

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

*Por Abog. María Eugenia Giménez de Allen*¹

INTRODUCCIÓN

La República del Paraguay ha ratificado en el año 1996 dos importantes instrumentos jurídicos internacionales en materia de Restitución Internacional de Menores: El Convenio sobre Aspectos Civiles sobre Sustracción Internacional de Menores, suscripto en La Haya, en fecha 25 de octubre de 1980, ratificado por el Paraguay por Ley 983, y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscripta en Montevideo el 15 de julio de 1989, ratificada por nuestro país por Ley 928. Ambos instrumentos jurídicos internacionales son de aplicación constante por nuestros Juzgados y Tribunales Especializados en la Jurisdicción de la Niñez y Adolescencia, requiriendo de los operadores de justicia un conocimiento acabado sobre esta materia, lo que garantiza la eficiente aplicación de los tratados.

1. Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia de la Circunscripción Judicial de Central. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Ntra. Señora de la Asunción”. Jueza Enlace por la República del Paraguay para la aplicación del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles sobre Sustracción Internacional de Menores, designada por Resolución de la CSJ N° 807 de fecha 25 de mayo de 2011.

Existe además hoy día un marcado interés por el manejo del tema, en razón del gran desplazamiento de nuestros ciudadanos a otros países en busca de mejores oportunidades, lo que hace también que exista un mayor riesgo en el traslado o retención ilegal de niños y adolescentes. Es una realidad actual que personas de diferentes países, religiones, culturas se relacionen y constituyan núcleos familiares, más o menos estables. Cuando estas familias se desintegran, aumenta el riesgo de que uno de los que conforman la pareja quiera retornar a su país de origen o al país al que le une lazos afectivos, sustrayendo o reteniendo ilícitamente a los hijos, fruto de dicha relación. Si bien la sustracción internacional se verifica mayormente en el ámbito familiar, esto no significa que no pueda darse fuera de dicho ámbito, si bien ello es mucho menos frecuente.

El presente trabajo tiene por objeto efectuar un análisis de los tratados ratificados por nuestro país en esta materia, efectuado un estudio comparativo de ellos. Asimismo, pretende realizar algunas propuestas para la mejor y más eficiente aplicación de dichos convenios.

EL CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (LEY 983/96)

El Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 es un tratado multilateral elaborado en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que tiene por objeto la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, estableciendo una vía para lograr su pronta restitución. Asimismo tiene por objeto velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (LEY 928/96)

Este instrumento jurídico internacional, de aplicación regional, tiene los mismos objetivos que la Convención de La Haya y fue elaborada teniendo como fuente a aquella. Ello surge de la simple lectura de ambos convenios, con articulados muy similares en la mayor parte de su texto. Sin embargo, también

existen diferencias importantes que iremos resaltando en el curso de este trabajo.

Conviene precisar que cuando un Estado ha ratificado tanto la Convención de La Haya como la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional, se debe aplicar este último instrumento, pudiendo sin embargo los Estados partes convenir entre ellos la aplicación prioritaria de la Convención de La Haya de 1980. Esta solución surge del art. 34 de la Convención Interamericana, que textualmente prescribe: “Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren partes de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles sobre Sustracción Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados Partes podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de la La Haya del 25 de octubre de 1980.”

OBJETIVOS DE AMBAS CONVENCIONES

Ya hemos adelantado en párrafos anteriores que los objetivos de ambos convenios son idénticos, conforme surge de la lectura del art. 1º de la Convención de La Haya de 1980 y el Art. 1º de la Interamericana.

En virtud de los referidos articulados, los objetivos del convenio son:

- a) la inmediata restitución de menores que hayan sido trasladados ilícita o ilegalmente;
- b) la inmediata restitución de menores que hayan sido retenidos ilícita o ilegalmente;
- c) hacer respetar el derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Es importante diferenciar claramente entre lo que es un traslado ilícito o ilegal de lo que es una retención ilícita o ilegal de un niño o adolescente. Cuando hablamos de traslado ilícito estamos refiriéndonos a aquel que se produce en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor (art. 3º de la Convención).

Resulta necesario puntualizar que en el Paraguay se produciría un traslado ilícito cuando un niño o adolescente es desplazado fuera del país sin la auto-

rización correspondiente de ambos padres otorgado ante un Juzgado de Paz o sin la venia o autorización para viajar expedido por un Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia. Estas son las únicas vías legales que existen, de acuerdo a nuestra legislación, para trasladar a un menor fuera del territorio nacional. De no haberse producido el traslado por una de estas vías, éste sería ilegal y podría dar pie a un pedido restitutorio, de conformidad al art. 1 de la Convención. Recordemos que, de conformidad a nuestra normativa, la patria potestad es ejercida en igualdad de condiciones por ambos progenitores, lo cual hace que el niño o adolescente requiera siempre de autorización de ambos padres para salir del país, aunque uno de ellos ejerza la convivencia del mismo. Ahora bien, puede ocurrir que el traslado del niño o adolescente haya sido legal, es decir efectuado conforme con los requisitos legales antes mencionados, pero que la retención que se haga del mismo sea ilícita. Ello puede ocurrir cuando uno de los progenitores otorga el permiso correspondiente por tiempo limitado al otro progenitor, a los efectos de que ejerza un derecho de visita, pero que vencido el plazo establecido, no retorna al niño a su lugar de residencia habitual. Este segundo caso también puede dar lugar a un pedido restitutorio por quien se sienta lesionado en sus derechos.

En síntesis, el objetivo principal de las convenciones en materia de restitución internacional consiste en el restablecimiento, lo más urgentemente posible, del statu quo existente antes de producirse el traslado o la retención ilícita. El retorno inmediato del niño al país de su residencia habitual es la finalidad primordial prevista en los convenios, a los efectos de restablecer una situación que el sustractor modificó de forma unilateral por una vía de hecho.

Por último, dentro de los objetivos de las convenciones se encuentra el de garantizar el derecho de visita o contacto transfronterizo. Este derecho se encuentra reconocido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que en su Art.9, apartado 3, dispone: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

El documento denominado “Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas – Contacto Transfronterizo relativo a los niños” establece “...el derecho a solicitar disposiciones destinadas a reconocer y asegurar el ejercicio efectivo de un “derecho de visita” en virtud del art. 21 del Convenio de 1980 no debería

quedar limitado a los casos en que exista una orden judicial que reconozca o establezca un derecho de visita, sino que debe incluir los casos en que el solicitante cuente con un derecho de visita resultante de una atribución de pleno derecho y aquellos en que tenga la capacidad de solicitar que se establezca tal derecho. ...”. De la lectura de este documento podemos inferir que el solicitante puede requerir no solamente que se respete un derecho de visita ya regulado en una resolución judicial pre-existente sino también puede peticionar la regulación de un derecho de visita no establecido. Del mismo modo el derecho de visita puede ser solicitado, como medida provisional, en el contexto de un procedimiento de restitución internacional, mientras se espera el dictado de una resolución definitiva, también puede ser solicitado fuera del contexto de un procedimiento restitutorio, sin que el pedido de contacto o visita guarde relación con un traslado o retención ilícita preexistente.

AUTORIDADES CENTRALES

El art. 6° del Convenio de La Haya establece: “...Cada uno de los Estados contratantes designara una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio. Los Estados Federales, los Estados en que estén vigentes más de un sistema de derecho o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas, tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades...”.

El art. 7° del Convenio de La Haya establece las funciones encomendadas a las Autoridades Centrales de cada país, entre las que se encuentran: Adoptar las medidas apropiadas que permitan:

- a) Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptaran o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;

f) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;

g) Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial o jurídica, incluida la participación de un abogado;

h) Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; e,

i) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

En este mismo sentido, el art. 7° de la Convención Interamericana dispone: “Para los efectos de esta Convención cada Estado Parte designara una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicara dicha designación a la Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos. En especial, la Autoridad Central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevara a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención. Las autoridades centrales de los Estados Partes cooperarán entre si e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención”.

Cada Estado contratante tiene facultad discrecional para designar a la Autoridad Central para la aplicación de los Convenios internacionales en esta materia. Por Decreto del Poder Ejecutivo N° 3.230/04 el Paraguay ha designado a la Secretaria Nacional de la Niñez y Adolescencia como Autoridad Central del Estado Paraguayo en materia de Restitución Internacional de Menores. Anteriormente esta función era ejercida por la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores.

A la luz de las amplias facultades otorgadas a las Autoridades Centrales de cada Estado contratante podemos concluir que dichos órganos juegan un papel preponderante en el funcionamiento eficaz de los Convenios. Sin embargo, el requirente puede optar por recurrir directamente ante las autoridades judiciales pertinentes a los efectos de que por esa vía se tramite el pedido restitutorio.

COMPETENCIA

De conformidad al artículo 6° de la Convención Interamericana, son competentes para conocer de la solicitud de restitución de un niño/a o adolescente las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención ilegal. Igualmente, son también competentes las autoridades del Estado Parte donde se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse la reclamación restitutoria. El actor podrá optar por interponer su petición ante cualquiera de las autoridades antes mencionadas.

La Convención Interamericana otorga la facultad al actor para interponer su pedido restitutorio donde le resulte más conveniente a sus pretensiones. Muchas veces interpondrá su requerimiento ante las autoridades del Estado Parte donde el niño tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícita. Otras veces, por razones de urgencia y celeridad, le convendrá hacerlo ante las autoridades del Estado Parte donde el menor se encontrare, aunque muchas veces esto le resulte más oneroso.

Aunque el Convenio de La Haya no tiene una norma idéntica, surge del texto del art. 8° del referido instrumento internacional, que el solicitante puede interponer su demanda ante la Autoridad Central o Judicial del Estado de la residencia habitual del niño o del Estado donde el menor se encontrare trasladado o retenido ilícitamente.

REQUISITOS QUE DEBE CONTENER LA SOLICITUD O DEMANDA

Los requisitos que debe contener la solicitud o demanda de restitución internacional de un menor están establecidos en el artículo 9° de la Convención Interamericana, que expresa:

a) los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención

b) La información relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado; y

c) Los fundamentos de derecho en se apoya la restitución del menor.

Además de los requisitos ya mencionados, se deben acompañar los documentos que se detallan en el referido artículo 9º, los cuales son necesarios a los efectos de fundamentar convenientemente el pedido restitutorio.

En el art. 8º de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se encuentran citados los requisitos y documentos que deberá contener la solicitud o pedido restitutorio.

Resulta interesante destacar que la Convención Interamericana no exige que los exhortos, las solicitudes y los documentos que se deban acompañar estén legalizados cuando se transmiten por la vía diplomática, consular o por intermedio de la Autoridad Central (art. 9º, numeral 4 de la Convención Interamericana). Esta norma coincide con lo dispuesto por el art. 23 de la Convención de La Haya, que establece: “No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, ninguna legalización ni otras formalidades análogas”.

PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL PEDIDO O DEMANDA RESTITUTORIA

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores dispone, en su artículo 14, el plazo de un año calendario para la instauración del procedimiento previsto en el instrumento internacional. Establece que dicho plazo deberá computarse desde la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente. En caso de menores cuyo paradero se desconoce, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

El mismo artículo citado refiere que, por excepción, el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Del mismo modo la Convención de La Haya, en su art. 12 establece el plazo de un año para la interposición del pedido de restitución. En el mismo sentido que la Interamericana, dispone que puede hacerse lugar al pedido restitutorio cuando haya transcurrido el lapso de un año, salvo que se demuestre que el niño ha quedado integrado a su nuevo ambiente.

PROCEDIMIENTO

La Convención de La Haya carece casi por completo de normas procesales, a diferencia de la Interamericana, que establece un procedimiento mucho más completo, aunque insuficiente a mi criterio.

El artículo 10 de la Convención Interamericana establece que el juez exhortado o la autoridad central del Estado donde se encuentre el menor adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor. Si la devolución no pudiera efectuarse voluntariamente, la autoridad administrativa o judicial tomarán conocimiento personal del menor y adoptarán todas las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción. Si fuere procedente, podrá disponer sin demora su restitución.

En este punto, cabe señalar que lo más atinado para el Juzgado que recibe un exhorto de un juez extranjero o un pedido de la Autoridad Central solicitando la restitución de un menor, es ordenar una medida de prohibición de salida del país del niño o adolescente en cuestión, en razón de que éste podría ser trasladado nuevamente a otro Estado, ante el conocimiento del pedido de restitución planteado.

El referido artículo décimo señala que la autoridad administrativa o judicial tomará conocimiento personal del menor. Para ello, el Juzgado deberá convocar al niño o adolescente, con la correspondiente documentación a los efectos de constatar si se trata del menor cuya restitución se está solicitando.

Del exhorto librado por un juez extranjero o del pedido de restitución internacional remitido por la Autoridad Central de un país signatario de la Convención, se deberá dar traslado a la persona que se encuentra en poder del niño cuya restitución se solicita, generalmente uno de los progenitores. Este traslado será por el plazo de 8 días hábiles, contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor.

Las autoridades judiciales, a los efectos de resolver la restitución internacional planteada, deberán evaluar los hechos y las pruebas que aporte la parte adversa, quien deberá presentar su escrito de oposición en el plazo mencionado. Deberán asimismo tomar conocimiento del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, requiriendo, en caso necesario, la asistencia de las autori-

dades centrales o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados partes, así como de la colaboración que podrán prestar los jueces enlace, a los que nos referiremos más adelante.

En mi experiencia como jueza de Primera Instancia de Niñez y Adolescencia, he aplicado el procedimiento previsto en la Convención Interamericana aun cuando el pedido restitutorio se hubiera efectuado en el contexto de la Convención de La Haya de 1980, pues al carecer este último instrumento de normas de procedimiento, considero que la aplicación analógica es una buena solución que puede ser implementada.

Soy del criterio que lo ideal sería contar con una ley nacional que establezca normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de menores. Con ello se lograría unificar el procedimiento aplicable a todo pedido restitutorio evitándose la diversidad de criterios con respecto al procedimiento a implementarse. Existe un trabajo realizado por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, que elaboró una Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños. Este grupo de expertos fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay) y participaron del mismo, representantes de varios países del continente americano. En base a esta Ley Modelo, sería importante elaborar un proyecto que se adecue a nuestra legislación nacional, lo que simplificaría enormemente la aplicación de las Convenciones.

PLAZO PARA DICTAR RESOLUCIÓN

El artículo 12 de la Convención Interamericana, en su parte final, establece que la autoridad correspondiente dictará resolución dentro de los sesenta días calendario, siguientes a la recepción de la oposición, presentada por la adversa o del vencimiento del plazo para hacerlo.

El plazo establecido en la Convención Interamericana, a mi criterio, resulta excesivo a los efectos del cumplimiento de los objetivos del instrumento internacional que analizamos, que es la pronta restitución de menores ilegalmente trasladados o retenidos.

Resulta mucho más breve el plazo establecido en el Convenio de la Haya, que en su artículo 11 establece el plazo de seis semanas a partir de la fecha de

iniciación de los procedimientos. El Convenio de La Haya prevé que, en el caso que este plazo no se cumpla, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requirente podrá solicitar una declaración sobre las razones de la demora.

PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN

La Convención Interamericana, en su artículo 13, establece el plazo de cuarenta y cinco días calendario para el cumplimiento de la resolución que haga lugar a la restitución internacional, disponiendo la entrega de un niño o adolescente. Si en dicho lapso de tiempo no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedará sin efecto la restitución ordenada. Este plazo debe contarse desde que fuere notificada a la autoridad requirente la resolución respectiva.

Considero que esta norma resulta útil, pues impone a quien ha resultado ganancioso en el proceso restitutorio la obligación de su cumplimiento en un plazo breve, caso contrario la resolución queda sin efecto.

La Convención de La Haya no contiene una norma similar sobre el plazo de cumplimiento de la resolución que haga lugar al pedido restitutorio.

GASTOS DEL TRASLADO

Un tema por demás importante es la determinación de quién cargará con los gastos del traslado del niño, en caso de otorgarse la restitución. La Convención Interamericana, en su artículo 13, último párrafo, dispone sobre este punto, estableciendo que los gastos del traslado estarán a cargo de la parte actora. Sin embargo, en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

Por su parte, el Convenio de La Haya de 1980 dispone en su art. 26 que cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio. Se podrán imponer al responsable del desplazamiento o traslado ilegal o a quien impidió el derecho de visita, los gastos en que haya incurrido el solicitante.

Muchas veces el tema de los gastos del traslado resulta bastante difícil de resolver, sobre todo cuando la parte actora no tiene suficientes medios económi-

cos para sufragar los costos de un traslado, que muchas veces es oneroso. En este caso la Convención es muy clara en el sentido de resolver que es el Estado requirente es el que debe facilitar los gastos del traslado.

PREJUZGAMIENTO SOBRE LA CUSTODIA O GUARDA DEL MENOR

Otro tema muy importante y a veces mal entendido por los operadores en la aplicación de los instrumentos internacionales que rigen la materia, es la cuestión relativa a que la restitución internacional del menor no implica, en modo alguno, prejuzgamiento sobre la determinación de su custodia o guarda.

El punto se encuentra claramente resuelto por el artículo 15 de la Convención Interamericana y artículo 19 del Convenio de La Haya. El primero de los artículos citados expresa: “La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación de su custodia o guarda”. Por su parte el artículo 19 del Convenio de La Haya de 1980 establece: “Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectara la cuestión de fondo del derecho de custodia”.

Esto significa que el hecho que se dicte una resolución donde se haga lugar al pedido restitutorio, no implica el otorgamiento de la custodia o régimen de convivencia del niño a la parte que interpuso la solicitud. Por ese motivo, la resolución que concede la restitución internacional de un niño o adolescente debe disponer claramente que se ordena la restitución del mismo al Estado donde el niño tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilegal. Es en la jurisdicción de dicho Estado, que es la jurisdicción natural del niño, donde las partes podrán resolver las cuestiones de fondo relativos a su custodia o régimen de convivencia.

En ese sentido, y redundando aún más en el tema, podemos decir que lo único que se dispone al conceder una restitución internacional es el retorno del menor a la jurisdicción del Estado de su residencia habitual. Por lo tanto, ese retorno puede efectuarse con el progenitor que se encuentra de hecho con el niño, es decir con el progenitor que ha resultado perdidoso en la causa. No siempre resulta necesaria la entrega del niño al otro progenitor, a los efectos de su traslado.

Tratando de clarificar aún más el tema, me permito poner a la consideración de los lectores un caso que me cupo resolver en el ejercicio de la función

judicial que desempeño, donde he dictado resolución haciendo lugar al pedido de restitución internacional, remitido a mi Juzgado vía Autoridad Central de la República Argentina, quien a su vez remite la solicitud por intermedio de la Autoridad Central del Paraguay. El niño, cuya restitución era requerida por su padre, tenía escasos dos años de edad y se encontraba con su madre en el Paraguay, habiendo la misma trasladado ilegalmente al niño a este país, sin la autorización correspondiente del padre del mismo, quien logró localizarlos luego de casi un año de búsqueda. El niño, al momento de dictarse la resolución, no reconocía a su progenitor como tal, ya que, por su corta edad, no tenía recuerdos del mismo luego del largo periodo sin contacto con el mismo. Por lo tanto, hubiera sido un golpe emocional muy fuerte para el niño si el Juzgado tuviera que ordenar su entrega al padre biológico y despojarlo de su madre. Ello no resultó necesario, en razón de que ésta última se avino a regresar con su hijo a la República Argentina, luego de ser confirmada la resolución en segunda instancia. Cualquier cuestión de fondo relativa a la custodia de ese niño debía ser resuelta en la jurisdicción competente, que era el de la República Argentina, por lo que el Juzgado únicamente resolvió el traslado del mismo al país de su residencia habitual, de conformidad a lo dispuesto en los instrumentos internacionales analizados.

CASOS EXCEPCIONALES EN LOS QUE LA AUTORIDAD REQUERIDA PUEDE RECHAZAR EL PEDIDO DE RESTITUCIÓN

Existen casos excepcionales previstos tanto en la Convención Interamericana como en la Convención de La Haya de 1980, en los que la autoridad requerida podrá rechazar el pedido de restitución efectuado por el Estado requirente. Estos casos están establecidos expresamente en los artículos 11 y 13 respectivamente de los instrumentos internacionales citados.

El art. 11 de la Convención Interamericana expresa: “La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

a) Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o

b) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que este se opone a regresar y a juicio de aquella, la edad y madurez del menor justificare tomar en cuenta su opinión”.

Con un texto casi idéntico, el art. 13 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores dispone sobre las excepciones previstas para la concesión del pedido restitutorio.

Considero que los casos de excepción establecidos en las citadas normativas deben ser aplicados con criterio restrictivo y extrema prudencia, ya que se trata de situaciones en las que la autoridad puede apartarse de la aplicación del Convenio y negarse a la restitución del niño

El rechazo del pedido restitutorio se puede fundar en la oposición del propio menor a regresar, siempre que la autoridad judicial que deba resolver, considere que debe ajustarse a los deseos del menor, por ser una opinión madura y fundada, expresada por un menor con edad suficiente para ser tenida en cuenta. Sobre este punto de la validez que se debe dar a las opiniones del niño o adolescente, volveremos a referirnos más adelante.

Por último, el art. 25 de la Convención Interamericana y el art. 20 de la Convención de La Haya disponen en textos muy similares que la restitución del menor podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

EDAD LÍMITE

Ambos instrumentos internacionales analizados establecen que la edad límite para la aplicación de las Convenciones sobre Restitución Internacional es la de diez y seis años. El art. 2º de la Convención Interamericana y el art. 4º de la Convención de la La Haya de 1980 así lo disponen. Por tanto el adolescente que ha cumplido diez y seis años ya no es sujeto de los citados instrumentos.

Los instrumentos internacionales sobre restitución internacional han tenido en consideración para fijar esta edad límite, el hecho de que un adolescente de 16 años tiene capacidad para decidir el lugar donde desea vivir, siendo prácticamente imposible resolver en contra de la voluntad expresa de una persona con dicha edad.

LA OPINIÓN DEL NIÑO O ADOLESCENTE

Tanto la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores como la Convención de La Haya de 1980 otorga una importancia fundamental a la opinión del niño o adolescente, ya que dispone como una causa de excepción que éste se oponga a la restitución y se niegue a regresar.

Es bien sabido que la opinión del niño tiene una importancia fundamental para el juzgador que debe dictar resolución sobre una cuestión que atañe al mismo. Esta opinión, si bien es importante, nunca es vinculante para el juez, quien debe analizar la misma, teniendo en cuenta la edad y grado de madurez del niño. También debe someter a análisis el momento preciso y las circunstancias que rodean al caso, pues tratándose de restitución internacional, se debe considerar el hecho de que el niño se encuentra alejado, a veces por mucho tiempo, de uno de sus progenitores, a quienes en casos graves de separación prolongada, ni siquiera reconoce como tales.

Ninguna de las Convenciones sobre Restitución Internacional analizadas ha fijado una edad mínima desde la cual el menor deba ser oído, esta determinación queda librado al prudente criterio judicial, quien convocará al niño desde la edad que considere que pueda emitir una opinión válida. A mi criterio, y basada en mi experiencia en los casos de restitución internacional, considero que el niño debe ser oído en la mayoría de los casos, a menos que sea muy pequeño. Si el magistrado no escucha al niño personalmente, preferentemente con el auxilio de un profesional psicólogo, mal podría evaluar sobre su grado de madurez y sobre la importancia que luego dará a la opinión emitida. Considero que la opinión del niño, en la gran mayoría de los casos, será para el juez un elemento sumamente valioso para fundar su decisión, aunque no pocas veces deba apartarse de los deseos expresados por el mismo. El ejercicio de este derecho del niño le servirá al juez para tomar conocimiento personal del sujeto de derecho sobre el que tomara la decisión, por ello resulta importante que lo escuche personalmente.

La jurista argentina Marta Stilerman, en su obra “Menores. Tenencia. Régimen de visitas”, nos ilustra en forma muy didáctica sobre este tema de la valoración de la opinión del niño, expresando: “Entendemos que la opinión del menor, si bien no puede ser el único elemento a tomar en consideración en orden a dar sustento a la decisión que se tome, adquiere importancia cuando por su

edad y madurez pueda ser considerada como personal y auténtica... Frente a la opinión del menor, es menester indagar si, tras su negativa, se encuentra un sustento en las actitudes del progenitor al que rechaza o si la misma está determinada o por lo menos influida por los sentimientos de rechazo que le son transmitidos por aquel con quien se encuentra conviviendo... La opinión del menor no ha de ser desmerecida ni sobrevalorada, he aquí el punto justo, no perdiendo de vista que toda resolución que le concierna debe dictarse teniendo en cuenta fundamentalmente el interés del niño... Sin lugar a dudas, la opinión del menor, aunque haya de ser tenida en cuenta, no puede tener fuerza vinculante sobre la decisión judicial. La misma, al igual que toda otra prueba, deberá ser meritada a la luz de la sana crítica y contribuirá en mayor o menor proporción a formar la convicción del Juez respecto de la conveniencia de adoptar una u otra decisión...”².

RED INTERNACIONAL DE JUECES DE LA HAYA

La Conferencia de La Haya ha conformado una Red de Jueces especialistas en protección internacional de niños, alentando a los Estados Partes a designar uno o más Jueces a los efectos de formar parte de la mencionada Red Internacional.

Estos jueces deben actuar como canales de comunicación y enlace con sus Autoridades Centrales nacionales, con otros jueces dentro de su propia jurisdicción y con jueces de otros Estados contratantes, tendientes a una mejor aplicación del Convenio. En tal sentido el Juez Enlace tiene la misión de brindar a sus colegas jueces un asesoramiento permanente sobre los Convenios en materia de Restitución Internacional y su aplicación en la práctica, poniendo a su disposición de toda la información relacionada con el tema, como ser las Guías de Buenas Prácticas para la mejor aplicación del Convenio, Base de Datos de INCADAT, Boletín de los Jueces, etc.

Asimismo tienen la función de promover contactos directos con colegas jueces de su propia jurisdicción y con colegas jueces de otros países, a los efectos

2. “MENORES, tenencia. Régimen de visitas”. Marta Stilerman. Editorial Universidad. Tercera edición actualizada. Pág. 74.

de intercambiar información general y específica, mejorando de esta manera la pronta resolución de los casos sobre restitución internacional. La función de los jueces de la Red consiste en recibir y encauzar las comunicaciones judiciales entrantes e iniciar y facilitar las comunicaciones judiciales salientes. Asimismo, dentro de las funciones de los jueces de la Red debería incluirse la organización de seminarios y talleres de capacitación para jueces y operadores de justicia relacionados con la aplicación de los Convenios de Restitución Internacional. Del mismo modo participara en conferencias judiciales internacionales de derecho de familia.

Actualmente la Red de Jueces de La Haya cuenta con más de 60 jueces de 43 Estados de todos los continentes. La Corte Suprema de Justicia de Paraguay ha designado recientemente dos jueces enlace para integrar la Red de Jueces de La Haya: la Prof. Dra. Irma Alfonso de Bogarín y la Prof. Abog. María Eugenia Giménez de Allen.

CONCLUSIONES

1. Es de fundamental importancia la sanción de una ley procesal que establezca el procedimiento a ser aplicado para los casos de restitución internacional de niños. Considero que este proyecto debería elaborarse en base a la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, trabajo que fuera efectuado por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, bajo la coordinación del Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay).

2. Una ley de esta naturaleza simplificaría enormemente la aplicación de los Convenios de Restitución Internacional, estableciendo un procedimiento unificado, evitándose de esta forma que cada juez implemente el procedimiento que considere pertinente.

3. Resulta necesaria la constante capacitación y actualización de los jueces y demás operadores de justicia en la aplicación de los convenios de Restitución Internacional.

4. Los jueces de la Red de La Haya deberán difundir y promover las comunicaciones judiciales directas entre colegas jueces de diferentes países, ya que constituyen una importante herramienta para la mejor y más efectiva aplica-

ción de los Convenios sobre Restitución Internacional. Para ello se deberán difundir los documentos elaborados por la Oficina Permanente relacionados con el tema como las “Reglas emergentes relativas al Desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Proyecto de Principios Generales sobre comunicaciones judiciales directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de jueces de La Haya”. Las comunicaciones judiciales directas pueden acelerar los procedimientos de tal forma a arribarse a una decisión en el menor tiempo posible, puede ayudar a la celebración de acuerdos entre las partes, puede facilitar el retorno seguro del niño en ciertos casos, facilitar el intercambio de información, etc.

5. La celeridad en los procedimientos de restitución internacional de menores y en el dictado de las resoluciones pertinentes constituyen el principio fundamental que debe primar en ellos. Los jueces y operadores de justicia deben tomar conciencia de la importancia que reviste este principio, ajustando el proceso a los plazos máximos previstos en los Convenios.

BIBLIOGRAFÍA

- Ley 983/96, “Que aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”.
- Ley 928/96, “Que aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”
- Informe explicativo de doña Elisa Pérez Vera.
- Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980. Primera Parte - Práctica de las Autoridades Centrales.
- Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980. Segunda Parte - Medidas de Aplicación.
- Documento Preliminar N° 8 de octubre de 2006. Informe sobre las Comunicaciones Judiciales Directas en el Contexto de la Protección Internacional de Menores, preparado por Philippe Lortie, Primer Secretario.
- Contacto Transfronterizo relativo a los Niños. Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
- Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños. Elaborado por un grupo de expertos

DOCTRINA

conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, bajo la coordinación del Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay).

- “Menores. Tenencia. Régimen de Visitas”. Marta N. Stilerman. Editorial Universidad. Tercera edición actualizada.