



**Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Carrera de Derecho**

**LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: DEFICIENCIAS Y  
POSIBLES RECOMENDACIONES DENTRO DEL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO INTERNO ECUATORIANO**

**Autor: José Daniel Vázquez Díaz**

**Directores: Dr. Jorge Morales Álvarez**

**Cuenca – Ecuador**

**2020**

## **DEDICATORIA**

A mi familia por su incondicional apoyo,  
motivación y ejemplo durante todos estos años.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios por ser mi guía y fortaleza.

A mi familia, amigos y seres queridos que me impulsaron culminar la carrera de derecho.

De manera especial quiero agradecer al Dr. a Jorge Morales, quien fue el director en el presente trabajo.

## ÍNDICE

<i>DEDICATORIA</i> .....	<i>ii</i>
<i>AGRADECIMIENTO</i> .....	<i>iii</i>
<i>RESUMEN</i> .....	<i>viii</i>
<i>ABSTRACT</i> .....	<i>ix</i>
<i>INTRODUCCIÓN</i> .....	<i>1</i>
<i>CAPÍTULO 1</i> .....	<i>2</i>
1. LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES .....	<i>2</i>
1.1 Antecedentes históricos.....	<i>2</i>
1.2 Definición.....	<i>6</i>
1.3 Naturaleza.....	<i>7</i>
<i>CAPÍTULO 2</i> .....	<i>11</i>
2 ANÁLISIS DE LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES .....	<i>11</i>
2.1 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 .....	<i>12</i>
2.1.1 Principios.....	<i>12</i>
2.1.2 Interés superior del niño .....	<i>13</i>
2.1.3 Objetivos .....	<i>18</i>

2.2	El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.....	18
2.2.1	Objetivo .....	20
2.2.2	Causales de restitución .....	22
2.2.3	Requisitos para solicitar la restitución.....	27
2.3	Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989	29
2.3.1	Objetivo .....	30
2.3.2	Causales de restitución. ....	30
2.3.3	Requisitos para solicitar la restitución internacional de menores.	32
	<i>CAPÍTULO 3</i> .....	37
3	DERECHO MATERIAL COMPARADO .....	37
3.1	Argentina.....	37
3.1.1	Convenio bilateral Argentino – Uruguayo sobre protección Internacional de Menores. ....	37
3.1.2	Aplicación de la Convención de la Haya de 1980 y la Convención Interamericana de 1980 en Argentina como país requerido. ....	40
3.2	Chile .....	46
3.2.1	Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya, relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas	48
3.3	Uruguay.....	52

3.3.1 Ley 18.895 sobre restitución de personas menores de 16 años trasladadas o retenidas ilícitamente. ....	54
3.4 España .....	63
3.4.1 Reglamento de Bruselas II bis 2201/2003.....	63
3.4.2 Ley 1/200, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. ....	64
<i>CAPÍTULO 4</i> .....	70
4 DEFICIENCIAS Y RECOMENDACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO .....	70
4.1 Procedimiento para restitución internacional de menores en el Ecuador. 70	
4.2 Casos prácticos .....	82
4.3 Inexistencia de una normativa especial interna.....	94
<i>CAPÍTULO 5</i> .....	98
5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	98
<i>Bibliografía</i> .....	102

**Tabla 1. Casos prácticos de restitución de menores. .... 93**

## RESUMEN

La necesidad de desarrollar el tema de investigación sobre la restitución internacional de menores, hace referencia a las normas aplicables por los administradores de justicia en el Ecuador, partiendo de que en nuestro derecho material interno únicamente contamos con una norma procesal general aplicable a todos los procesos como es el Código Orgánico General de Procesos, sin embargo resulta insuficiente para cumplir con los objetivos determinados en los Tratados Internacionales.

El **método histórico - Lógico** determina los antecedentes históricos de la institución en análisis, se utiliza un **método exegetico** con el fin de interpretar la normativa aplicable a la restitución de menores tanto en el ámbito internacional como nuestro derecho interno ecuatoriano, complementados con el estudio de casos donde se analiza casos prácticos. De esta manera se pretende realizar posibles recomendaciones para contar con procedimiento específico en nuestra legislación en el caso de restitución de menores.

## ABSTRACT

The need to develop the research topic on the international return of children refers to the rules applicable by the administrators of justice in Ecuador. It is based on the fact that in Ecuador's internal material law there is only a general procedural norm applicable to all processes such as the General Organic Process Law. However, it is insufficient to meet the objectives determined in the International Treaties. The historical-logical method determines the historical background of the institution under analysis. An exegetical method is used to interpret the regulations applicable to the return of children both in the international level and in Ecuadorian domestic law, complemented by the case study where practical cases were analyzed. It sought to make possible recommendations for a specific procedure in Ecuadorian legislation in the case of return of children.

Thesis Director

---

Jorge Morales



Translated by  
Ing. Paúl Arpi

## **INTRODUCCIÓN**

La Convención sobre los derechos del niño de 1989, al que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra suscrito, ordena que los Estados cuenten con medidas eficientes ante traslados y retenciones ilícitos de niños, niñas y adolescentes que se produzcan en un país distinto al de su residencia habitual, así también ordena la suscripción de acuerdos bilaterales o multilaterales. De la misma forma, el Convenio de la Haya de 1980, así como la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989, determinan que se cuenten con un procedimiento, que permita actuar con celeridad al tratarse de medidas urgentes.

El Ecuador al ser un estado parte de los mentados instrumentos internacionales, está supeditado a la aplicación de su normativa, sin embargo dichos Convenios Internacionales no contienen normas procedimentales específicas que regulen la restitución de menores, por lo que cada Estado debe contar en su derecho material, con un procedimiento propicio que permita resolver con eficacia los asuntos de restitución de menores.

La investigación se fundamenta en el paradigma crítico-propositivo, cuyo fundamento nos permite actuar sobre la realidad concreta para transformarlo como un deber social, pretendiendo por lo tanto realizar posibles recomendaciones para contar con un procedimiento específico en nuestra legislación en el caso de restitución de menores.

# CAPÍTULO 1

## 1. LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

### 1.1 Antecedentes históricos

El desarrollo de los medios de comunicación internacional en sus distintas modalidades, en especial del transporte, una paralela flexibilización de las fronteras nacionales consecuencia de procesos de integración y de la globalización, la incidencia de conflictos armados y de diversas variables sociales, políticas y económicas, han propiciado en las últimas décadas desplazamiento humanos, con frecuencia masivos, que generan una creciente internacionalización y una dispersión internacional del núcleo familiar. La restitución internacional de menores con centro de vida, residencia habitual en un Estado, irregularmente trasladados o retenidos en otro por uno de sus padres o por un pariente próximo, es una de las cuestiones vinculadas a la internacionalización de la familia de planteo cada vez más frecuente.

Al analizar la institución de la restitución de menores, necesariamente comprende la revisión del origen jurídico de la misma, siendo pertinente indicar, como punto de partida, que su fuente es el derecho internacional privado.

La restitución internacional de menores es un tema muy amplio que en cierta medida está ligado con otros temas jurídicos de igual importancia, como es la sustracción de menores, situación previa que debe llegar a producirse para que tenga lugar la restitución de menores. “Por sustracción internacional de menores se entiende la acción de traslado ilícito de un menor a un país distinto de aquél donde tiene su residencia habitual, siendo el sujeto activo de dicha acción una persona que forma parte del círculo familiar del menor, por lo general uno de sus progenitores”.(Zarraluqui, 2005)

En cuanto al traslado ilícito, si califica como tal, aquél que se realiza sin el consentimiento de la persona o institución que tiene atribuida la custodia del menor.”(Zarraluqui, 2005)

Puede ocurrir, sin embargo que el traslado en sí fuera lícito, tal como nos indica Luis Zarraluqui “en el sentido de ser autorizado por la persona que tiene la custodia del menor, pero una vez fuera del país de residencia habitual se impide su retorno, en estos casos se hablara de retención ilícita”.(Zarraluqui, 2005).

La falta de comunicación de los progenitores y sus constantes disputas después de una separación o quiebre del vínculo matrimonial son las principales causas que originan que uno de los padres decida sustraer a su menor hijo a un territorio distinto del de su residencia habitual, en donde además se verá afectados sus derechos de guarda y custodia o de visitas según corresponda.

El traslado ilícito de menores en el ámbito internacional, es un problema que se ha venido produciendo desde épocas pasadas. Entre los casos más famosos suscitado en la historia es el que se dio en la ciudad de Viena a inicios del siglo XIX, suscitado por Ludwing van Beethoven, “cuando intento trasladar de Austria a su sobrino para evitar lo que calificaba como la nefasta influencia de la madre del niño”. (Magnani, 1985). En la segunda mitad del siglo XX se evidenciaba un incremento notorio, sólo en Estados Unidos, el Departamento de Justicia ha informado que unos 354.100 niños fueron retenidos o sustraídos irregularmente por un miembro de su familia en el período de un año y un porcentaje importante de los mismos trasladados al extranjero.

En un programa de acción de conferencia de la Haya del año 2001, se evidencio que “en el Reino Unido un promedio de cuatro niños por semana fueron sustraídos o retenidos en otro país, habiéndose constatado en los últimos años del período informado un aumento del 58 por ciento de tales casos.” (Haya, 2001).

El hecho consiste en trasladar a un menor de su residencia habitual y llevarlo a otro país o retenerlo ilícitamente vulnerando evidentemente un derecho de custodia.

“En los últimos años han aparecido una serie de fenómenos tanto económicos, como políticos o sociales que han hecho que el número de casos de Sustracción internacional de menores se dispare”. (Zarraluqui, 2005). Entre estos fenómenos podemos destacar:

- **Evolución de la institución Familiar:** Aumento de matrimonios mixtos, número creciente de familias desunidas, mayores facilidades para la separación y el divorcio de matrimonios, una más importante implantación y reconocimiento de los menores en cuanto a personas sujeto de derechos, y mayor protagonismo de la mujer en la sociedad.
- **Avances tecnológicos** que facilitan el incremento de las familias. Desarrollo de los medios de transporte internacionales y una amplia utilización de los mismos por todos los sectores sociales. Estos avances se han hecho notar claramente en el sector turístico, lo que ocasiona que una afluencia considerable de visitantes extranjeros cada año.
- **Necesidades económicas de los países en vías de desarrollo** lo que provoca el traslado masivo de su población a países donde las condiciones de vida son más favorables y que, a su vez, demandan una mano de obra barata.
- **Reducción de trámites para el paso de fronteras.**

Todos estos factores han sido determinantes para que el número de sustracciones se haya disparado en los últimos años, así como la evolución de la institución familiar es sin duda la base del problema.

Retenciones o traslados ilegítimos que se traducen en abruptos desarraigos del niño de su centro de vida, del medio socio cultural en el que está desarrollando su formación y suponen situaciones capaces de producir en el menor serios trastornos emocionales, psicológicos e intelectuales, de no asegurarse su rápido reintegro al ámbito en el que estaba radicado.

Los intentos de regulación del secuestro internacional de menores han llevado a intentar ofrecer soluciones desde diferentes ámbitos y sectores del ordenamiento jurídico. Desde el Derecho penal, el Derecho civil y el Derecho internacional privado se han desarrollado diferentes aspectos de la regulación de estas situaciones. “Estas conductas de difícil tipificación como delito o sancionadas con penas menores, en tanto traslados o retenciones de niños llevadas a cabo por uno de sus padres o por parientes próximos con alejada finalidad de mejor protección del menor y ausencia de espíritu de lucro, no han

logrado una adecuada respuesta a través de la aplicación de procedimientos de asistencia penal internacional como la extradición”.(Desarrollos & Bergman, 2017).

En el mismo sentido, las conclusiones de los Ministros de Justicia de los Estados de la Commonwealth, reunidos en Winnipeg en agosto de 1977, al señalar que “el tratamiento penal de estos casos no constituye una respuesta apta para asegurar con eficacia el retorno del menor”. (Miralles, 1989). Este criterio es compartido por Elisa Vera quien consideró que “entre los obstáculos al retorno del menor, se destaca la criminalización de la sustracción, pues en tanto que el objetivo convencional es el retorno del menor al país de su residencia habitual, parece que tanto para lograr el retorno voluntario, como para que una jurisdicción extranjera ordene el regreso, la existencia de sanciones penales tendrían consecuencias negativas” (Perez, 2001). Lo inadecuado de las respuestas penales a estas situaciones han sido determinantes de nuevos enfoques en la segunda mitad del siglo pasado.

Por esa razón y para remediar esta situación, los Estados han realizado grandes esfuerzos, tendientes a proteger internacionalmente a los menores de los efectos perjudiciales producto de una sustracción o retención ilícitas y establecer procedimientos para su pronta restitución al Estado de su residencia habitual.

De allí que hubiera sido necesario que los Estados regularan esta situación mediante la creación de varias disposiciones relacionadas con la materia. En tal sentido, en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se ha elaborado en el año 1980 el “Convenio sobre los Aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores”. Tal como surge del nombre del convenio, los Estados han buscado destacar los aspectos civiles de este tipo de conflictos, sustrayéndolos del ámbito penal.

En el ámbito Interamericano, los Estados decidieron hacer hincapié en la solución del problema, más que en el conflicto mismo. Es por ello que al momento de redactar la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, reemplazaron el término “sustracción”, utilizado por el Convenio de La Haya por el de “restitución”, que evidencia claramente la finalidad perseguida por el Convenio.

## 1.2 Definición

La palabra “restituir” *sine qua non* es interpretada como una reacción ante un suceso o acción, por ello es necesario, en el contexto de este trabajo, precisar los hechos de los cuales deviene la institución en análisis.

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra restituir proviene del latín *restituere* y tiene las siguientes acepciones: “1. Volver algo a quien lo tenía antes. 2. Restablecer o poner algo en el estado que antes tenía. 3. Dicho de una persona: Volver al lugar de donde había salido”.(Real Academia Española, 2019).

El diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas concibe a la palabra restitución como la “acción o efecto de restituir”, “devolución de una cosa”, “reintegro de lo robado”, “restablecimiento” y “retorno al punto de partida”(Cabanellas, 1993). A la vez, hace referencia a la *restitutio in integrum*, que quiere decir restitución por entero, remedio legal proveniente del derecho romano que representaba un beneficio extraordinario concedido a favor de determinadas personas que habían padecido lesión por efecto de un acto, aun cuando fuera legítimo, para obtener la reintegración o reposición de las cosas al estado que tenían antes del daño o perjuicio, cuyo fundamento se encuentra en la equidad, que textualmente la reseña como “el deseo de proteger a los menores o incapaces, e incluso a personas jurídicas, por su trascendencia”. (Cabanellas, 1993)

“Buscando una aproximación al concepto de este proceso, podríamos definirlo, como una serie de actos procesales realizados por los órganos judiciales de cada país, en la esfera del derecho internacional privado civil, con la finalidad de conseguir la devolución inmediata del menor al país donde tenía su residencia habitual y del que ha sido trasladado ilícitamente o que ha sido retenido ilícitamente”. (Zarraluqui, 2005)

Por lo tanto para determinar si existe o no sustracción o retención indebida se debe determinar dónde tenía la residencia habitual el niño, niña o adolescente retenido, por lo que es necesario entender a qué se considera residencia habitual. La residencia habitual es el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones

legítimas la mayor parte de su existencia, “la residencia habitual es un criterio fáctico y no jurídico y se configura por la residencia principal o permanente de ese niño; supone el concepto de estabilidad y permanencia por hallarse allí el centro de gravedad de su vida y el núcleo de sus vínculos parentales y afectivos; sin que para tal determinación se dependa del domicilio real de sus padres o representantes legales” (Pietro, 2017).

Otro concepto de residencia habitual es el que contempla la UNICEF y al respecto dice “es el lugar donde el menor tenía su centro de vida, no hace referencia al domicilio ni a la nacionalidad del niño”. (UNICEF, 2017).

En definitiva, la residencia habitual es el lugar donde el niño, niña o adolescente se encuentra de manera permanente cumpliendo con su estilo de vida antes de ser retenido de manera ilegal por quien no tenía la tenencia, patria potestad, guarda o tutela de aquellos. Es entonces este particular el que debe ser valorado por los jueces para determinar la sustracción o retención indebida y por consiguiente la restitución del niño, niña o adolescente, ya que se pueden presentar situaciones fácticas muy diversas.

Hoy en día la restitución internacional de menores es uno de los temas que ha ocupado a diversos doctrinarios, especialistas, abogados y estudiosos del derecho, especialmente aquéllos relacionados con el ámbito familiar, puesto que su trascendencia a nivel mundial se fundamenta en que involucra a uno de los sectores más vulnerable por no decir el más vulnerable de la sociedad como son los menores.

### **1.3 Naturaleza**

Luciana Scotti señala que la restitución de menores en el ámbito internacional es “un mecanismo, un procedimiento autónomo que impone la cooperación mutua entre los Estados para efectivizar el pronto retorno del menor al Estado de su residencia habitual, cuando fuere trasladado o retenido ilícitamente (...)”.(Scotti, 2014).

Hay que destacar la naturaleza mixta que presenta, siempre que intervenga la Autoridad Central, con una fase administrativa y otra judicial, “se constituye como una actividad de Jurisdicción Voluntaria, que permite asegurar una relación jurídica preexistente, realizada por los órganos judiciales. Así no tiene una finalidad definidora de

los derechos sustantivos, ni del derecho de custodia, ni el de visitas, ni de alimentos, ni de ningún derecho otro derecho de los menores, ni de sus padres, sino que solo pretende que se vuelva a la situación existente antes del traslado ilícito del menor a otro país”. (Zarraluqui, 2005). Por lo tanto estos derechos se deberán dilucidar en otro proceso, y por el tribunal competente en cada caso, pero no por el Juzgado o Tribunal que resuelve sobre la restitución del menor.

Las notas que predominan en este procedimiento se ponen de manifiesto tanto en las normas procesales propias como en las internacionales, y que suponen un tratamiento prioritario del procedimiento, destacando las siguientes:

**La Preferencia:** tienen un carácter preferente frente a otros procesos, debiendo tenerse en cuenta este carácter en toda su tramitación.

Este carácter debe preocupar tanto al legislador internacional, tal como lo determina la Convención de la Haya en su artículo 11, como al legislador nacional, que deberá reflejarse a lo largo de todo el proceso, tanto en su señalamiento, como en las pruebas, resoluciones etc.

**La Urgencia:** Es de tramitación urgente, tiendo que predominar la celeridad en todas las etapas del proceso, a fin de obtener una restitución inmediata.

**El Carácter Cautelar y provisional de la respuesta,** ya que no se pueden fijar las medidas definitivas en relación con el menor que ha sido trasladado o retenido ilícitamente, estos preceptos no tienen una finalidad definidora de los derechos sustantivos del menor o de sus padres, sino únicamente reponer al menor a la situación anterior existente antes de que se produjera el traslado ilícito desde su país de residencia.

El procedimiento a seguir que determina los instrumentos internacionales tiene como finalidad la pronta restitución de los niños trasladados o retenidos ilícitamente al Estado de su residencia habitual. Para esto, deberán seguirse las pautas claramente establecidas convencionalmente que determinan el modo de seguir adelante en el procedimiento, con la ayuda y la intervención de las autoridades centrales de los Estados involucrados, para que el juez del Estado donde se encuentre el niño, luego de limitarse

a verificar el cumplimiento de los recaudos legales y la configuración de la conducta descrita, ordene la restitución del menor. Ello, en principio, y salvo que mediaren algunas de las excepciones contempladas convencionalmente y que atienden al interés superior del niño, niña u adolescente circunscripto a las circunstancias de cada caso particular.

En definitiva, la clave para el rendimiento descansa en la cooperación internacional entre las autoridades competentes de ambos ordenamientos jurídicos.

La autonomía de estos procedimientos está determinada por la meta de alcanzar, esto es, la pronta restitución de los niños a su residencia habitual. En este sentido, estos procesos pueden considerarse como soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, diferentes de las medidas cautelares, que tienen un carácter accesorio al procedimiento de fondo que le da origen o razón de ser.

Así el Convenio de la Haya de 1980 determina de manera expresa que las autoridades competentes no podrán resolver derechos de fondo como el derecho de custodia o visitas, artículo 16: “Las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante a donde el menor ha sido llevado o detenido no podrán decidir sobre el fundamento del derecho de custodia hasta que se establezca que las condiciones de la presente Convención para la devolución del menor no hayan sido cumplidas o hasta que un período razonable haya pasado sin que una demanda fundamentada en esta Convención haya sido presentada, después de haber recibido la noticia”.(Convención de la Haya, 2005).

Ello implica que con la solicitud de restitución internacional que se plantee, únicamente corresponde resolver sí cabe o no la restitución del menor a su lugar de residencia habitual, debiendo omitirse la resolución de derechos de fondo relativos a la custodia del menor.

De la misma manera también se encuentra determinado en su artículo 19 del cuerpo normativo en mención, ya que determina que “una decisión sobre el regreso del menor, dentro del marco de la Convención no afecta la resolución sobre el derecho de custodia”.

(Convención de la Haya, 2005). Esto además favorece a la opción de una restitución voluntaria por parte del progenitor que incurrió en la sustracción y que el menor no resulte perjudicado al decidir sobre un derecho de custodia.

La autonomía de estos procedimientos contribuye a una mejor protección al menor, con garantías que precautelen su interés superior, beneficiando una mayor celeridad al momento de resolver el pedido de restitución, evitando de este modo que el menor pueda sufrir un daño adicional a los que los que tuvo que soportar como consecuencia del desplazamiento, sobre todo si el menor ha conseguido integrarse al medio actual.

## **CAPÍTULO 2**

### **2 ANÁLISIS DE LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

Ha existido una gran evolución respecto a la familia, niñez y adolescencia, tratando de combatir estas situaciones de traslados o retenciones ilícitas de menores a través de convenios y tratados internacionales, ya que permite la solución de problemas que se generan entre diferentes países.

Ante estas situaciones de peligro y vulnerabilidad de este grupo social, se han creado convenios y tratados internacionales con la finalidad de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siendo fundamentalmente tres las normas internacionales a las que se encuentran adheridos países como el Ecuador: a) Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; b) el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores y; c) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, celebrada en Montevideo el 15 de Julio de 1989.

Como antecedentes a estas normativas internacionales, la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1959 proclama la Declaración de los Derechos del Niño, reconociendo derechos fundamentales como son la no discriminación, el derecho a un nombre, a una nacionalidad; y desde luego derechos específicos de todo menor a una educación, salud y sobre todo una especial protección por ser el sector más vulnerable de la sociedad.

Luego, para el año de 1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación”, teniendo como finalidad proteger los derechos de niñas, niños y las mujeres; por esta razón ese año fue declarado como el año Internacional del Niño. Esto sirvió para redactar una Convención sobre los Derechos del Niño que sea jurídicamente vinculante.

Ya en el año de 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño es aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención con carácter general que se centra en los derechos que tiene todo niño con relación a los adultos, pero sobre todo se da mayor importancia a aquellos derechos que por su condición de ser seres humanos que aún no cuentan con un total desarrollo físico y mental, y por lo tanto requieren de una atención especial. Es por esto que determina que cada estado que se encuentra adherido a esta convención, se debe comprometer a adecuar su normativa interna a los principios de la convención.

De la misma forma se ha decidido enfrentar el problema a través de instrumentos Internacionales más concretos como son el Convención de La Haya suscrita el 25 de octubre de 1980 creado con el objetivo de proteger a los niños de los efectos perjudiciales que implica la sustracción o retención ilícita, para ello se ha tratado de buscar una pronta restitución en base a un procedimiento propicio; a nivel americano está la Convención Interamericana, elaborada el 15 de julio del 1989.

Cada tratado y convenio implementa cada vez mayores garantías y protección para los menores, así como también para la familia. En la actualidad existe una protección elevada para este grupo social pues se encuentra respaldado por un sin número de normativas internacionales para que sus derechos sean respetados.

## **2.1 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989**

La creación y aprobación de esta normativa, dio el reconocimiento a los niños como sujetos titulares de derechos y les otorgó una protección especial debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento.

### **2.1.1 Principios**

La Convención de los Derechos del Niño reconoce básicamente cuatro clases de principios-derechos básicos de los niños, niñas y adolescentes.

**Igualdad y no discriminación:** A través de este principio, los derechos otorgados a los niños no se pueden negar ni conceder en base a aspectos como raza, sexo, su condición

socio- económica, creencias religiosas etc. Lo que se busca a través de este principio es que los niños, niñas y adolescentes puedan gozar de estos derechos sin ningún tipo de discriminación.

La participación infantil: Este principio busca que tanto el Estado, la familia y la sociedad cumplan con un rol de cooperación y responsabilidad frente al cumplimiento y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, teniendo un deber de protección cuando estos sean vulnerados.

El derecho a la vida, la supervivencia y de desarrollo: La Convención determina en su artículo 6 que: “(...) Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Además determina que los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. (Naciones Unidas, 1990).

El interés superior del niño: En base a este principio la Convención sobre los derechos del niño establece que los niños son titulares de derechos y por lo tanto se debe otorgar una protección especial.

### **2.1.2 Interés superior del niño**

Es importante conocer el antecedente histórico del principio del Interés superior del niño, siendo fundamental hacer referencia a la doctrina de la protección integral, antecedida por la denominada doctrina de la situación irregular.

La Declaración de los Derechos Humanos, de 1949, estableció en su artículo 25 que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales” (Naciones Unidas, 1948).

La Comisión Europea de Derechos Humanos en el año de 1982, determinó que si se produjere un conflicto entre los intereses del niño y uno de sus padres, se ponderara a favor de los intereses del niño.

El Instituto Interamericano del Niño, define a la doctrina de la situación irregular como “aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en hecho

antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moralmente o padece un déficit físico o mental. Dícese también de los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades”. (Forselledo, 2001).

El surgimiento de esta doctrina produjo una amplia reforma en las legislaciones de varios países, con el objetivo de brindar protección a los niños y e inclinarse a su reeducación, fundada en un contexto social que reflejaba una gran cantidad de menores infractores y abandonados, quienes representaban peligro serio para la sociedad. En definitiva lo que se buscaba con esta doctrina era proteger el futuro de las sociedades, tratando de remediar las carencias de los menores que se presentaban como una amenaza, cuya realidad era un producto de la misma sociedad, del descuido de los padres, de las malas políticas estatales fundamentalmente y de las evidentes diferencias sociales y económicas, por la falta de educación, y de muchos otros vacíos que persisten en la actualidad.

En definitiva esta doctrina estaba destinada a cuidar el futuro de la sociedad en sí misma, no importaba mayormente la opinión de los menores, como seres humanos individuales; se trataba de un Estado paternalista, comprometido principalmente con la protección de la comunidad, si bien de alguna forma se brindaba protección a los menores, pero con la única finalidad de cuidar a los demás miembros de la sociedad.

Por lo que la doctrina de la situación irregular no ponía a los menores como finalidad, se trataba de una medida que buscaba poner en orden a la sociedad, dejando de lado a los individuos y omitiendo la referencia a la responsabilidad de la familia, pero también la responsabilidad del Estado frente al núcleo de la sociedad.

De esta manera la doctrina de la protección integral se presentó como un despertar de los derechos de los niños, originada a finales de los años ochenta, consagrada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, que declaraba como menor a toda persona que no había cumplido 18 años. A diferencia de la

doctrina de la situación irregular, con esta doctrina las niñas, niños y adolescentes son considerados como sujetos de derechos por el hecho de ser personas en desarrollo; por lo tanto deben gozar de los mismos derechos como cualquier otro ser humano dentro de la sociedad, por lo que con la doctrina de la protección integral se empieza a velar por las necesidades de los mismos con la finalidad de que sus derechos fundamentales sean exigibles, lo que conlleva a que la sociedad actúe en defensa de los niños, niñas y adolescentes cuando sus derechos y sus necesidades sean vulnerados o se encuentren en riesgo.

Su nacimiento y difusión constituye uno de los principales aportes dados por la Convención sobre los derechos del niño.

Daniel O' Donnell ha manifestado que la convención reconoce la importancia de la unidad familiar y la responsabilidad que tienen tanto la familia y el Estado respecto a la protección de los derechos del niño. Reconoce que la doctrina de la protección integral, se fundamenta en tres pilares: "el niño como sujeto de derechos, el derecho a la protección especial y el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral".(O'Donnell, 2004).

La doctrina de la protección integral se centra en brindar una especial protección a los menores por encontrarse en una situación de vulnerabilidad, pero reconociéndolos en todo momento como sujetos de derechos.

En el año de 1990 al ratificarse en nuestro ordenamiento jurídico la Convención sobre los Derechos del Niño, el Ecuador tuvo un gran avance en cuanto al reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, estableciendo que los mismos poseen derechos al igual que todo ser humano y que, además, serán sujetos de derechos especiales que por su condición los necesitan, así, una protección especial en donde el Estado, la sociedad y la familia son los responsables de procurar la máxima satisfacción de tales derechos.

Es entonces que en base a la doctrina de la protección integral, se consagró el interés superior del niño en la Convención sobre los derechos del niño, principio rector que

asegura los derechos sustantivos de los menores, colocando a los mismos por encima de cualquier otra persona.

En el caso ecuatoriano, este principio ya fue adoptado por la norma que actualmente se encuentra derogada, el código de menores de 1992, y que al respecto establecía en su artículo 6: “En todas las medidas que conciernan a menores de edad, sean tomadas por las autoridades administrativas, jurisdiccionales, de las instituciones públicas o privadas o el legislativo, se atenderá primordialmente el interés superior del menor y el respeto a sus derechos. Se deberán tomar en cuenta, al apreciar los hechos, los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que el menor se ha desenvuelto habitualmente (...)”.(Congreso Nacional, 1992).

De la misma manera, en su artículo 7 determinaba que: “el interés del menor primará sobre cualquier otra consideración, en la recolección de pruebas, en los informes periciales y en la resolución adoptada”. (...) “si una Autoridad tradicional ha tomado una medida en el asunto a conocer, el tribunal deberá tomarla en cuenta y evaluarla en relación al interés superior del menor”. (Congreso Nacional, 1992).

En el ámbito internacional, la Convención Internacional sobre los derechos del niño, en su artículo 3, determina: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del niño.”(Naciones Unidas, 1990). Esto hace alusión que frente a la disputa entre intereses de cualquier miembro de la comunidad y los niños, el Estado valorará preferencialmente lo que más favorezca al menor.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la resolución 05-2014, de 02 de octubre del 2014 referente al reconocimiento voluntario de hijos e hijas con carácter irrevocable, conceptualiza al interés superior del niño de la siguiente manera: “principio que obliga al Estado, la familia y la sociedad entera a tutelar y garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndoles su calidad de sujetos de plenos derechos y beneficiarios de protección especial atendiendo a su condición de personas en formación. Principio que, implica una noción relacional, es

decir, supone que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, la prioridad deben tenerla los niños y las niñas, interés que, prevalece por sobre el de los padres, de la sociedad y del Estado; los jueces y juezas están obligados a proteger y privilegiarlos en todos los casos en los que se encuentren en juego, de tal modo que se logre la efectiva protección y goce. Conforme la difundida opinión doctrinaria de Cancado Trindade, "no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad"; por lo tanto, las decisiones que se tomen deben, no solo reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, sino que además en ese proceso de decisión, deberá garantizarse que ellos/ellas lo sepan, lo sientan y lo perciban cotidianamente reafirmando su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a una vida de calidad y su derecho a llevar adelante su proyecto de vida. Este principio, está en relación directa con la Doctrina de la Protección Integral, que considera al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo: "todos los derechos para todos los niños"; doctrina que, el Ecuador adoptó a la firma de los instrumentos internacionales y, que han sido debidamente recogidos y adecuados en nuestra legislación".(Corte Nacional de Justicia, 2014).

De igual manera, la Corte Constitucional, en el caso No. 0006-2008-DI, de 01 de Junio de 2009, ha señalado: "Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos... En este punto, es posible afirmar que lo que aquí denominamos "principio" (siguiendo a Dworkin) podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como garantía, entendida esta última como "vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos". Sintetizando podemos resumir que el "interés superior del niño" a que se refiere la Convención, es un principio jurídico garantista; es decir, que el "interés superior del niño" es ni más ni menos que la satisfacción integral de sus derechos...Del principio contenido en el artículo 3 de la Convención se desprenden los caracteres siguientes: a) Es una garantía: Toda decisión que afecte a un niño debe considerar primero sus derechos; b) Es de aplicación extensa ya que no solo obliga al legislador; incluye a las autoridades e instituciones públicas y

privadas y a los padres; c) Es norma de interpretación y aun de resolución de conflictos jurídicos; y, d) Es orientación para formular políticas públicas para la infancia.”.

### **2.1.3 Objetivos**

Es en base a este principio, que uno de los objetivos que busca esta Convención es por un lado, el derecho que tiene todo niño a mantener una relación estable y de manera regular con ambos progenitores, tal como lo establece en su artículo 9 numeral 3: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté 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”. (Naciones Unidas, 1990). También determina que los Estados deben contar con medidas a fin de evitar que produzcan traslados o retenciones ilícitas de menores a consecuencia de una sustracción a un país extranjero, así lo establece en su artículo 11: “Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados y retenciones ilícitas de niños en el extranjero. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”. (Naciones Unidas, 1990).

En definitiva esta convención se enfatiza sobre los derechos que tienen los niños con relación a los adultos, pero sobre todo se da mayor importancia a aquellos derechos que por su condición de seres humanos que no han alcanzado un total desarrollo físico y mental requieren de una atención especial. Por lo tanto, cada estado que se adhiere a la convención se compromete a adecuar su normativa interna a los principios determinados en la normativa internacional, para que de esta manera se garanticen los derechos de los menores de una manera prioritaria.

## **2.2 El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.**

El Convenio de la Haya de 1980, se ha elaborado en el seno de la Conferencia de la Haya. Este Convenio ha sido ratificado por más de 80 países y se aplica a todo menor de 16 años que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante

inmediatamente antes del traslado ilícito y que, además, sea trasladado al territorio de otro Estado contratante.

Surge con la finalidad de crear un marco normativo a nivel internacional que permita la cooperación de las autoridades administrativas y judiciales en aquellos países en los que se produzcan traslados o retenciones ilícitas de menores, para conseguir una pronta restitución del menor al país de residencia habitual anterior al traslado. De igual manera busca evitar que se produzca las situaciones descritas anteriormente, resaltando la afectación que puede llegar a producirse en los menores, privándoles de su derecho que tienen de relacionarse y convivir con ambos progenitores.

De los instrumentos internacionales entre los que se encuentra adherido el Ecuador, el de mayor incidencia practica es el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores. “Ello se debe fundamentalmente: a) el gran número de Estados que forman parte del mismo; b) su carácter fáctico: no ofrece una regulación de las cuestiones de fondo, sino que establece una cooperación internacional entre autoridades administrativas y judiciales de los Estados contratantes y; c) su principal objetivo es facilitar el retorno del menor desplazado, tratando de proteger ante todo el interés superior del niño”.(D´amil, 2015).

Por lo que es importante tener presente que la Convención de la Haya, no pretende resolver el fondo del asunto, es decir un derecho de custodia que tenga uno de los progenitores, así lo determina claramente en su artículo 19: “Una decisión sobre el regreso del menor, dentro del marco de la Convención no afecta la resolución sobre el derecho de custodia”.(Convención de la Haya, 2005). Pero por otra parte, como nos indica Elisa Pérez Vera “(...) resulta así mismo evidente que el hecho de calificar de ilícito el traslado o el no retorno de un menor está condicionado por la existencia de un derecho de custodia que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretenden evitar”. (Pérez Vera, 1981).

### 2.2.1 Objetivo

El principio en el que se basa el Convenio es el interés superior del menor y que ha inspirado muchas de las soluciones que contiene. Existe una implícita consideración del interés del menor en momentos diferentes: cuando el menor debe o no regresar a su país de origen y cuando se decide sobre la custodia. De modo que, sobre la base del interés del menor como principio básico, el Convenio de la Haya se tiene dos objetivos que se encuentran determinados en el Art 1: “a) Asegurar el regreso inmediato de los menores trasladados o retenidos ilegalmente en todo Estado Contratante, y b) Asegurar que los derechos de custodia y de visita que contemplen las leyes de un Estado Contratante se respeten en forma efectiva en los demás Estados Contratantes”.(Convención de la Haya, 2005).

- **Restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita:**

Este objetivo surge como una medida para evitar que el progenitor que realiza el traslado o retención a un estado distinto al de la residencia habitual del menor, pretenda crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con el fin de obtener la custodia del menor en el Estado de refugio en el que se encuentre; de este modo el Convenio determina que cuando se produzca cualquiera de las situaciones, ordena la restitución inmediata de los menores a su lugar de residencia habitual.

Las dificultades para fijar convencionalmente criterios de competencia directa , fue lo que llevo a la elección de esta vía que, aun siendo indirecta, va a permitir en la mayoría de los casos que la resolución final respecto a la custodia, le corresponda a las autoridades del lugar donde el menor tenía su residencia habitual.

- **Asegurar los derechos de custodia y visita:**

Si bien son dos los objetivos que se encuentran expresamente previstos en el Convenio en mención, el asegurar los derechos de custodia y visita guarda una evidente relación con el principal objetivo de esta Convención en la restitución del menor. Por Entonces se trataría de un único objetivo considerado en dos momentos diferentes, ya por

un lado el retorno inmediato del menor responde a la necesidad de restablecer una situación que fue modificada por uno de los progenitores de forma unilateral a través del traslado o retención ilícita; mientras el que el respeto a los derechos de custodia y visita que le corresponden al otro progenitor, se establece de forma preventiva en el sentido que el respeto a los derechos mencionados debe hacer desaparecer una de las causas más frecuentes de la sustracción de menores.

Sin embargo, como se manifestó en líneas anteriores, el aspecto que el Convenio ha tratado de resolver en profundidad es el del retorno de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. La retención ilícita de un menor, es cuando se producen las situaciones más dolorosas y que a la vez exigen soluciones especialmente urgentes, por lo que estas situaciones no pueden ser resueltas de forma unilateral por cada sistema jurídico afectado. Estas circunstancias, justifican el desarrollo que recibe en el Convenio la regulación del retorno del menor y conceden cierta prioridad a este objetivo, ya que en la práctica prevalece el restablecimiento de la situación alterada por la acción del progenitor que incurrió en estas circunstancias.

En definitiva, el Convenio no pretende resolver el problema del derecho de custodia atribuido a uno de los padres o la persona a quien se le haya facultado tales derechos. En este sentido, la Dra. Elisa Pérez Vera sostiene que “el principio sobre el que descansa el Convenio, el interés superior del niño, es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, tanto si éste ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la custodia situación en la que el derecho de custodia violado se ejercía ex lege, como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo una resolución preexistente”. (Pérez Vera, 1981). Por lo tanto para resolver cuestiones de fondo como el derecho de custodia, serán competentes la autoridad o autoridades judiciales del país de residencia habitual del menor.

Si bien es cierto que el Convenio de la Haya no regula en forma expresa la competencia judicial internacional respecto a la restitución internacional de un menor, sin embargo establece algunas reglas implícitas en las que se puede evidenciar que serán

competentes las autoridades administrativas o judiciales del Estado requerido, es decir del lugar donde es trasladado retenido ilícitamente el menor. Cuando se produce un traslado ilícito, serán competentes las autoridades del Estado donde se encuentre el menor y decidirán sobre su restitución a su lugar de residencia habitual, por lo que será el Estado requerido quien aplique el procedimiento a seguir para lograr una restitución inmediata.

Según el artículo 14, las autoridades competentes del Estado donde ha sido trasladado el menor, podrán fundamentarse tanto en la normativa vigente, así como en resoluciones ya sean estas administrativas o judiciales del Estado de residencia habitual del menor, a fin de poder establecer de que efectivamente se trata de un traslado ilícito, “Para determinar la existencia de un traslado o de una detención ilícita (...), la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido puede tener en cuenta directamente el derecho y las decisiones judiciales o administrativas reconocidas, formalmente o no, en el estado de la residencia habitual del menor (...).”(Convención de la Haya, 2005).

También el artículo 15 dispone que las autoridades de un Estado contratante, tienen la facultad de solicitar que se obtenga una certificación entregada por parte del Estado donde el menor mantenía su residencia habitual, a fin de acreditar que el traslado o retención del menor tenga el carácter de ilícito, siempre y cuando pueda obtenerse del Estado al que se solicita, antes de resolver acerca de la restitución del niño, niña o adolescente. Para esto, determina que las Autoridades Centrales de dichos Estados deberán asistir a la persona solicitante para que pueda obtener la certificación requerida para estos casos.

### **2.2.2 Causales de restitución**

La Convención de la Haya establece expresamente que cualquier persona, institución u organismo puede demandar la restitución de un menor al Estado donde tenía su residencia habitual cuando se verifiquen dos circunstancias puntualmente: a) el traslado sea ilícito; b) por una retención indebida o ilícita.

El propio Convenio, establece cuando se tiene el carácter de ilícito.

Art 3.- “El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención (...).”(Convención de la Haya, 2005).

Art. 5.- a) "Derecho de Custodia" comprende el derecho que se relaciona con el cuidado de la persona no menor y, especialmente, el derecho de decidir su lugar de residencia;

b) "Derecho de Visita" comprende el derecho de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual”.(Convención de la Haya, 2005).

Para Farith Simón el traslado ilícito ocurre en dos momentos: “cuando se traslade al extranjero un menor de edad sin contar con la autorización de salida del país (de uno o ambos progenitores), o del juez en caso de negativa, ausencia o incapacidad del padre o de la madre; y, cuando se viole los términos de la autorización de salida del país, por ejemplo, manteniendo al menor de edad más allá del plazo de la autorización o llevándole a otro país distinto al de la autorización”.(Simón, 2009).

“La retención indebida es aquella por la cual el progenitor, tutor o tercera persona impiden o dificultan el ejercicio pleno de la patria potestad, tenencia, tutela o régimen de visitas decretado por el juez competente a favor del otro, impidiendo el retorno con la persona bajo la cual se halla el niño, niña o adolescente”. (Yanez, 2017).

Entonces el traslado del menor se considerara como ilícito, cuando uno de los progenitores decide sustraer o trasladar al menor a un país distinto al de su residencia

habitual, sin contar con el consentimiento del otro progenitor a quien se le ha atribuido un derecho de custodia, para que sea trasladado a un Estado diferente. También, puede ocurrir una retención ilícita, cuando el progenitor que cuenta con tal derecho sobre el menor, consienta o autorice una salida del país pero únicamente por un tiempo determinado, es decir no con la intención de que resida en un nuevo estado; sin embargo el otro progenitor quien muchas veces únicamente tiene un derecho de visitas, impide o dificulta el ejercicio pleno del derecho que ha sido atribuido a favor del otro, impidiendo el retorno con la persona bajo la cual se halla el menor.

En definitiva, el derecho de custodia tiene que existir al momento que se produce el traslado, además tal derecho debe estar ejercitándose de modo efectivo en el momento en que se produce el traslado o retención del menor. Ya sea que exista una resolución relativa a la custodia del menor, o que se haya pactado un acuerdo entre las partes y que tenga un reconocimiento legal en el Estado donde se ha realizado y en el que se ejerce de pleno derecho.

### **Excepciones a la obligación de garantizar el retorno inmediato de los menores**

El propio texto convencional establece una serie de motivos que permiten a la autoridad competente del país donde ha sido trasladado el menor ordenar la no restitución en los Arts. 13 y 20. Podrían resumirse en tres las excepciones:

a) El artículo 13 en el literal a) determina con claridad que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido no están obligadas a ordenar el retorno del menor cuando el demandante, con anterioridad al traslado o retención ilícita, no ejercía de forma efectiva la custodia que ahora invoca o cuando dio su conformidad posteriormente a que se produjera la acción que ahora denuncia, “(...) la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar el regreso del menor, cuando la persona, la institución o el organismo que se opone a su regreso establece: a) Que la persona, la institución o el organismo que tenía el cuidado de la persona del menor no ejercía el derecho de custodia en el momento del traslado o de la detención, o había consentido o asentido posteriormente a este traslado o a esa detención”.(Convención de la Haya, 2005).

Por lo tanto, sea que no se ejercía efectivamente el derecho de custodia o que posteriormente al traslado el progenitor consienta o realice alguna acción que se entienda como una aceptación tácita de esa situación creada en el nuevo estado, hace más difícil que el juez del estado de refugio ordene la restitución a su lugar de residencia habitual.

Se trata de situaciones en las que, o las condiciones previas al traslado no implicaba alguno de los elementos esenciales de las relaciones que el Convenio pretende proteger, esto es el del ejercicio efectivo de la custodia, o el comportamiento posterior del progenitor muestra una aceptación de la nueva situación creada, lo que hace más difícil que se de paso a la restitución.

**b)** Por otra parte, el literal b) en el primer y segundo inciso del mismo artículo 13 establecen excepciones que claramente se basan en el interés del menor: “b) Que existe un grave riesgo de que el regreso del menor le pueda ocasionar daño físico o psíquico o que de cualquier otro modo el regreso del menor le pueda poner en una situación intolerable.

La Autoridad judicial o administrativa puede también rehusar ordenar el regreso del niño si constata que este menor se opone a su regreso y tiene una edad y un estado de madurez que amerite tomar en cuenta su opinión (...). (Convención de la Haya, 2005). En base al interés del menor, la autoridad competente puede negar la restitución, cuando no cuente con garantías suficientes de que el retorno del menor al lugar de residencia habitual no le ocasionara un perjuicio mayor y por el contrario quede expuesto a un peligro físico o psíquico, por lo que el nuevo lugar en donde se encuentre puede considerarse más estable.

Así también, para la Convención de la Haya, resulta esencial la opinión del menor y puede llegar a ser decisiva respecto de su retorno a no, si a opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y madurez suficiente. El Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés.

**c)** En tercer lugar, también puede denegarse la restitución del menor cuando, de conformidad con el artículo 20, “no lo permitan los principios fundamentales del Estado

requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.(Convención de la Haya, 2005).

El Ecuador al ser uno de los países suscriptores de los Convenios e instrumentos de los Derechos del Niño, está llamado a velar y garantizar los derechos que se les ha otorgado a los niños, niñas y adolescentes dentro de la misma, tomando en cuenta que cuando se presenta un caso de traslado o retención indebida se debe solicitar la restitución del niño, niña o adolescente de conformidad como se encuentra establecido en dicha normativa internacional. Tanto es así, que el artículo 11 numeral 3 de la Constitución del Ecuador establece como deber primordial del Estado el respeto y garantía de los derechos consagrados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales.

Por lo tanto la Constitución de la República que siendo la Carta Magna reconoce y garantiza derechos fundamentales y primordiales a los menores. Se pronuncia sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes de manera garantista, trata sobre la obligación que tiene el Estado, la sociedad y la familia en cuanto a la protección y cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debiendo ante todo prevalecer el interés superior de los mismos conforme se encuentra establecido en su artículo 44 “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”(Asamblea Constituyente, 2008).

La Constitución del Ecuador en su artículo 341 inciso 3 establece que el sistema de protección integral deberá asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales para los niños, niñas y adolescentes, siendo parte de este trabajo las instituciones públicas, privadas y comunitarias. Dentro de nuestra legislación ecuatoriana, tanto la Constitución como el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establecen mecanismos de protección integral y especializada, así como principios a los cuales tienen derecho los niños, niñas y adolescentes.

El Código de la Niñez y Adolescencia se basa en algunos principios fundamentales como son: la igualdad y no discriminación; la corresponsabilidad del Estado, la sociedad

y la familia; el interés superior de los niños; los niños/as como prioridad absoluta en la formulación y ejecución de políticas; el ejercicio progresivo de derechos, etc.

Además establece la prohibición de los traslados o retenciones de manera ilícita. Artículo 77: “Se prohíbe el traslado y la retención de niños, niñas y adolescentes cuando violan el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país. Los niños, niñas y adolescentes que han sido trasladados o retenidos ilegalmente, tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar (...). El Estado tomará todas las medidas que sean necesarias para lograr el regreso y reinserción familiar del niño, niña o adolescente (...).” (Congreso Nacional, 2003).

Por lo tanto esta excepción prevista en el Art 20 de la Convención de la Haya, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico no tiene lugar, ya que el Ecuador evidentemente posibilita la restitución de menores cuando se verifique que el traslado y retención se ha producido de manera ilícita, ajustando sus principios y normas a los establecido en los convenios y tratados internacionales.

### **2.2.3 Requisitos para solicitar la restitución**

El artículo 8 del Convenio de la Haya establece que están facultados para solicitar la restitución de todo niño, niña y adolescente a su lugar de residencia habitual, toda persona, institución u organismo, ya sea que se presente ante la Autoridad Central del lugar de residencia habitual del menor o ante la Autoridad del Estado requerido.

Para ello la demanda debe contener:

- Informaciones relacionadas con la identidad del solicitante, del niño, niña o adolescente, así como de la persona con la que se encuentra el menor.
- Partida de nacimiento del menor.
- Las razones y fundamentos en los que se basa el o la solicitante para solicitar la restitución del menor.
- Toda información relativa a la localización del menor.

La demanda también de contener documentos trascendentales como:

- Certificación de cualquier resolución o acuerdo entre las partes.
- Certificado de la Autoridad Central o de otra autoridad competente del Estado de la residencia habitual del menor, acerca del derecho relevante del Estado.
- Todo otro documento relevante.

## **Aplicación**

De acuerdo con el Convenio, existe un límite para aplicar la normativa internacional, referente a la edad del menor, un aspecto importante a tener en cuenta para que tenga lugar o no la restitución de menores. De acuerdo con la Convención de la Haya se aplicará a todo menor de dieciséis años de edad, artículo 4: “(...)La aplicación de la Convención cesará cuando el menor llegue a la edad de 16 años.”(Convención de la Haya, 2005). La razón de establecer como límite la edad de 16 años, se basa en que un niño a esas edad ya puede decidir su lugar de residencia habitual, ya que como sostiene Elisa Pérez Vera “El motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa. (...) en consecuencia, no se podrá llevar a cabo o aprobar ninguna acción o resolución respecto a un menor tras su decimosexto cumpleaños.”(Pérez Vera, 1981).

Por lo tanto al momento que el menor alcanza la edad de 16 años o más, queda a voluntad del mismo retornar o no a su lugar de residencia habitual, sin que sea necesario seguir el procedimiento previsto para los menores de dicha edad.

## **2.3 Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989**

En el ámbito americano, en la cuarta conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo el 15 de Julio de 1989, se aprobó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, formando parte de la misma los Estados del sistema de la Organización de Estados Americanos (OEA), como son: Argentina, Costa Rica, Brasil, Colombia, Guatemala, Haití, México, Paraguay, Perú, Venezuela, Bolivia y Ecuador que se adhiere a esta Convención en el año 2002.

Tanto la Convención de la Haya de 1980 aplicable a nivel Universal, como la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores aplicable en el ámbito Interamericano son complementarias entre sí. En este sentido la Convención Interamericana en el artículo 34 determina que: “Entre los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980”.(Convención interamericana, 2005).

De igual manera esta Convención no impide la aplicación de las disposiciones constantes en otros Convenios e instrumentos internacionales sobre esta materia, tal como lo señala el artículo 35: “La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia”.(Convención interamericana, 2005).

De esta manera a nivel americano también contamos con normativa internacional especializada sobre la materia de restitución internacional de menores, que facilita y complementa la aplicación de la Convención de la Haya de 1980.

### **2.3.1 Objetivo**

Los objetivos perseguidos por esta Convención son coincidentes con los fines de la Convención de la Haya, que de la misma manera busca el inmediata restitución de menores a su lugar de residencia habitual, ya que en su primer artículo la Convención Interamericana establece cuales son los objetivos: “Asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares”. (Convención interamericana, 2005).

### **2.3.2 Causales de restitución.**

Al igual que el Convenio de la Haya de 1980, la Convención Interamericana de 1989 determina cuando el traslado o la retención tiene el carácter de ilícito, Artículo 4: “Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca 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.” (Convención interamericana, 2005).

#### **Excepciones.**

De la misma manera, prevé las mismas excepciones determinadas en el Convención de la Haya, estableciendo como excepciones a la restitución de menores cuando:

1. Cuando la persona, la institución o el organismo que tenía el cuidado de la persona del menor, no ejercía efectivamente derecho de custodia en el momento del traslado de la retención, o hubiere consentido o autorizado con posterioridad al traslado o retención.
2. Si existe riesgo de que la restitución, pudiera constituir un peligro contra la integridad del menor.

3. Cuando la restitución del menor sea manifiestamente violatoria a los principios fundamentales del Estado requerido.
4. Puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de la autoridad competente, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

Esta excepción hace referencia al derecho que tiene el menor a ser oído y participar en el procedimiento.

Esta posibilidad que tiene el menor de oponerse al retorno a su residencia habitual, ha sido concebido tanto por la Convención Interamericana, Convención de la Haya, así como también por parte la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 12 dispone: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño (...).”(Naciones Unidas, 1990). Por lo tanto contemplan la posibilidad de que un menor que ha alcanzado un cierto grado de madurez, pueda decidir respecto de su restitución o no a su lugar de residencia habitual.

Sin embargo las referidas Convenciones no determinan quién debe calificar que el menor posee un grado de madurez que permita tener en cuenta su oposición, por lo tanto se entiende que será el juez o autoridad administrativa competente la que deberá determinar en cada caso particular.

Siendo esta una excepción que puede llegar ser fundamental en determinados casos para que opere o no la restitución, a nivel jurisprudencial se han emitido fallos de naciones extranjeras con el fin de definir como deber ser tomada en cuenta la opinión del menor en un proceso de restitución; en este sentido existe resolución de la Corte de Justicia de la Nación de Argentina respecto del caso suscitado el 22 de agosto de 2012, referente a la solicitud de reintegro menores de edad, que al respecto sostuvo: “En el marco convencional, la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores (...). En razón de su singular

finalidad, el CH 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario (...) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta área puntual, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar.” (G., P. C. c. H., S. M. s/ reintegro de hijo, 2012). En definitiva la opinión del menor y su oposición al pedido de restitución, deber ser clara, bien formada y fundada, y que no se encuentre indebidamente influenciada por uno de los progenitores.

La Convención Interamericana a diferencia de la Convención de la Haya, establece un término para presentar oposición a la restitución del menor, dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quién lo retiene.

### **2.3.3 Requisitos para solicitar la restitución internacional de menores.**

Es importante tener presente, que tanto la Convención de la Haya de 1980 como la Convención Interamericana de 1989, prevén un procedimiento que cuentan con dos fases, una voluntaria efectuada únicamente con la intervención de las Autoridades Centrales, y otra contenciosa ante las autoridades judiciales o administrativas competentes, quienes deberán actuar con urgencia y disponer la restitución inmediata; procedimiento que será analizado a profundidad más adelante.

La Convención Interamericana al igual que la Convención de la Haya establece que, la restitución del menor se solicitará ante la Autoridad Central del lugar de residencia habitual del menor, o la de cualquier otro Estado contratante, y estarán legitimados para solicitar la restitución del menor, sus padres, tutores, guardadores y cualquier otra institución u organismo encargado del menor.

Para dirigir la solicitud, los Convenios imponen a los Estados partes designar una Autoridad Central, quien será la encargada de cumplir con el objetivo principal que buscan ambas Convenciones, esto es la restitución del menor, para lo cual es indispensable que exista una colaboración entre las demás Autoridades competentes de los Estados partes.

La Convención Interamericana de 1989 en términos similares al Convenio de la Haya de 1980, en su artículo 9, establece que la solicitud o demanda de restitución deberá contener:

a) Los antecedentes de la sustracción; datos personales del progenitor demandante, del menor, así como de la persona que ha incurrido en el hecho.

b) La información sobre la ubicación del menor, las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado a otro Estado contratante o al vencimiento del plazo autorizado, y

c) Los fundamentación jurídica para solicitar la restitución del menor.

**Como documentos anexos se debe presentar:**

d) Copia certificada íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;

e) Documentos que justifiquen la legitimación procesal de quien presenta la solicitud de restitución internacional.

f) Certificaciones entregadas por la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del menor, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

i) Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno. Sin embargo, la autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en sí, a su juicio, se justificare la restitución.

Un aspecto importante que determina con claridad la Convención Interamericana sobre restitución de menores, es que las decisiones adoptadas en virtud de los convenios internacionales no deben afectar la cuestión de fondo del derecho de custodia, tal como se encuentra determinado en los artículos 15 y 16. Artículo 15: “La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.”(Convención interamericana, 2005). Artículo 16 “Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda (...)”.(Convención interamericana, 2005).

Por otra parte, la solicitud debe cumplir las condiciones requeridas; de lo contrario, la Autoridad Central no estará obligada a tramitarla, en cuyo caso deberá informar inmediatamente tal particular, con la debida motivación, al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo intermedio se haya presentado la solicitud.

## **Competencia**

El Convenio de la Haya de 1980 conforme a sus artículos 8 y 29, permite que la solicitud de restitución se efectúe ante la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del niño, o ante la de cualquier otro Estado parte, o bien directamente ante las autoridades judiciales o administrativas, conforme a las disposiciones del Convenio.

En el caso de la Convención Interamericana, en base a su artículo 8, “los titulares de la acción de restitución podrán ejercitarla: a) a través de exhorto o carta rogatoria; o b) mediante solicitud a la autoridad central, o c) directamente, o por la vía diplomática o consular.”(Convención interamericana, 2005).

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, a través del Exhorto, otorga competencia para conocer sobre la restitución de menores a las autoridades competentes del Estado de residencia habitual del niño al momento del traslado o retención. Autores como Rubén Santos, manifiesta que: “resulta evidente que estas autoridades son las accesibles a los reclamantes; además pertenecen a la sociedad más afectada por el abrupto desarraigo del menor y están en mejor situación para conocer el caso planteado”.(Rubén Santos Belandro, 2007). De esta manera, las autoridades judiciales o administrativas del Estado de residencia habitual del niño, son las que mejor pueden informarse de la situación del menor y tomar las medidas más adecuadas a sus intereses. Esto debería ser suficiente para satisfacer al juez del Estado donde el niño ha sido trasladado o retenido, debiendo este último ordenar la restitución en forma inmediata.

Asimismo, la Convención Interamericana otorga jurisdicción de conformidad con su Art 6, a opción del actor y en casos de urgencia, a las autoridades del Estado de refugio o a las del Estado donde se hubiere producido el hecho que motivó el reclamo, “ (...) a opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido; al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado Parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación (...)”.(Convención interamericana, 2005).

En definitiva, ya sea que se opte por la vía el Exhorto o que se efectuó una solicitud directamente ante las Autoridades del Estado en donde se encuentre el menor, quien tomará la decisión definitiva acerca de restituir o no a un menor a su lugar de residencia habitual, será la autoridad administrativa o judicial del Estado de refugio.

### **Plazo**

La Convención de la Haya de 1980 y la Convención Interamericana de 1989 no prevén un plazo de caducidad para la presentación de la demanda de restitución internacional de un menor. Sin embargo si la solicitud es presentada dentro de un año contado de que se produjo el traslado o retención ilícita, el juez ante quien se presenta el pedido deberá ordenar la restitución inmediata. Sin embargo, el Convenio de la Haya y la Convención Interamericana prevén la posibilidad de presentar la solicitud de retorno, aun en los casos del vencimiento del plazo de una año. Artículo 14 numeral 3: “(...) 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”. (Convención interamericana, 2005). Artículo 12 numeral 2: “La Autoridad Judicial o Administrativa, aun cuando los procesos se hayan iniciado después de la expiración del período de un año, previsto en el párrafo anterior, deberá también ordenar el regreso del menor, a menos de que se haya demostrado que el menor se ha integrado a su nuevo medio”.(Convención de la Haya, 2005).

### **Medios Probatorios**

Los Convenios Internacionales mencionados, no determinan cuales son los medios probatorios útiles ni pertinentes que se pueden aportar en el proceso de restitución de menores, por lo que al no existir reglas procedimentales especiales al respecto, el juez va a tener amplias facultades para fijar cuáles son las pruebas que resultarán admitidas y cuál será su apreciación. Desde luego que el juez en cada caso, deberá admitir las pruebas que contribuyan a la celeridad que se busca en estos procesos, dada su especial naturaleza.

## **CAPÍTULO 3**

### **3 DERECHO MATERIAL COMPARADO**

#### **3.1 Argentina**

La República de Argentina en materia de restitución internacional de menores, cuenta con Convenios Internacionales Multilaterales como son: La Convención de la Haya sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores de 1980, que fue aprobado y ratificado por la Ley 23.857 de la Nación Argentina y que se encuentra vigente en dicho país desde el 1 de junio de 1991; en el ámbito Interamericano también forma parte de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores del 15 de julio de 1989, Convenio que fue ratificado y adherido el 11 de Enero de 2001 a través de la Ley 23.857.

Adicionalmente, cuenta también con un Convenio bilateral Internacional como es el Convenio de Protección Internacional sobre Sustracción de menores suscrito con Uruguay y aprobado por la Ley 22.546 de Argentina.

##### **3.1.1 Convenio bilateral Argentino – Uruguayo sobre protección Internacional de Menores.**

Este Convenio fue ratificado por la República Argentina por la Ley 22.546 el 1 de marzo de 1982. Este Convenio Bilateral Internacional se aplica para los casos de restitución de menores que se produzcan entre los países de Argentina y Uruguay.

Las disposiciones establecidas por este Convenio, similares a los dispuesto por el Convenio de la Haya de 1980 y la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989.

## **Objetivos.**

El Convenio Argentino – Uruguayo sobre restitución de menores de 1981, también tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores a su lugar de residencia habitual, Art 1: “El presente Convenio tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que, indebidamente, se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte.”(Benjamin, 1981).

De la misma forma considera que un traslado o retención tienen el carácter de ilícito cuando se vulnera el derecho de tenencia o guarda, así lo determina su Artículo 2: “La presencia de un menor en el territorio del otro Estado Parte será considerada indebida cuando se produzca en violación de la tenencia, guarda o derecho que, sobre él o a su respecto, ejerzan los padres, tutores o guardadores. Los titulares de la acción de restitución serán las personas mencionadas precedentemente.”(Benjamin, 1981).

## **Legitimación activa.**

Determina que podrán instaurar el proceso de restitución de menores los padres, tutores o guardadores que ejercieran efectivamente el derecho de custodia, conforme se encuentra previsto en el artículo 2 del Convenio Argentino – Uruguayo citado en líneas anteriores.

Sin embargo en este punto el Convención del Haya de 1980 es el más amplio para iniciar un procedimiento de restitución de menores, determinando que puede solicitar la restitución de un niño, niña o adolescente, cualquier persona, institución u organismo cuando dicho traslado se produzca violando un derecho de custodia.

## **Requisitos de la solicitud**

Si bien la Convención de la Haya y la Convención Interamericana exigen una serie de requisitos sobre todo de forma que debe tener la solicitud de restitución, el Convenio Argentino – Uruguayo, exige de forma más simple y concreta que la solicitud de restitución conste: “1) legitimación procesal del actor, 2) fundamento de la competencia

del exhortante, 3) fecha en que se entabló la acción. Asimismo deberán suministrarse datos sobre la ubicación del menor en el Estado requerido.”(Benjamin, 1981).

### **Juez competente**

En cuanto a la competencia, este Convenio bilateral sobre Protección de Menores, opera de manera diferente a lo determinado por la normativa internacional antes mencionada, ya que instaura un procedimiento en el cual la decisión final es tomada por el juez de la residencia habitual del menor, mientras que en las otras dos convenciones la decisión de restituir o no al niño o adolescente es tomada por el juez del lugar donde se produjo el traslado o retención ilícita o por el juez de lugar de residencia habitual del menor. Artículo 5 “Para conocer en la acción de restitución de menores, serán competentes los Jueces del Estado de su residencia habitual.”(Benjamin, 1981).

### **Plazo para solicitar la restitución**

El Convenio Argentino – Uruguayo es estricto respecto al tiempo que tiene el titular o titulares para solicitar la restitución, estableciendo un plazo definitivo de un año desde que se produjo el traslado o retención ilícita, o desde que el niño fuera localizado por la Autoridad Central, por lo que cualquier solicitud presentada fuera de este plazo, será rechazada por el juez competente en la materia.

### **Medios de Prueba**

Al igual que en las Convenciones Multilaterales vigentes, en este Convenio bilateral no existen reglas procedimentales al respecto, de este modo el juez tiene amplias facultades para decidir las pruebas que se pueden admitir dentro de un proceso judicial en el que se discute la restitución de menores, pero desde luego deben ser pruebas que contribuyan a la naturaleza del proceso, es decir a la celeridad y urgencia que demanda este tipo de procedimientos.

### **3.1.2 Aplicación de la Convención de la Haya de 1980 y la Convención Interamericana de 1980 en Argentina como país requerido.**

Cuando un menor es trasladado o retenido en el Estado Federal de Argentina, los casos son remitidos a la Autoridad Central Argentina por parte de la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del menor, tal como determina la Convención de la Haya de 1980 que los Estados partes deben contar con una Autoridad Central para tramitar los casos de restitución de menores.

La República Argentina ha designado como Autoridad Central para la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y de la Convención Interamericana de 1989, a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional -Dirección General de Asuntos Jurídicos- del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Una vez que se ha podido localizar a la niña, niño o adolescente, se verifica por parte de la Autoridad Central que se cumplan con los requisitos ya mencionados que establecen los Convenios Internacionales.

Como se señaló, el Convenio de la Haya de 1980 prevé para los casos de restitución de menores dos fases para lograr la restitución, una voluntaria ante las Autoridades Centrales y otra contenciosa ante las Autoridades Judiciales competentes. Es por ello que la Autoridad Central Argentina ofrece en todos los casos a la persona que presenta la solicitud la posibilidad de intentar una etapa voluntaria extrajudicial antes de iniciar el proceso en la vía jurisdiccional. En los casos entrantes, siempre que el solicitante consienta en ello, se envía una nota al progenitor que ha incurrido en la sustracción del menor con el fin de que se restituya voluntariamente al niño a su lugar de residencia habitual, explicándole las consecuencias ante una posible negativa. En esta etapa voluntaria, la Autoridad Central Argentina, al progenitor sustractor se le otorga el plazo de 10 días para responder ante la solicitud de restitución.

Sin ningún acuerdo fuere posible entre las partes, se da el procedimiento contencioso y la Autoridad Central procede a remitir la solicitud con toda la

documentación a la Autoridad judicial para que resuelva la restitución del menor en el plazo de seis semanas tal como manda el Convenio de la Haya.

En la legislación de la República de Argentina cuenta con normas sustantivas que confieren derechos y garantías mínimas que todo organismo del Estado debe brindar y aplicar a las niñas, niños y adolescentes en todo procedimiento ya sea administrativo o judicial.

En el ámbito familiar está la Ley Nacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescente N° 26.061 que en el artículo 27 dispone: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina (...).” (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2005). El mismo artículo 27 de la mencionada ley sostiene que en todo proceso en los que estén involucrados menores, se deben dictar derechos y garantías como las siguientes: “ (...) a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”(Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2005).

En el ámbito civil la Nación Argentina cuenta con el Código Civil y Comercial, el mismo que plantea el tema de restitución internacional de menores, estableciendo que siendo un tema tan delicado y de especial naturaleza en el que se haya involucrados niñas, niños y adolescentes, estos casos deben resolverse de forma urgente para evitar que los derechos fundamentales de los menores sean vulnerados por la decisión unilateral de sus padres de trasladar o retener ilícitamente en un lugar distinto al de su residencia habitual. De esta manera el artículo 2642 del mencionado cuerpo normativo establece que “en

materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.” (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2005).

Si bien cuenta con estas normas materiales relativas a la restitución internacional de menores, no existe un procedimiento especial a seguir en materia de restitución de menores en la Nación de Argentina, aplicando los jueces el procedimiento que consideran apropiado en cada caso particular.

Varios doctrinarios dan cuenta de los conflictos que se producen en la práctica al momento de aplicar los tratados internacionales vigentes sobre la materia, al no contar con proceso específico que regule la restitución de menores en el ámbito internacional. “Los casos de restitución internacional de menores que registra la jurisprudencia de nuestros tribunales son cada vez más numerosos y dan cuenta de los diversos problemas que plantea la aplicación práctica de las normas de los tratados restitutorios suscriptos por nuestro país. Buena parte de dichos problemas derivan de la ausencia de toda regulación procesal del trámite aplicable, que conduce a decisiones dilatadas en el tiempo, generadoras de perjuicio para los menores involucrados y que no cumplen con la garantía de la tutela efectiva de los derechos.”(De los Santos, 2014).

Evidentemente ante la falta de normas procesales, afectan derechos fundamentales como son la igualdad, la seguridad jurídica, pero sobre todo como sostiene el mencionado autor el principal derecho afectado es la tutela judicial efectiva. “Los casos de restitución internacional de menores son cada vez más numerosos y dan cuenta de las dificultades que plantea asegurar la tutela judicial efectiva en la materia, (...) el derecho a la tutela jurisdiccional involucra no sólo el derecho de acceso a la jurisdicción, sino que es también un derecho a la efectiva protección del derecho material.” (De los Santos, 2014).

Si bien este vacío legal se ha tratado de suplir a través de normas que se han creado en distintas provincias del Estado Federal Argentino, como la provincia de Córdoba que en el año 2016 sancionó la ley 10419 de Procedimiento para la Aplicación de los

Convenios sobre Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes, así como la provincia de Entre Ríos la acordada 13/2015 del Superior Tribunal de Justicia, que reglamenta el Proceso de Restitución Internacional de Menores para la Provincia de Entre Ríos.

Sin embargo no cuenta con una ley procesal uniforme específica que se pueda aplicar en materia de restitución internacional de menores ocasionando serios inconvenientes cuando el problema de restitución de menores tiene el carácter de internacional.

Frente ante esta carencia de normas procesales, la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia de la Corte Suprema, aprobó el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, el 28 de Abril de 2017, para suplir vacío legal y establecer criterios procesales uniformes que contribuya a la celeridad procesal.

Sin embargo, la creación de este protocolo no es suficiente para cumplir con un procedimiento adecuando tal como manda la Convenios internacionales que forma parte Argentina, y varios doctrinarios como la Dra. Silvana Castillo son conscientes y manifiestan la necesidad de que a nivel legislativo se cree una ley apropiada en materia de restitución de menores, “es necesario exigir a la legislatura que sancione la tan esperada ley, pues es importante contar con una norma que reglamente el proceso, no sólo para acelerar el trámite y prever la pronta restitución del menor, sino además para saldar la deuda que nuestro país mantiene con la comunidad internacional, pues como parte firmante del Convenio de La Haya, se ha comprometido al cumplimiento de lo establecido en el mismo, lo cual no sucede ante la falta de una norma uniforme que regule la restitución con etapas procesales reducidas” (Castillo, 2019)

### **Caso práctico.**

El 27 de diciembre de 2016 la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina toma conocimiento del caso No: CSJ 453/2016/CS1 “G., L. si por su hijo G.P., T. por

restitución s/ familia”, caso de restitución internacional de un menor que se suscitó entre Italia como estado requirente y Argentina como estado requerido.

#### Antecedentes:

Los padres del menor se conocieron y convivieron en la ciudad de Ancona, República de Italia. En dicha ciudad, el 21 de diciembre de 2005 nació el menor, en donde vivió y asistió a la escuela hasta que el 3 de abril de 2009, posteriormente viajó junto a su madre la República Argentina, sin que conste en la causa algún permiso de viaje o de traslado otorgado por el padre.

Ante esta situación, el 25 de agosto de 2009 el padre del niño inició ante la Autoridad Central de la República de Italia el trámite de restitución en los términos que prevé la Convención de la Haya de 1980, el 7 de diciembre el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto como Autoridad central de Argentina presentó el pedido ante la justicia de Mendoza por encontrarse el menor residiendo con la madre en esa provincia, en la casa de los abuelos maternos.

Las actuaciones quedaron radicadas en el Juzgado de Familia de Mendoza el 30 de diciembre de 2009 y el 24 de febrero de 2014 presenta la contestación a la demanda, y recién el 24 de febrero de 2012 la madre contestó la demanda.

El 10 de marzo de 2014, el juez de primera instancia rechazó el pedido de restitución internacional y esa decisión también fue confirmada por la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial el 23 de febrero de 2015.

El 3 de diciembre de 2015, el padre solicitante interpuso un recurso extraordinario de inconstitucionalidad y de casación ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza que revocó el fallo de la instancia anterior y ordenó la inmediata restitución del niño a la República de Italia como así también medidas para su retorno inmediato y seguro.

Ante esa decisión la madre interpuso en el año de 2016 un recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recurso que fue admitido. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la resolución acreditó la residencia habitual del niño en la ciudad de Ancona, República de Italia así como la retención ilícita por parte de la madre en la República de Argentina, ordenando por lo tanto la restitución del menor a su país de residencia habitual, Italia.

En este sentido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo las siguientes consideraciones:

- a) “Esta Corte Suprema no puede dejar de advertir la prolongada duración del presente proceso que ha insumido, aproximadamente, siete años de trámite. Esta demora no se condice con los tiempos previstos en la CH 198 O, en cuanto requiere a las autoridades judiciales y administrativas pertinentes que actúen con urgencia, estableciendo un plazo de 6 semanas para la decisión del conflicto.
- b) Que aun cuando el retraso en resolver el pedido de restitución resulta una contingencia atribuible en la mayoría de los supuestos a múltiples factores, entre los que se encuentran tanto la actuación de las partes como la de todos los agentes que intervienen en el proceso, la ausencia de normas procesales que regulen un procedimiento específico de restitución, permite en gran medida la presentación de múltiples planteos dilatorios y una extensión de los plazos que dificulta decidir sobre la restitución con la urgencia a la que obliga el CH 1980.
- c) Que más allá del caso en particular, las demoras en el trámite del proceso y el incumplimiento en exceso del plazo fijado por el CH 1980 son una característica constante en cada una de las causas sobre restitución internacional de menores, (...) Esto perjudica el normal desenvolvimiento del proceso dado que lo desnaturaliza al afectar en forma directa su finalidad, cual es garantizar la restitución inmediata del menor a su lugar de residencia habitual.

- d) Que en tal situación y concorde con lo requerido por la Procuración General de la Nación, es necesario poner en conocimiento de las autoridades correspondientes que la ausencia de una ley procesal específica en materia de restitución internacional de menores constituye, sin lugar a dudas, un factor decisivo en la prolongación del trámite de este tipo de causas judiciales.
  
- e) Que consecuencia de las consideraciones efectuadas y de la experiencia recogida en los últimos tiempos en oportunidad de intervenir en esta clase de asuntos, esta Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende imperioso exhortar al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del CH 1980 y permita cumplir con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribir dicho convenio”. (G., L. si por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ recurso extraordinario de Inconstitucionalidad - Casación, 2016).

Evidentemente en la república de Argentina existe un vacío legal en el ordenamiento jurídico interno, la jurisprudencia de los tribunales argentinos, dan cuenta de la falta de normas para resolver con eficacia los pedidos de restitución internacional de menores, inclusive existe un llamado de atención de la propia Corte Suprema de Justicia de Argentina, determinando que es imperioso contar con un procedimiento o ley que se ajuste a la finalidad de los convenios internacionales.

### **3.2 Chile**

En materia de restitución de menores, la República de Chile a nivel internacional es un estado miembro del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de 1980 desde el 23 de febrero de 1994, fecha en la que se suscribió y se adhirió al mencionado Convenio y que se encuentra vigente en la legislación Chilena desde el 17 de junio de 1994 a través del decreto No 386 expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo que se ha venido aplicando desde el siglo pasado.

El Convenio de la Haya, establece que “los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar dentro de su territorio el cumplimiento de los objetivos de la Convención. Para este efecto, deberán recurrir a los procedimientos más ágiles disponibles.”(Convención de la Haya, 2005). Si bien a nivel legislativo Chile no cuenta con una norma procesal en materia de restitución de menores, la Corte Suprema de Chile en ejercicio de su potestad normativa que se encuentra consagrada en el artículo 82 primer inciso de la Constitución Política de la República de Chile, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 93.1 número 2 del mismo texto constitucional, dictó un auto acordado que prevé un procedimiento expedito para la solicitud de restitución de menores de 16 años que fueron trasladados o retenidos ilícitamente en Chile. Desde el año de 1994, por los problemas que se presentaban en cuanto a la tramitación de casos referentes a restitución internacional de menores que se suscitaban en los Juzgados de Menores, dictó un Auto Acordado que fue publicado en el diario Oficial en fecha 3 de Noviembre de 1998, siendo posteriormente modificado el 17 de mayo de 2002 en el Diario oficial, en donde establecía un procedimiento muy sumario acorde a lo que exige el Convenio de la Haya de 1980.

Desde finales de los años noventa existió un marco jurídico aplicable para los casos de restituciones de niños, niñas y adolescentes, sin embargo en el año 2015 se produjo una nueva modificación a la norma vigente hasta el momento, a fin de ajustarse aún más al principio de celeridad que manda los convenios internacionales. Es por esto que en la ciudad de Santiago de Chile, en el Acta No 205-2015 que fue elaborada el 3 de diciembre de 2015, se dejó constancia que en fecha 20 de Noviembre de 2015 se reunió el Tribunal Pleno de la Corte Suprema para modificar y refundar el texto del “Auto Acordado sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos Civiles de la Sustracción Internacional de niños y niñas.” Auto que actualmente se encuentra vigente y que forma parte del derecho material Chileno.

Esta norma elaborada por la Corte Suprema de Chile, propone normas procesales específicas, estableciendo plazos muy breves para que las solicitudes de restitución de menores, sean resueltas de manera urgente en el menor tiempo posible a fin de poder cumplir con la normativa internacional. Establece aspectos relativos a: a) competencia

judicial, b) medidas para asegurar la restitución del menor a su lugar de residencia habitual, c) el procedimiento en sentido estricto a seguir, d) recursos que se puede interponer frente a las sentencias definitivas para cumplir de esta manera con lo dispuesto por el Convenio de la Haya de 1980.

### **3.2.1 Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya, relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas**

#### **Competencia.**

El auto acordado establece como se debe determinar la competencia judicial para conocer las solicitudes de restitución de menores, así en su artículo 1 establece que será competente el Juez de familia del domicilio presunto niño o niña, es decir será competente el Juez del lugar de residencia habitual del menor anterior a que se produzca el traslado o retención ilícita del menor: “Será competente para conocer de la solicitud o demanda de ubicación y búsqueda de un niño, niña o adolescente sujeto a sustracción internacional el Juzgado de Familia del domicilio presunto del niño o niña. Si en la comuna respectiva existiere más de un Juzgado de Familia, el conocimiento de dicha solicitud corresponderá al que se designe conforme a las reglas generales de distribución de causas.”(Corte Suprema, 2015).

#### **Medidas Cautelares**

Artículo 2°. Orden de localización. “Ingresada la solicitud el tribunal deberá emitir, cuando corresponda, a las distintas instituciones del país, las respectivas órdenes que fueren pertinentes para asegurar la ubicación del niño, niña o adolescente en el territorio chileno.”(Corte Suprema, 2015)

Artículo 4°. Aseguramiento nacional del menor. “Ingresada la solicitud deberá decretarse, en forma inmediata, la orden de arraigo del niño o niña. Podrá, asimismo, disponer el tribunal la entrega del pasaporte del niño o niña, si contare con uno.”(Corte Suprema, 2015).

## **Procedimiento**

El Auto elaborado por la Corte Suprema de Chile, se ajusta a lo dispuesto por los Convenios Internacionales. Así tenemos en primer lugar, como es lógico, que todo procedimiento inicia con la presentación de la solicitud de restitución ante la autoridad competente, artículo 1 inciso segundo del Auto Acordado: “La presentación de la solicitud de restitución ante el Juez competente, determina la fecha de iniciación de los procedimientos para los efectos que prevé la Convención de la Haya en su artículo 12”,(Corte Suprema, 2015).

### **Ausencia de formalidades.**

El artículo 3 del Auto determina además que la solicitud debe presentarse ante el juez competente, con los mismo requisitos establecidos en el Convenio de la Haya de 1980. “No deberán requerirse legalizaciones ni otras formalidades similares a la documentación que se presente, salvo que estuviere redactada en otro idioma, en cuyo caso deberá acompañarse una traducción fiel al idioma castellano.”(Corte Suprema, 2015). La norma de la Corte Suprema establece con claridad que la solicitud que se presente deberá únicamente cumplir con los requisitos establecidos en el Convenio internacional, así como los documentos que se presenten conjuntamente con la solicitud no requieren de legalizaciones ni formalidades, salvo que estuviesen redactados en un idioma distinto al castellano, en cuyo caso deberá acompañarse la traducción de dicha documentación realizada por un perito inscrito en la nómina de la Corte.

### **Calificación de la solicitud y convocatoria a audiencia única.**

Conforme al artículo 5 del Auto Acordado de la Corte Suprema de Chile, el Juez de familia que tenga conocimiento del caso, en el plazo de 48 horas constadas desde la presentación de la solicitud, debe verificar que la misma cumpla con los requisitos previstos en el Auto Acordado y en el Convenio de la Haya de 1980. En la misma providencia en la que se acepta la demanda, convocará a audiencia que deberá llevarse a cabo dentro del quinto día hábil contado desde que se cumple con la notificación a la partes.

## **Notificación.**

Si la persona contra quien se interpone la demanda o solicitud de restitución del menor, no fuere posible notificarle en persona con la providencia de convocatoria audiencia, el artículo 8 determina que es suficiente con la certificación de la autoridad competente de que se trata del domicilio del demandado e inclusive prevé que en caso de falta de comparecencia será el Defensor Público quien actuara en audiencia en representación del Ausente, esto a fin de evitar dilaciones y retardos innecesarios que afecten al proceso que debe resolverse de forma oportuna y urgente.

## **Audiencia.**

La solicitud de restitución internacional es resuelta en audiencia única y tiene por objeto resolver tres aspectos fundamentalmente:

“a) Establecer si el niño, niña o adolescente se encuentra en el país; b) Establecer si el traslado o retención del niño, niña o adolescente ha sido ilícito en los términos del Convenio; c) Determinar si concurre alguna de las causales que el Convenio autoriza para oponerse a la restitución del niño, niña o adolescente.” (Corte Suprema, 2015)

Por la naturaleza y la urgencia que implica el procedimiento de restitución de menores, el artículo 9 del Auto Acordado establece la posibilidad de que las partes procesales en audiencia única puedan ratificar y contestar la demanda de manera oral, si previamente no lo han hecho por escrito, además la o le juzgador fija los hechos que se pretenden probar y aprueba acuerdos al que las partes hubieran llegado

## **Excepciones taxativas**

Un aspecto importante a tomar en cuenta es que la norma de la Corte Suprema, determina expresamente que en este tipo de procedimientos cabe únicamente las excepciones que prevé los Convenios Internacionales, esto a fin de que los procesos se tramiten con la mayor celeridad posible, artículo 9: “(...) No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconvencciones que obsten a la prosecución del trámite. El tribunal rechazará de plano toda excepción fuera de las enumeradas en la referida

### **Medios de prueba**

- Las pruebas aportadas por las partes a fin de probar los hechos, se debe producir en la misma audiencia y son apreciados por el juzgador de acuerdo a las reglas de la sana crítica.
- De conformidad al artículo 10, en la audiencia única se escuchará al menor de 16 años, cuando a criterio del tribunal su opinión pueda resultar relevante, atendiendo a su edad y madurez, en dicho caso, impone al juez la obligación de considerar de manera principal al momento de expedir la resolución, el interés superior del niño y el derecho de ser oído.
- Medidas para mejor resolver: El tribunal podrá decretar medidas para mejor resolver, las que deberán evacuarse en un plazo de quince días. Estas medidas sólo podrán decretarse para verificar si se configuran las causales de oposición establecidas en los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya de 1980, conforme lo señala el artículo 11 del Auto Acordado. Artículo 11 “El tribunal podrá disponer, de oficio, que se acompañen todos los medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención a la acción intentada. Dichas diligencias deberán evacuarse dentro del plazo máximo de quince días hábiles, al cabo del cual aquellas que no hubieren sido cumplidas se tendrán por no decretadas. Para tal efecto, el tribunal deberá citar a audiencia de continuación para una fecha no posterior a quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia única.”(Corte Suprema, 2015).

### **Sentencia**

Al final de la audiencia única, el juez expedirá de manera inmediata y en forma oral la resolución correspondiente. Excepcionalmente podrá suspender la audiencia para tomar una resolución adecuada. Artículo 11: “Excepcionalmente, cuando la audiencia se hubiere prolongado por más de un día, se podrá postergar la decisión del caso hasta el día

siguiente hábil, lo que se indicará a las partes al término de la audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que el veredicto será comunicado. La sentencia definitiva deberá notificarse en un plazo máximo de cinco días contados desde el término de la audiencia.

### **Recursos procesales**

La sentencia definitiva solo será impugnada a través del recurso de apelación, interpuesto dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación de la sentencia escrita. El recurso será conocido por el tribunal de alzada, sin Será conocido por el tribunal de alzada en el plazo de cinco días.

“Contra la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de apelación no procederá recurso alguno.” (Corte Suprema, 2015).

### **Conclusión.**

Esta norma elaborada por la Corte Suprema de Chile, establece un procedimiento muy sumario con plazos breves permitiendo un actuar ágil y eficaz ajustándose a la naturaleza y urgencia que demanda los procesos de restitución de menores. La ausencia de formalidades en el procedimiento es un aspecto importante, ya que permite la prosecución del proceso, buscando en todo momento la celeridad. Prevé audiencias concentradas y regula forma especial las notificaciones, la actuación de los medios de prueba y los recursos.

El procedimiento expedito que establece el Auto Acordado, evidentemente permite ajustarse a los objetivos de los convenios internacionales, esto es una restitución inmediata.

## **3.3 Uruguay**

Los Estados han tratado de proteger a los niños, niñas y adolescentes de los perjuicios que les ocasionarían los traslados o retenciones ilícitos y con este fin se han

creado normas que tienen como finalidad la pronta restitución del menor sustraído a su residencia habitual.

Uruguay es uno de los países cuyo sistema legal cuenta con normas que permiten resolver con eficacia los casos de sustracción y retención ilícita de menores, ya que cuenta con normativa a nivel Internacional, y actualmente también de origen nacional. Entre la normativa para los casos de Restitución Internacional de menores, se puede señalar las siguientes:

A nivel Internacional:

**Tratados y convenios multilaterales**

- El Convenio de la Haya de 1980, suscrito por la república de Uruguay a través de la ley 17.109, el 21 de mayo de 1999.
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989, incorporada al derecho positivo uruguayo por la ley 17.335, de 17 de mayo de 2001.

**Convenios Bilaterales**

Convenio sobre Protección Internacional de Menores celebrado entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina el 31 de julio de 1981, aprobado por decreto-ley 15.218 del 20 de noviembre de 1981 y que se encuentra vigente desde el 14 de abril de 1982.

- Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre Uruguay y Chile celebrado el 15 de octubre de 1981 y aprobado por decreto-ley 15.250, de 26 de marzo de 1982; vigente desde el 14 de abril de 1982.

- Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre Uruguay y Perú en fecha 23 de octubre de 1984; aprobado por decreto-ley 15.720, de 7 de febrero de 1985.

A nivel nacional:

- Ley 18.895, sobre restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente, que fue creado por el Senado y la Cámara de representantes de la República Oriental de Uruguay reunidos en la Asamblea general de las Naciones unidas el 20 de abril de 2012 y publicada en el registro oficial el 22 de mayo de 2012.

**3.3.1 Ley 18.895 sobre restitución de personas menores de 16 años trasladadas o retenidas ilícitamente.**

Antes de la entrada en vigencia de la ley 18.895, en Uruguay el procedimiento por el que se tramitaban los procesos de restitución de menores resultaba absolutamente inconveniente, ya que casi siempre terminaban siendo procesos ordinarios que duraban mucho tiempo hasta llegar una decisión respecto del menor sustraído o retenido ilícitamente.

La ley 18.895 sobre restitución de menores tiene por finalidad regular los procesos de menores en los términos que establece la Convención de la Haya y la Convención Interamericana. Es una ley que resulta muy útil para cumplir con la finalidad que persiguen los convenios internacionales mencionados en cuanto a la duración de los procesos, ya que responde al principio de celeridad en el que se funda dichos convenios.

El objeto de esta ley se encuentra determinado en el artículo 1: “ (...) determinar si ha existido traslado o retención ilícitos de una persona de menos de dieciséis años de edad, toda vez que se haya verificado en violación a un derecho de guarda o de custodia

y preservar el derecho de visita conforme a la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (...); Igualmente asegurar el tratamiento de tales casos conforme a los principios de los Convenios citados, la resolución de los mismos en forma rápida y, de accederse a la restitución, que la misma se realice en forma segura para la persona de menos de dieciséis años de edad. (...).” (Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, 2012)

El autor Uruguayo Rubén Santos Belandro, sostiene que las fuentes de la ley 18.895 sobre Restitución Internacional de Menores de Uruguay son: “ a) La Constitución de la República, integrándose al neoconstitucionalismo por principios sostenidos por Zagrebelsky, entre otros; b) El Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 1980; c) La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 1989; d) El Código de la Niñez y la Adolescencia; e) El Código General del Procesos.”(Rúben Santos Belandro, 2013).

### **Competencia**

La competencia para conocer estos procesos de restitución corresponde a los juzgados de Familia, quienes deben aplicar los principios de concentración y celeridad tanto en primera como en segunda instancia. En razón del lugar, serán competentes los Jueces donde se encuentre el menor, artículo 4: “Se determinará conforme a las normas generales, con especial aplicación por el Tribunal especializado de los principios de concentración y de pronta y eficiente administración de justicia, tanto en Primera Instancia como en Apelación.

Serán competentes en la Primera Instancia, los Juzgados de la Materia de Familia que designe la Suprema Corte de Justicia, dentro del sistema de turnos que la misma establecerá. Serán competentes en Segunda Instancia, los Tribunales de Apelaciones de Familia. Para determinar la competencia en razón de lugar, se atenderá al lugar donde se encontrare la persona de menos de dieciséis años de edad (...).”(Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, 2012).

## **Legitimación para solicitar la restitución**

Conforme al artículo 5 de ley 18.895 sobre Restitución Internacional de Menores de Uruguay, los legitimados activos para presentar una solicitud o demanda de restitución conforme con esta ley serán el padre, la madre, el tutor, guardador u otras instituciones que tenga la guarda o custodia de acuerdo con la ley del lugar de residencia habitual.

Los legitimados pasivos será aquella persona que ha sustraído o retenido a menor de forma ilegítima, artículo 6 :“Estará legitimado pasivamente, aquel que es denunciado por quien tiene la titularidad activa, como la persona que ha sustraído o retiene en forma ilegítima a la persona de menos de dieciséis años de edad cuyo desplazamiento o retención constituye la causa de la solicitud.”(Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, 2012).

### **Fase preliminar**

El artículo 11 la ley de 18.895 sobre restitución de menores determina que a solicitud de restitución deberá cumplir con los mismos requisitos que prevé el artículo 8 la Convención de la Haya de 1980 y el artículo 9 la Convención Interamericana sobre restitución de menores de 1989, como son:

- Los hechos que dieron lugar a la sustracción ilícita del menor.
- Datos del solicitante, del menor trasladado ilícitamente y la persona que incurrió en la sustracción.
- La ubicación del menor dentro del Estado al cual fue trasladado, fechas en que se produjo el traslado, la caducidad del plazo establecido.
- Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor;
- Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable.
- Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante.

Entre otros requisitos previstos en las normativas internacionales.

La solicitud se podrá presentar en forma directa ante el Tribunal competente vía exhorto o carta rogatoria, o por solicitud directa ante la autoridad central, ajustándose a los que determina el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

### **Medidas.**

Conforme al artículo 11 de la ley 18.895, el Tribunal competente tomará conocimiento inmediato y ordenará medidas urgentes para la localización y protección de menor de dieciséis años, como son: cierre de fronteras, retención de documentación de viaje de la persona y de quien presuntamente la ha sustraído.

Verificada la localización, lo comunicará de inmediato al Estado requirente vía autoridad central o a través del organismo que haga sus veces.

La autoridad central del Estado, en todos los casos intentará una restitución voluntaria del menor a su residencia habitual.

Desde la localización del menor, en el término de 30 días deberá presentarse la demanda de restitución. Vencido el mismo, las medidas adoptadas caducarán de pleno derecho.

### **Procedimiento.**

El procedimiento que se debe llevar a cabo en Uruguay como país requerido, se encuentra previsto en los artículos 12 al 24 de la ley 18.895 sobre restitución de menores:

Una vez presentada la demanda o solicitud de restitución, el Tribunal procederá a la calificación de las condiciones de admisibilidad y legitimación activa.

La presentación de la demanda o solicitud de restitución ante el Tribunal competente marcará la fecha de iniciación de los procedimientos a los efectos establecidos en el artículo 12 incisos primero y segundo de la Convención de La Haya

sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y al artículo 14 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, esto hace referencia que cuando un menor ha sido trasladado o detenido ilícitamente bajo los términos del artículo 3 del Convenio de la Haya, y en un período de menos de un año ha pasado desde el traslado o la detención hasta el momento en que se presenta la demanda, en dicho caso la autoridad competente la restitución inmediata.

La Autoridad Judicial o Administrativa, aun cuando los procesos se hayan iniciado después del plazo de un año, deberá también ordenar el regreso del menor, a menos de que se haya demostrado que el menor se ha integrado a su nuevo medio.

En caso de que el Tribunal competente rechace la solicitud o demanda de restitución, de dicha resolución puede interponerse un recurso de apelación en los tres días siguientes a la notificación de la misma. Si la denegatoria fuese confirmada en segunda instancia, dicha resolución deberá comunicarse al Estado requirente para que una vez notificados los interesados queden habilitados a iniciar las acciones que puedan corresponder.

Admitida la demanda, en veinticuatro horas el Tribunal dictará un mandamiento de restitución; citará a la persona contra quien se interpone la demanda para que en el término de 10 días interponga excepciones.

### **Excepciones.**

Será válida la oposición cuando se exprese y demuestre que:

- El progenitor a quien se le ha atribuido un derecho de custodia, no ejercía de modo efectivo dicho derecho al momento que se produjo el traslado ilícito.
- Existe un grave riesgo de que la restitución del menor de 16 años de edad la exponga a un peligro físico, psíquico o que de cualquier otra manera ponga a la persona en una situación intolerable.

También se podrá rechazar la solicitud de restitución en los siguientes casos:

- Si el menor de dieciséis años de edad se opone por motivos fundados a regresar en ese caso el Tribunal competente, tomando en cuenta su edad y madurez, tendrá en cuenta su opinión.
- Si la demanda de restitución se presentó una vez que expiró el plazo de un año desde que se produjo traslado ilícito y se prueba que la persona de menos de dieciséis años de edad se ha integrado a su nuevo centro de vida.
- Cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.
- “El Tribunal rechazará sin sustanciar toda excepción fuera de las enumeradas en los artículos en la presente ley.”(Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, 2012).
- No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconvencciones que afecten a la celeridad y prosecución del trámite.
- Si la parte ante quien se interpone la solicitud de restitución, no presentará excepciones, quedará firme el mandamiento de restitución y se dispondrá hacer efectivo el mismo comunicándolo a la autoridad central.
- Si la parte requerida opone excepciones, se sustanciarán con un traslado al requirente por el término de seis días. Contestadas las excepciones o vencido el término, se convocará a audiencia que se celebrará dentro de los tres días siguientes.

### **Audiencia.**

Conforme dispone ley 18.895, antes de iniciar la audiencia existe la posibilidad de que las partes puedan llegar a un acuerdo a través la conciliación, en caso de acuerdo se hará constar en acta y será homologada por el Juez.

De no ser posible, se resolverán, de haberse planteado, las cuestiones procesales que obstan a la decisión final. Se procederá a la fijación de los puntos de debate y se diligenciarán los medios probatorios dispuestos, a cuyo fin la audiencia podrá ser prorrogada hasta por setenta y dos horas.

La persona menor de dieciséis años de edad, si a criterio del juez tiene la madurez suficiente para decidir, será oída directamente por el Tribunal o a través de profesionales especializados designados por el Tribunal.

El Tribunal podrá suspender la audiencia hasta veinticuatro horas, a fin de dictar sentencia definitiva.

### **Segunda instancia.**

Conforme a la ley 18.895 previsto en el artículo 24, en materia de restitución de menores, se puede presentar un recurso de apelación únicamente: a) contra la resolución que rechace la solicitud o demanda de restitución y en cuyo caso la apelación no se sustancia, y b) la sentencia definitiva.

La sentencia definitiva será susceptible del recurso de apelación interpuesto dentro del tercer día siguiente a la notificación.

El recurso de apelación será concedido con efecto suspensivo.

Los autos serán elevados dentro del término de veinticuatro horas de evacuados los traslados.

El Tribunal superior expedirá la sentencia dentro del cuarto día. En segunda instancia podrá convocarse a audiencia o dictarse decisión anticipada, en este último caso, el plazo para deducir el recurso de aclaración y ampliación será de cuarenta y ocho horas, debiéndose decidir dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Un aspecto importante de esta ley es que determina con claridad que “contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá otro recurso.”(Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, 2012). Esto a fin de evitar que los procesos de restitución de menores, al tener el carácter de urgente, se prolonguen de forma innecesaria y cumplir con la celeridad que mandan los convenios internacionales.

## **Caso practico**

Sentencia 30/2016 Juzgado Letrado de Trinidad, Flores, 2. ° Turno

El niño JGM llegó con su madre a Uruguay el 28 de noviembre de 2015. El menor residía habitualmente en España, y de acuerdo con el derecho vigente en dicho país para que el menor edad pueda viajar al extranjero, debe contar con la autorización de ambos progenitores. Sin embargo la madre viajó con el niño sin tener el respectivo consentimiento del padre, ni autorización judicial que le facultare a sacar al niño del país, ante esta situación se presentó una demanda en el Juzgado Letrado de Familia Especializado turno número 6 de Montevideo.

Una vez en Uruguay, la Sra. se comunicó vía correo electrónico con el padre del niño a quien le informó que estaban en Uruguay desde el 28 de noviembre, así como que regresarían a España el 6 de diciembre siguiente. En esa fecha le envió otro correo para comunicarle que el regreso se postergaba para el 27 de diciembre de 2015, lo que no aconteció.

En función de eso, el padre efectuó la solicitud de restitución en España. El 15 de febrero de 2016 se recibió exhorto remitido por Autoridad Central de España solicitando el retorno inmediato del niño a su lugar de residencia habitual, España,

El mismo día se dispuso la restitución internacional del niño JGM a España. Se citó a la madre para que en el término de 10 días que concede la ley 18.895, presente excepciones de oposición a la restitución del menor. Se decretaron medidas cautelares: cierre de fronteras e incautación de la documentación del niño.

Con fecha 1 de marzo de 2016 compareció la madre del menor y opuso las excepciones previstas en la ley 18.895 de Uruguay, Convenio de la Haya de 1980 y Convención Interamericana sobre de Restitución de menores de 1989; entre las cuales propuso la excepción de Inconstitucionalidad de la ley 18.895.

Ante esta situación el mismo día, se produjo la admisibilidad procesal de la excepción de inconstitucionalidad deducida, el procedimiento se suspendió y se elevó a

la Suprema Corte de Justicia, la cual desestimó la excepción de inconstitucionalidad por sentencia 70/2016.

En fecha 15 de abril del año 2016 se corrió traslado con las excepciones propuestas para que en el término de 6 días como determina el artículo 18 de la ley 18.895 sobre restitución menores de Uruguay, la parte accionante se pronuncie sobre las mismas. El 27 de abril de 2016 la defensora del padre del niño compareció en representación de este para evacuar el traslado de excepciones, donde en definitiva se relatan los hechos expresados ut supra. El mismo día se tuvo por evacuado el traslado de excepciones y se dispuso el diligenciamiento de la prueba.

Se convocó a las partes procesales a audiencia única a llevada a cabo el 3 de mayo de 2016.

Finalmente, habiéndose llevado adelante el proceso, la magistrada competente expidió el falló desestimando las excepciones opuestas y disponiendo en consecuencia la restitución del niño a España a efectos de ser entregado a su padre, sin perjuicio de la restitución voluntaria del niño por parte de su madre. (Juzgado Letrado de Trinidad, Flores, 2.º turno, 2016)

El presente caso tuvo una duración de 2 meses.

Como se puede apreciar, Uruguay es uno de los principales países que da un gran tratamiento e importancia a los casos de restitución internacional de menores al contar en la legislación nacional con una ley especializada en materia de restitución de menores, que permite que los procedimientos se tramiten con celeridad al contar con plazos breves y esto permite ajustarse a lo manda y busca los Convenios Internacionales, una pronta restitución. El caso de restitución internacional que se produjo en el año 2016 en dicho país, es claro ejemplo de la eficacia con la que se resuelven asuntos relacionados a restitución de menores, al contar con una ley que tiende en todas sus disposiciones a la celeridad del proceso.

### **3.4 España**

España en materia de restitución de menores es signataria de varios Convenios e instrumentos internacionales que regulan esta materia, entre los que se pueden señalar:

- Convenios del Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, al que se adhirió y se encuentra suscrito desde el 16 de abril de 1987.
- En el marco de la Unión Europea, el reglamento de Bruselas II bis 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.
- Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia.
- El Convenio bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derechos de custodia y derecho de visita y devolución de menores.

#### **3.4.1 Reglamento de Bruselas II bis 2201/2003**

El reglamento entró en vigor el 1 de agosto de 2004, es obligatorio y directamente aplicable en los Estados miembros de la Unión Europea, como lo es España.

Los principios en los que se fundamenta el este Reglamento al igual que el Convenio de la Haya de 1980 son:

- El interés superior del menor, la pronta restitución.
- Confianza mutua.
- Celeridad.
- La colaboración entre las autoridades competentes de los Estados miembros.

Este reglamento se aplica de forma complementaria al Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción de menores, tal y como los establece el considerando decimoséptimo

del Reglamento 2201/2003: “En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11 (...)”(CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2004).

Por lo tanto cuando se produce una sustracción de menores en el ámbito intracomunitario, hay que llevar a cabo un procedimiento de restitución ajustándose a lo que manda las normas del Convenio de la Haya de 1980 y las directrices que se encuentran en las normas del Reglamento Europeo 2201/ 2003. Al igual que el Convenio de la Haya, el Reglamento de Bruselas trata lo relativo a la competencia, el proceso de restitución, el plazo para resolver, que será con carácter general de 6 semanas concordando con lo establecido por la Convención de la Haya.

En los casos en los se presente una solicitud o demanda de restitución internacional de menores, el Reglamento 2201/2003 no prevé de un procedimiento detallado a seguir para tramitar los casos de restitución, remitiendo a los procesos más expeditos con los que cuente la legislación nacional.

Sin embargo este reglamento de la Unión Europea, solamente regula las situaciones de traslado ilícito intracomunitario, es decir para los casos en que se traslade un menor de un Estado miembro y parte del Reglamento a otro estado miembro.

### **3.4.2 Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.**

A nivel nacional, el sistema jurídico Español en los casos de sustracción de menores, aplica la LEY 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, norma que forma parte del ordenamiento jurídico interno y que contiene normas procesales que delimitan el procedimiento a seguir para la restitución de menores. La ley de Enjuiciamiento Civil entró en vigencia a partir del 8 de enero del 2001 y ha tenido una serie de reformas, la más actual se produjo en el año 2015 mediante la ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, en el preámbulo de dicha ley en el punto XII establece expresamente que la reforma de la mencionada ley tiene como finalidad renovar el procedimiento para restituir

a los menores en los casos de sustracción internacional, cuya finalidad es brindar una protección integral al menor, así como a sus derechos. A través de la ley 15/2015, se introduce un nuevo capítulo en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil en el capítulo IV denominado “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción Internacional”, entrando en vigor a partir del 23 de julio de 2015.

El procedimiento contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil es un complemento esencial a lo regulado en el Convenio de la Haya de 1980 y el Reglamento Europeo 2201/2003, ya que a través del mismo se cumple con los objetivos perseguidos por los convenios e instrumentos internacionales, como es la rapidez con el que se lleva a cabo el procedimiento para restituir un menor a su lugar de residencia habitual. Se trata de un procedimiento especial con carácter urgente y preferente sobre otros procesos como los de guarda o custodia, la celeridad que se busca con este procedimiento se aplica tanto en primera como en segunda instancia, tal como lo determina el artículo 778 numeral 5 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil: “El procedimiento tendrá carácter urgente y preferente. Deberá realizarse, en ambas instancias, si las hubiere, en el inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor.” (Jefatura del Estado, 2015).

### **Procedimiento para la restitución de menores**

Conforme a lo que dispone el artículo 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento inicia mediante una demanda que se presenta ante el juez de familia de primer nivel del lugar donde se encuentre el menor que ha sido trasladado ilícitamente. En la demanda se solicitará el retorno del menor a su lugar de residencia habitual y se adjuntará los requisitos que determinan los Convenios Internacionales, como son la a) la identidad del demandante, del menor y de la persona que incurrió en la sustracción del menor; b) los motivos en los que se basa para reclamar su restitución; c) documentación requerida, etc.

### **Admisión de la demanda.**

El artículo 778 quinquies numeral 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que el secretario judicial de la Administración de Justicia debe resolver sobre la admisión o no de la demanda en el plazo de 24 horas siguientes a la presentación de la demanda. En la misma resolución que se admite la demanda, se requerirá al demandado para que en el plazo de 3 días se pronuncie si accede a la restitución o se opone a ella.

### **Comparecencia a la audiencia.**

La comparecencia del demandado puede ser de dos formas: a) accede a la restitución del menor; b) comparece formulando oposición a la restitución.

- a) Si accede a la restitución, el juez expide una resolución sin oposición por parte del demandado el mismo día que comparece y se acuerda la conclusión del procedimiento y la restitución del menor, y mediante el auto se pone fin al proceso. Artículo 778 quinquies apartado cuarto: “Llegado el día, si el requerido compareciere y accediere a la restitución del menor o a su retorno al lugar de procedencia, según corresponda, el Secretario judicial levantará acta y el Juez dictará auto el mismo día acordando la conclusión del proceso y la restitución o el retorno del menor, pronunciándose en cuanto a los gastos, incluidos los de viaje, y las costas del proceso.”(Jefatura del Estado, 2015).
  
- b) Comparece oponiéndose a restituir: El artículo 778 quinquies apartado sexto, regula el supuesto de la comparecencia del demandado manifestando oposición a la restitución, esta se deberá realizar por escrito y amparándose en una de las causas establecidas en el correspondiente convenio aplicable, en este caso, se citará a los interesados para que en el plazo improrrogable de cinco días se celebre la Audiencia.
  
- c) La falta de comparecencia del demandado no suspende la audiencia. Artículo 778 quinquies apartado séptimo, párrafo primero: “La celebración de la vista no se suspenderá por incomparecencia del demandante. Si fuera el demandado que se

hubiera opuesto quien no compareciere, el Juez le tendrá por desistido de la oposición y continuará la vista.”(Jefatura del Estado, 2015).

### **Sentencia.**

Conforme al artículo 778 quinquies numeral 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil una vez celebrada la audiencia, el juez debe dictar sentencia dentro de los 3 días siguientes a la finalización del proceso. En dicha sentencia se pronunciará sobre si el traslado o retención han sido ilícitos, en cuyo caso se concede la restitución del menor a la persona a quien se le haya atribuido los derechos de guarda y custodia a fin de permitir al demandante el ejercicio de los mismos.

De la misma forma la sentencia establecerá el plazo y la forma de ejecución, pudiéndose dictar medidas a fin de evitar que el demandado tras la notificación de la sentencia tenga la intención de trasladar nuevamente al menor de forma ilícita. Artículo

### **Recursos**

A fin de conseguir una pronta restitución y en base al principio de celeridad, el sistema jurídico Español en la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de su artículo 778 en el punto décimo primero, establece que respecto de la sentencia definitiva cabe únicamente recurso de apelación. “Contra la resolución que se dicte sólo cabrá recurso de apelación con efectos suspensivos, que tendrá tramitación preferente, debiendo ser resuelto en el improrrogable plazo de veinte días.”(Jefatura del Estado, 2015).

Por lo tanto el procedimiento en segunda instancia, debe resolverse en un plazo improrrogable de 20 días.

Todo el procedimiento a seguir ante el órgano jurisdiccional de apelación, está dotado de una serie de especialidades; el recurso de apelación debe interponerse en el plazo de tres días contados desde la notificación con la resolución de primera instancia, y la admisión o no del recurso deberá ser resuelto en el plazo de 24 horas.

Admitido el recurso, la parte contraria en el plazo de tres días podrá fundamentar su oposición al recurso de apelación presentado. Del mismo modo el apelante principal tendrá el plazo de tres días para pronunciarse respecto de la oposición al recurso.

Concluido el plazo establecido, en el mismo día se remitirá los autos ante el Tribunal Competente para resolver la apelación, ordenando la comparecencia de las partes en el plazo de 24 horas.

Concluida la audiencia respectiva, el tribunal competente, en los tres días siguientes deberá expedir la resolución correspondiente.

En conclusión se puede decir que España a partir del año 2015 con la ley 15/2015 de enjuiciamiento civil aplicable a los casos de sustracción internacional de menores, fue elaborada para incrementar la celeridad en la gestión de los procedimientos de restitución internacional de menores. Para el autor español Forcada Miranda (2016), con la vigencia y aplicación de la mencionada ley, el derecho español interno cuenta con nuevas normas respecto a la restitución de menores, permitiendo contar con un procedimiento especializado que contribuye a la celeridad, aplicable en los casos de sustracción internacional de menores.

Antes de la entrada en vigor del nuevo sistema español con la ley 15/2015 que reformo a la ley de Enjuiciamiento Civil, la media temporal de resolución de casos de sustracción internacional de menores que se suscitaban en España como país requerido, era superior a la media global.

La restitución internacional de menores ordenadas en sede judicial en España, tenía una duración aproximada de 265 días mientras que a nivel mundial se resuelve en 204 días, del mismo modo para negar los pedidos de restitución de menores, las autoridades judiciales resolvían en un tiempo aproximado de 319 días a diferencia del tiempo de resolución a nivel mundial de 286 días. (Forcada Miranda, 2016).

A partir del año 2015 con ley 15/2015 de enjuiciamiento civil, la resolución de solicitudes de restitución de menores en el proceso español se ha ido reduciendo considerablemente. “En el periodo 1 de agosto de 2015 a 21 de enero de 2016 (vigencia de la nueva norma), el Ministerio de Justicia remitió 26 casos a la Abogacía del Estado para interponer la correspondiente demanda judicial y se dictaron 11 resoluciones judiciales de las cuales ninguna supera el plazo de dos meses desde la remisión de la documentación a la Abogacía del Estado.”(Forcada Miranda, 2016).

España es un claro ejemplo y modelo para los demás países, de la importancia de contar con una norma procesal interna que cuente con un procedimiento especial que sea aplicable a los casos de restitución internacional de menores, para resolver de forma adecuada en el menor tiempo posible y lograr una pronta restitución de menores, ajustándose a los que determina los convenios e instrumentos internacionales.

## **CAPÍTULO 4**

### **4 DEFICIENCIAS Y RECOMENDACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO**

#### **4.1 Procedimiento para restitución internacional de menores en el Ecuador.**

En el ámbito internacional, el Ecuador ha realizado importantes avances para la protección de menores frente a la sustracción internacional, para ello ha suscritos convenios e instrumentos internacionales para regular este fenómeno que cada vez es más frecuente en la sociedad, generando graves riesgos y peligros tanto emocionales como físicos. Así en el año de 1992, el estado ecuatoriano se adhirió a la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980; a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores de 15 de julio de 1989 a la que se adhirió en el año 2002; y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Ecuador el 23 de marzo de 1990.

La Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de menores, que tiene por objeto “asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.”(Convención interamericana, 2005).

La Constitución de la República como norma suprema reconoce y garantiza derechos fundamentales a los menores, concediéndoles un trato y atención especial y preferencial; además se pronuncia sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes de una manera garantista, determinando la obligación que tiene el Estado, la sociedad y la familia de proteger y cumplir con los derechos que le corresponden a los menores debiendo prevalecer en todo momento el interés superior de los niños.

De esta manera la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 341 tercer inciso establece: “El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias.” (Constituyente, 2008).

En definitiva la norma suprema determina que para una efectiva protección de los menores, se debe contar con un proceso especializado con el fin de asegurar el ejercicio de los derechos de sus derechos.

Desde el año 2003 se encuentra vigente en nuestra legislación el Código de la Niñez y Adolescencia, cuya finalidad se encuentra prevista en el artículo 1: “Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.”(Congreso Nacional, 2003).

Como se mencionó, tanto la Convención de la Haya de 1980 al igual que la Convención Interamericana sobre Restitución de menores, definen que se debe entender por traslado o retención ilícita de menores. Artículo 4: “Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca 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.”(Convención interamericana, 2005). De manera más específica la Convención de la Haya establece en su artículo 3: “El traslado o la retención de un menor será considerado ilícito:

a) Si ha tenido lugar en violación de los derechos de custodia atribuidos a una persona, institución u otro organismo, solo o conjuntamente, de acuerdo con la Ley del Estado en el cual el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención; y b) Si estaba en el goce pleno de los derechos de manera efectiva, solo o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o lo hubiese estado de no haber sucedido tales eventos (...).”(Convención de la Haya, 2005).

El Ecuador al ser unos de los países suscriptores de dichos convenios internacionales, está llamado a garantizar los derechos otorgados a los niños, niñas y adolescentes en los casos que se produzcan un traslado o retención ilícita producto de una sustracción internacional, debiendo solicitar la restitución del menor de conformidad a lo determinado en los instrumentos y convenios internacionales.

Cuando se produce un caso de sustracción de menores, la normativa internacional establece que se debe seguir un proceso, presentando una solicitud de restitución internacional del niño, niña o adolescente cumpliendo todos los requisitos que prevé el artículo 9 la Convención Interamericana sobre restitución de menores y el artículo 8 de la Convención de la Haya, directamente ante la autoridad central donde se encuentre el menor retenido ilícitamente, para ello de conformidad al artículo 6 de la Convención de la Haya cada estado contratante deberá designar una autoridad central.

En el caso de Ecuador conforme a la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad publicada el 7 de julio de 2014, en lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Tercera desaparece el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia como autoridad central hasta antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley, y en su reemplazo sus funciones son atribuidas al Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social conforme la disposición reformativa primera, consecuentemente la Autoridad Central en la actualidad es la Subsecretaría de Protección Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES).

### **Ecuador como país requirente**

Cuando el Ecuador es el país requirente, se deberá presentar la solicitud de restitución del menor ante la Autoridad Central (MIES), conforme al art 8 y 9 de la Convención de la Haya y la Convención Interamericana, la solicitud podrá ir deberá contener:

- Una copia certificada de cualquier decisión o acuerdo relevante;
- Un certificado o una declaración juramentada obtenida de la Autoridad Central o de otra autoridad competente del Estado de la residencia habitual del menor.
- Todo otro documento relevante.

De conformidad a la normativa internacional mencionada, la Autoridad Central del Ecuador (MIES) remitirá todo el expediente a la Autoridad Central del país donde se encuentre el niño, niña o adolescente para que inicie el proceso de restitución correspondiente conforme a su derecho material.

### **ECUADOR COMO PAIS REQUERIDO**

Conforme lo establece los convenios internacionales aplicables a la materia, para los casos de restitución de menores, existen dos fases: voluntaria y contenciosa. En primer lugar la Autoridad Central deberá intentar una devolución voluntaria por parte de la madre o padre que ha incurrido en el traslado o retención ilícita, artículo 10: “La Autoridad Central del Estado donde se encuentra el menor tomará o hará tomar las medidas adecuadas para asegurar la entrega voluntaria del menor.”(Convención de la Haya, 2005).

Si no fuere posible una restitución voluntaria, se recurre a la vía judicial en la cual la o el solicitante junto con la Subsecretaría de Protección Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social como Autoridad Central, presenta una demanda de restitución al juez competente.

### **Competencia.**

Por la especial naturaleza de la materia y conforme a nuestra legislación, el Código de la Niñez y Adolescencia establece en el artículo 175 “Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral (...)”(Congreso Nacional, 2003). A su vez el artículo 255 del mismo cuerpo legal hace mención a la especialidad, determinando la obligación de contar con una Administración Especializada para asuntos de Niñez y Adolescencia para proteger y garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes.

De igual manera el artículo 233 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 9 del Código Orgánico General de Procesos determinan la competencia en razón de la materia, en concordancia por lo dispuesto en el artículo 175 la Constitución de la República del Ecuador, el cual dispone que “las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada (...)”(Asamblea Constituyente, 2008), debiendo en todo momento aplicar principios fundamentales como el de la doctrina de la protección integral. Por lo que conforme a las normativas vigentes, será competente el juez de Unidad Judicial de la Familia, niñez y adolescencia.

### **Normativa aplicable.**

En cuanto al procedimiento a seguir para solicitar la restitución, es importante tener presente, como ya se mencionó, que los convenios e instrumentos internacionales no contiene un procedimiento específico que permita resolver la restitución internacional de menores, determinado que lo supla el ordenamiento jurídico procesal de cada uno de los Estados partes, procedimiento interno que deberá ser ágil, rápido, expedito para conseguir el fin que plantean estos tratados, Art. 2.- “Los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar dentro de su territorio el cumplimiento de los objetivos de la Convención. Para este efecto, deberán recurrir a los procedimientos más ágiles disponibles.” (Convención de la Haya, 2005).

Cuando se presente una solicitud o demanda de restitución internacional de menores en el Ecuador como país requerido, tenemos por una parte al Código de la Niñez y adolescencia que contiene varias disposiciones que regulan traslados o retenciones ilícitas en el Ecuador. Artículo 77.- Protección contra el traslado y retención ilícitos de niños, niñas y adolescentes.- “Se prohíbe el traslado y la retención de niños, niñas y adolescentes cuando violan el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país.

Los niños, niñas y adolescentes que han sido trasladados o retenidos ilegalmente, tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar (...)”(Congreso Nacional, 2003).

Artículo 125.-Retención indebida del hijo o la hija.- “El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución (...).” (Congreso Nacional, 2003).

Artículo 121.- Recuperación del hijo o hija.- “Cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del presente Código y de las resoluciones judiciales sobre ejercicio de la patria potestad y de la tenencia, los organismos competentes del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al país. Para el mismo efecto, el Juez exhortará a los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente.”(Congreso Nacional, 2003).

Evidentemente el Código de la Niñez y Adolescencia es una norma sustantiva que confiere derechos a los menores como titulares de los mismos e impone deberes y obligaciones al Estado y a la familia con el fin de garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos; sin embargo no contiene reglas ni normas procesales que regulen un procedimiento a seguir para la restitución de menores.

En el derecho material ecuatoriano tenemos como norma procesal general, al Código Orgánico General de Procesos que se encuentra vigente en nuestra legislación desde su publicación en el Registro oficial en fecha 22 de mayo de 2015. Esta norma se expidió con el fin de armonizar el sistema procesal actual a las normas constitucionales y legales vigentes, y que rige para todas las materias a excepción de la constitucional y penal.

Así en el considerando CUARTO del Código Orgánico General de Procesos, se colige que “el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal”(Asamblea Nacional, 2015). El considerando SEXTO establece que las facultades y deberes de las y los juzgadores previstas en el Código Orgánico de la Función Judicial “deben desarrollarse a través de normas procesales que coadyuven a la cabal aplicación de los preceptos constitucionales, de las normas de los instrumentos internacionales y de la estricta observancia de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías procesales que orientan el ejercicio de la Función Judicial.”(Asamblea Nacional, 2015).

Por lo tanto actualmente en el Ecuador, ese procedimiento de urgencia que implica la restitución internacional de menores, se rige por el Código Orgánico General de procesos a través del procedimiento sumario previsto en los artículos 332 y 333, en el que se establece un procedimiento para los asuntos relativos a niñez y adolescencia.

### **Procedimiento**

Art. 332.- Procedencia.- “Se tramitarán por el procedimiento sumario: (...)3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. (...)”(Asamblea Nacional, 2015).

Por lo tanto se entiende que los casos de restitución internacional de menores se deben tramitar por esta vía.

### **Primera instancia**

El proceso inicia con la presentación de la demanda ante el juez de la Unidad Judicial de la Niñez y Adolescencia, dicha solicitud deberá cumplir con los requisitos previstos en los artículos 142 y 143 del COGEP, a más de los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Convención de la Haya y artículo 9 de la Convención Interamericana Sobre Restitución de menores.

### **Calificación**

En virtud de lo que establece el artículo 146 del COGEP, una Presentada la demanda, la o el juzgador en el término máximo de cinco días examinará si cumple con los requisitos legales y especiales aplicables a la materia. Si los cumple calificará y tramitará la demanda. En caso de que la demanda no cumpla con los requisitos exigidos, se concede el término de cinco días más para que la parte solicitante la aclare o complete, caso contrario el juzgador ordenará el archivo del proceso.

### **Citación**

Si el juzgador admite la solicitud o demanda de restitución, dispondrá la citación a la persona demandada. Conforme a los artículos 54, 55 y 56 del Código Orgánico General de Procesos La citación podrá ser: a) de forma personal, que se cumplirá con la entrega personal a la o el demandado del contenido de la demanda a fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa, citación que podrá hacerse en cualquier lugar, día y hora; b) por boletas, en los casos en los que no se pueda encontrar personalmente a la persona contra quien se interpone la solicitud de restitución, se le citará por medio de tres boletas que se entregarán en días distintitos en su domicilio, residencia, o lugar de trabajo; c) Citación a través de uno de los medios de comunicación, declarando que es imposible determinar la individualidad, domicilio o residencia del demandado.

### **Contestación.**

El artículo 333 del COGEP en el tercer inciso establece que para temas de niñez y adolescencia la parte demandada tendrá el término de 10 días para contestar la demandada contados a partir de la citación.

Artículo 151 numeral 4 “En materia de niñez y adolescencia, en el término de un día de calificada la contestación, se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de tres días podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación.”(Asamblea Nacional, 2015).

### **Comparecencia.**

Art. 87.- Efectos de la falta de comparecencia a las audiencias: 2. “Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos. Sin embargo, en caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre.” (Asamblea Nacional, 2015).

### **Convocatoria y audiencia única.**

Conforme al artículo 333 del Código Orgánico General de Procesos, se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera comprende el saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda fase comprende el debate de los medios probatorios, alegato inicial, práctica de pruebas, alegato final.

Es importante tener presente, que el COGEP establece que en materia de niñez y adolescencia, la audiencia única se realizará en el término máximo de veinte días contados a partir de la citación, por lo tanto se entiende que el proceso no podrá continuar hasta que la o el juzgador compruebe que se ha cumplido con este requisito formal a través de una acta de citación elaborada por la oficina de citaciones e incorporada al proceso, situación que en la mayoría de los casos produce un retardo excesivo del proceso ya que puede tomar varias semanas e inclusive meses hasta lograr la citación a la persona demandada con el contenido de la demanda a fin de que pueda hacer valer sus derechos.

### **Sentencia**

Artículo 93 “Al finalizar la audiencia la o el juzgador pronunciará su decisión en forma oral en ese momento, excepcionalmente y cuando la complejidad del caso sea

necesario, estará facultado de suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral determinado el día y hora para la reinstalación de la audiencia. La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días.”(Asamblea Nacional, 2015).

### **Segunda instancia.**

Las partes involucradas están facultadas para interponer un recurso de apelación contra la decisión del juez de primer nivel que haya ordenado o rechazado el pedido de restitución del menor a su lugar de residencia habitual, ante el órgano jurisdiccional superior que conforme a nuestra legislación para los temas de niñez y adolescencia será la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial.

El recurso de apelación podrá interponerse de manera oral en la misma audiencia, además se presentará por escrito debidamente fundamentado, en materia de niñez y adolescencia deberá interponerse en el término de cinco días.

Con la fundamentación del recurso de apelación, se notificará a la contraparte para que conteste en el término de cinco días, artículo 258 COGEP.

Conforme al artículo 259 del COGEP, una vez interpuesta la apelación, el juzgador de primer nivel admitirá si es procedente y expresará el efecto con el que se concede. “(...) A falta de expresión se entenderá que el efecto es suspensivo (...).”(Asamblea Nacional, 2015).

**Audiencia y resolución.** “Recibido el expediente, el tribunal convocará a audiencia en el término de quince días, conforme con las reglas generales de las audiencias previstas en este Código. En materia de niñez y adolescencia la audiencia se convocará en el término de diez días.

Una vez finalizado el debate, el tribunal pronunciará su resolución.”(Asamblea Nacional, 2015).

## **Casación.**

Conforme al Código Orgánico General de Procesos, las partes también pueden interponer un recurso de casación, como un recurso contra la sentencia definitiva dictada en segunda instancia. Artículo 265: “Contra lo resuelto en apelación, únicamente procederá la aclaración, la ampliación y el recurso de casación, en los casos y por los motivos previstos en este Código.”(Asamblea Nacional, 2015). Este recurso se debe interponer ante la Sala De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, únicamente en los casos expresamente previstos en la ley, que se encuentra determinado en el artículo 268 del COGEP:

- Por aplicación indebida.
- Falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales.
- Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o cuando no cumplan el requisito de motivación.
- Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia etc.

Artículo 189.- **Competencia de la sala de la familia, niñez, adolescencia y adolescentes infractores.** “La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá:

1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia (...).” (Asamblea Nacional , 2009).

El recurso de casación deberá interponerse ante la Sala de la Corte Provincial de Justicia de la que provenga la sentencia o auto recurrido, es decir ante la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte provincial, de manera escrita dentro de los treinta días posteriores a la ejecución de la sentencia, quien ordenará que se eleve el expediente a la Corte Nacional de Justicia.

## **Admisibilidad**

El Artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos, establece que una vez recibido el proceso de restitución internacional de menores en virtud del recurso de casación interpuesto por una de las partes contra la sentencia de segunda instancia, se procederá al sorteo de un Conjuez de la Corte Nacional de justicia, quien el termino de quince días se examinará exclusivamente que el recurso se lo haya presentado en el término legal y que la fundamentación cumpla con la formalidad establecida en la ley.

Si los cumple, se admitirá el recurso, se notificará a las partes y se remitirá el expediente a la Sala Especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia. Si no los cumple, la o el Conjuez dispondrá que la parte recurrente la complete o aclare en el término de cinco días, determinando explícitamente el o los defectos, si no lo hace, se inadmitirá en recurso, pudiendo deducirse el recurso de revocatoria del auto de inadmisión.

En el auto de admisión se correrá traslado con el recurso deducido a la contraparte, concediéndole el término de treinta días para que sea contestado de manera fundada; con o sin contestación en el término señalado, se remitirá el expediente a la sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia para que falle sobre el recurso.

### **Audiencia**

El juez de casación convocará a audiencia única en el término de treinta días contados a partir del vencimiento del término para la contestación del recurso. Artículo 272.- Audiencia: “Recibido el expediente, la o el juzgador de casación convocará a audiencia en el término de treinta días, conforme con las reglas generales de las audiencias previstas en este Código.”(Asamblea Nacional, 2015).

### **Sentencia**

Artículo 273.- “Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en este Código.” (Asamblea Nacional, 2015).

De la misma manera que en las instancias anteriores, una vez finalizada la audiencia la o el juzgador pronunciará su decisión en forma oral en ese momento en la misma audiencia, o caso contrario estará facultado de suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral determinado el día y hora para la reinstalación de la audiencia. La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días, esto en base al artículo 93 del Código Orgánico General de Procesos.

## **4.2 Casos prácticos**

Caso Práctico No 1 Proceso Judicial No. 23201-2017-00452

En el juicio de restitución internacional No. 23201-2017-00452, comparece como parte actora el señor Guido Amauri Mosquera Martínez en calidad de Subsecretario de Protección Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social en representación del señor Simón P. R, demandando a la señora Diana S. P, madre de la niña A. P.

### **Hechos.**

Mediante solicitud enviada por el Ministerio de Justicia de España, Autoridad Central de dicho país, se pone en conocimiento de la Subsecretaria de Protección Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social como organismo designado como Autoridad Central del Ecuador, el caso de restitución internacional de la niña A. P, de nacionalidad española, nacida el 27 de Septiembre de 2011, quien tiene su residencia habitual en España, a fin de que se realice las investigaciones para dar con el paradero y el regreso de la niña, hija del señor Simón P. y de la señora Diana S, la niña tiene como fecha de nacimiento el 23 de septiembre del 2011, vivió 4 años en la ciudad de España, por lo que su nacionalidad es Española y fue separada en forma ilícita por su madre.

Con fecha 18 de Febrero de 2016 la señora Diana S, trasladó de manera ilícita a Ecuador a su hija A. P ya que no contaba con autorización de salida de España, sin que haya sido restituida a su padre quien tenía la custodia de su hija, razón por la cual se considera que la niña se encuentra ilícitamente retenida por su madre. Mediante informe de investigación de la DINAPEN, se ha logrado identificar y determinar la localización

de la demandada y de la niña, mismas que tienen su domicilio ubicado en la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, Cantón Santo Domingo.

### **Presentación de la demanda.**

La demanda se presentó en la ciudad de Santo Domingo el día miércoles 8 de febrero de 2017 solicitando la Restitución internacional de la niña A.P a su lugar de residencia habitual, España, seguido por Guido Mosquera en calidad de Autoridad Central del Ecuador en contra de Diana S. Por sorteo de ley la competencia se radica en La Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores Del Cantón Santo Domingo.

### **Documentos y prueba documental que acreditan que el traslado fue ilícito:**

- a) Informe de la DINAPEN en el cual consta la localización y la ubicación de la señora Diana S y de la niña A. P quienes se encuentra domiciliadas en la ciudad de Santo Domingo.
- b) Certificado de movimiento migratorio de la señora Diana S y de la niña A. P.
- c) Informe que emite el Ministerio de Justicia de España solicitando la devolución de la niña a su lugar de residencia habitual, España.
- d) Registro Civil de Alcanar, donde constan los datos de inscripción de la niña, su fecha de nacimiento, lugar donde nació, nacionalidad y de la misma forma el lugar de domicilio de sus padres.
- e) El certificado con el que se puede apreciar que la niña se encontraba escolarizada a la fecha en cual fue sustraída de este País, todos estos documentos constan con los sellos que fueron emitidos por la autoridad de España, con todos estos documentos vamos a demostrar que el lugar de residencia de la niña es en el País de España y que fue ilegalmente sustraída por su madre.
- f) Certificado de nacimiento de la niña, que en la actualidad tiene 5 años, ella salió de España cuando tenía 4 años 5 meses.
- g) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de la Ciudad de Alcanar, España, en el cual se concede la tenencia, guarda y custodia de la niña A. P a favor de su padre el señor Simón S.

### **Calificación de la demanda**

14 de febrero de 2017

En fecha 14 de febrero de 2017 se califica la demanda de restitución internacional y se acepta a trámite por cumplir con los requisitos previstos en el artículo 142 del COGEP, disponiendo que se sustanciará a través del procedimiento sumario.

En el mismo auto de calificación se ordena la citación a la parte demandada y como medida cautelar dispone la prohibición de salida del país de la señora Diana S y de la niña A. P.

### **Citación a la parte demandada**

Con fecha 1 de julio de 2016 se sienta la razón de citación a la parte demandada, a fin de cumplir con la solemnidad sustancial prevista en el numeral 4 artículo 107 el COGEP.

### **Convocatoria a audiencia única**

Con la razón de citación a la parte demandada, el juzgador procede conforme a lo establecido en el artículo 333 numeral 4: “En materia de niñez y adolescencia y de despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, la audiencia única se realizará en el término máximo de veinte días contados a partir de la citación.” (Asamblea Nacional, 2015). Se convoca a audiencia única para que se lleve a cabo el 16 de junio de 2017.

### **Contestación a la demanda**

Una vez que la parte accionada fue citada con la demanda, conforme establece el COGEP (2015) en el artículo 333 numeral 3, dentro del el término de 10 días debe contestar la misma.

En el presente caso la parte demandada no procedió a contestar la demanda, en consecuencia se aplica lo previsto en el artículo 157 del COGEP: “La falta de pronunciamiento expreso y concreto sobre los hechos y pretensiones de la demanda, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, deberá ser apreciada por la o el juzgador como negativa de los hechos alegados contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto. La falta de contestación se tendrá como negativa de los fundamentos de la demanda.”(Asamblea Nacional, 2015).

### **Audiencia Única.**

Fecha: 16 de junio del 2017

Como se señaló en providencia de fecha 1 de junio de 2017 se llevó a cabo la audiencia en el término de dieciséis días desde la última citación a la parte demanda, cumpliendo con lo que dispone el Código Orgánico General de Procesos.

### **Sentencia.**

En Fecha 22 de junio de 2017 se declara con lugar la demanda de restitución internacional, en consecuencia se ordena el retorno de la menor al país de España, lugar en el que mantenía su residencia habitual antes del traslado ilícito.

### Contra la sentencia definitiva no se interpuso recurso de apelación.

El proceso judicial tuvo una duración de más de cuatro meses, desde el inicio del proceso hasta la sentencia que ordena la restitución del menor a su lugar de residencia habitual, cuando la Convención de la Haya (1980) en su artículo 11 determina expresamente que la autoridad competente deberá tomar una decisión en el plazo de 6 semanas para cumplir con el objetivo de la mencionada convención, esto es restituir el Statuo Quo que tenía el menor antes del traslado ilícito, sin embargo se puede evidenciar que no se cumplen con los plazos establecidos en la normativa internacional, incurriendo por lo establecido en el artículo 12 segundo inciso del Convenio del Haya “(...) deberá también ordenar el regreso del menor, a menos de que se haya demostrado que el menor se ha integrado a su nuevo medio (...)”(Convención de la Haya, 2005), por lo que el retorno del menor en el presente caso le ocasionaría un daño psicológico mayor al encontrarse adaptado al nuevo medio al cual fue trasladado.

### **CASO PRÁCTICO No 2**

En el juicio No 09201-2017-01037 de restitución internacional del niño N. V presentada por GUIDO AMAURI MOSQUERA MARTINEZ en calidad de Subsecretario de Protección Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social, en representación del señor W. V en contra de la señora M. V.

La señora M.V mantuvo una relación con el señor W. V en la que procrearon un hijo que responde a los nombres de N. P nacido 3 de enero del 2016 en Hasselt-Bélgica.

La señora M.V trasladó ilegalmente a su hijo N. V en el mes de septiembre del 2016, arribando a la ciudad de Guayaquil-Ecuador el 30 de septiembre del 2016, desde entonces se encuentra retenido ilegalmente, afectando al derecho de custodia que le corresponde a su padre, al trasladar y retener ilícitamente en el Ecuador.

Con fecha 20 de septiembre del 2016 el señor W. V y la señora V se reunieron con sus abogados con el fin de llegar a acuerdos con respecto a su situación marital y la del menor dentro de los cuales se acordó que la señora V podría viajar con el prenombrado niño el 19 de octubre del 2016 por seis semanas y luego retornar, sin embargo la señora M. V salió de Bélgica junto al prenombrado niño y no retorno en el tiempo acordado. Con fecha 17 de octubre del 2016 se realiza la audiencia respectiva en donde el Tribunal de Primera Instancia de Limburgo, Sección Hasselt, Departamento de Familia y Juventud Sala 6G, resuelve entre otras cosas concederle al Padre la patria potestad exclusiva sobre el hijo menor de edad N. V, declarando en derecho que este hijo menor de edad continúa teniendo el domicilio de su padre Bélgica.

Por esa razón se procedió a enviar una solicitud por FEDERALE OVERHEIDSDIENST JUSTICE de Bélgica, Autoridad Central de dicho país, se pone en conocimiento el caso de restitución internacional del niño N. V, de un año un de edad, de nacionalidad belga, ante la Autoridad Central de Ecuador, a fin de conseguir la restitución inmediata a Bélgica, lugar donde mantiene su residencia habitual, ya que el menor fue objeto de sustracción internacional por su madre al trasladarle ilícitamente al Ecuador.

### **Presentación de la solicitud de restitución.**

El padre del menor conjuntamente con la Autoridad Central del Ecuador, presentan una demanda de restitución internacional en la ciudad de Guayaquil el 16 de marzo de 2017.

Como documentos adjuntos a la demanda Constan:

- 1) Petición Inicial o demanda solicitando la restitución inmediata del menor a su lugar de residencia habitual.
- 2) 1 Informe de la Dinapen acerca de la ubicación del menor.
- 3) 2 Certificados de Migración.
- 4) Oficios del Ministerio de Inclusión Económica y Social
- 5) Solicitud de Autoridad Central de Bélgica.
- 6) Sentencia de Tribunal de Bélgica en la que se concede el derecho de custodia sobre el menor al Padre.
- 7) Certificado de Domicilio, a fin de demostrar cual era el lugar de residencia habitual del menor antes del traslado ilícito.

### **Completar la solicitud o demanda**

En fecha 20 de marzo de 2017 se manda a completar la demanda por no cumplir con todos los requisitos establecidos en el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, concediéndole el término de cinco días como establece el artículo 146 del mismo cuerpo legal “Calificación de la demanda. Presentada la demanda, la o el juzgador, en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas.

Si la demanda no cumple con los requisitos formales previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de cinco días, determinando explícitamente el o los defectos. Si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella (...).”(Asamblea Nacional, 2015).

### **Calificación de solicitud o demanda**

Una vez cumplido con lo ordenado en providencia anterior, en fecha 21 de marzo de 2017 se procede a la calificación de la demanda en el término de cinco días que establece el artículo 146 del Código Orgánico General de Procesos. La demanda es aceptada a trámite bajo procedimiento sumario previsto en los artículos 332 y 333 del Código Orgánico General de Procesos.

En la misma providencia se ordena la citación a la parte demanda, a fin de cumplir con el debido proceso y que la parte accionante pueda ejercer el derecho a la defensa.

Como medida cautelar se dispone la prohibición de salida del país del niño N. V.

### **Citación.**

El 3 de abril del 2017 se cumple con la solemnidad sustancial que manda el artículo 107 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos “Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: 4) Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente (...).” (Asamblea Nacional, 2015).

### **Convocatoria a audiencia única**

Fecha: 19 de abril de 2017.

Con la razón de citación, se convoca a las partes procesales a audiencia que se llevó a cabo en fecha 27 de abril de 2017, dentro del término de 20 días tal como lo establece el artículo 333 numeral 4 Código Orgánico General de Procesos.

### **Contestación a la demanda**

Fecha: 18 de abril de 2017

Una vez que se le ha hecho conocer a la parte de accionada con la demanda de restitución propuesta en su contra, comparece al proceso dando contestación en el término previsto en el artículo 333 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos,

oponiéndose a restituir al menor, sin proponer excepciones que deban ser resueltas por el juzgador en la fase correspondiente calificándose la contestación a la demanda de clara, precisa y completa.

### **Audiencia única**

En fecha 27 de abril de 2017 tuvo lugar la audiencia única, en la que se resolvió restituir al menor a su lugar de residencia habitual. Contra dicha resolución, la parte accionada interpuso el recurso de apelación de manera oral en la respectiva audiencia, fundamentado debidamente por escrito en el término previsto en el artículo 257 del COGEP “Término para apelar. El recurso de apelación debidamente fundamentado, o la fundamentación en el caso de que se haya interpuesto de manera oral, se presentarán por escrito dentro del término de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito. Se exceptúa el recurso de apelación con efecto diferido, que se fundamentará junto con la apelación sobre lo principal o cuando se conteste a la apelación.

En materia de la niñez y adolescencia, el término será de cinco días” (Asamblea Nacional, 2015).

### **Sentencia**

Una vez finalizada la audiencia única, en cumplimiento del artículo 93 del COGEP en fecha 02 de mayo de 2017 se notifica a las partes con la resolución escrita, “(...) La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días (...)” (Asamblea Nacional, 2015), declarando con lugar la demanda, ordenando por lo tanto la restitución inmediata a su lugar de residencia habitual.

### **Apelación.**

El 15 de mayo de 2017 la parte demandada presenta el recurso de apelación debidamente fundamentado por escrito como manda la ley, sin embargo dicho recurso es interpuesto fuera del término de 5 días que señala la ley.

“(…) Siento como tal en mi calidad de Secretaria de la Unidad Judicial Norte Especializada en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia dentro de la causa No 2017-01037 en mérito a lo ordenado por su autoridad, en decreto que antecede, de la revisión del proceso consta de autos el escrito de la parte accionada de fecha 10 de mayo a las 14h30 solicitando recurso de apelación, y de acuerdo a lo que establece el art. 257 del Código General de procesos el termino para fundamentar la misma feneció el 09 de mayo del 2017. Particular que pongo en su conocimiento para los fines legales consiguientes. Lo certifico.- Guayaquil 15 de mayo del 2017 (…).” (Restitución internacional de menores, 2017)

### **Inadmisión del recurso de apelación**

Art. 259.- “Resolución de la o del juzgador de primer nivel. Interpuesta la apelación, la o el juzgador la admitirá si es procedente y expresará el efecto con que la concede. A falta de expresión se entenderá que el efecto es suspensivo”.(Asamblea Nacional, 2015).

El 16 de mayo de 2017 el juzgador de primer nivel inadmite el recurso de apelación por ser interpuesto fuera del termino previsto.

“(…) En mérito de la razón actuarial que antecede del que se desprende que de la revisión del proceso consta de autos que el escrito de la parte accionada solicitando recurso de apelación fue presentado el 10 de mayo del 2017 a las 14h30 feneciendo el término para fundamentar el recurso el 9 de mayo del 2017, lo que se pone a conocimiento de las partes procesales.- En lo principal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 258 del Código Orgánico General de Procesos al no haberse fundamentado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada dentro del término concedido, se lo rechaza, teniéndose por no deducido el recurso (…).” (Restitución internacional de menores, 2017).

La parte demanda interpuso un recurso extraordinario de protección, sin embargo no prospero por no cumplir con los presupuestos que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Finalmente la sentencia se ejecutorió con fecha 23 de marzo del 2018, transcurriendo 12 meses para su culminación

En el presente caso si bien se ordenó la restitución de la menor a su lugar de residencia habitual, el tiempo transcurrido ha sido excesivo, afectado el principio de celeridad procesal que manda la normativa internacional y su objetivo fundamental, restablecer el statu quo del niño o niña, a través de su restitución inmediata.

*Tabla 1. Casos prácticos de restitución de menores.*

	Caso 1	Caso 2
	No. 23201-2017-00452.	No. 09201-2017-01037.
Presentación de la demanda.	8 de febrero del 2017.	16 de marzo de 2017.
Calificación de la demanda.	La demanda se acepta a trámite el 14 de febrero del 2017 y se ordena la citación a la parte demandada.	La demanda se acepta a trámite en fecha 21 de marzo de 2017 y se ordena la citación a la parte demandada.
Citación	En fecha 1 de junio de 2017 se cita a la parte demanda.	El 3 de abril del 2017 se cita a la parte demandada.
Contestación a la demanda	En el presente caso la parte accionada no procedió a contestar la demanda.	La parte accionada comparece al proceso dando contestación a la demanda en fecha 18 de abril de 2017.
Audiencia única	la audiencia única tuvo lugar el 16 de junio del 2017.	La audiencia única se lleva a cabo en fecha 27 de abril 2017.
Sentencia	En fecha 22 de junio de 2017 se ordena la restitución al lugar de residencia habitual.	En fecha En fecha 02 de mayo del 2017 se ordena la restitución al lugar de residencia habitual
Apelación	No se interpone recurso de apelación.	Se interpone un recurso de apelación fuera del término que prevé la ley.
		La parte demandada interpone interpuso un recurso extraordinario de protección en fecha 24 de mayo de 2017.

		Fallo ejecutorio el 23 de mayo de 2018.
<b>TOTAL</b>	4 meses	12 meses

### **4.3 Inexistencia de una normativa especial interna**

Como se mencionó, el Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de menores, tiene como objetivo el regreso inmediato de los menores que hayan sido trasladados o retenidos ilegalmente en otro Estado Contratante diferente a su lugar de residencia habitual. Así mismo indica que los Estados para cumplir con el objetivo propuesto deben recurrir a procedimientos ágiles, expeditos por la urgencia que implica la restitución internacional de todo niño, niña y adolescente que se encuentre inmerso en una situación de sustracción internacional. Art. 2.- “Los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar dentro de su territorio el cumplimiento de los objetivos de la Convención. Para este efecto, deberán recurrir a los procedimientos más ágiles disponibles.”(Convención de la Haya, 2005).

Por lo tanto ese procedimiento que busca la normativa internacional debe ser manejado con celeridad y eficacia a fin de que el sector más vulnerable, los menores, no se vean afectados en sus derechos.

El Ecuador al ser un estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, del Convenio de la Haya de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores, está en la obligación de crear y garantizar un mecanismo urgente que tenga como finalidad la pronta restitución, a través de un procedimiento especial con tiempos procesales que permitan resolver de manera adecuada, eficaz y en el menor tiempo ajustándose a lo que manda la normativa internacional, determinando que las autoridades administrativas o judiciales deberán tomar una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha del comienzo del proceso, así artículo 11 establece que “las Autoridades Judiciales o Administrativas de todo Estado Contratante deberán actuar con celeridad para la devolución del menor. Si la Autoridad Judicial o

Administrativa pertinente no ha tomado una decisión en un plazo de seis semanas, a partir de la fecha del comienzo del proceso, el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido, de oficio o a petición de la Autoridad Central del Estado requirente, tendrá el derecho de solicitar una declaración sobre los motivos de este atraso.”(Convención de la Haya, 2005).

En Ecuador no existen esos procedimientos de urgencia aplicables para la restitución internacional de menores que manda los convenios y tratados internacionales, si bien actualmente las solicitudes de restitución internacional de menores se tramitan por el Código Orgánico General de Procesos, la realidad procesal demuestra que no se llega a cumplir con ese principio de celeridad procesal, ya que los mecanismos procesales y las instancias del proceso previstos en el COGEP aplicables a los juicios de restitución de menores, impiden cumplir con una inmediata y eficaz resolución de casos por parte de los jueces de familia, niñez y adolescencia; consecuentemente lleva a una desnaturalización del sentido de las Convenciones y de la propia Constitución de la República, que sin perjuicio de lo previsto en el artículo 425 de la Constitución de la República, concerniente al orden jerárquico de aplicación de las normas, el artículo 426 de la Carta Fundamental determina que los administradores de justicia deben aplicar directamente las normas constitucionales y aquellas previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que las mismas sean más favorables a las establecidas en la Norma Suprema, declaración que posibilita que el contenido de los instrumentos aludidos pueda jerarquizarse al mismo nivel e incluso por encima de los preceptos constitucionales, “Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación (...).” (Constituyente, 2008).

Al no contar en nuestra legislación con un procedimiento expedito, eficaz, con normas procesales ágiles, implica una vulneración a derechos fundamentales reconocidos

en nuestra Constitución como la tutela judicial efectiva: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad (...).” (Constituyente, 2008); El derecho al debido proceso que implica el cumplimiento de normas y derechos de las partes. Art. 76: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.” (Constituyente, 2008).

Consecuentemente, esa falta de celeridad procesal para restituir un menor a su lugar de residencia habitual, evidentemente produce una afectación directa al principio del interés superior del niño, principio sobre el que descansan los convenios y tratados internacionales y que definen sus objetivos en función del mismo. El interés superior del menor entendido como un conjunto de acciones y procesos que tienen como finalidad garantizar un desarrollo integral y una vida digna para los menores, a través de condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible, tal como se encuentra establecido en la Constitución del República en su artículo 44 “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales” (Asamblea Constituyente, 2008).

La Convención sobre los derechos del Niño reconoce el derecho que tiene todo niño a mantener relaciones estables y continuas con sus progenitores. Del mismo modo, el Código de la Niñez y Adolescencia establece el derecho que tiene todo menor a tener una familia y a la convivencia familiar “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a

vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.”(Congreso Nacional, 2003). Artículo 9 “Art. 9.- Función básica de la familia.- La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

Actualmente en nuestra legislación los procedimientos de restitución de menores a través del COGEP, no son satisfactorios y difícilmente pueden garantizar de manera óptima la situación de muchos menores de edad inmersos en estos casos.

## **CAPÍTULO 5**

### **5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

Como se ha sostenido a lo largo del presente trabajo, la normativa internacional relativa a la restitución de menores, como son el Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de menores, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y la Convención sobre los derechos del niño, tienen un mismo objetivo común, esto es el regreso inmediato de los menores que hayan sido trasladados o retenidos ilegalmente en otro Estado contratante diferente a su lugar de residencia habitual. Para esto los Estados partes de dichos convenios y tratados internacionales, a fin de cumplir con el objetivo determinado, deben recurrir a procedimientos ágiles, expeditos por la urgencia que implica la restitución internacional de todo niño, niña y adolescente que se encuentre inmerso en una situación de sustracción internacional. Así se encuentra establecido con claridad en el Convenio de la Haya en su artículo 2 “Los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar dentro de su territorio el cumplimiento de los objetivos de la Convención. Para este efecto, deberán recurrir a los procedimientos más ágiles disponibles.”(Convención de la Haya, 2005).

Ese procedimiento que buscan los Convenios Internacionales debe ser manejado con celeridad y eficacia a fin de que el sector más vulnerable, los menores, no se vean afectados en sus derechos.

Como se mencionó, actualmente existen varios países que dan un gran tratamiento e importancia para resolver los casos de restitución de menores, un claro ejemplo de ello es la República de Uruguay, cuyo sistema legal permite resolver de manera eficaz los casos de sustracción y retención ilícita de menores, al tener en el ámbito internacional a más de los convenios multilaterales, convenios bilaterales en donde se encuentra claramente establecido un procedimiento ágil que contribuye a una resolución eficaz, pero sobre todo Uruguay es uno de los principales países que da un gran tratamiento a nivel interno, al tener una ley especializada en materia de restitución de menores con un

procedimiento que facilita una rápida resolución al contar con normas procesales que establecen plazos breves ajustándose al principio de celeridad procesal que manda la normativa internacional; en el caso de Chile si bien a nivel legislativo no cuenta una norma procesal para resolver asuntos de restitución de menores, sin embargo cuenta con una norma elaborada por la Corte Suprema de dicho país, que propone normas procesales específicas para tratar los asuntos aplicables a casos de sustracción internacional de menores.

En España, con la entrada en vigor del nuevo sistema en su legislación a partir del año 2015, se ha incrementado notablemente la celeridad en la gestión de estos procesos, ya que el proceso Español interno es más ágil y la media de resolución de casos de restitución de menores se ha reducido considerablemente, siendo el procedimiento contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicable a los casos de sustracción de menores, un complemento esencial a lo establecido en el Convenio de la Haya de 1980, ya que a través de dicho procedimiento se llega a cumplir con los objetivos de los convenios e instrumentos internacionales.

Estos países son un claro ejemplo y modelo a seguir de la importancia de contar con un procedimiento especial en el ordenamiento interno de cada Estado parte, aplicable a los casos de restitución de menores, para lograr una pronta restitución.

En el Ecuador se ha reconocido que los tratados internacionales están al mismo nivel jerárquico que la Constitución, así también la importancia que estos tienen y la responsabilidad de que las autoridades, tanto judiciales como administrativas los apliquen de manera directa. El artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador en su inciso segundo, señala que “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.(Asamblea Constituyente, 2008).

El Ecuador al haber ratificado y por consiguiente al ser un estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio de la Haya de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores, está en la

obligación de crear y garantizar un mecanismo urgente con la finalidad de lograr una pronta restitución de todo niño, niña y adolescente a su lugar de residencia habitual. Para ello debe contar como exige la normativa internacional, con un procedimiento especial, con normas procesales que permitan resolver de manera adecuada, eficaz y en la mayor brevedad posible, a fin de que las autoridades administrativas o judiciales puedan tomar una decisión en el plazo que señalan los Convenios Internacionales.

El análisis de los casos que fueron objeto de estudio en el presente trabajo, evidencian que en el Ecuador no existen esos procedimientos de urgencia que permitan actuar con celeridad frente a las solicitudes de restitución internacional de menores que se presentan en la práctica en nuestro ordenamiento jurídico, como país requirente. En la actualidad el Código Orgánico General de Procesos resulta insuficiente ante los pedidos de restitución de menores en el ámbito internacional, pues la realidad procesal demuestra que no es posible cumplir a cabalidad con los Convenios y tratados internacionales, ya que el procedimiento que prevé la norma procesal general aplicables a los casos de restitución de menores, impiden cumplir con una inmediata y eficaz resolución de juicios por parte de los jueces de familia, niñez y adolescencia; consecuentemente lleva a una desnaturalización del sentido de las Convenciones internacionales y de la propia Constitución de la Republica, que sin perjuicio de lo previsto en el artículo 425 de la Constitución de la República concerniente al orden jerárquico de aplicación de las normas, el artículo 426 de la Carta Fundamental determina que los administradores de justicia deben aplicar directamente las normas constitucionales y aquellas previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que las mismas sean más favorables a las establecidas en la Norma Suprema, “las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación (...)”. (Constituyente, 2008). Declaración que posibilita que el contenido de los instrumentos aludidos pueda jerarquizarse al mismo nivel e incluso por encima de los preceptos constitucionales.

Es evidente que en nuestro derecho material existe un vacío legal en materia de restitución internacional de menores, pues al no contar con un procedimiento expedito, con normas procesales que contribuyan al principio celeridad, implica una vulneración a derechos fundamentales reconocidos en nuestra propia Constitución como la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso.

Consecuentemente, esa falta de celeridad procesal para restituir un menor a su lugar de residencia habitual, produce una afectación directa al principio del interés superior del niño, principio sobre el que descansan tanto los convenios y tratados internacionales, así como la Constitución de la República del Ecuador.

El tratadista argentino Ignacio Goicoechea, sostiene que “solo restituyendo al niño en esos brevísimos plazos lograremos alcanzar los objetivos de las convenciones de restitución. De lo contrario, si el proceso se extiende, se pueden dar situaciones donde se dictan sentencias jurídicamente sólidas, pero prácticamente inútiles, dado que el niño ya se adaptó al medio al que fue trasladado, probablemente tiene completamente desdibujada la imagen del padre o madre denunciante, con quien en muchos casos no tiene contacto hace meses, y entonces nos encontramos con que la ejecución de la sentencia produciría al niño un mal mayor del que se pretende proteger.” (Goicoechea, 2005). Por lo tanto el interés superior del niño en materia de restitución internacional se entenderá cumplido con el rápido retorno del niño a su lugar de residencia habitual.

El Ecuador debe contar con un proceso eficaz, expedito y urgente, características que denotan la naturaleza que deben tener los procedimientos relativos a la restitución de menores en el ámbito internacional, en el que se garantice una restitución inmediata del menor a su residencia habitual, a fin de cumplir con los objetivos que mandan los convenios y tratados internacionales. Actualmente en nuestra legislación el procedimiento de restitución de menores que prevé Código Orgánico General de Proceso, resulta insatisfactorio y difícilmente pueden garantizar de manera óptima la situación de muchos menores de edad inmersos en estos casos.

## Bibliografía

- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General De Procesos , Cogep. Asamblea Nacional*. Quito: Ediciones Legales.
- Benjamin, W. Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, 3 Revista de Investigación Económica § (1981). Retrieved from <http://www.menores.gob.ar/convenios-y-legislacion-restitucion-de-menores>
- Cabanellas, G. (1993). *DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*. HELIATA S.R.L.
- Castillo, S. A. (2019, May). Restitución Internacional de Menores: Importancia de la celeridad procesal y ausencia de legislación uniforme a nivel nacional. *Tu Espacio Jurídico*. Retrieved from [https://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2019/05/09/1-136/?fbclid=IwAR2GRZuf--UrSo9jsHWxFYOyc7uIW6Qc6nOad6ikc22z\\_luzi06f7osj9Bk](https://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2019/05/09/1-136/?fbclid=IwAR2GRZuf--UrSo9jsHWxFYOyc7uIW6Qc6nOad6ikc22z_luzi06f7osj9Bk)
- Congreso Nacional. (1992). *Código de menores*. Quito: Ediciones Legales.
- Congreso Nacional. (2003). *Código De La Niñez Y Adolescencia*. Quito: Ediciones Legales.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2004). REGLAMENTO (CE) N° 2201/2003. *Revista General de Derecho Europeo*, (4), 7.
- Convención de la Haya. (2005). Convenio sobre aspectos civiles del plagio internacional de menores (pp. 1–8). La Haya: Ediciones Legales.
- Convención interamericana. (2005). Convencion interamericana sobre restitucion internacional de menores, 1–7.
- Corte Nacional de Justicia. (2014). EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE

HIJOS E HIJAS TIENE EL CARÁCTER DE IRREVOCABLE. Retrieved from [http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/triple\\_reiteracion/14-05 Triple reiteracion nulidad de reconocimiento.pdf](http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/triple_reiteracion/14-05_Triple_reiteracion_nulidad_de_reconocimiento.pdf)

Corte Suprema. AUTO ACORDADO SOBRE PROCEDIMIENTO APLICABLE AL CONVENIO DE LA HAYA RELATIVO A LOS EFECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS Y NIÑAS (2015). Retrieved from [www.leychile.cl/N?i=1086720&f=2016-03-19&p=](http://www.leychile.cl/N?i=1086720&f=2016-03-19&p=)

D'amil, Y. velarde. (2015). *LA MEDIACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980, SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.*

De los Santos, M. (2014). Regulación procesal de la restitución internacional de menores. *Derecho de Las Familias, Infancia y Adolescencia. Una Mirada Crítica y Contemporánea*, (1), 213–224.

Desarrollos, N. D. E. N., & Bergman, E. T. (2017). *DE MENORES Y COOPERACIÓN* (Vol. 7887). <https://doi.org/10.16890/rstpr.a5.n9.p11>

Forcada Miranda, F. (2016). El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I). *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2015(3), 4. Retrieved from <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1537312802.pdf>

Forselledo, A. G. (2001). Instituto Interamericano del Niño. *Instituto Interamericano Del Niño IIN*, 1, 122.

Jefatura del Estado. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil., 7 Boe § (2015). España.

Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos., (Iii), 9.

- Retrieved from  
[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)
- Naciones Unidas. (1990). Convención sobre los Derechos del Niño. *Resolución 44/25, de 20 de Noviembre de 1989*, 10–11. Retrieved from  
<http://www.unicef.org/ecuador/convencion%285%29.pdf>
- O'Donnell, D. (2004). La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia. Retrieved from  
[http://www.iin.oea.org/Ponencia\\_Conferencistas/Ponencia\\_Daniel\\_ODonnell.htm#\\_ftn2](http://www.iin.oea.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_Daniel_ODonnell.htm#_ftn2)
- Pérez Vera, E. (1981). *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*. Retrieved from <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779>
- Real Academia Española. (2019). Diccionario de la lengua española. Retrieved from <https://dle.rae.es/restituir?m=form>
- Santos Belandro, Rubén. (2007). *Minoridad y ancianidad en el mundo actual*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.
- Santos Belandro, Rúben. (2013). La restitución internacional de menores a la luz de la Ley N° 18.895 de 11 de abril de 2012. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, 179–196.
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, 19 § (2005). <https://doi.org/10.1016/j.hbrcj.2014.06.002>
- Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. Ley N° 18.895 RESTITUCIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECISÉIS AÑOS TRASLADADAS O RETENIDAS ILÍCITAMENTE, 2004 § (2012).
- Simón, F. (2009). *Derechos de la Niñez y Adolescencia, de la Convención sobre los*

*derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Cevallos.

Yanez, E. (2017). RETENCIÓN INDEBIDA DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.

Retrieved from [http://derechoalasvisitas.blogspot.com/p/blog-page\\_15.html](http://derechoalasvisitas.blogspot.com/p/blog-page_15.html)

Zarraluqui, L. (2005). *LA SUSTRACCIÓN INTERPARENTAL DE MENORES*

(DIKINSON). Madrid. Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>

Asamblea Nacional . (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Ediciones Legales S.A.

Feuillade, M. (2015). *Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes: Tratado de derecho de la familia*. Argentina: Abeló-Perrou.

G., L. si por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ recurso extraordinario de Inconstitucionalidad - Casación, CSJ 453/2016/CSI (Corte Suprema de Justicia de la Nación 27 de Diciembre de 2016). Obtenido de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7354162&cache=1566339507503>

G., P. C. c. H., S. M. s/ reintegro de hijo, G. 129. XLVIII (Corte Suprema de Justicia de la Nación 22 de Agosto de 2012).

Goicoechea, I. (2005). Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia n° 30. Derecho de Familia*, 68.

Haya. (2001). CENTRO INTERNACIONAL PARA MENORES DESAPARECIDOS Y EXPLOTADOS. *Foro internacional sobre secuestro familiar de menores*. Programa de Acción de la Conferencia de la Haya, 2001.

- Magnani, L. (1985). *El sobrino de Beethoven*. Barcelona: Edhasa.
- Miralles, P. (1989). *El Secuestro internacional de menores y su incidencia en España*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales.
- Perez, E. (2001). Conferencia de la Haya de derecho Internacional privado. *Cuarta Reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Cartagena de Indias.
- Restitución Internacional, 23201-2017-00452 (Unidad Judicial De Familia, Mujer, Niñez Y Adolescencia Y Adolescentes 08 de febrero de 2017). Recuperado el 2019, de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>
- Restitución internacional de menores, 09201-2017-01037 (Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia. 16 de Marzo de 2017). Recuperado el 2019, de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>
- Scotti, L. (2014). *Restitución Internacional de menores: Aspectos procesales y practicos Derecho Comparado*. Buenos Aires: Euros Editores.
- Sentencia Definitiva- Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional- Restitución Internacional del Menor, Sentencias definitiva No 30/2016 (Dra. Maria Fátima Boné Juez Letrado de Primera Instancia de Flores de 2do Turno 4 de Mayo de 2016). Obtenido de [http://www.agesor.com.uy/archivos/pdf/23763sent\\_04-05-16\\_restitucion\\_menor\\_trinidad\\_jueza\\_bone.pdf](http://www.agesor.com.uy/archivos/pdf/23763sent_04-05-16_restitucion_menor_trinidad_jueza_bone.pdf)
- UNICEF. (2017). *Restitución Internacional*. Obtenido de [https://www.unicef.org/ecuador/1\\_restitucion\\_internacional.pdf](https://www.unicef.org/ecuador/1_restitucion_internacional.pdf)