a los niños requieren tratamiento urgente, pues el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediables”  
TEDH, 22/6/2004, “P-B y M-A c/ Rumania”, entre otros.*

***SUMARIO: 1. Restitución internacional y tutela efectiva: aspectos que involucra. a) Marco jurídico, b) Pautas que resultan del esquema normativo. 2. Naturaleza jurídica de la acción de restitución. 3. Trámite y caracteres. Propuesta legislativa. 4. La ejecución de la sentencia. 5. Algunas conclusiones.***

#### **1.- Restitución internacional y tutela efectiva: aspectos que involucra:**

Como es sabido, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que abarca no sólo el acceso a la jurisdicción, sino que es también un derecho a los proveimientos adecuados y a las medidas ejecutorias eficaces para el efectivo cumplimiento de las mandas judiciales.

Si el Estado posee un deber de protección y, por ello, de prestar la tutela jurisdiccional efectiva, el Poder Judicial no puede tratar a la ejecución como algo que no le incumbe, dejándola a la libre disposición de aquél que obtuvo la sentencia pues la tarea jurisdiccional no termina, cuando el derecho depende de su actuación sobre la realidad, en el momento en que la sentencia es dictada. Y dicho concepto adquiere mayor exigibilidad cuando se encuentran involucrados derechos de la niñez y la adolescencia.

Los casos de restitución internacional de menores son cada vez más numerosos y dan cuenta de las dificultades que plantea asegurar la tutela judicial efectiva en la materia. El incremento de las causas judiciales es consecuencia de un fenómeno relacionado con la llamada

“internacionalización de las familias”, vale decir, familias formadas por individuos de distinta nacionalidad o que deciden emigrar, de modo que, ante las desavenencias conyugales se producen decisiones unilaterales que modifican el *statu quo*, trasladando y reteniendo a los hijos en un lugar diferente del de su residencia habitual.

No se desconoce que la problemática de la restitución internacional de menores constituye sólo un capítulo del tema mayor de la ineficacia de las resoluciones judiciales ante el impedimento del derecho de contacto con los hijos cuando los padres se han separado. Sin embargo, su tratamiento procesal diferenciado es insoslayable pues las dificultades que plantea asegurar la prestación de tutela efectiva en la materia se vinculan no sólo con la ejecución de la sentencia, sino también con el trámite aplicable al procedimiento de restitución, que serán los aspectos que abordaré seguidamente.

Adviértase que la realidad jurisprudencial<sup>1</sup> evidencia problemas tanto vinculados al trámite aplicable al proceso abierto con el pedido de restitución ante la inexistencia de normas precisas y acordes con las convenciones internacionales que regulan la restitución como, también, problemas vinculados estrictamente a la ejecución de la sentencia. Tal problemática exige soluciones legales y jurisdiccionales, que es necesario abordar, pues comprometen la responsabilidad del Estado y exigen acciones positivas por parte de los distintos poderes que lo integran.

No debe soslayarse que la excesiva duración de los trámites de restitución y las demoras y obstáculos al cumplimiento efectivo de las órdenes de restitución ponen en crisis la garantía de la tutela judicial efectiva y oportuna de los derechos. La crisis de efectividad en la materia adquiere un cariz de mayor gravedad puesto que asegurar la eficacia de la actuación

---

<sup>1</sup> CSJN, “R., M.A. c. F., M.B.”, 21/12/2010, Fallos 333:2396, comentado por **RAYA DE VERA**, Eloisa B., “El factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores”, LaleyOnline AR/JUR/81562/2010, entre otros.

judicial es un imperativo de orden constitucional que se acentúa cuando están comprometidos los derechos de los niños.<sup>2</sup>

Por otra parte, cabe recordar que la garantía de la tutela efectiva constituye un mandato dirigido no sólo al legislador, quien debe suministrar las normas procedimentales adecuadas para hacer realidad los derechos sustanciales, sino también al juez, quien en la interpretación y aplicación de las normas legales existentes debe optar por la más idónea para asegurar esa clase de tutela<sup>3</sup>. Al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *“cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional”*.<sup>4</sup>

Analizaremos entonces el marco normativo que resulta de los tratados suscriptos por el país, para abordar la problemática que conspira contra la garantía de tutela efectiva en la materia y que se plantea tanto en el ámbito del trámite aplicable al proceso de restitución, como en la ejecución de las sentencias respectivas.

a) **Marco jurídico:**

La *Convención sobre los Derechos del Niño* (Ley 23.849) establece que los Estados partes deben garantizar las relaciones parentales frente al riesgo de traslados y retenciones indebidas. Esta obligación del Estado se materializa a través de tres tratados restitutorios, a saber:

1.- La *Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores* (CH 1980), ratificada por Ley 23.857. La Convención fue aprobada en el seno de la Conferencia de la Haya el 25 de

---

<sup>2</sup> El art. 4 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño dispone: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”*.

<sup>3</sup> **DE LOS SANTOS**, Mabel, “Las garantías constitucionales del proceso civil” en MANILI y otros, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, internacional y transnacional*, T. I, p. 553, Ed. La Ley, 2010.-

<sup>4</sup> CSJN, 23/11/2004, “M.S.A. s/ Materia Prev. s/recurso de amparo”, M. 3805.XXXVIII.

octubre de 1980 y entró en vigencia para nuestro país el 1 de junio de 1991, habiendo sido ratificada por 81 estados.

2.- La *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores* (CIDIP IV), que entró en vigencia para nuestro país el 15/2/2001, al ser ratificada por Ley 25.358. La Convención Interamericana ha sido firmada por Brasil, México, Paraguay, Uruguay y Argentina.

3.- El *Convenio Bilateral sobre Protección Internacional de menores*, (CBAU) firmado por nuestro país y Uruguay (Ley 22.564), que rige desde el 31/7/81 y tiene la particularidad de que, al ser un convenio entre dos países, opera de manera diferente a las convenciones antes citadas, puesto que instaura un procedimiento en el cual la decisión final es tomada por el juez de la residencia habitual, mientras que en las otras dos convenciones la decisión de restituir o no al niño o adolescente es tomada por el juez del lugar donde se produjo el traslado o retención ilícita<sup>5</sup>.

Integra también el esquema normativo aplicable el *Convenio Interamericano sobre tráfico internacional de menores* (CIDIP V), el que es aplicable a los aspectos penales de prevención y punición del tráfico internacional de menores cuando media sustracción, traslado o retención -o tentativa- con propósitos ilícitos como la prostitución, la explotación sexual o utilizando medios ilícitos de engaño o pago, para lograr el consentimiento de los progenitores o personas a cuyo cargo se encuentre el menor.

Cabe puntualizar que el objetivo primordial de las CH 1980, CIDIP IV y el Convenio Bilateral Argentino-Uruguayo, consiste en asegurar la restitución en forma inmediata al niño/adolescente a su residencia habitual, a diferencia del CIDIP V, cuya finalidad es la persecución y castigo de las conductas delictivas vinculadas al tráfico y explotación de niños y adolescentes.

**b. Pautas que resultan del conjunto normativo:**

---

<sup>5</sup>VITTORI, Valeria, "Cuando los principios se olvidan. Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes y el problema de la celeridad en el procedimiento", inédito.

La Convención de la Haya (CH 1980) establece expresamente que la finalidad del convenio es “**garantizar la *restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante; y velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes***” (art. 1 inc. a y b).

Conforme el art. 3 CH 1980, debe entenderse que el traslado o la retención constituyen conductas ilícitas cuando se producen en infracción de un derecho de custodia, ya sea separada o conjunta, con arreglo al derecho vigente en el Estado donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado y retención. Ese derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente conforme el derecho de residencia habitual que el menor tenía. Similares disposiciones consagran los arts. 1 a 4 de la CIDIP IV y los arts. 1 a 3 del CBAU.

Como resulta de las convenciones, el punto de conexión fundante de la jurisdicción es la residencia habitual de los menores, que coincide con el concepto de centro de vida que establece la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006. Ambos conceptos deben interpretarse a la luz de lo dispuesto en el art. 3 inc. f) de la Ley Nacional de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes N° 26.061 en cuanto consagra que el centro de vida constituye un principio que rige en materia de restitución del niño, la niña y los adolescentes, entendiendo por tal el “*lugar donde estos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia*”. Por su parte el Decreto Reglamentario 415/2006 unifica estas expresiones del siguiente modo: “*El concepto de centro de vida a que refiere el inciso f) del artículo 3º se interpretará de manera armónica con la definición de ‘residencia habitual’ de los niños, niñas y adolescentes contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad*”.

Las convenciones establecen que el derecho de custodia comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el de decidir sobre el lugar de residencia y, por lo tanto, el de su traslado. De este modo no se define con precisión el derecho de custodia, sino que este debe desprenderse del derecho vigente en el lugar de residencia habitual del niño. Si la legislación interna de un Estado parte atribuye la custodia, tenencia o guarda o cuidado personal (o cualquiera sea el *nomen juris* de la institución) a uno de los progenitores, ese derecho no es suficiente para que ese padre conviviente pueda decidir por sí la modificación de la residencia habitual del niño mediante el establecimiento de una nueva residencia. Para ello necesariamente debe contar con el consentimiento del otro progenitor o la autorización judicial. Entonces debe concluirse que ese progenitor no tiene la custodia en el sentido de la calificación autónoma que hace la convención y, por consiguiente, si desplaza o retiene a su hijo comete la infracción que califica esa conducta como ilícita, dando lugar al procedimiento de restitución.<sup>6</sup>

Ahora bien, las citadas convenciones contienen pautas regulatorias mínimas de la acción de restitución que ponen énfasis en la urgencia y celeridad en su tramitación (art. 11 CH 1980<sup>7</sup>, art. 10 CIDIP IV<sup>8</sup> y art. 7 CBAU<sup>9</sup>), estableciendo plazos de duración del trámite que no debieran exceder de un mes y medio en total (CH 1980) o del lapso de dos meses desde la recepción de la oposición (CIDIP IV).

También cabe puntualizar que ante el pedido de restitución y en resguardo de la garantía de la defensa, prevén taxativamente cinco excepciones que puede oponer quien hubiera trasladado al menor. Ellas son:

---

<sup>6</sup>NAJURIETA, María Susana, "La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño", J.A, 2006-I-43.

<sup>7</sup> Art. 11 CH 1980: "Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores..."

<sup>8</sup> Art. 10 CIDIP IV, 2do. Párrafo "in fine": "...las autoridades judiciales o administrativas...dispondrán sin demora su restitución..."

<sup>9</sup> Art. 7 CBAU: Art. 7: "El juez exhortado, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 6, de inmediato y sin más trámite, tomará conocimiento "de visu" del menor, adoptará las medidas necesarias..."

a) Falta de ejercicio de los derechos de custodia o haber prestado consentimiento o anuencia con posterioridad al traslado o retención;

b) Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a peligro físico o psíquico, o a una situación intolerable;

c) Que el propio menor se oponga a la restitución, en tanto haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones;

d) La integración del menor al medio nuevo al que fuera llevado, defensa oponible cuando el procedimiento de restitución se hubiera iniciado luego de vencido el plazo de un año desde el acto del traslado o retención sin haberse formulado el reclamo de restitución (art. 12 párrafo 2do CH 1980).

e) Finalmente, el art. 20 CH 1980 establece que *“La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales”*.

## **2.- Naturaleza jurídica del proceso de restitución:**

De las pautas antes reseñadas, establecidas en el marco de las convenciones, resulta que el pedido de restitución requiere de un **proceso urgente, autónomo y restringido** en su alcance, dado que la competencia de la autoridad –judicial o administrativa– del Estado de refugio debe limitarse a resolver sobre la procedencia del pedido de restitución, sin abrir juicio sobre la atribución del derecho de custodia, de modo de restablecer el *“statu quo”* anterior.

En otras palabras, el órgano judicial que debe resolver, una vez acreditada la verosimilitud del derecho a la restitución, no puede abordar el tema de fondo, pues su competencia es delegada y, por

consiguiente,acotada<sup>10</sup>,careciendo de facultades para discernir cuál es el padre idóneo para convivir con el niño.

En otras palabras, la acción de restitución requiere de la regulación de un proceso urgente, autónomo y específico en su objeto, pues tanto su estructura como el ámbito del conocimiento del juez se encuentran dirigidos a decidir sobre la procedencia o improcedencia del reintegro del menor al lugar de su residencia habitual, jurisdicción donde deberán resolverse los conflictos atinentes al derecho de custodia y visitas. Se trata además de un procedimiento signado por la urgencia, donde el factor tiempo debe ser tenido en cuenta insoslayablemente.<sup>11</sup>

Las garantías involucradas en el proceso de restitución son el interés superior del niño, contenido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño(art. 75 ins. 22 CN),y del juez natural, pues se procura preservar la jurisdicción que corresponde a su residencia habitual, como punto de conexión admitido internacionalmente, a los fines de decidir sobre los planteos relativos al cambio de custodia, partiendo de la base que lo mejor para el niño es regresar al lugar de su centro de vida.

En el diseño del trámite corresponde tener en cuenta que los principios que lo rigen son los de **tutela efectiva** (arts. 8 CADH, 6 TEDH y 75 inc. 22 CN), **celeridad** (art. 11 CH 1980 y nro. 35 Reglas de Brasilia), **oficiosidad** (v. art. 16 CBAU), **inmediación** (v. arts. 8 CBAU, art.12 CIDIP IV) y **oralidad** (nro. 35, Reglas de Brasilia), también adoptados por el Proyecto de Código Civil y Comercial unificados al establecer las pautas generales a seguir en la regulación de los procesos de familia (v. arts. 706).

En efecto, las exigencias de tutela judicial urgente y efectiva en la materia exigen perentoriamente regular un trámite diferenciado para dar operatividad a las obligaciones asumidas por el Estado con la firma de las convenciones analizadas, pues se trata de un instituto de tutela diferenciada.

---

<sup>10</sup> En efecto, la competencia delegada no puede, naturalmente, ser ilimitada, ni tampoco referirse a la decisión del asunto o sentencia pues sería tanto como delegar la investidura del juez y esto es inadmisibles; no hay, por lo tanto delegación absoluta o total de jurisdicción ni de competencia (conf. **DEVIS ECHANDÍA**, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Bs. As., Ed. Universidad, 1997, p. 118.

<sup>11</sup> **PEYRANO**, Jorge Walter, "Anotaciones sobre el procedimiento de restitución internacional de Menores" en *Herramientas procesales*, p. 136, Rosario, Ed. Nova Tesis, p. 136.

El proceso de restitución constituye, por su naturaleza jurídica, una **tutela preventiva de remoción del ilícito**, pues es posterior a la práctica del ilícito, no inhibe el ilícito, sino que se dirige contra él, con independencia de que el ilícito (en el caso, la sustracción del menor) haya provocado o no un daño. Este tipo de tutela tiene como objetivo remover o eliminar los efectos concretos del ilícito, es decir, la causa del daño; no busca el resarcimiento del daño.

En el caso de la tutela de remoción del ilícito, es suficiente la transgresión de un mandato jurídico, con independencia de que dicha transgresión haya lesionado un interés tutelado o haya causado un daño<sup>12</sup>. Como explica Michele Mocchiola, en un ensayo publicado en la "*Rivista Critica del Diritto Privato*", la consecuencia lógica de la distinción entre daño e ilícito conduce a la formulación del criterio conforme el cual, cada vez que la intervención judicial tiene por objeto la fuente del daño, no hay tutela resarcitoria.<sup>13</sup>

Como señala Marinoni,<sup>14</sup> la tutela del derecho es consecuencia de la existencia del propio derecho pues no es suficiente que el ordenamiento jurídico afirme un derecho, sino que es imprescindible conferirle tutela o protección. De ello deriva que las tutelas preventivas (inhibitoria y de remoción del ilícito) constituyan respuestas del proceso a los derechos que los individuos tienen a esa protección.

### **3.- Trámite y caracteres. Propuesta legislativa:**

En los Códigos Procesales civiles de varias provincias de nuestro país se ha regulado la medida autosatisfactiva<sup>15</sup> (v. Chaco<sup>16</sup>, La Pampa<sup>17</sup>,

---

<sup>12</sup> **MARINONI**, Luiz Guilherme, *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, Ed. Communitas, Lima, 2010, p. 58 y sgtes.

<sup>13</sup> **MOCCIOLA**, Michele, *Problemi del risarcimento del danno in forma specificanellagjurisprudencza*, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, pp. 380 y 381.

<sup>14</sup> **MARINONI**, ob. cit., pp. 60/62.

<sup>15</sup> **PEYRANO**, Jorge W., "Lo urgente y lo cautelar", J.A. 1995-I-899; "Informe sobre las medidas autosatisfactivas", LL 1996-A-1000; "Las medidas autosatisfactivas en materia comercial", J.A. 1996-I-823; "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva" E.D. 169-1347; "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas", J.A. 1997-II-926; "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas, La Ley revista del 16/2/98, p. 2; **PEYRANO** y otros, *Medidas autosatisfactivas*, Ed. RubinzalCulzoni, Sta. Fe, 1999; **MORELLO**, Augusto M., "La cautela satisfactiva", J.A. 1995-IV-414; **BERIZONCE**,

Corrientes<sup>18</sup>, Formosa, Santiago del Estero y San Juan<sup>19</sup>), cuyo trámite resulta adecuado para las tutelas preventivas y, por consiguiente, para este

---

Roberto, "Tutela anticipada y definitiva", JA, 1996-IV-741; **DE LOS SANTOS**, Mabel "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", J.A. 1997-IV-800; "Medida autosatisfactiva y medida cautelar", Revista de Derecho Procesal, N° 1, pág. 31/55; **BARBERIO**, Sergio, La medida autosatisfactiva, Ed. Panamericana, Santa Fe, 2006.-

<sup>16</sup>**Art. 232 bis. CPCCChaco** (ley "Los jueces -a pedido fundamentado de parte, respaldado por prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata- deberán, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueran las circunstancias del caso valoradas motivadamente por el tribunal, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe:

- a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;
- c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se despacharen y también podrán disponer, a solicitud de parte, prórrogas de los mismos. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;
- d) Los jueces podrán despachar derechamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente y según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere, de la posibilidad de ser oído; e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar por impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido, en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición, cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afecta, en el supuesto que acreditara "prima facie" la concurrencia del riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación y prestará contracautela suficiente."

<sup>17</sup>**Art. 305 CPCC La Pampa**: "Medidas autosatisfactivas: Quien se encuentre en la situación prevista por los artículos 302 de este Código y 1° de la ley 703 y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitar al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección judicial no pueda ser lograda por otra vía legal eficaz. Para ello deberá explicar con claridad en qué consisten su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición. El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida. Cuando sea posible, la sustanciará previa y brevemente con quien corresponda. Al decretar la medida el Juez podrá: a) Exigir al peticionante caución real o personal. En este caso determinará cual ha de ser su vigencia. B) Limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto cuando las circunstancias ulteriores así lo justifiquen. A las medidas autosatisfactivas no les serán aplicable el art. 201 (caducidad). El legitimado, para oponerse a la medida podrá: a) Pedir su suspensión en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente. B) Interponer recurso de revocatoria. El mismo deberá ser acompañado de toda prueba que lo fundamente. El juez lo resolverá sin más trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista la posibilidad de hacerlo. c) Interponer recurso de apelación, directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo. d) Promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso".

<sup>18</sup>**Art. 785 CPCC Corrientes**: Medidas autosatisfactivas: Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos

tipo de tutela de remoción del ilícito, por cuanto responde a las exigencias de celeridad del trámite del pedido de restitución. Por consiguiente, sus normas adaptadas a las exigencias de las convenciones, podrían ser aplicadas analógicamente, ante la inexistencia de normas más específicas en los códigos procesales.

---

probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia.

**Art. 786 CPCC Corrientes:** Presupuestos: Para poder dictar resolución favorable se presuponen la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación procesal o de fondo.
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines.
- c) Se podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se dicten y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas.

**Art. 787 CPCC Corrientes:** Sustanciación: Los jueces deberán decretar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído.

<sup>19</sup>**Art. 676 CPCC San Juan:** Satisfacción inmediata de pretensión: “Los jueces, a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de su atendibilidad y que es impostergable prestarle tutela judicial inmediata, podrá excepcionalmente otorgarla, sin necesidad de la iniciación de un proceso autónoma actual o posterior. El juez para ordenar la medida, podrá exigir a la parte solicitante una garantía suficiente, valorando motivadamente las circunstancias del caso. Los despachos favorables de esta protección presuponen la concurrencia simultánea de los siguientes recaudos: 1) la necesidad de satisfacer una obligación incondicionada impuesta por ley, o hacer cesar de inmediato conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo. 2) Que el postulante limite su interés a obtener una solución de urgencia no cautelar que no se extienda a la declaración judicial de derechos conexos o afines, y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento. El juez, previo a despachar la decisión, deberá oír a la contraparte, en una breve sustanciación, aplicando en lo pertinente las normas sobre incidentes. Según las circunstancias del caso, podrá ordenar derechamente la medida, posponiendo la sustanciación para cuando aquélla se hubiere cumplido. En todos los casos la resolución deberá ser notificada al efecto personalmente o por cédula, y si se hubiese obviado la sustanciación, en la misma notificación se correrá traslado a la contraparte, haciéndole saber que deberá cumplir la medida ordenada, sin perjuicio de ejercer su derecho de defensa. El legitimado que se hubiere opuesto, podrá impugnar la resolución, mediante recurso de apelación sin efecto suspensivo o mediante juicio declarativo de oposición que podrá contener la reclamación de daños y perjuicios, el que tramitará por las normas del juicio abreviado. Entenderá en dicho juicio el mismo juez que intervino en dicho proceso urgente.”

**Art. 675 CPCC San Juan:** “En casos de extrema urgencia, si fuese necesario para salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso abreviado y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva. Excepcionalmente, cuando hubiere pruebas fehacientes, el juez fundadamente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición”.

Sin embargo sería conveniente incluir en los códigos procesales del país, un procedimiento especial para el trámite de restitución, acorde con las pautas generales que resultan de las convenciones aplicables.

En ese orden de ideas, coincido con Peyrano<sup>20</sup> en que la vía del proceso sumarísimo no es la más adecuada, pues es, en definitiva un proceso de conocimiento pleno abreviado. Por el contrario, la restitución requiere de un proceso “acotado”, que no sólo debe ser acelerado, sino que también debe estar presidido por restricciones en el debate, severas limitaciones probatorias y un régimen recursivo más simplificado que el corriente.

Cabe señalar también que la “*Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños*”, que fue preparada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, establece una suerte de proceso monitorio (v. art. 12.2 y sgtes.<sup>21</sup>), sumamente adecuado para responder a las exigencias de celeridad involucradas.

Por otra parte la Ley Modelo aporta una adecuada y conveniente delimitación del objeto del proceso, que consiste en: a) determinar si ha existido traslado y/o retención ilícitos de un niño, en violación a un derecho de guarda o de custodia, b) preservar el derecho de visita, c) asegurar la resolución en forma rápida y c) si se accede a la restitución, que la misma se realice en forma segura para el niño (v. art. 1), que debe tenerse en cuenta al regular el instituto en los códigos procesales.

Es aplicable también en la materia, en tanto proceso urgente, la posibilidad de disponer medidas complementarias no solicitadas

---

<sup>20</sup>PEYRANO, Jorge W., “Anotaciones sobre el procedimiento de restitución internacional de menores”, cit., p. 136.

<sup>21</sup>Ver en [www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info06s.doc](http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info06s.doc)

(flexibilización de la congruencia<sup>22</sup>) a los fines de asegurar la efectividad de la restitución, con el menor trauma posible para los menores.

Finalmente, si bien la apelación hace a la garantía del debido proceso, ésta debe ser acotada en el tiempo y de naturaleza urgente. En efecto, la doble instancia constituye condición del debido proceso en materia de conflictos que involucran los derechos de niños y adolescentes, en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, de conformidad con lo que resulta de la opinión consultiva n° 17/2002 del 28/08/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (dictada a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).<sup>23</sup>

#### **4.- La ejecución de la sentencia:**

La ejecución debe realizarse con el adecuado acompañamiento judicial y para ello el juez debe comprometer la colaboración de la autoridad central, la policía, los padres y, si fuera necesario, acompañamiento terapéutico.

Se trata de un típico de caso de condena a hacer no sustituible ni de ejecución subrogada, en la que el juez debe hacer uso inexcusablemente de todas sus potestades de coerción directa, para asegurar el cumplimiento efectivo del mandato, controlando y asegurando las condiciones de su ejecución. El interés público involucrado en el cumplimiento de estos mandatos y el interés superior del niño exigen un adecuado acompañamiento judicial en la ejecución.

Cabe recordar que el pensamiento procesal liberal clásico no tenía especial interés en conseguir la ejecución *in natura* o específica de las condenas judiciales, contentándose con ejecuciones sustitutivas (por otro o por dinero) de las obligaciones de hacer o de no hacer. El derecho civil clásico repudiaba la coercibilidad de las obligaciones de hacer impuestas

---

<sup>22</sup>DE LOS SANTOS, Mabel, "La flexibilización de la congruencia" en Cuestiones Procesales modernas, supl. esp. La Ley, octubre 2005, pág. 80 y "Flexibilización de la congruencia. Muestreo jurisprudencial", L.L. 2007-F, pág. 1278 y sgtes. y "Principio de congruencia" en Peyrano, J.W. y otros, *Principios procesales*, Editorial RubinzalCulzoni, 2011, tomo I, pág. 199/238

<sup>23</sup>DE LOS SANTOS, Mabel, "El debido proceso a la luz de los nuevos paradigmas", LA LEY 09/04/2012,1 ,LA LEY 2012-B , 1062.

judicialmente, no admitiéndose que los magistrados dieran este tipo de órdenes o actuaran preventivamente. Si bien tal concepción se encuentra superada y así lo evidencian numerosos casos de ejecución “*in natura*”, que no admiten la sustitución pecuniaria o la ejecución subrogada o por otro, especialmente en materia de derechos de “tercera generación”<sup>24</sup>, la eficacia de la ejecución eficaz y adecuada es particularmente relevante.

Como señalara Kemelmajer de Carlucci, las facultades judiciales se agrandan cuando están en juego los derechos fundamentales de los niños<sup>25</sup>. En esa misma línea de pensamiento, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha dicho que “Encontrándose en juego la suerte de un niño, toda consideración formal pasa a segundo plano; en los procesos en los que se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la *finalidad prioritaria de que la protección se materialice*; en estos litigios, aislar lo procesal de la cuestión sustancial, limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible.”<sup>26</sup>

Así, a los fines de ejecutar con eficacia la restitución, el juez puede acudir al auxilio de la fuerza pública (que está a su disposición, al igual que acontece con la justicia represiva) -con las adecuaciones necesarias y asistencia psicológica-, a la colaboración de las distintas áreas de la Administración estatal, de la Autoridad Central para la expedición, vgr. la expedición de salvoconductos provisorios para la salida del país de menores<sup>27</sup> y a la cooperación interjurisdiccional y transfronteriza para conseguir el cumplimiento de lo resuelto y firme.

La ejecución por mano del juez no se agota con el supuesto del requerimiento de la fuerza pública. Existen muchas otras posibilidades en

---

<sup>24</sup> PEYRANO, Jorge Walter, “La ejecución de resoluciones judiciales por mano del juez”, LA LEY 12/03/2013, 1.

<sup>25</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Efectividad de las sentencias judiciales”, Ponencia presentada al XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata 2012, *pássim*.

<sup>26</sup> SCBs. As., 15/7/2009, Derecho de Familia, nro. 45, Marzo/Abril 2010, pág. 192.

<sup>27</sup> CNCiv., sala M, “G., P.C. c/ H., S.M. s/ reintegro de hijo”, 6/12/12, CIJ.

igual sentido. La también denominada “ejecución por mano del juez”<sup>28</sup> y bajo su monitoreo es insoslayable para asegurar una adecuada ejecución de la orden judicial, que evite daños si se advierte una situación de peligro sobreviniente para los menores.

Los magistrados deben materializar "*per se*" lo que ordenan, haciendo uso de todas las facultades judiciales implícitas con que cuentan. Por supuesto que este modo de ejecución reclama de parte de éste un manejo cuidadoso de los llamados "poderes fácticos" de los magistrados. Verificar y supervisar el cumplimiento de la sentencia constituye un verdadero deber funcional de los magistrados, emanado de los principios de tutela judicial efectiva y economía procesal, con el objeto de asegurar una adecuada protección al interés superior del niño. A esos fines resulta útil acudir a la “Guía de Buenas Prácticas” en virtud del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores.

## **5.- Algunas conclusiones:**

Es imperioso regular el trámite procesal de la restitución internacional de menores en nuestros códigos procesales. Su regulación debe tener en cuenta que se trata de una tutela preventiva de remoción del ilícito. El trámite más adecuado es el del monitorio o el de la medida autosatisfactiva, tipos procesales que pueden aplicarse analógicamente donde están previstos, en ausencia de legislación específica para las peticiones restitutorias.

La sentencia que disponga la restitución debe admitir la flexibilización de la congruencia a los fines de asegurar resultados prácticos equivalentes a lo pedido, aunque diferentes y adecuados a las circunstancias del caso al tiempo de su dictado.

La ejecución de la sentencia en materia de restitución debe realizarse bajo el contralor directo del juez y de su equipo de colaboradores, con el acompañamiento interdisciplinario y administrativo que el juzgador disponga en orden a evitar daños y preservar la salud de los menores involucrados.

---

<sup>28</sup> PEYRANO, Jorge Walter, “La ejecución de resoluciones judiciales por mano del juez” citado.

Las propuestas formuladas procuran, en su conjunto, que el derecho no sucumba por ausencia o insuficiencia del proceso, pues los derechos requieren que se disponga de los medios técnico-jurídicos adecuados para hacerlos respetar.

-----MDS.-