



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 3, n.º 3, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v3i3.2>

Las Reglas de Brasilia y los derechos de familia, infancia y adolescencia. Acceso a la justicia en los casos de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional¹

The Brasilia Rules and the rights of the family, children, and
adolescents. Access to justice in cases of international return of
children and adolescents and visitation or international contact

GRACIELA TAGLE DE FERREYRA

Red Internacional de Jueces de La Haya de la República Argentina
(Córdoba, Argentina)

Contacto: gracielatagle@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-7678-1881>

RESUMEN

Los desafíos actuales en la función jurisdiccional nos permiten visualizar el acceso a la justicia como un derecho humano fundamental que debe garantizarse en todas las etapas del proceso, como también en la ejecución de la sentencia. En los casos de restitución internacional de niños debe resolverse dentro un plazo razonable de seis semanas. Para

1 El presente artículo ha sido redactado como continuación de las investigaciones de la autora en materia de acceso a la justicia; el título de su último trabajo es «Bases para el acceso a la justicia en la restitución internacional de niños».

ello, se debe regular el procedimiento y lograr que los jueces tengan los medios necesarios para resolver pertinentemente. El acceso a la justicia en estos casos involucra a tres grupos vulnerables: el niño por su edad, el que litiga a distancia y la mujer por su género. En el presente artículo analizaremos cada uno de ellos considerando los desafíos de nuestro tiempo.

Palabras clave: restitución internacional de niños; acceso a la justicia; grupos vulnerables.

ABSTRACT

Access to justice as a fundamental human right must be guaranteed at all stages of the process and also in the execution of the sentence. This approach is evident in the current challenges in the jurisdictional function. International child return cases must be resolved within a reasonable period of six weeks. To this end, the procedure must be regulated and judges must have the necessary means to make appropriate decisions. Access to justice in these cases involves three vulnerable groups: children because of their age, those who litigate at a distance, and women because of their gender. In this article, we will analyze each of them considering the challenges of our time.

Key words: international child restitution; access to justice; vulnerable groups.

Recibido: 17/09/2021 Aceptado: 12/10/2021

1. INTRODUCCIÓN

Para tratar este tema es ineludible referirnos a las 100 Reglas de Brasilia, las cuales tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia para las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas,

medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Dicho documento recomienda la elaboración, la aprobación, la implementación y el fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Describe como tales, entre otros grupos, a aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, tienen dificultades especiales para ejercitar con plenitud, en el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 2008). En el tema propuesto encontramos tres grupos que están integrados por personas en situación de vulnerabilidad: 1) el niño, la niña y los y las adolescentes; 2) el que litiga a distancia; y 3) la mujer por razones de género. Analizaremos cada una de estas categorías por separado, sin dejar de hacer un enfoque general de lo que se entiende por efectivo acceso a la justicia como movimiento universal. Asimismo, abordaremos las soluciones desde lo procesal y lo judicial, enfatizando lo académico, con el objetivo de brindar algunas recomendaciones para que estos casos puedan resolverse y ejecutarse dentro de los plazos exigidos.

2. MOVIMIENTO UNIVERSAL: ACCESO A LA JUSTICIA

Al referimos al acceso a la justicia, aludimos a la posibilidad que tiene el pueblo para ejercer sus derechos y solucionar sus conflictos por medio del Estado, lo cual constituye un principio fundamental de todo sistema jurídico. Este movimiento se origina con el fin de erradicar todo impedimento que obstaculice la presentación del conflicto ante el tribunal para que se le dé solución. En síntesis, se refiere al acceso al conocimiento y a la solución, así como al acceso a la jurisdicción y al dictado de sentencia, respecto de los derechos humanos en un Estado constitucional y convencional. La inclusión de los derechos

humanos en documentos internacionales, en especial en los tratados multilaterales que los consagran, y que nuestro país ha suscrito incorporándolos a la Constitución Nacional, determina la obligación del Estado de asegurar y adecuar la legislación interna a los mandatos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y otros tratados, como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). El acceso a la justicia incide en la exégesis judicial de la ley procesal, principalmente en lo que constituye a los procedimientos, esto es, cómo se estructuran y se desarrollan desde su formulación hasta su conclusión (Gonzalez, Seoane y Tagle, 2019). Con el tiempo, el problema no será solamente la conclusión del proceso, sino la efectividad de lo decidido, es decir, también la ejecución de la sentencia. Asimismo, comprende acceder al proceso, llevarlo adelante y ejecutar lo decidido en un tiempo razonable, conforme lo señala el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Y cuando nos referimos a la restitución internacional de los niños, el plazo razonable es el establecido en el Convenio de La Haya (1980) sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo (1989), es decir, seis semanas y cuarenta y cinco días, respectivamente². Vale decir que el plazo para acceder, tramitar, resolver y ejecutar lo decidido representa una consideración especial en el acceso a la justicia.

3. EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Desde la perspectiva constitucional y convencional, el principio de cooperación media la garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos

2 En adelante nos referiremos al Convenio de La Haya y a la Convención Interamericana de Derechos Humanos como CH1980 y CI1989, respectivamente.

de los particulares. Los instrumentos convencionales en materia de restitución de menores, tanto a nivel internacional como regional, plantean soluciones uniformes para abordar los distintos aspectos de la realidad transfronteriza que afecta a los niños, las niñas y los y las adolescentes (NNA); sin embargo, pese al compromiso asumido por los Estados, los instrumentos, a veces, se tornan ineficaces ante la ausencia de voluntad política para asumir sus obligaciones o su implementación, lo cual trae aparejada la responsabilidad del Estado a nivel internacional por el incumplimiento de las normas que está obligado a cumplir. Esta situación genera una falta de confianza en el resto de los Estados contratantes, lo que debilita la eficacia de los instrumentos convencionales y genera asimetrías entre los Estados parte.

En este punto, consideramos necesario referirnos al Convenio de La Haya de 1996³, que es un instrumento convencional en materia de protección de niños, niñas y adolescentes⁴, y que además complementa, amplía y refuerza el Convenio de La Haya de 1980, con lo que se hace necesario e indispensable que la República Argentina ratifique dicho instrumento, a efectos de cooperar ampliamente con los Estados parte y cumplir con la obligación convencional de proteger el interés superior de los niños. En definitiva, esta inacción perjudica especialmente a los sujetos que en la relación jurídica son los más vulnerables, en este caso, los menores que han sido trasladados desde su residencia habitual o retenidos ilícitamente en un Estado de refugio, en el cual el progenitor sustractor trata de habilitar una competencia artificial que valide su accionar. Es así como se desplaza la competencia del juez de la residencia habitual, a fin de impedir, en muchos casos, el derecho de contacto.

3 Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, responsabilidad parental y cooperación internacional de niños.

4 El Convenio de La Haya de 1996 ha sido ratificado por varios Estados latinoamericanos. En cuanto a la República Argentina, si bien ha sido ratificado, aún no se encuentra vigente.

Además de la falta de voluntad política de los Estados, a la hora de aplicar los tratados se advierte la insuficiencia normativa procesal para tornarlos operativos, lo que conspira con el efectivo acceso a la justicia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que el factor decisivo en la prolongación del trámite de estos casos constituye la ausencia de una ley procesal específica para tramitarlos y exhortó al Poder Legislativo para que haga uso de sus atribuciones y permita cumplir con las obligaciones asumidas por el país al suscribir el pacto internacional en la materia. Los casos jurisprudenciales que se describen en las referencias demuestran que cuando los jueces tienen el instrumento procesal pueden acortar los tiempos de duración de estos procesos.

Cabe señalar, sin embargo, que ante el vacío normativo ha surgido una tendencia a dejar de lado las técnicas tradicionales de codificación rígidas o duras, para dar lugar a modernas técnicas blandas o flexibles, *soft law*, que operan como guías orientativas no vinculantes. Ejemplos de estas últimas son las recomendaciones, las guías de buenas prácticas, las leyes modelos, los protocolos, entre otros instrumentos.

3.1. Acceso a la justicia de la persona en estado de vulnerabilidad por litigar a distancia: asistencia jurídica gratuita y patrocinio letrado en el Convenio de La Haya de 1980

La República Argentina, al ratificar la CH1980⁵ y la CI1989⁶, consecuentemente brinda asistencia jurídica gratuita y patrocinio letrado a los solicitantes de un pedido de restitución internacional de niños. Con esa finalidad, siguiendo el espíritu de la Ley de Ministerio

5 Ley n.º 23857 de Aprobación de Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Buenos Aires, 27 de septiembre de 1990.

6 Ley n.º 25358 de Aprobación de la Convención sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo, Buenos Aires, 1 de noviembre de 2000.

Público, y en el marco de tal imperativo legal, se considera que no debe privarse a los involucrados, en estos casos, de la posibilidad de contar con la defensa pública oficial, que gozan los ciudadanos nacionales del Estado argentino, con la condición de que los interesados acrediten pobreza, aunque con un grado de flexibilidad acorde con la distancia jurisdiccional que se presenta y que, por ende, impida la intermediación y el contacto personal.

Las situaciones especiales que se presentan en los casos de pedidos de restitución internacional deberán adecuarse a los criterios actualmente ejercitados en el ámbito interno, aunque aquí se regula una situación fácticamente diversa. Por ello, el Estado ha asumido la obligación dispuesta por el artículo 25 de la CH1980, la cual establece que

los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen habitualmente en esos Estados tendrán derecho, en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

En el artículo 26 del mismo convenio, apreciamos que se dispone que cada autoridad central sufragará sus propios gastos en la aplicación. Además, estos y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente convenio, ni exigirán al demandante ningún pago por los costos y los gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Pese a esta situación, la norma citada sostiene que un Estado contratante, mediante formulación de una reserva conforme lo dispuesto por el artículo 42, podrá declarar que no está obligado a asumir ningún

gasto de los mencionados que se deriven de la participación de un abogado, asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por su sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico (artículo 26 de la CH1980).

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita, según lo dispuesto en el presente convenio, y dado el caso de que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visitas pague los gastos necesarios en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer todos los costos o pagos efectuados para localizar al menor, las costas de la representación judicial del demandante y los gastos de restitución del menor.

Nuestro país optó por no efectuar la reserva prevista en el CH1980; y, con la finalidad de cumplir con el compromiso internacional, creó un equipo de trabajo que interviene en los casos de restitución internacional de niños, mediante la Resolución DGN n.º 643/08. Es así como la Defensoría General de la Nación (DGN) cumple distintas funciones y divide sus roles entre los defensores públicos de menores e incapaces, los defensores oficiales de pobres y ausentes, y el equipo de trabajo que interviene en los casos de restitución internacional de niños conforme la resolución citada.

Para los fines dispuestos por los artículos 25 y 26 de la CH1980, la DGN suscribió un convenio con el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación Argentina para instaurar como mecanismo de las solicitudes de restitución de niños que, al momento de ser estas efectuadas ante la autoridad central de su país, el requirente deberá suscribir un poder especial otorgado a la DGN para su representación ante cualquier autoridad pública o privada. De esta forma, se cumple con el objetivo de garantizar la eficacia de los

derechos de los más vulnerables y asegurar el acceso efectivo a la justicia para las personas cuya vulnerabilidad está acrecentada por hallarse en un país distinto a aquel en que se encuentra el niño. Ello según las Reglas de Brasilia, específicamente la que aborda el acceso a la justicia para personas en condición de vulnerabilidad por litigar a distancia (regla 13)⁷.

De otro lado, no existe inconveniente jurídico o normativo que obstaculice que los defensores públicos oficiales actúen por poder o representación, en los supuestos de que obren en favor de personas que se encuentran en distinta jurisdicción. Tal es la modalidad de actuación que ha sido utilizada por la Defensoría Pública Oficial ante la Corte Suprema de Justicia, que ha tenido una acogida favorable por parte de nuestro más alto tribunal.

En este punto, se debe considerar especialmente el principio de celeridad, en tanto que la finalidad primordial de la CH1980 y la CI1989 es el interés superior del niño, objetivo que en el marco de estos instrumentos consiste en la pronta restitución del niño a su residencia habitual, salvo que se acredite un supuesto de excepción. Este mismo principio es el que fundamenta la imposibilidad de severidad en la exigencia de formalidad. De lo contrario, la desigualdad en el acceso a determinados servicios conduce a la desigualdad de las posibilidades del ejercicio de la defensa.

7 **«Migración y desplazamiento interno**

(13) El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad».

Las reglas 30 y 31, al referirse a las personas vulnerables en situación de movilidad, claramente disponen la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita; para ello enfatizan el rol de la defensa pública. Asimismo, las reglas 32 y 33 aseguran el uso de un intérprete cuando no se conozca la lengua oficial y la revisión de las reglas de procedimiento para facilitar el acceso a la justicia. Por último, la regla 40 refiere a la especialización de los servidores del sistema judicial para la atención de personas migrantes.

En síntesis, hemos sostenido que, en nuestro sistema, cada provincia organiza la asistencia jurídica gratuita, pero sus requisitos no pueden estar por encima de lo dispuesto por un tratado internacional, menos aún podría el defensor oficial negarse a patrocinar, alegando que no reúne los requisitos de las leyes internas del patrocinio gratuito. En igual sentido, el Dr. Javier Forcada señala que en el marco europeo debe citarse la directiva del 23 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para estos. En el caso de España, fue la Ley n.º 16/2005, del 18 de julio, por la que se modificó la Ley n.º 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles de la Unión Europea. Otros países, como Francia, el Reino Unido y los Países Bajos, formularon la reserva del artículo 42, pero hoy no la aplican. En Francia, tanto las solicitudes de restitución como las de visitas son representadas por el procurador de la República, sin necesidad de que el solicitante acredite sus ingresos (Tagle, Forcada y Seoane, 2010).

Como recomendación se podría sugerir realizar similares convenios entre la defensoría que tiene a su cargo la representación del ausente y el ministerio que ha sido designado para cumplir las obligaciones que le impone el convenio al Estado.

3.2. Acceso a la justicia de la persona en estado de vulnerabilidad por razón de su edad

El preámbulo del CH1980 nos refiere que «los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia». En función de proteger este interés superior de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, es que en el plano internacional se establece un procedimiento

instrumentado en el mencionado convenio, que permite garantizar la restitución internacional del niño al Estado de su residencia habitual. El artículo 1 de este convenio dispone con precisión la finalidad, que no es otra que «garantizar la inmediata restitución de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante», cuyo cumplimiento protege subsidiariamente los derechos de custodia y de visita. En este sentido, la que suscribe comentó que el tratado en estudio,

al facilitar la pronta restitución de los menores sustraídos ilícitamente o retenidos fuera del país de su residencia habitual, se constituye como un apoyo fundamental de los principios y derechos de los niños, incluyendo el derecho de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, tal como es reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, acogiendo la directiva para los Estados partes de adoptar las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero o retenciones ilícitas de los niños en el extranjero y para ello deberán promover la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión de acuerdos preexistentes (Tagle, Forcada y Seoane, 2010, p. 37).

Ahora bien, nos preguntamos ¿cómo debe interpretarse el interés superior del niño en estos procesos? La respuesta la encontramos en la Ley Modelo Interamericana, que señala al interés superior del niño (ISN) como criterio de integración e interpretación:

Se consagra como criterio orientador y de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño, considerándose por tal a los efectos de la presente ley, como el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente; y a que se dilucide ante el juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución sobre la solicitud de restitución o de visita internacional (art. 2).

Ello supone el respeto al derecho que tiene el niño a ser oído y a que su opinión se tenga en cuenta conforme su edad y grado de madurez y, en caso de disenso fundamentado, a contar con un abogado que lo asista y represente según los mismos parámetros del registro de abogados de los NNA. También supone un enfoque multidisciplinario con perspectiva de niñez y de género, que permita a los NNA el acceso a la justicia con la mirada proyectada en sus derechos concebidos como derechos autónomos. El ISN debe ser interpretado por las autoridades competentes en relación con los demás derechos consagrados en la CDN: a la observancia de las normas que disponen no separar a los niños de sus padres (artículos 9.1, 9.2, 9.3 de la CDN); al acceso a la justicia; al debido proceso; al contacto regular con ambos padres; a la responsabilidad conjunta de los padres para criar a los hijos (artículo 18 de la CDN); a más del derecho a la vida de familia, a la parentalidad (artículo 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

Esta configuración exige una formación actualizada para quienes trabajamos en esta temática. Pérez Manrique (s. f.) nos señala que

ante [el] vacío normativo [...] en el ordenamiento interno, se deberá optar con integrar el derecho de las formas que más favorezca el interés superior del mismo.

En los países que no han regulado el procedimiento interno, una correcta aplicación del principio del ISN en [el] área de integración normativa será optar por la estructura procesal que permita la resolución más abreviada del caso de restitución (p. 3).

Más adelante nos referiremos a la celeridad como principio rector y al procedimiento para llevar adelante estos procesos.

3.2.1. Asistencia y representación del niño en la República Argentina

En el ámbito nacional, la Ley n.º 26061⁸, que reglamenta la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone garantías mínimas de procedimiento para asegurar el interés superior de los NNA en todo procedimiento; asimismo, incorpora

el derecho del niño a ser oído en todo proceso judicial que le concierne; a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión; a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del proceso; a participar activamente del procedimiento y a recurrir ante el superior; así como a participar en las decisiones sobre su persona.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) establece principios generales que deben ser observados en los procesos de familia, como el de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Se completa la normativa con la siguiente advertencia: «la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta el interés superior de esas personas». A ello deberíamos agregar la recomendación 874 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (1979), cuyo primer principio general señala que «los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios». La jurisprudencia, por su parte, señala que los intereses de los padres, por loables que sean, no pueden situarse por encima del bienestar de los menores que, en caso de conflicto, tienen carácter prevalente.

8 Ley n.º 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada en el 2005, Congreso de la Nación, República Argentina.

En cuanto a la asistencia y representación del niño en la ley de procedimiento que se aplica en estos casos en la provincia de Córdoba⁹, se dispone que «el juez o tribunal puede designar o el niño, niña o adolescente requerir —conforme a su edad y madurez— un abogado defensor para que lo asista y represente en la causa» (Legislatura de la Provincia de Córdoba, 2017, art. 12). El Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de estos convenios constituye una guía orientativa para los jueces y los operadores jurídicos, con pautas precisas sobre el procedimiento que deben seguir para cumplir con las exigencias de celeridad del CH1980 y el CI1989, considerando el límite temporal estipulado para el cumplimiento o la ejecución de la orden de restitución, que es de cuarenta y cinco días. En cuanto a la participación de los niños y su derecho a ser oídos, resalta el derecho de los NNA a participar activamente y a ser escuchados en todo el procedimiento, conforme a su edad y grado de madurez y, de ser posible, con el auxilio de equipos técnicos especializados en niñez y adolescencia.

Además, pone énfasis en que se debe dar al niño información completa, accesible y apropiada para su edad, respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar, de modo que se reduzca el riesgo de posibles consecuencias negativas para este, a raíz de su participación en el proceso¹⁰.

Recomendamos que quienes tramiten y resuelvan estos casos permitan el acceso a la justicia de los NNA con participación activa y preservando el derecho a ser oídos, todo ello conforme a su edad

9 Ley n.º 10419 de la Provincia de Córdoba sobre el procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y régimen de visitas y contacto internacional, sancionada el 21 de diciembre de 2016 y puesta en vigor el 27 de enero de 2017.

10 Punto 5, b) Participación y derecho del niño a ser oído, Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, 2016.

y grado de madurez. La finalidad del proceso debe encaminarse al respeto irrestricto del interés superior del niño.

3.3. Acceso a la justicia de las personas en estado de vulnerabilidad debido a su género. Guía de buenas prácticas sobre la aplicación del artículo 13(1)(b)

Es claro que el artículo 13 del CH1980 establece excepciones, entre las que encontramos el grave riesgo. El juez no estará obligado a restituir al niño si la persona, la institución o el organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor demuestra que «b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable»¹¹. La Guía de buenas prácticas presenta la problemática del artículo antes citado en su punto b), y tiene como finalidad promover, a nivel global, la aplicación apropiada y uniforme del CH1980, tomando en cuenta las herramientas interpretativas reconocidas y ofreciendo información y orientación sobre la interpretación y la aplicación de la excepción de grave riesgo (Pérez-Vera, s. f.). Comparte también buenas prácticas de diversas jurisdicciones. Asimismo, la guía prevé tres tipos de riesgo: a) cuando la restitución exponga al niño a un peligro físico grave; b) cuando la restitución exponga al niño a un peligro psíquico grave; y c) cuando la restitución de cualquier otra manera exponga al niño en una situación intolerable.

Ahora bien, incorpora el daño al padre o a la madre ya sea físico o psíquico, lo que podría, en ciertas circunstancias excepcionales, crear un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico, psíquico o a cualquier otra situación intolerable. La excepción del artículo 13(1)(b) no requiere, por ejemplo, que el niño sea la víctima directa o principal del daño físico, si existe prueba suficiente

11 Artículo 13 b) del CH1980 y 11 de la CI1989.

de que, como consecuencia del riesgo de daño dirigido al padre o a la madre sustractor, hay un grave riesgo para el niño. El riesgo debe ser real y alcanzar un cierto nivel de seriedad para ser considerado grave.

En cuanto al nivel del daño, debe representar una situación intolerable, es decir, una situación que no se debería esperar que un niño tolere. El carácter prospectivo de la excepción concentra la atención en la situación de los NNA tras la restitución y por si dichas circunstancias lo expusieran a un grave riesgo. Por ende, mientras que el examen de la excepción de grave riesgo suele requerir un análisis de la información y pruebas provistas por la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución del niño (en la mayoría de los casos, el padre o la madre sustractor), no debe limitarse solamente a un análisis de las circunstancias anteriores o vigentes al momento del traslado o de la retención ilícitos; por el contrario, requiere mirar hacia el futuro, esto es, a las circunstancias que existirían si el niño fuera restituido inmediatamente. Es así como el examen de la excepción de grave riesgo también debería comprender, si se estima necesario y apropiado, la consideración de la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual. Merece la pena recordar que, en los supuestos de sustracción internacional de los NNA, el axioma rector debe ser el ISN. Tanto en la CH1980, en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV) y en el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, este interés se encuentra representado por el retorno inmediato y seguro del niño a su lugar de origen. En este propósito, destacamos el uso de las comunicaciones judiciales directas (CJD) y videoconferencias o enlaces de video —como vehículos auxiliares de la cooperación jurídica internacional (CJI)— que deben ser aprovechados con el fin de salvaguardar este principio vital (Tagle y Jeifetz, 2021). Estas herramientas resultan valiosas no solo durante la tramitación del procedimiento, sino también

en el inicio de las solicitudes y en la etapa de ejecución. Todo ello con miras a evitar la dilatación de los plazos procesales requeridos por la normativa vigente y, en efecto, garantizar el ISN. Actualmente, la autoridad central argentina permite completar los formularios de modo virtual, y estos se encuentran disponibles en su página web. Todo ello contribuye al acceso a la justicia en el inicio, en su tramitación y en su ejecución.

Al respecto, la recomendación especial estaría dada en consultar la guía de buenas prácticas y la nueva jurisprudencia en la materia.

4. ACCESO A LA JUSTICIA: NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN PROCESAL

Ambos tratados están marcados por el principio de celeridad y de urgencia, tanto en la etapa administrativa, en el proceso propiamente dicho y en la ejecución. El juez, conforme a la normativa, debe resolver dentro de un plazo acotado de seis semanas o cuarenta y cinco días, según el convenio de aplicación. En toda legislación procesal que, en definitiva, regule los convenios restitutorios mencionados supra, es claro que el principio de economía procesal, entendido como economía de tiempos y economía de costos, debe estar presente, ya que es transversal a su articulado. La vigencia de estos principios requiere de un juez, verdadero director del proceso con impulso procesal de oficio, que fije plazos breves y que tenga facultades para admitir solamente la prueba tendiente a acreditar los presupuestos de los convenios y demostrar las excepciones expresamente previstas en estos. También debe tenerse presente la concentración de las competencias¹² que establece la aptitud del juez para entender en estas

12 La concentración de competencias hace al principio de especialización. Aprobada la ley de procedimiento en la provincia de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia resuelve tomar razón y aprobar el proyecto de concentración de competencia presentado por la Oficina de

causas, en un número reducido y determinado de sedes judiciales, con jueces suficientemente entrenados para tramitar y resolver los casos reparatorios. La experiencia en nuestro país, específicamente en la provincia de Córdoba, en la que se sancionó la ley de procedimiento para estos casos y que prevé tal principio, muestra resultados que pueden comprobarse en las estadísticas¹³. Cabe dejar sentado que, además de los principios referidos, en la República Argentina rigen los principios de tutela judicial efectiva, de intermediación, de buena fe y lealtad procesal, de oficiosidad, de oralidad y de acceso limitado al expediente (artículo 706 del CCCN).

4.1. Consecuencias en las demoras para tramitar, resolver y ejecutar la sentencia

En caso de que no se llegara a una decisión en el plazo antes señalado, a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o por instancias de esta última requirente, tendrá derecho a pedir una declaración en virtud de la demora, es decir, se dispone una obligación

Cooperación Judicial Internacional. Es así que ordena, por Acuerdo Reglamentario n.º 489 Serie A, de fecha 9 de agosto de 2016, establecer un número de tribunales de la provincia de distintas jurisdicciones para intervenir en los casos de restitución internacional de menores y régimen de visitas transfronterizas de conformidad con la ubicación y cercanía territorial con el caso, con el objeto de que tramiten y resuelvan aquellas causas según el cronograma de actuación determinado, es decir, deberá intervenir el tribunal especializado más cercano al lugar donde se presente el caso.

13 Un caso reciente que se tramitó durante la pandemia tuvo una duración de nueve meses, incluyendo la primera y la segunda instancia. En España, en un caso que fue ingresado el 18 de septiembre de 2019 se fijó la audiencia prevista por el artículo 26 el 16 de octubre del mismo año, en el que se acuerda la restitución y el registro comunicacional; se ejecutó la sentencia el 12 de diciembre, lo que implicó aproximadamente tres meses de duración. En Brasil, en un caso que fue ingresado al juzgado el 13 de noviembre de 2019, se fijó audiencia el 6 de diciembre, se dictó sentencia el 10 y se ejecutó la sentencia el 15 del mismo mes, todo el proceso se tramitó en menos de un mes. De igual manera, se puede corroborar la existencia de otros casos que duraron un tiempo parecido.

de información. La explicación para esta situación es que la demora pone en juego la responsabilidad del Estado al incumplir las normas convencionales a las que se ha obligado al ratificar o adherir al instrumento.

4.2. Estadísticas

Ahora bien, si vamos a las estadísticas, a nivel regional, la República Oriental del Uruguay sancionó en el 2012 la ley de procedimiento para estos casos¹⁴. En cuanto a la duración de los casos, según datos estadísticos al 30 de octubre de 2020, es de cincuenta y cinco días, y el dato más relevante es sobre expedientes en trámite al 30 de octubre de 2020, que es cero; respecto a visitas internacionales, hay un expediente en trámite. Por su parte, la República de Chile tiene un procedimiento dispuesto por la Corte Suprema por auto acordado el 2015; el tiempo de duración promedio de los casos es de cuatro a seis meses, incluyendo el trámite ante la corte. La estadística en Argentina nos revela que el promedio de duración de los casos es de sesenta semanas para restitución y cincuenta para visitas internacionales¹⁵. Estos datos demuestran una situación que debemos revertir en nuestro país. Entonces, ¿cuáles son los aportes que hemos realizado? Por un lado, Argentina participó en la elaboración de la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños. En esta misma línea, quien suscribe tuvo la iniciativa legislativa para elaborar la Ley de Procedimiento de la Provincia de Córdoba para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niñas, Niños y

14 Ley n.º 18895 de restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente, publicada D. O. 22 de mayo de 2012 - n.º 28473.

15 Dirección General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones Asociadas del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (Dajinges), 27 de agosto de 2019.

Adolescentes¹⁶; a esta propuesta le siguió la Ley de las Provincias de Neuquén, Misiones, Entre Ríos, Mendoza, Chaco y Río Negro, que anexó el protocolo a su Código Procesal Civil y de Familia. Por último, la Comisión de Acceso a la Justicia reunió a un grupo de expertos, y con la participación de la Oficina Regional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) elaboramos el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, que ha sido ratificado por dieciséis provincias de la República Argentina¹⁷.

La República Argentina no tiene aún una ley de procedimiento, aunque hace diez largos años intenta contar con este instrumento. Pese a tener un proyecto de ley presentado en mayo de 2018, que además fue aprobado por la Cámara de Senadores por unanimidad y al pasar a la Cámara de Diputados tuvo aprobación en la Comisión de Relaciones Exteriores, al cambiar la composición de la comisión por el cambio de gobierno, requirió un nuevo pase, sobre todo porque la COVID-19 había limitado los temas en tratamiento.

Ello provocó que, vencidos los dos años, el proyecto caduque y pierda estado parlamentario por falta de sanción. Pero ¿por qué es importante una ley nacional? Existe un vacío normativo en nuestro procedimiento adjetivo, lo que ocasiona que los tribunales recurran a diferentes vías procesales y se generen incertidumbre e inseguridad jurídica que atentan contra los fines perseguidos. Otra razón constituye la imposibilidad de respetar los plazos de urgencia en los que deben resolverse estas cuestiones, al no tener un trámite que

16 La herramienta procesal, Ley n.º 10419, permite a los jueces resolver dentro de los plazos que establece el convenio. Un ejemplo de ello se dio en Brasil con una restitución internacional de niños que se inició el 13 de noviembre de 2019. La audiencia tuvo lugar el 6 de diciembre, se resolvió y se ejecutó la sentencia el 15 de diciembre del mismo año.

17 Aprobado por la Comisión de Acceso a la Justicia en diciembre de 2016.

contemple sus características especiales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) ha dicho que

La ausencia de una ley procesal específica para tramitar los casos de restitución internacional de niñas y adolescentes constituye el factor decisivo en la prolongación del trámite y exhorta al Poder Legislativo para que haga uso de sus atribuciones y permita cumplir con las obligaciones asumidas por el país al suscribir el pacto internacional en la materia.

A nivel académico, la necesidad de contar con una ley de procedimiento para tramitar y resolver estos casos la venimos señalando en distintos foros. El caso en el que un niño que debía ser restituido a Italia, luego de haber sido retenido ilícitamente por su progenitora en este país, cuyo trámite judicial tuvo una duración de nueve años, recorriendo todas las instancias judiciales, es un hecho que nos debe incitar a actuar, por lo traumático que resulta. Es evidente que después de nueve años de litigio, este niño de trece años ha perdido el vínculo con su progenitor, no habla el idioma italiano ni reconoce a Italia como su centro de vida. Cuando se ejecutó la sentencia, el niño estaba escondido en el baño y al abrirse la puerta se provocó una importante herida en la pierna.

Considerando este tipo de situaciones y ante el vacío normativo, nuestro país ha elaborado un Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, que fue aprobado por la Comisión de Acceso a la Justicia y se utilizó especialmente para orientar a los funcionarios judiciales con pautas precisas sobre el procedimiento que deben seguir para cumplir con la exigencia de celeridad de los convenios. Dicho protocolo opera como guía orientativa no vinculante.

Por último, estos convenios son de cooperación, por lo que requieren de la intervención coordinada de dos sistemas de protección

nacionales para asegurar la protección efectiva de los niños que han sido trasladados o retenidos en otro Estado. Es por ello que el rápido regreso debe también acompañarse de un regreso seguro. Para lograr este objetivo debemos acudir a las herramientas diseñadas por la HCCH para el retorno seguro de los niños, a saber, las comunicaciones judiciales directas y las específicas en tiempos de la COVID-19.

5. COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

5.1. Trabajo en red

Las 100 Reglas de Brasilia refieren la necesidad de promover la creación de espacios que posibiliten el intercambio de experiencias en esta materia entre los distintos países. Esto permite analizar las causas del éxito o del fracaso en cada una de ellas o, incluso, fijar las buenas prácticas. Es aquí que encontramos indispensable señalar las ventajas de la cooperación jurídica internacional (CJI) y todo lo que conlleva. Si nos situamos en estos tiempos de la COVID-19, la CJI ha sido la herramienta para dar respuestas a esta situación tan inédita como repentina. Durante los primeros meses, la actividad consistió principalmente en brindar apoyo en los casos solicitados por la autoridad central Argentina, las autoridades centrales (AC) de los Estados contratantes, los jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya y los jueces de la Red Nacional de Jueces de Familia para la Protección y Restitución Internacional de Niños de nuestro país, como también los magistrados competentes en esta materia.

En tiempos de la COVID-19, la Red Internacional de Jueces de La Haya trabajó de forma conjunta, estrecha e inmediata con las AC. Bajo esta articulación, hemos podido sortear los innumerables inconvenientes que se presentaban para acceder a la justicia. No fueron pocas las interrogantes que enfrentamos a diario en relación con el modo de trabajo que habían implementado los distintos tribunales.

Por ejemplo, se preguntaba por la elección de la plataforma digital o por si una oficina o mesa de entrada debía recepcionar las solicitudes y derivarlas a alguna oficina destinada a tal fin.

No olvidemos que cada provincia en la República Argentina cuenta con un juez de familia para la protección y restitución internacional de los NNA, que está entrenado y capacitado en esta materia. Tal cuestión facilitó la remisión de solicitudes a los distintos tribunales de las provincias, así como la actualización de la información respecto de los casos pendientes del juez de enlace para transmitirla a las AC y a los jueces extranjeros. De esta manera, la cooperación jurídica internacional, que desde hace tiempo se viene apoyando en el trabajo de distintas redes, se constituyó en el instrumento indispensable en este tiempo de pandemia para el efectivo acceso a la justicia frente al cierre de los tribunales que lentamente se fueron acomodando a la virtualidad.

5.2. Comunicaciones judiciales directas (CJD). Oficina de Cooperación Judicial Internacional. Videoconferencia

Las CJD son herramientas clave en estos tiempos. Estos instrumentos, cuyo objetivo es facilitar la comunicación entre dos jueces implicados en un caso específico, encuentran su basamento legal en el artículo 2612 del CCCN.

Para iniciar las CJD o facilitar las salientes, la autoridad judicial puede recurrir a los enlaces o puntos de contacto de la IberRed, a las AC o a los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya. Las CJD no solo se llevan a cabo en la etapa de ejecución de sentencia, sino también durante la tramitación, pues puede requerirse información sobre el convenio aplicable, la interpretación de conceptos clave de la normativa vigente en esta materia, la jurisprudencia reciente, para asegurar un retorno seguro en tiempos de pandemia.

Ejemplos de las previstas para lograr un retorno seguro serían el recojo de información sobre denuncias previas de violencia doméstica, causas penales pendientes, información en relación con el otorgamiento de la custodia en el estado de residencia habitual; la prevención de una rápida audiencia para escuchar a los NNA en el lugar de residencia habitual; tener información sobre vuelos de repatriación, actualización de la información requerida para el retorno (necesidad de cumplir con la cuarentena en el lugar de destino, hisopado previo al viaje), entre otras medidas de interés.

Otras herramientas de cooperación son constituidas por las Oficinas de Cooperación Judicial Internacional tanto de la provincia de Mendoza (Secretaría Judicial de la Corte para Asuntos Internacionales, anterior DECI) como de la provincia de Córdoba. Su protocolo de actuación¹⁸ incorpora los principios generales sobre las CJD de la HCCH. Entre sus funciones, establece colaborar en la solicitud de una CJD requerida por un juez de la provincia de Córdoba con un juez extranjero sobre un caso específico, así como asistir al magistrado hasta concluir con la comunicación iniciada.

En este afán, durante la emergencia sanitaria, la Oficina de Cooperación Judicial Internacional prestó ayuda no solo a los jueces locales, sino también a las provincias que requerían este apoyo en tiempos tan difíciles. Desde esta repartición, se llevó a cabo la repatriación de ciudadanos cordobeses varados en el exterior, a causa de la suspensión de vuelos por efecto de la pandemia, también la de ciudadanos estadounidenses que quedaron en la capital cordobesa que, si no hubiesen sido hisopados de urgencia, probablemente habrían perdido el vuelo de regreso a los Estados Unidos.

18 Aprobado mediante el Acuerdo n.º 119, Serie A, 14 de marzo de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, República Argentina.

Paralelamente, ciudadanos de otras provincias también han sido auxiliados para retornar al país en vuelos humanitarios con la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta iniciativa debería extenderse a las distintas jurisdicciones, pues centraliza la cooperación y brinda la logística y el apoyo necesarios para llevarla adelante.

Del mismo modo, la oficina también tuvo una significativa actuación durante la feria judicial de enero del año en curso, en un caso donde debía retornar al país un niño que se hallaba en España. No obstante, como requisito previo, la justicia española requería información sobre causas penales pendientes en contra de la progenitora.

Por otro lado, la videoconferencia fue otra herramienta crucial para que los trámites avancen. Ello colaboró para que los juicios no se suspendieran por las restricciones impuestas, y, resguardando el principio de celeridad que debe imperar durante todo el procedimiento, siguieron los trámites sin inconveniente.

Asimismo, la angustia y la incertidumbre del primer tiempo dieron paso a un nuevo modo de entender la vida a través de la conectividad. Y este modo de vivir, que es estar interconectados ininterrumpidamente, trabajando desde nuestros hogares, llegó para quedarse. Es así que la Cooperación Jurídica Internacional nos plantea trabajar de manera mancomunada, promoviendo la cooperación de las AC, los jueces y los sistemas de protección tanto nacionales como transnacionales.

Recomendamos el trabajo en red, la creación de redes nacionales, el uso de las comunicaciones judiciales directas, la creación de la oficina judicial internacional en el ámbito del Poder Judicial y el uso de la videoconferencia, las cuales serán herramientas de uso indispensable en este nuevo mundo que dejó atrás las viejas prácticas e incorpora la digitalización como un motor de cambios trascendente.

5.3. Otros instrumentos incorporados durante la pandemia: kit de herramientas de la Conferencia de La Haya

La Oficina Permanente de la HCCH diseñó el kit de herramientas para el retorno seguro de los NNA en los casos de aplicación de la CH1980. Este *toolkit* reseña el paquete de recursos que apoyan la respuesta global a la COVID-19, y ubica a los NNA en su epicentro. El mejor interés del niño sigue siendo de primordial importancia. Puntualiza los factores clave para la correcta aplicación de la convención y refiere a los puntos y los recursos que asistirán a las autoridades, partes y actores pertinentes que debemos tener en cuenta en tiempos del coronavirus. Estos son los siguientes: a) foco en el menor, poniendo la mirada en los NNA; b) garantizar el retorno seguro y rápido del niño al Estado de residencia habitual, llevando a cabo correcta y oportunamente las obligaciones del convenio (tener presente las circunstancias de tiempo y lugar); c) considerar cuidadosamente las excepciones planteadas en la obligación de restituir al niño y la continuidad de un contacto apropiado entre el progenitor y los NNA; y d) garantizar el acceso a la justicia.

Además, invita a lo siguiente: a) promover la mediación y otras formas de resolución de conflictos, incluyendo la mediación remota vía internet; b) aprovechar la informática y las tecnologías electrónicas de comunicación; c) salvaguardar la igualdad entre las partes; d) incrementar el acceso al conocimiento; e) fomentar la comunicación y la colaboración transfronterizas entre los miembros del Poder Judicial por medio de las CJD o la Red Internacional de Jueces de La Haya; f) advertir que las medidas para combatir la pandemia incluyen el cierre de las fronteras internacionales y la reducción de muchos servicios públicos, lo que plantea un desafío a la ejecución de las órdenes de restitución.

En este sentido, la información que se brinda a continuación ayudará a garantizar un rápido y seguro retorno de los niños y la efectiva ejecución de las obligaciones bajo el convenio: a) garantizar que los acuerdos entre las partes sean reconocibles y ejecutados en las jurisdicciones pertinentes con la menor demora posible; b) contactar y cooperar con la autoridad central correspondiente para garantizar una concientización actual y completa de la situación en el destino y la correcta ejecución de las órdenes de restitución; c) introducir arreglos prácticos para permitir un regreso seguro de puerta a puerta para los NNA, garantizando que el niño sea incluido en listas de vuelo con prioridad, la contratación de seguro médico y de viaje en el caso de contagio de la COVID-19, e instalaciones de autoaislamiento en el destino si fuese necesario; d) reevaluar de manera constante los arreglos prácticos introducidos para garantizar que se actualicen para hacer frente adecuadamente a las recientes novedades sobre la situación de la COVID-19; y e) contemplar y atender la eventual angustia del niño y de sus padres respecto del viaje durante la situación de la COVID-19, especialmente en situaciones en las que el progenitor no pueda viajar con el niño.

Como recomendación, sugerimos que para los fines de resguardar el principio de la celeridad, rector en estos procedimientos, los Estados contratantes deberían contar con una ley de procedimiento para tramitar estos casos, regulando un sistema que adscriba al juicio prevalentemente oral, con impulso procesal de oficio y con monitorias en las que se disponga la escucha a las partes en una audiencia y que el juez escuche al niño para garantizar precisamente el acceso a la justicia del más vulnerable. Hasta que se sancione y entre en vigencia una ley de procedimiento, se podría elaborar un protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños.

6. MEDIACIÓN EN CASOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS Y RÉGIMEN DE VISITAS O CONTACTO INTERNACIONAL. REGLAS DE BRASILIA Y MEDIACIÓN

Habiendo definido quiénes son las personas en condición de vulnerabilidad en estos procesos de restitución internacional de niños y régimen de visitas o contacto internacional, abordaremos cómo mejorar las condiciones de acceso a la justicia a través de los métodos alternativos de resolución de conflictos, como, por ejemplo, la mediación. Observamos que los juicios, en un alto porcentaje de casos, no cumplen su función de propender a la «paz social», conforme lo sostenía Chiovenda. En la actualidad, esta situación persiste, ya que la sociedad no ha modificado esta conducta. Precisamente, con la perspectiva de dotar a estos casos de una nueva herramienta, se elaboró, en la República Argentina, el Protocolo Piloto para la Implementación de la Mediación a la Aplicación de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños¹⁹. Ello responde a la necesidad de utilizar la mediación en los casos de aplicación de los convenios restitutorios, con el propósito de brindar un instrumento para la mejor protección internacional de los NNA. Lo que se intenta es evitar demoras y promover soluciones amigables a los conflictos familiares transfronterizos.

Bajo este paradigma, la Comisión Nacional de Acceso a Justicia (CNAJ) logró consensuar el proyecto piloto que permitirá a nuestro país aplicar este método alternativo de resolución de conflictos. Así, Argentina se sumará al concierto de naciones que ya aplican exitosamente la mediación en este tipo de casos. A su vez, servirá de puente inexorable para unir el divorcio existente entre la mirada que caracteriza a los justiciables y la realidad que se vive en el quehacer tribalicio.

19 Dicho protocolo fue elaborado por un grupo de expertos convocado por la Comisión de Acceso a la Justicia en octubre de 2020.

Se describen cuatro principios que deben tenerse presentes y que sirven de basamento para la aplicación de la mediación:

1. Simultaneidad: el proceso judicial y la mediación son simultáneos y el inicio de esta no suspende los plazos procesales, salvo acuerdo de partes. Se prevé un plazo de diez días corridos para su desarrollo con la posibilidad de prórroga, por acuerdo de partes y con comunicación al tribunal. En el análisis del tiempo de duración tuvimos en cuenta los plazos tan acortados para la tramitación de estos procesos.
2. Flexibilidad: no restringe al juez o a la jueza actuar de la manera que considere más eficaz en el caso dado, sin perjuicio de la recomendación de seguir el protocolo.
3. Disponibilidad de la mediación: será siempre una alternativa a lo largo del proceso, incluso en la etapa de ejecución de sentencia, así las partes hayan o no intentado este método al comienzo del proceso.
4. Los principios rectores del protocolo de actuación que resultan aplicables *mutatis mutandis* al presente²⁰.

Afirmamos que esta nueva herramienta será de gran utilidad como instrumento pacificador en los casos de restitución internacional de los NNA. En la mediación se podrá poner sobre la mesa de discusión la negociación de otros temas, como la custodia, los alimentos, el régimen de comunicación, entre otras cuestiones, que ayudarán a destrabar el conflicto y llegar a acuerdos. Este método —que tramita en paralelo con el proceso judicial— permite analizar el conflicto en su dimensión

20 Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, aprobado por la Comisión de Acceso a la Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Ciudad de Buenos Aires, República Argentina en diciembre de 2016.

real. Esto habilita a las partes para arribar a acuerdos amigables que serán homologados por el juez, siempre que no vulneren el orden público internacional.

Recomendamos incorporar la mediación como herramienta alternativa de resolución de conflictos para mejorar el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad en estos procesos.

7. JURISPRUDENCIA, *LEADING CASE*, CELERIDAD, INMEDIATEZ, ORALIDAD. USO DE LA VIDEOCONFERENCIA, TRABAJO EN RED, COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS, MEDIDAS DE RETORNO SEGURO, LENGUAJE CLARO

Analizaremos un caso en el que efectivamente se ha restituido al niño a su lugar de residencia habitual. En Chile, se tiene un caso que se tramita ante los tribunales de Formosa. Se inicia en un tribunal de instancia única el 23 de septiembre de 2020 y se resuelve con fecha del 3 de noviembre la restitución de la niña al vecino país, se ordena en la misma sentencia la ejecución, considerando la complejidad de la normativa y la logística para el retorno. Si bien ambas partes presentaron recursos de apelación, los efectuaron de forma extemporánea. El 18 de noviembre se inicia la ejecución y por AI n.º 788/2020, el 25 de noviembre, en audiencia celebrada ante el juez, las partes y con la presencia de las mediadoras de la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos, llegan a un acuerdo consistente en que el progenitor retirará a la niña de la ciudad de Formosa entre los días 4 y 5 de enero de 2021, para llevarla de regreso a la ciudad de Arica, República de Chile, y se comprometerá a asegurar el contacto directo, fluido y diario de la niña con su madre.

La madre acordó presentar un plan de viaje, el cual se llevaría a cabo con el fin de ejecutar el regreso de la niña. Esto además permitiría

complementar los trámites administrativos y sanitarios exigidos en el marco de la pandemia y que fueran necesarios en la provincia de Formosa.

El papá fue a buscar a la niña en avión, pero el aeropuerto estaba cerrado para líneas comerciales, así que se realizó una logística importante para que pudiera entrar a la provincia dos días después de que Formosa ingrese a la fase 1 del nivel de contagios. Esto se hizo a través de un cordón sanitario desde la entrada de Formosa hasta la capital y se retiró a la niña desde su casa en presencia de su progenitora.

Destacamos las palabras que dirigió el juez hacia la niña, quien con lenguaje sencillo le explicó el contenido de su resolución:

Querida Luciana, primero quiero decirte que sos una niña hermosa, con una sonrisa única, que ama a su mamá y también a su papá, y ¿sabés una cosa?, ellos también te aman mucho a vos, y a veces la gente grande ama tanto a sus hijos que hace cosas sin pensar, y no porque quieran hacerle mal a alguien, sino porque solo se piensa en el amor a los hijos, y, cuando los grandes hacemos cosas por amor y sin pensar mucho, aparecen personas como yo que tenemos que decir cómo se tienen que hacer las cosas según las reglas de los adultos, que son bastante aburridas. Te pido perdón por no poder decirte que te podés quedar en Formosa, eso lo va a decir un señor o una señora que haga lo mismo que yo en Arica, para eso tu papá va a venir a buscarte y vas a ir con tu mamá a Arica, así le vas a poder presentar a tu gato Cola de Nieve y volver a caminar por la playa. Quédate tranquila que a tu mamá no le va a pasar nada, no pierdas la sonrisa y seguí amando a papá y a mamá como hasta ahora. Te mando un beso y saludos a tu bisabuela, la mami, y agradécele de mi parte el haberte cuidado tan bien.

8. CAPACITACIÓN

Por último, la capacitación de los operadores jurídicos es indispensable para la correcta aplicación de los convenios restitutorios. En tal

sentido, en la República Argentina se comenzó la capacitación en el 2012, y fueron convocados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para instruir a la Red Nacional de Jueces de cada provincia, con el objetivo de estudiar y analizar los convenios CH1980 y CI1989. Desde aquella primera capacitación se ha seguido adelante, recorriendo prácticamente todas las provincias de la República Argentina. A esta capacitación se suma la autoridad central, la Oficina Regional de la Conferencia de La Haya, los jueces, los defensores, los académicos, los expertos y quien suscribe, y se logró ilustrar a nuestro público sobre la aplicación del convenio, la interpretación de sus conceptos clave, la última jurisprudencia y todas las nuevas herramientas. Antes de la pandemia ya habíamos desarrollado capacitaciones presenciales y virtuales. A partir de la COVID-19, la Junta Federal de Cortes y la Asociación de Mujeres Juezas hemos realizado una capacitación con difusión en todo el país en la que tuvimos seiscientos inscritos. Ello nos anima a seguir adelante en esta tarea de formación que es continua y permanente.

9. CONCLUSIÓN

El acceso a la justicia en esta materia involucra a tres grupos de personas vulnerables: el que litiga a distancia y que ha sido privado de la tutela de su hijo; el niño que ha sido arrancado de su lugar de residencia habitual y del cuidado de su otro progenitor; y la mujer víctima por razón de su género. En todos estos casos hay una necesidad de volver al *statu quo* anterior al traslado o a la retención ilícitos. Para ello, los jueces tienen que contar con las leyes de procedimiento necesarias, con el objetivo de cumplir los plazos, que no solo son razonables sino exigibles. Asimismo, se deben utilizar los instrumentos de la cooperación, ya que son convenios en los que articulan las autoridades centrales y judiciales en pos de garantizar el retorno seguro de los

NNA. En caso de incumplimiento del plazo para acceder, tramitar, resolver y ejecutar la decisión, debe ser considerada una violación de los derechos humanos del justiciable y un grave incumplimiento del Estado que se obligó a respetar la normativa al momento de ratificar el convenio.

REFERENCIAS

- Gonzalez, C., Seoane, M. y Tagle, G. (2019). *Bases para el acceso a la justicia en la restitución internacional de NNA* [Ponencia]. XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional. Córdoba, Argentina.
- Legislatura de la Provincia de Córdoba (2016). Ley n.º 10419, Ley de Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes y Régimen de Visitas o Contacto Internacional. Córdoba: 21 de diciembre de 2016. <http://www.saij.gov.ar/LPO0010419>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: 7 de octubre de 2014. http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- Organización de los Estados Americanos (2017). Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política. <https://www.oas.org/en/cim/docs/ViolenciaPolitica-LeyModelo-ES.pdf>
- Pérez Manrique, R. C. (s. f.). El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación. [https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/familia/Ricardo%20Perez%20Manrique%20\(Spanish\).pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/familia/Ricardo%20Perez%20Manrique%20(Spanish).pdf)

- Pérez-Vera, E. (s. f.). Informe explicativo. <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008). [Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2005). Ley n.º 26061, Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Buenos Aires: 21 de octubre de 2005. http://www.jus.gob.ar/media/3108870/ley_26061_proteccion_de_ni_os.pdf
- Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay (2012). Ley n.º 18895, Ley de Restitución de Personas Menores de Dieciséis Años Trasladas o Retenidas Ilícitamente. Montevideo: 11 de abril de 2012. <https://assets.hcch.net/docs/3c9df5e4-906b-44d8-935c-81fbf5178537.pdf>
- Tagle, G. (2016). *Restitución internacional de menores*. Advocatus Ediciones.
- Tagle, G. (2020). Proceso de restitución internacional de personas menores de edad y de vistas, comunicación y contacto. En Pauletti, A. (dir.), *Ley procesal de familia de la Provincia de Entre Ríos* (t. II, pp. 505-554). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Tagle, G. (2021). El abogado del NNA en la restitución internacional de niños. En Faraoni, F. (dir.), Castillo, C., Ríos, J. y Cooke, E. (coords.), *Abogada de niñas, niños y adolescentes: visión doctrinaria*. Lerner.
- Tagle, G., Forcada, F. y Seoane, M. (2010). *La restitución internacional de niños*. Nuevo Enfoque Jurídico.

- Tagle, G. y Jeifetz, L. (2021). A más de un año de la declaración de pandemia en la República Argentina. Reflexiones sobre los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. La Ley AR/DOC/1353/2021.
- Tenorio, L., Rubaja, N. y Castro, F. (coords.). (2018). *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*. Porrúa.
- Unicef (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>