



# Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. general  
16 de marzo de 2023

Original: español

## Comité de los Derechos del Niño

### Decisión adoptada por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, respecto de la comunicación núm. 129/2020<sup>\*</sup>, <sup>\*\*</sup>

<i>Comunicación presentada por:</i>	C. O. D. (representada por la abogada Yohana Cornejo García)
<i>Presunta víctima:</i>	C. A. K. O. (hijo de la autora)
<i>Estado parte:</i>	Chile
<i>Fecha de la comunicación:</i>	27 de septiembre de 2020 (presentación inicial)
<i>Fecha de adopción de la decisión:</i>	25 de enero de 2023
<i>Asunto:</i>	Retorno a Suiza de un niño en virtud del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Abuso del derecho de presentar comunicaciones; admisibilidad; comunicación manifiestamente infundada
<i>Cuestiones de fondo:</i>	Medidas de protección; derechos de la familia; interés superior del niño
<i>Artículos de la Convención:</i>	3; 9; 11 y 19
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	6 y 7, párrs. c) y f)

1.1 La autora de la comunicación es C. O. D., nacional de Chile, nacida el 19 de septiembre de 1973. Presenta la comunicación en nombre de su hijo, C. A. K. O., de nacionalidades chilena y suiza, nacido en Suiza el 4 de septiembre de 2013. La autora alega que el Estado parte ha violado los derechos que asisten a su hijo en virtud de los artículos 3,

\* Adoptada por el Comité durante su 92º período de sesiones (16 de enero a 3 de febrero de 2023).

\*\* Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Suzanne Aho, Aïssatou Alassane Moulaye, Hynd Ayoubi Idrissi, Rinchen Chopel, Bragi Gudbrandsson, Sopio Kiladze, Gehad Madi, Faith Marshall-Harris, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Joseph Nelson, Otani Mikiko, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Ann Skelton, Velina Todorova, Benoit Van Keirsbilck y Ratou Zara. De conformidad con el artículo 8, párrafo 1 a), del Reglamento del Comité en relación con el Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, Philip Jaffé no participó en el examen de la comunicación.



9, 11 y 19<sup>1</sup> de la Convención. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 1 de diciembre de 2015.

1.2 De conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, el 6 de diciembre de 2020, el grupo de trabajo sobre las comunicaciones, actuando en nombre del Comité, rechazó la solicitud de la autora de adoptar medidas provisionales consistentes en la suspensión de la devolución de C. A. K. O. a Suiza mientras su caso estuviera pendiente de examen ante el Comité. El 10 de noviembre de 2022, la autora solicitó nuevamente la adopción de medidas provisionales consistentes en la no devolución de C. A. K. O. a Suiza, luego de que este hubiera sido dirigido por las autoridades a la Embajada Suiza en el Estado parte para su retorno a Suiza al día siguiente. El 11 de noviembre de 2022, el grupo de trabajo sobre las comunicaciones, actuando en nombre del Comité, decidió no solicitar al Estado parte la adopción de medidas provisionales. En el momento de la última comunicación con la autora, esta comunicó que C. A. K. O. ya había sido devuelto a Suiza el 11 de noviembre de 2022.

### **Hechos expuestos por la autora**

2.1 El 12 de mayo de 2012, la autora contrajo matrimonio en Chile con R. K., de nacionalidad suiza. En septiembre de 2012, la pareja se radicó en Suiza y, el 4 de septiembre de 2013, nació allí su hijo, C. A. K. O. El 26 de agosto de 2016, ante la demanda de separación interpuesta por la autora, el Tribunal de Primera Instancia de Hinwil (Suiza) dictó sentencia en la cual estableció la separación de hecho, fijó la pensión de alimentos a cargo del padre (1.400 francos suizos en concepto de alimentos para C. A. K. O. y 4.400 francos suizos en concepto de alimentos para la autora), y otorgó a la autora el cuidado personal de C. A. K. O. La autora alega que durante los días posteriores comenzó a notar que C. A. K. O. no se encontraba bien, dormía mal, lloraba mucho y solía mostrarse muy ansioso.

2.2 El 6 de diciembre de 2016, la autora viajó a Chile de vacaciones con C. A. K. O. con vuelo de regreso para el 12 de enero de 2017. La autora alega que, en Chile, comenzó a notar conductas inusuales en C. A. K. O. El 27 de diciembre de 2016, C. A. K. O. visitó a una psicóloga, quien emitió un informe que sugería que podría haber sido expuesto a una vulneración de sus derechos, con la recomendación de que se indagase y evaluase el contexto y las personas con las cuales el niño se desarrollaba. Ante ello, la autora acudió al Centro de Salud Mental San Joaquín de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el cual se llevaron a cabo nueve sesiones de atención psicológica a C. A. K. O., entre diciembre de 2016 y enero de 2017, y se sugirió que se interpusiera la denuncia correspondiente por abuso sexual infantil, mencionando que era importante que este permaneciera junto a la madre en Chile. El 14 de enero de 2017, la autora comunicó a R. K. que no regresaría a Suiza.

2.3 El 3 de febrero de 2017, la autora solicitó al Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago una medida de protección en favor de su hijo. El 29 de marzo de 2017, la Jueza titular del Centro de Medidas Cautelares dictó sentencia mediante la cual acogió la medida y ordenó el ingreso formal de C. A. K. O. al Programa de Reparación de Violencia y Abuso Sexual Infante Juvenil del Centro de Salud Mental San Joaquín y derivó los antecedentes a la Fiscalía Local de Ñuñoa a fin de que se investigara el posible delito de abuso sexual en contra del niño. El 12 de enero de 2018, la Jueza del Centro de Medidas Cautelares decretó una medida cautelar por el término de 180 días de prohibición de acercamiento de R. K. a su hijo.

2.4 El 6 de diciembre de 2017, R. K. interpuso ante el Primer Juzgado de Familia de Santiago una demanda en contra de la autora para la restitución internacional de C. A. K. O., en virtud del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. El 9 de abril de 2018, el Primer Juzgado de Familia de Santiago dictó sentencia ordenando la restitución de C. A. K. O. a Suiza, entendiendo que era este el país de su residencia habitual y que no procedían ninguna de las excepciones a la restitución previstas en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

2.5 El 14 de abril de 2018, la autora interpuso recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, donde se confirmó la sentencia recurrida el 8 de octubre de 2018

---

<sup>1</sup> La autora invoca erróneamente el artículo 18, pero transcribe el contenido del artículo 19 de la Convención.

en todas sus partes, entendiendo también que se había establecido que la residencia habitual del niño era Suiza y que no procedían ninguna de las excepciones a la restitución previstas en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. El 13 de octubre de 2018, la autora interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema contra la sentencia de la Corte de Apelaciones. El 31 de octubre de 2018, la autora también interpuso una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra el acta de la Corte Suprema que establece que solo se permite recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en los procesos relativos al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores<sup>2</sup>. El 14 de marzo de 2019, el Tribunal Constitucional rechazó la acción de la autora, entendiendo que el proceso era sumario. El 17 de octubre de 2019, la Corte Suprema rechazó el recurso de queja entendiendo que la decisión de la Corte de Apelaciones se encontraba debidamente fundamentada al hacer suyos los argumentos expresados en la sentencia de primera instancia.

2.6 El 16 de junio de 2020, el Primer Juzgado de Familia de Santiago dictó sentencia definitiva en el incidente de ejecución de la sentencia de restitución, ordenando la restitución de C. A. K. O. a Suiza.

### Denuncia

3.1 La autora sostiene que el Juzgado de primera instancia no debería haber determinado la restitución internacional de C. A. K. O. dado que ella detenta el cuidado personal del niño, antes y después de su salida del territorio suizo, y durante esta. Por ello, ni su salida de Suiza ni su permanencia en el Estado parte constituyó una sustracción ilegal en los términos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (art. 3 y art. 13, párr. a)). La autora agrega que la restitución tampoco procede en virtud del artículo 13, párrafo b), del Convenio, en tanto ello constituiría un grave riesgo para él, exponiéndolo a un grave peligro físico, psíquico o poniéndolo en una situación intolerable. Alega que entregar a C. A. K. O. a su padre implicaría exponerlo a sufrir los vejámenes sexuales de los que fue objeto por parte de este. Agrega que tampoco se ponderaron las habilidades parentales del padre ni las posibles condiciones mentales que lo llevaron a vulnerar de manera tan atroz a su propio hijo. Destaca que ella es el único referente de protección y seguridad de C. A. K. O. y que no sería razonable separarlo de ella. La autora sostiene también que la Corte Suprema no tomó en cuenta el arraigo de C. A. K. O. a su entorno en Chile, ni previó las consecuencias inmediatas y futuras de su decisión en un niño que ha sufrido graves vulneraciones de sus derechos por parte de su padre, a quien se ordena sea restituido.

3.2 La autora sostiene que, al decidir que C. A. K. O. debía retornar a Suiza, el Estado parte violó los derechos que lo asisten en virtud de los artículos 3, 9, 11 y 18 de la Convención. En relación con el artículo 3, la autora recuerda que el interés superior del niño es un concepto que incluye un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento. Agrega que la evaluación de ese interés debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del niño, lo que incluye en particular el diferente tipo y grado de vulnerabilidad de cada niño. Destaca que, si excepcionalmente la solución elegida no atiende el interés superior del niño, es necesario indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado, debiendo detallarse de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y explicando los motivos que tuvieron más peso<sup>3</sup>. La autora subraya que los tribunales del Estado parte no fallaron considerando el interés superior de C. A. K. O., dado que determinaron que este fuera trasladado a Suiza, junto con su agresor —quien le ha causado el peor daño y la vulneración de sus derechos—, y optaron por resguardar los derechos del padre.

3.3 En relación con el artículo 9 de la Convención, la autora sostiene que separarla de C. A. K. O. y llevarlo con su padre tendría efectos graves y potencialmente irreversibles para su salud. Alega que separar a un niño de sus padres debe ser el último recurso y que los

<sup>2</sup> Corte Suprema, auto acordado núm. 205-2015, 3 de diciembre de 2015, arts. 1 y 12.

<sup>3</sup> La autora cita extensamente la observación general núm. 14 (2013) del Comité.

tribunales internos no tuvieron en cuenta esa consideración, en violación de los derechos que asisten a C. A. K. O. en virtud de dicha norma.

3.4 En relación con el artículo 11 de la Convención, la autora sostiene que el Estado parte no debe trasladar a un niño a un país en el que haya motivos razonables para creer que existe para este un riesgo real de sufrir un daño irreparable. La autora sostiene que debe considerarse que C.A.K.O. tiene su residencia en el Estado parte dado que, además de poseer la nacionalidad chilena, este ha residido en el Estado parte más de la mitad de su vida, allí tiene su centro afectivo, su arraigo, su seguridad y allí se ha desarrollado, alcanzando estabilidad y felicidad. Sostiene que C.A.K.O. nunca fue trasladado ni retenido ilícitamente. Por ello, la autora afirma que el traslado de su hijo a Suiza constituiría una violación del artículo 11 de la Convención.

3.5 La autora argumenta que trasladar a C.A.K.O. a Suiza implicaría una violación de la obligación que el Estado parte tiene, en virtud del artículo 19 de la Convención<sup>4</sup>, de proteger a los niños de todas las formas de malos tratos perpetradas por padres, madres o cualquier otra persona responsable de su cuidado.

3.6 La autora solicita al Comité que recomiende que se deje sin efecto la sentencia que ordena la restitución de C. A. K. O.; que este permanezca en el Estado parte y no sea separado de ella; que sea ella quien quede a cargo del cuidado personal de C. A. K. O., y que sea un juez del Estado parte quien establezca las habilidades parentales de su padre.

#### **Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo**

4.1 En sus observaciones sobre la admisibilidad, de 6 de abril de 2021, y sobre el fondo, de 6 de agosto de 2021, el Estado parte alega que la comunicación constituye un abuso del derecho a presentar comunicaciones en los términos del artículo 7, párrafo c), del Protocolo Facultativo, y que los hechos que la sustentan no constituirían en principio una vulneración de los derechos reconocidos en la Convención, por ser esta manifiestamente infundada o no estar suficientemente fundada, en los términos del artículo 7, párrafo f), del Protocolo Facultativo.

4.2 En relación con el artículo 7, párrafo c), del Protocolo Facultativo, el Estado parte sostiene que la decisión de los tribunales internos de ordenar la restitución de C. A. K. O. a su residencia habitual en Suiza se enmarca en un proceso basado en la aplicación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Destaca que las decisiones de los tribunales internos basaron su razonamiento en las obligaciones del Estado parte en virtud de dicho Convenio, dado que se estableció que la residencia habitual de C. A. K. O. era Suiza y que fue retenido ilícitamente en el Estado parte. Alega que la autora pretende que el Comité actúe como un órgano de apelación destinado a corregir los errores de derecho presuntamente cometidos por los tribunales nacionales en la interpretación y aplicación de las normas de derecho interno e internacional vigentes para el Estado parte. El Estado parte agrega que la autora solicita al Comité que vuelva a examinar los hechos que dieron lugar a las acciones judiciales y que se pronuncie a su favor, lo que implicaría que el Comité actuase como un órgano de apelación. El Estado parte afirma que la revisión de los hechos no se encuentra dentro de la competencia del Comité, que tiene que limitarse a evaluar el comportamiento del Estado parte con respecto a las obligaciones contraídas en virtud de la Convención y sus Protocolos Facultativos sobre la base de los hechos previamente establecidos por los tribunales del Estado parte<sup>5</sup>. En vista de lo anterior, el Estado parte entiende que el Comité no es competente para atender las peticiones de la autora.

4.3 En relación con el artículo 7, párrafo f), del Protocolo Facultativo, el Estado parte sostiene que la autora no ofrece argumentos suficientes para establecer indicios razonables de que los tribunales nacionales hayan vulnerado lo dispuesto en la Convención o sus Protocolos Facultativos. Alega que ello se debe a que: a) los tribunales internos, al aplicar el Convenio de sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, no se

<sup>4</sup> La comunicación de la autora menciona siempre el artículo 18 de la Convención, pero transcribe textualmente el contenido del artículo 19.

<sup>5</sup> El Estado parte cita *U. A. I. c. España (CRC/C/73/D/2/2015)*, párr. 4.2; y *A. R. G. c. España (CRC/C/85/D/92/2019)*, párr. 4.2.

han pronunciado respecto a la custodia de C. A. K. O.; b) los tribunales internos han decidido fundadamente los motivos por los cuales las excepciones establecidas en el artículo 13 del Convenio no son aplicables en este caso, y c) se han tomado las debidas precauciones y consideraciones en aplicación del interés superior de C. A. K. O. durante todo el proceso.

4.4 Sobre el punto a), el Estado parte sostiene que la comunicación de la autora descansa en el presupuesto fáctico erróneo de que los tribunales nacionales estarían otorgando el cuidado personal de C. A. K. O. a su padre, obligándolo a ser separado de su madre. El Estado parte recuerda que la custodia de los niños no se determina a partir de la aplicación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, cuyo fin es no amparar situaciones de hecho alteradas por el traslado ilícito de un niño, niña o adolescente a otro Estado o por el no retorno de este al Estado en el que se encontraba su residencia habitual. Sostiene que la finalidad del Convenio es que, cuando se haya llevado a cabo la restitución del niño, quienes pretendan reclamar su custodia lo hagan ante las autoridades competentes del Estado en el que tenía su residencia habitual antes del traslado, motivo por el cual en el artículo 16 del Convenio se prevé la suspensión de los procedimientos relativos a la custodia en el Estado en el que el niño esté retenido ilícitamente<sup>6</sup>.

4.5 El Estado parte afirma que el Primer Juzgado de Familia de Santiago evaluó todos los hechos y las pruebas del caso, incluyendo la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Hinwil, Suiza, que estableció la separación de hecho de los padres, la pensión de alimentos y el cuidado personal de C. A. K. O. Según dicha evidencia, determinó que, si bien C. A. K. O. se mantenía bajo la custodia o tuición de la autora, ambos progenitores se mantenían como tutores equivalentes, debiendo decidir sobre las cuestiones futuras relativas a C. A. K. O. de forma conjunta, incluido su lugar de residencia, y debiendo necesitarse del consentimiento de ambos progenitores para cambiar la residencia del niño al extranjero. Ante ello, el Juzgado determinó que la retención de C. A. K. O. se hizo de manera ilícita. El Estado parte destaca que la autora interpuso diversos recursos procesales, incluyendo de apelación, de queja y acción de constitucionalidad, todos los cuales confirmaron lo establecido por el Juzgado. El Estado parte subraya que los tribunales internos nunca se pronunciaron respecto a los derechos de custodia de C. A. K. O., los cuales recaen todavía exclusivamente sobre la autora, ni sobre una supuesta separación de su madre. Agrega que, de hecho, con el objeto de que el retorno de C. A. K. O. se hiciera junto a su madre y de forma segura, la Autoridad Central del Estado parte tomó contacto con la Secretaría de Estado de Migración de Suiza, la cual informó que se autorizaría la emisión expedita de una visa para la autora, y que no tendría problemas para obtener un permiso de residencia, dado que continuaba percibiendo la pensión de alimentos. Destaca que la Autoridad Central informó que no existía ningún procedimiento criminal en contra de la autora que pudiese justificar que tuviera dudas de ser arrestada al llegar a Suiza.

4.6 Sobre el punto b), relacionado con la primera excepción a la restitución prevista en el artículo 13, párrafo a), del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el Estado parte sostiene que la autora no pudo probar que la custodia de C. A. K. O. le pertenecía exclusivamente, ni que el padre del niño había consentido a que fuera retenido en Chile. Reitera que el juzgado de primera instancia estimó, con base en la prueba proporcionada, que ambos progenitores se mantenían como tutores equivalentes. Afirma que ello implicaba que ambos debían decidir sobre las cuestiones futuras relativas al niño de forma conjunta, entre las que se encuentra el lugar de residencia del niño. Ante ello, el Estado parte sostiene que no era procedente la excepción del artículo 13, párrafo a), del Convenio, puesto que el padre también ejercía el derecho de custodia y no consintió al cambio de su residencia a Chile.

4.7 Sobre el mismo punto, en relación con la segunda excepción a la restitución prevista en el artículo 13, párrafo b), del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el Estado parte sostiene que el mismo juzgado, con base en la prueba proporcionada, no llegó a la convicción de que C. A. K. O. haya sido vulnerado su derecho de indemnidad sexual, ni mucho menos que fuera el padre el autor de los presuntos

<sup>6</sup> El Estado parte cita extensamente a Elisa Pérez-Vera, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (Madrid, abril de 1981), párrs. 11 a 19, disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>.

hechos. Agrega que, como concluyó el Juzgado, incluso si C. A. K. O. hubiera sufrido abusos, su permanencia en el Estado parte no constituiría el único mecanismo de protección disponible e implicaría desconocer que las autoridades judiciales o administrativas de protección suizas pueden otorgarle las medidas de protección necesarias. Destaca que el Juzgado afirmó que el tratamiento psicológico podía continuar desde Suiza y que, dado que los presuntos hechos habrían ocurrido allí, es en ese país donde existen mayores antecedentes para investigar adecuadamente los hechos y adoptar, dentro de un debido proceso, las medidas de protección más idóneas para el niño. El Estado parte agrega que, con el contacto de la Autoridad Central suiza, el miembro experto de la entidad protectora de derechos de la infancia en ese país, aseguró que C. A. K. O. recibiría total apoyo desde el primer día de su restitución, incluyendo diversas medidas de protección y asistencia. Ante ello, el Estado parte sostiene que la autora no acreditó que existiera un grave riesgo de que la restitución expondría a C. A. K. O. a un peligro grave físico o psíquico o a una situación intolerable, según lo exigido por la norma en cuestión. Destaca que la evidencia existente y las medidas de protección preparadas anticipadamente constituían garantías suficientes para que la restitución de C. A. K. O. a Suiza fuera segura. El Estado parte agrega que la denuncia interpuesta por la autora ante la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente de Chile, el 2 de mayo de 2017, fue remitida a la Fiscalía IV del Cantón de Zúrich, donde se inició un procedimiento penal en contra del padre de C. A. K. O. por el delito de abuso sexual. Mediante una asesoría letrada, la autora compareció y presentó pruebas en dicho proceso. Sin embargo, la denuncia fue desestimada el 15 de abril de 2019 y confirmada por el Tribunal Federal de Suiza el 28 de abril de 2020.

4.8 Sobre el punto c), el Estado parte sostiene que posee pleno conocimiento y es respetuoso de la obligación emanada del artículo 3, párrafo 1, de la Convención<sup>7</sup>. Alega que los tribunales nacionales, incluida la Corte Suprema, tuvieron en cuenta el interés superior de C. A. K. O. durante todo el proceso. Según el Estado parte, las actuaciones llevadas a cabo durante el proceso demuestran que se adoptaron medidas para que se tuviera en cuenta el interés superior de C. A. K. O., de conformidad con la observación general núm. 12 (2009) (párr. 70). El Estado parte indica que existieron diversas salvaguardias para garantizar el interés superior de C. A. K. O. Entre ellas, menciona la amplia participación de profesionales cualificados en el proceso a petición de la autora y del propio tribunal<sup>8</sup>; que las decisiones se adoptaron con la mayor celeridad posible, siguiendo el procedimiento simplificado previsto en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores<sup>9</sup>; que las decisiones del juzgado de primera instancia, la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema estaban debidamente fundamentadas y motivadas<sup>10</sup>, y que la autora tenía acceso a mecanismos que le permitían recurrir esas decisiones o pedir que fueran revisadas<sup>11</sup>. El Estado parte agrega que se replicaron todas las garantías presentes durante el proceso declarativo de la restitución durante el proceso de ejecución, donde primó el interés superior de C. A. K. O. y se tomaron todas las precauciones posibles para asegurar su restitución segura y que dicha restitución tuviera lugar junto a la autora.

### **Comentarios de la autora acerca de las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo**

5.1 En sus comentarios a las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación, de fecha 27 de abril de 2022, la autora sostiene que la decisión de restituir a C. A. K. O. a Suiza no tuvo en cuenta la Convención y se dio prioridad al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Agrega que la decisión se basó exclusivamente en que Suiza era la residencia habitual de C. A. K. O., adoptando una interpretación meramente jurídica alejada de la realidad, pues su domicilio es en el Estado parte, donde reside desde hace ya casi cinco años. Agrega que los tribunales internos no consideraron si concurría alguno de los motivos previstos en el propio Convenio

<sup>7</sup> El Estado parte cita diversas disposiciones de la legislación nacional que recogen ese principio y diversas sentencias de la Corte Suprema en que se aplica.

<sup>8</sup> El Estado parte cita la observación general núm. 14 (2013), párr. 92.

<sup>9</sup> *Ibid.*, párr. 93.

<sup>10</sup> *Ibid.*, párr. 97.

<sup>11</sup> *Ibid.*, párr. 98.

sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores para oponerse a la restitución del niño.

5.2 La autora reitera que ella tenía el cuidado personal de C. A. K. O. a su cargo y que no ejercía la patria potestad compartida con el padre. Reitera que los tribunales internos no han tenido debidamente en cuenta el sinnúmero de antecedentes que demuestran la gravedad de exponer al niño a la situación grave e intolerable que implica entregarlo a su padre, entre los que se incluye exponerlo nuevamente a sufrir los vejámenes sexuales a los que su padre lo sometió. Insiste en que el bienestar de C. A. K. O. es más importante que los derechos de su padre. La autora sostiene que los diversos informes dan cuenta pormenorizada del tratamiento y acompañamiento que C. A. K. O. ha recibido, que es gradual y requiere de un proceso largo de evolución, y que el niño puede sufrir retrocesos si se ve expuesto a cambios inesperados o si se siente inseguro. Agrega que los informes que constan en la causa constituyen un antecedente serio y verosímil del grave riesgo que existe para C. A. K. O. en caso de que sea restituido a Suiza. Destaca que no se trata de un simple informe psicológico, sino del trabajo de un equipo diverso de profesionales, que forman parte de un prestigioso y acreditado centro de salud mental, quienes determinaron el daño psicológico del niño, ya existente a la época de su arribo al Estado parte y que este asocia a su padre y a su vivencia en Suiza. Destaca que, a la fecha, C. A. K. O. se encuentra más contenido y seguro en el ambiente familiar de la autora, y que no parece razonable exponerlo a la separación de su madre.

5.3 La autora sostiene que los tribunales se encuentran obligados a proyectar los efectos de sus decisiones teniendo en cuenta el interés superior del niño. En este caso, el retorno de C. A. K. O. a Suiza alteraría de forma drástica y repentina la normalidad que este mantiene actualmente y que no debe desconocerse que, ya devuelto a Suiza, podría incluso ser separado de su madre, lo que implicaría desestabilizarlo y quitarle su máxima protección.

## **Deliberaciones del Comité**

### *Examen de la admisibilidad*

6.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité debe decidir, de conformidad con el artículo 20 de su reglamento en relación con el Protocolo Facultativo, si la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo.

6.2 El Comité observa que el Estado parte no ha planteado objeciones al requisito de agotamiento de recursos internos, y concluye que el artículo 7, párrafo e), del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la comunicación.

6.3 El Comité toma nota de los argumentos del Estado parte según los cuales la comunicación de la autora debe ser declarada inadmisibles en virtud del artículo 7, párrafos c) y f), del Protocolo Facultativo (véase el párr. 4.1). En este sentido, el Estado parte argumenta que el Comité carece de competencia para corregir presuntos errores de derecho respecto de la interpretación y aplicación de las normas de derecho interno e internacional vigentes para el Estado parte, así como para la revisión de hechos establecidos por los tribunales internos (véase el párr. 4.2). El Estado parte argumenta asimismo que la presente comunicación no ofrece argumentos suficientes para establecer indicios razonables de que se haya vulnerado la Convención (véase el párr. 4.3).

6.4 Por su parte, el Comité toma nota de los argumentos de la autora según los cuales la decisión de retornar a C. A. K. O. a Suiza: a) fue tomada por los tribunales del Estado parte sin considerar el interés superior del niño, dado que implica que este sea retornado a su presunto agresor, en violación del artículo 3 de la Convención (véase el párr. 3.2); b) conlleva separarla de C. A. K. O., en violación de artículo 9 de la Convención (véase el párr. 3.3); c) viola el artículo 11 de la Convención dado que C. A. K. O. reside en el Estado parte y que nunca fue trasladado ni retenido ilícitamente (véase el párr. 3.4), y d) implicaría una violación del artículo 19 de la Convención por exponerlo a los malos tratos perpetrados por su padre (véase el párr. 3.5).

6.5 El Comité recuerda que, como regla general, es competencia de los órganos nacionales examinar los hechos y las pruebas e interpretar la legislación nacional, salvo que dicho

examen o interpretación sea claramente arbitrario o equivalga a una denegación de justicia<sup>12</sup>. En este sentido, en casos de restitución internacional de niños y niñas, no corresponde al Comité decidir si el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ha sido correctamente interpretado o aplicado por los órganos jurisdiccionales internos, siempre y cuando esa interpretación o aplicación sea acorde con las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>13</sup>. El Comité recuerda que, al decidir sobre casos de restitución internacional de niños, los tribunales internos deben, en primer lugar, evaluar efectivamente los factores que pueden constituir una excepción a la obligación de restitución inmediata del niño, sobre todo cuando los planteen una de las partes en el proceso, y deben dictar una resolución suficientemente motivada al respecto<sup>14</sup>. En segundo lugar, esos factores deben ser evaluados a la luz del interés superior del niño, y que ello se basa en gran medida en determinaciones fácticas que, por regla general, son competencia de los órganos jurisdiccionales internos<sup>15</sup>.

6.6 En el presente caso, el Comité observa que las alegaciones de la autora se basan en una serie de supuestos fácticos no acreditados, a saber: que la autora podía decidir unilateralmente sobre la residencia de C. A. K. O., y que, por ende, este no fue ni sustraído ni retenido ilícitamente (véanse los párrs. 3.1, 3.4 y 5.1); que el niño fue objeto de abuso sexual por parte de su padre (véanse los párrs. 3.1, 3.2, 3.5 y 5.2); y que restituir al niño a Suiza implicaría separarlo de la autora y “retornarlo a su padre”, lo que constituiría un riesgo de daño irreparable para él (véanse los párrs. 3.1, 3.3, 3.6, 5.2 y 5.3). El Comité observa que estos supuestos fácticos no se ven confirmados por los hechos establecidos por los tribunales internos, sobre la base de la evidencia disponible y con extensa fundamentación (véanse los párrs. 4.5 a 4.7). En particular, el Comité observa que los tribunales internos determinaron que ambos progenitores conservaban el derecho a decidir sobre la residencia de C. A. K. O., de modo que su permanencia en el Estado parte constituía una retención ilícita en los términos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (véanse los párrs. 4.5 y 4.6); que no se acreditó el presunto abuso sexual y que, de ser cierto, las autoridades suizas se encontraban listas para adoptar las medidas de protección necesarias luego de la restitución (véase el párr. 4.7); y que se tomaron todos los recaudos para asegurar que la autora pudiera retornar y permanecer en Suiza (véase el párr. 4.5). El Comité considera que, si bien la autora está disconforme con las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales, no ha demostrado que la evaluación de los hechos y las pruebas presentadas ante dichas autoridades fuera claramente arbitraria o que equivaliera a una denegación de justicia. El Comité también considera que la autora no ha demostrado suficientemente, a los efectos de la admisibilidad, que las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales no tuvieran en cuenta el interés superior del niño. El Comité considera que estos tribunales justificaron en detalle que no procedían las excepciones a la restitución a la luz de las circunstancias concretas del caso —en particular, en vista de la no acreditación del presunto abuso sexual por parte del padre—, y determinaron que las medidas de protección preparadas anticipadamente constituían garantías suficientes para que la restitución fuera segura. En consecuencia, el Comité considera que la presente comunicación no ha sido suficientemente fundamentada y la declara inadmisibles de conformidad con el artículo 7, párrafo f), del Protocolo Facultativo.

7. Por consiguiente, el Comité decide:

- a) Que la comunicación es inadmisibles de conformidad con el artículo 7, párrafo f), del Protocolo Facultativo;
- b) Que la presente decisión se ponga en conocimiento de la autora de la comunicación y, para su información, del Estado parte.

<sup>12</sup> Véanse, entre otras, las decisiones de inadmisibilidad del Comité en *U. A. I. c. España*, párr. 4.2; *Navarro Presentación y Medina Pascual c. España* (CRC/C/81/D/19/2017), párr. 6.4, y *A. R. G. c. España*, párr. 4.2.

<sup>13</sup> *J. M. c. Chile* (CRC/C/90/D/121/2020), párr. 7.4.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 8.5.

<sup>15</sup> *Ibid.*