

NORMATIVA APLICABLE

- 1) **CONVENIO DE LA HAYA DE 1980** sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (90 países)
- 2) **CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE 1989** sobre restitución internacional de menores (24 países de la región)
- 3) **CONVENIOS BILATERALES** con Perú, Argentina y Chile.
- 4) **CONVENIO DE LA HAYA DE 1996** (Cooperación, etc.)
- 5) **CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO ARTS. 9 Y 11**
- 6) **LEY DE PROCEDIMIENTO No. 18895.**

PROTAGONISTA DEL PROCESO:

Niño, niña o adolescente menor de 16 años trasladado o retenido ilícitamente en un país diferente al de su residencia habitual

- **Desarraigo familiar:** Cambio brusco de domicilio lo aleja de su progenitor y parte de su familia.
- **Desarraigo social:** Alejamiento de su centro de vida: de su barrio, familia, amigos, centro educativo y de las personas con las que mantenía vínculos afectivos.
- **Desarraigo cultural:** Traslado a país con idioma, tradiciones, hábitos de conducta, religión diferentes.
- **Retención prolongada:** cuando el proceso se extendía en el tiempo, la restitución le generaba **nuevo desarraigo** en tanto se había afincado en el país al que fue trasladado ilícitamente

CONVENIO DE LA HAYA E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1) **PARTE DISPOSITIVA:** No hay referencia explícita al criterio rector de ISN pero la finalidad perseguida según art. 1 es proteger uno de los derechos del niño que es **garantizar su retorno al país de su residencia habitual respetando el derecho de custodia y de visitas vigentes en el mismo.**

2) **PREÁMBULO:** Hace mención al ISN, reconoce su importancia, su protección contra efectos perjudiciales ocasionados por el traslado o retención ilícitas y garantiza una pronta restitución a su país de origen

¿CUÁNDO HAY TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITA?

Art. 3 del Convenio de La Haya

Ap. a) “Cuando se produjo con infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”

Ap. b) “Cuando ese derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”

Ap. a art. 3 surgen dos conceptos importantes a analizar

- 1) **Derecho de custodia** lo define el Art. 5 ap. a) del Convenio:
“Comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”
(equiparado a nuestro concepto de guarda jurídica)
- 2) Inc. final del art. 3: determina las fuentes de ese derecho de custodia
 - De una atribución de pleno derecho (la ley del estado le concede el ejercicio de la patria potestad)
 - De una decisión judicial o administrativa (resolución en sentido amplio del Estado de residencia o de un tercero)
 - De un acuerdo vigente (judicial o extrajudicial)
- 2) **Residencia habitual:** No definida por el Convenio, acudir a la doctrina y jurisprudencia de la base de datos de INCADAT.

Ap. b del art. 3: Custodia efectiva

- a) Concepto de custodia **ejercida de forma efectiva**: requiere una actitud activa del reclamante.
- **Al momento de la presentación de la demanda** se exige la prueba sumaria del ejercicio de la custodia (art. 12 Ley 18895)
 - **Como excepción del art. 13 del Convenio**: Carga de la prueba de la parte requerida de que el reclamante no ejercía la custodia para que caiga la restitución.
- b) El Convenio protege también **la situación del padre que no pudo hacer efectivo el derecho de custodia** por una razón ajena a su voluntad. Ej. Juez del país de residencia le concede la custodia a un padre y el otro se lleva al niño a otro país.

DEMANDA DE RESTITUCIÓN

**Directamente ante el Tribunal
o a través de Autoridad
Central (art. 8 del Convenio)**

- 1) Identidad del solicitante y del niño
 - 2) Fecha de nacimiento del niño menor de 16 años (test. de partida de nacimiento)
 - 3) Motivos en que basa su reclamo (acreditar sumariamente el ejercicio de la custodia)
 - 4) Información para localizar al niño.
 - 5) Copias de resoluciones o convenios del país de origen (solo traducidos, no legalizados art. 23 del Convenio)
 - 6) Otros documentos pertinentes.
- AUTORIDAD CENTRAL** intentará la conciliación para obtener la restitución voluntaria (Art. 10 del Convenio)

¿SE CITA DE EXCEPCIONES AL NIÑO?

- No está previsto legalmente la citación de excepciones al niño.
- No hay jurisprudencia constante pero los Jueces la admiten y tienen en cuenta lo que manifiesta el Defensor del niño al momento de dictar resolución.
- Nada obsta a oponerlas en representación de nuestro niño.
- El niño es protagonista del proceso y creemos que es importante tener en cuenta su opinión al amparo de lo que dispone el propio Convenio y en sintonía con la Convención de los Derechos del niño.

OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES E HIPÓTESIS ASIMILADAS

**Art. 13a; 13b; 13 párrafo 2 y
Art. 20 del Convenio de La
Haya**

- 1) No ejercicio efectivo del derecho de custodia (Art. 13 a)
- 2) Consentimiento del requirente a que el niño se radique en el lugar al cual fue trasladado (Art. 13)
- 3) Riesgo grave que exponga al niño a un peligro físico, psíquico o situación intolerable (Art. 13 b)
- 4) Oposición del niño a ser restituido cuando haya alcanzado madurez que le permita expresarlo (Art. 13 párrafo b)
- 5) Arraigo del niño cuando la solicitud se presenta fuera del plazo de un año del traslado o la retención (Art. 12 párrafo 2)
- 6) Orden Público (Art. 20)

1) NO EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO DE CUSTODIA (Art. 13 a)

- Carga de la prueba parte requerida o def del niño.
- Derecho de custodia regulado por el país de residencia habitual pero tb. art. 5 del Convenio.
- **No solo detentar la custodia** (adjudicatarios de esos derechos por haber reconocido al niño o porque nació dentro del matrimonio) **sino ejercerla efectivamente con acciones** como por ej. pago de alimentos, salud, educación, etc. Mantener contacto con su hijo.

2) CONSENTIMIENTO DEL PROGENITOR A QUE SE RADIQUE EN EL PAÍS AL QUE FUE TRASLADADO (Art. 13a)

- Puede consentir expresamente por escrito judicial o extrajudicial.
- Consentimiento otorgado que surge de indicios o actitudes que demuestran esa intención: pago de la mensualidad del centro educativo en el país del traslado, pago de la asistencia en salud, etc.
- Mensajes por mails, WhatsApp cuyo valor ha sido cuestionado pero la jurisprudencia los tiene en cuenta.

3) GRAVE RIESGO PARA EL NIÑO (Art. 13b)

- Exposición a un peligro físico, psíquico o situación intolerable (no definido en el Convenio)
- Guía de Buenas Prácticas de marzo 2021: debe ser un riesgo de cierta magnitud. Se debe analizar el caso concreto, la gravedad del riesgo, la prueba ofrecida y si existe ese riesgo medidas de protección. Si el Juez logra visualizar que el niño será protegido en el país al que regresa, a pesar del riesgo, debe restituir.
- Fenómeno de la violencia doméstica o de género. Guía de Buenas Prácticas de 2021 sugiere analizar caso a caso el detalle y fundamento de los hechos, valoración de la prueba ofrecida y adopción de medidas de protección. Visualizar si será amparado en su país de origen y si es así restituir. Analizar la naturaleza, intensidad y frecuencia. Debe ser un estándar alto de violencia y falta de protección lo que impida la restitución.
- Art. 44 Ley 19580 agregado al art. 15 de la 18895 pero se aplica sólo entre países que no hay tratado de acuerdo a doctrina.

4) NIÑO/A O ADOLESCENTE SE OPONE A LA RESTITUCIÓN (Art. 13 párrafo 2)

- **Derecho del niño a “SER OÍDO”** por sí o a través de su Defensor. Si es un niño de corta edad o discapacitado puede hacerlo a través de su Defensor-Curador que se puede valer de pericias.
- **Rol del Defensor:** Escuchar al niño; Explicarle los derechos que le asisten; Asesorarlo del alcance de la resolución ya sea que restituya o no; Explicarle las consecuencias para su vida futura y Respetar su silencio.

5) ARRAIGO DEL NIÑO A SU NUEVO PAÍS CON SOLICITUD PRESENTADA FUERA DEL AÑO DE TRASLADO O RETENCIÓN (Art. 12 párrafo 2)

En el artículo se plantean dos hipótesis:

- 1) RESTITUCIÓN INMEDIATA cuando la demanda se presenta dentro del año después del traslado o retención.
- 2) RESTITUCIÓN también cuando la demanda se presentó fuera de ese plazo pero se acreditó el ARRAIGO. Se amplía el ámbito de aplicación por un periodo indefinido (Art. 12 y Art. 18 del Convenio)

ORDEN PÚBLICO

(Art. 20)

La restitución es claramente violatoria de los principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Ej.: se puede negar la restitución a un país donde no existe garantía alguna de protección de los derechos humanos fundamentales del niño ya sea por a) la legislación del país requerido o b) su situación de guerra o catástrofe, etc.

Autoridad debe comprobar la existencia de contradicción y también el hecho de que los principios protectores de los derechos humanos prohíben el retorno solicitado.

PRUEBA EN LA RESTITUCIÓN

No hay una enumeración de los medios probatorios en el Convenio. Por integración los previstos en el art. 146 del C.G.P.

- Art. 14 Convenio: Decisiones extranjeras sin formalismos.
- Art. 15 Convenio: Decisión o certificación del carácter ilícito del traslado o retención de autoridades de residencia habitual para ilustrar al Juez antes de resolver.
- **Prueba documental:** art. 23 del Convenio y 11 de la ley de procedimiento no exigen legalizar pero sí traducir los documentos.
- **Prueba testimonial:** art. 18 ley de procedimiento solo tres testigos por cada parte.
- **Prueba pericial:** importante para el Defensor-Curador.

MEDIOS DE PRUEBA NO PREVISTOS

Art. 146 inc. 2 del C.G.P.

Medios no previstos pero que surgen por avances tecnológicos y son aceptados para acreditar determinadas situaciones: mails, mensajes de texto o de WhatsApp.

Según Dr. Legnani (Restitución int. de Menores, año 2020) presentación acreditando legalidad y veracidad con informe pericial de que no fueron manipulados o editados.

Se equipara a comunicación telefónica o epistolar y su interceptación sin orden judicial afecta la intimidad de la persona protegida por la Constitución. Es lesiva del derecho a la intimidad y debería ser descartada por tal motivo si no se presenta debidamente.