



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La restitución internacional de menores en el ordenamiento jurídico argentino de acuerdo con el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

AGÜERO SOFIA NATHALIE

DNI 38001778

LEGAJO: VABG93016

ABOGACÍA

2019

Resumen

La restitución internacional de menores ha sido regulada a través del Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores¹, al cual nuestro país se ha adherido. Sin embargo, no todos los Estados poseen el mismo criterio para determinar la minoridad de una persona. En tal sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño², a la cual nuestro país se ha adherido y a la cual se le ha otorgado jerarquía constitucional, ha indicado que se considera niño a toda persona menor de 18 años. Sin embargo, ello no es un criterio unificado a nivel mundial, sino que cada Estado ha dispuesto edades disímiles a los fines de determinar la mayoría de edad.

De esta manera, el presente trabajo de investigación analizará la legislación vigente a nivel nacional e internacional respecto de la sustracción internacional de menores, como así también lo determinado por la jurisprudencia. Ello, a los fines de analizar qué opciones jurídicas ofrece la legislación argentina y el derecho internacional para garantizar la restitución de menores en casos de niños cercanos a la edad límite establecida por el Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores³.

Palabras claves: sustracción internacional de menores – interés superior del niño – Convención sobre los Derechos del Niño

¹ Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya. 25 de Octubre de 1980.

² Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

³ Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya. 25 de Octubre de 1980.

Abstract

The international restitution of minors has been regulated through the Convention on the Civil Aspects of International Abduction of Minors, to which our country has adhered. However, not all States have the same criteria to determine the minority of a person. In this regard, the Convention on the Rights of the Child, to which our country has adhered and to which it has been granted constitutional status, has indicated that a child is considered to be any person under 18 years of age. However, this is not a unified criterion worldwide, but rather that each State has different ages for the purpose of determining the age of majority.

Thus, this research work will analyze the current legislation at national and international level regarding the international abduction of minors, as well as what is determined by the jurisprudence. This, in order to analyze what legal options offered by Argentine legislation and international law to guarantee the restitution of minors in cases of children close to the age limit established by the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.

Keywords: international restitution of minors – best interest of the child – Children rights Convention

Índice

Introducción	6
Capítulo 1: Los derechos del niño y el derecho internacional	9
Introducción parcial.....	9
1.1. El derecho internacional y los derechos del niño.....	10
1.2. El Código Civil y Comercial protectorio de los derechos de la niñez	14
1.3. Conceptualización del interés superior del niño	18
1.4. La niñez en el proceso: el derecho a ser oído	21
Conclusión parcial.....	25
Capítulo 2: Normativa internacional en materia de restitución de menores	27
Introducción parcial.....	27
2.1. Normativa Internacional Vinculada a la Restitución Internacional de Menores ...	27
2.2. Juez Competente	36
Conclusión parcial.....	40
Capítulo 3: La restitución internacional de menores en el Derecho Internacional Privado	42
Introducción parcial.....	42
3.1. El derecho internacional privado en el Código Civil y Comercial y la restitución internacional de menores.....	43
3.2. El “Protocolo de actuación” para la restitución internacional de menores	46
3.3. El interés superior del niño frente a la restitución internacional.....	51
3.4. La problemática generada por la demora de la justicia argentina.....	53
3.5. La necesidad de sanción de normativa específica.....	54
Conclusión parcial.....	55
Capítulo 4: La restitución internacional de menores en la jurisprudencia	57
Introducción parcial.....	57

4.1. Jurisprudencia sobre restitución internacional de menores, con especial atención al problema de la demora en dicho procedimiento	58
Conclusión parcial.....	70
Conclusiones finales.....	71
Bibliografía.....	74
Doctrina.....	74
Jurisprudencia.....	77
Legislación	77

Introducción

La restitución de menores para los casos en que son sustraídos se encuentra regulada en Argentina a través del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁴. Este instrumento establece una cuestión contradictoria para la legislación argentina, en razón que reconoce la legislación del país del que parte el menor como la legislación aplicable. Sin embargo, determina que se reconoce como menor a quien tiene hasta 16 años. Contrario a esto, en la legislación argentina se entiende como alguien menor de edad quien tiene menos de 18 años.

En este sentido, este trabajo de investigación pretende analizar las opciones jurídicas que ofrecen la legislación argentina, y el derecho internacional para garantizar la restitución de menores en casos de niños cercanos a la edad límite establecida por el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁵. Dada la complejidad de los casos en donde actúan dos países lejanos y con diferentes legislaciones resulta bastante compleja la situación de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

En razón de ello, la pregunta de investigación apuntará a responder lo siguiente: ¿el Código Civil y Comercial argentino garantiza la sustracción de menores de edad cercana a los 16, en casos de niños cercanos a la edad límite establecida por el Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores⁶?

En la medida en que la sociedad avanza se hace necesario establecer recursos normativos que protejan a todos los ciudadanos de un país. Por ello, al existir una comunidad global en la cual hay gran acercamiento de los Estados, se hace imperativa la creación de normas internacionales que protejan tanto los intereses de los particulares como los intereses de los Estados. En razón de ello, surgieron diversos convenios entre naciones que regulen situaciones muy específicas que derivan precisamente del acercamiento diplomático y social de los Estados.

Ahora bien, respecto de los aspectos civiles de sustracción internacional de menores. Este representa una fuerte expresión entre las convenciones internacionales y abarca un tema

⁴ Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya. 25 de Octubre de 1980.

⁵ Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya. 25 de Octubre de 1980.

⁶ Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya. 25 de Octubre de 1980.

un tanto conflictivo en cuanto a las diversas legislaciones de los distintos países que la suscriben. Por lo cual, es objeto de este trabajo de investigación, analizar la aplicación de dicho convenio y cómo deben ventilarse las situaciones relacionadas con la restitución internacional de los menores, así como las concordancias y conflictos legales que pudieran presentarse entre las legislaciones de los estados que aprobaron el convenio.

Cabe resaltar que, el objetivo general del presente trabajo de investigación apuntará a analizar y evaluar las opciones jurídicas que ofrece la legislación argentina. Así como también, las ofrecidas por el derecho internacional para garantizar la restitución de menores en casos de niños cercanos a la edad límite establecida por el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁷.

Por otro lado, los objetivos específicos apuntarán a analizar la legislación argentina en materia de restitución de menores. Asimismo, se identificarán los aspectos más importantes del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁸ y se determinarán los principales lineamientos de la jurisprudencia argentina en la materia. De igual manera, se analizará lo establecido por el derecho internacional en materia de restitución de menores.

De esta manera, la hipótesis por confirmar o descartar, es que la restitución de menores puede quedar abstracta a menos que se apliquen medidas expeditivas que acrediten la celeridad de la restitución. Con respecto a este tipo de investigación, se debe mencionar que será descriptivo y la estrategia metodológica adecuada para el desarrollo del trabajo final es la cualitativa. Ahora bien, la técnica de recolección de datos que se empleará será la de observación de datos o documentos, es decir, la revisión documental de la legislación nacional y de los acuerdos internacionales, jurisprudencia y doctrina relativas al principio en estudio.

En cuanto a la delimitación temporal del presente trabajo de investigación, se tomará como punto de partida la sanción del Código Civil y Comercial⁹ en el año 2014. En cuanto a los niveles de análisis, la investigación comprenderá el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional, haciendo referencia en algunos casos al derecho comparado. También

⁷ Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya. 25 de Octubre de 1980.

⁸ Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya. 25 de Octubre de 1980.

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

se estudiarán aquellos acuerdos internacionales celebrados por la República Argentina que consagren principios o garantías relativas al instituto.

El presente trabajo de investigación se dividirá en cuatro capítulos. El Capítulo I analizará los derechos del niño y sus vinculaciones con el derecho internacional, las disposiciones del Código Civil y Comercial¹⁰ respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y en qué consiste el interés superior del niño. Por su parte, el Capítulo II abordará la normativa internacional en materia de restitución de menores. Aunado a ello, el Capítulo III tratará sobre la restitución de menores en el Derecho Internacional Privado, el protocolo de actuación en tales casos, y la importancia de que se dicte una norma específica que regule esta temática. Finalmente, el Capítulo IV analizará la jurisprudencia en materia de restitución internacional de menores.

¹⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Capítulo 1: Los derechos del niño y el derecho internacional

Introducción parcial.

Cuando se trata del derecho de los menores a que sus planteamientos en distintos ámbitos sean escuchados y se tomen en cuenta, esto no solamente se circunscribe al ámbito de los planteamientos de sus necesidades y expectativas. Cabe destacar que, existe una serie de situaciones que hace que este grupo de la población sea particularmente vulnerable (Luft, 2016). Por esta razón, desde la segunda mitad del siglo XX se comenzó a debatir acerca de la necesidad de convertir a los niños, niñas y adolescentes, conocidos comúnmente por diversas legislaciones como menores de edad, en sujetos plenos de derecho.

De esta manera, como sujetos plenos de derecho, los menores de edad deben tener la posibilidad de hacer valer sus derechos, además de cumplir con los deberes que como ciudadanos exige la legislación. En razón de ello, es necesario que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados y sus argumentaciones deban ser tomadas en cuenta de pleno derecho, tal y como sucede con las personas que han trascendido el umbral de la mayoría de edad.

En este sentido, en el presente capítulo se realizará un análisis del surgimiento del derecho de los menores a ser escuchados en el ámbito legal de la República Argentina. Asimismo, se llevará a cabo un análisis fundamentado en las bases que le dan origen a este derecho, partiendo del derecho internacional con todas sus particularidades, hasta realizar un breve análisis general por la legislación argentina en la materia. Ello con el fin de lograr la descripción del contexto general en el cual se encuentra hoy en día el derecho de los menores argentinos en materia de su derecho a ser oídos.

Por lo tanto, para lograr este cometido, se analizará en primer lugar la legislación internacional que sustenta el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, pasando luego por la legislación nacional que sustenta la materia. Para ello, se partirá de lo general, es decir de la legislación que sustenta el mencionado derecho, hasta las particularidades que entraña el hecho de que, en procesos legales concretos, los niños, niñas y adolescentes sean escuchados. Lo cual se hará haciendo énfasis en las condiciones que la Ley prevé en esta materia para garantizar que los menores de edad puedan gozar plenamente de sus derechos.

1.1. El derecho internacional y los derechos del niño

Las bases sobre las cuales se sustentan los derechos del niño, niña y adolescente provienen del ámbito del derecho internacional, siendo la Convención de los Derechos del Niño¹¹ su fuente principal. Esta legislación internacional ha sido la base para que muchos países asuman dentro de sus legislaciones sus aspectos más relevantes, o en el caso de la República Argentina, adopten su texto íntegro como parte de su sistema jurídico.

De esta manera, como ejemplo de la preocupación internacional por los derechos de los niños, se encuentra la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹², en este texto se encuentra un apartado dedicado a los deberes para con los hijos y padres. Este precepto según Luft (2016), es el punto de partida para establecer los derechos de los cuales gozan los niños de manera básica, entre ellos la alimentación, educación y asistencia de los menores de edad.

Cabe destacar que, la protección y cuidado de los menores no es solamente un deber de la familia, sino que trasciende este ámbito para convertirse en cuestión de Estado. Esto implica que debe existir compromiso por parte del gobierno y de la sociedad en general para el cuidado de los niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, a criterio de Asef (2014) “los derechos del niño, adoptados en 1989 constituyó un paradigma mundial, el cual se constituyó en el patrón para que distintas legislaciones, entre ellas la legislación argentina” (p.5). Ello debido a que se comienza a cambiar la visión que tenían del trato legal hacia los menores de edad, al asumir la normativa de la legislación internacional muchos estados cambiaron la forma de ver jurídicamente a los menores. En resumidas cuentas, paulatinamente comenzaron a ser visualizados como sujetos de pleno derecho, pero con la particularidad de que éstos tienen que ser tratados de manera especial debido a su innata cualidad de débiles jurídicos.

En este sentido, continúa Asef (2014), expresando que en un principio la mayoría de las legislaciones, incluyendo la correspondiente a la República Argentina, establecía el vínculo jurídico del Estado para con los menores de edad, en tanto éstos fuesen transgresores de la Ley.

¹¹ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

¹² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Organización de Estados Americanos. 2 de mayo de 1948.

Los niños, niñas y adolescentes que no tenían problemas con el marco jurídico, que no se encontraban en situación de abandono ni transgrediendo la normativa jurídica eran responsabilidad íntegra de su familia, lo cual desvinculaba al Estado de cualquier actuación para con estos niños (p.6).

Por esta razón, se comenzó a gestar en el ámbito internacional, una nueva manera de interactuar con los menores de edad, ya que al considerar a los menores de edad únicamente como sujetos que dependían directamente de sus familiares y representantes para poder realizar cualquier interacción con el Estado, los ponía en situación de vulnerabilidad.

En este sentido Asef (2014), asevera que en su consideración como personas que tienen que contar con plenitud de derechos al igual que un mayor de edad. Esto debe ir más allá de esta condición, por lo cual, los menores de edad, por ser débiles jurídicos, deben contar con características que los equiparen con los mayores de edad jurídicamente” (p.8).

Por otra parte, Sarquis (2015), establece que la preocupación internacional por los derechos de los niños, niñas y adolescentes nació como resultado directo de la creciente preocupación por el tema de los derechos humanos. “Es una cuestión que para el final de la Segunda Guerra Mundial se encontraba apenas conformada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa” (p. 53). Esto quiere decir que en poco más de 150 años, el concepto de los derechos del hombre apenas había sufrido cambios.

Los acontecimientos vividos durante las dos Guerras Mundiales acaecidas en el siglo XX, cambiaron drásticamente el panorama, puesto que en ambas confrontaciones, pero especialmente en la Segunda Guerra Mundial, se evidenció que los avances del poder destructivo de la humanidad ponían en riesgo la existencia misma de la especie, además de visibilizar una serie de conductas desde todo punto de vista aberrantes, cuestión que desde las Naciones Unidas, instancia creada como consecuencia de este conflicto bélico impulsó el debate y la legislación acerca de normativas de carácter internacional que permitiesen la adopción de medidas efectivas para proteger la integridad humana desde todo punto de vista (Sarquis, 2015 p. 55).

De acuerdo a Sarquis, (2015), la suscripción de tratados internacionales basados en estos principios, además de la adopción por parte de cada Estado miembro como parte de su legislación. Así como también, otros casos usándolos como inspiración en su normativa legal, constituyó un andamiaje de normas legales orientadas hacia la protección de los seres humanos en toda la amplitud de sus derechos. Esto trajo como consecuencia que se comenzasen a analizar todos los ámbitos del ser humano para establecer su protección, siendo parte fundamental de la

humanidad, los niños, niñas y adolescentes.

Aunado a ello, Sarquis (2015), opina que el sistema de derechos humanos a nivel internacional comenzó a ser adoptado por organismos multilaterales de alcance regional, puesto que debido a “las diferencias sociales y culturales presentes en distintos ámbitos geográficos, la adopción de legislación en materia de derechos humanos se regionalizó de tal forma que pudiese atender de manera óptima cada rincón del planeta” (p. 56). En este sentido, el caso del continente americano muestra que el organismo regional, el cual es la Organización de Estados Americanos (OEA), se dio a la tarea de crear las condiciones básicas para que sus Estados miembros legislasen en materia de derechos humanos.

Como consecuencia de estas acciones, nació el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual rige en la materia la actuación de los Estados Miembros de la OEA. Dentro de este contexto, surgió una serie de instrumentos internacionales, constituidos por Declaraciones, Pactos y Convenciones, los cuales abarcan una gama muy amplia de situaciones en las cuales deben ser respetados los derechos humanos. En el ámbito de interés para el presente estudio, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño directamente de la forma como fue promulgada por las Naciones Unidas en el año 1989, de manera que en el ámbito regional se ratifica de manera total el texto de la Convención (Sarquis, 2015, p.58).

En razón de ello, los distintos países de la región decidieron ratificar la Convención, sin embargo, el tratamiento que se le dio a esta ratificación fue variado de acuerdo a las características de cada país. Algunos de ellos les dieron rango supra constitucional, otros tantos le otorgaron rango constitucional y algunos rangos supra legal y legal. En el caso de la República Argentina, el país se integró en el sistema de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, otorgando a la Convención sobre los Derechos del Niño¹³ rango constitucional.

Dentro de este contexto, Morlacheit (2010), presenta el panorama en el cual se realiza en la práctica la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito interamericano. En primer lugar, señala que es “necesario visualizar en primer lugar, los estándares de protección y la jurisprudencia que sobre estos estándares se ha generado, de manera tal que se pueda tener un panorama sobre cómo se deben aplicar los principios de protección a los menores” (p.128). Posteriormente, expresa que “es preciso realizar una

¹³ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

interpretación acerca del tipo de violaciones que se cometen contra los derechos de los menores en función de su grado de vulnerabilidad” (p.129).

Es importante resalta que, el primer hito lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴, ratificada plenamente en el ámbito interamericano, de allí se desprende una serie de fundamentos legales de carácter internacional, entre los cuales destaca el Protocolo de San Salvador. Este Protocolo en su artículo 16¹⁵ asevera que “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”¹⁶. De allí se desprende el hecho trascendental acerca de que los menores de edad no son responsabilidad exclusiva de la familia sino de la sociedad en general.

En cuanto a la jurisprudencia, Morlacheit (2010), señala que todos los países firmantes de la Convención han analizado casos jurídicos amparados en la misma. Por lo que asevera que:

Las decisiones judiciales han sido cónsonas con el hecho de que los menores son sujetos de derecho y por lo tanto gozan de protección, además de contar con la particularidad de ser en extremo vulnerables vistas sus características como seres humanos (p.131).

En consecuencia, se aprecia su protección especial por parte del Estado y la sociedad.

Debido a lo anteriormente expuesto, se puede visualizar un panorama en la región, el cual apunta hacia la implantación de una normativa que permita lograr la igualdad jurídica en el caso de los niños, niñas y adolescentes. De tal forma que se puedan dejar de lado características como la pobreza, además de todas las fuentes de discriminación que tradicionalmente han fustigado los derechos de los menores de edad. En criterio de Morlacheit, (2010), “se procura la inclusión de los menores de edad como sujetos de derecho debe apuntar hacia su protección, brindándoles un estatus jurídico especial que les permita ejercer sus derechos de manera plena, pese a sus características especiales” (p.135).

¹⁴ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

¹⁵ Artículo. 16 Protocolo de San Salvador. Organización de Naciones Unidas, San Salvador, 17 de noviembre de 1988.

¹⁶ Protocolo de San Salvador. Organización de Naciones Unidas, San Salvador, 17 de noviembre de 1988.

1.2. El Código Civil y Comercial protectorio de los derechos de la niñez

El Código Civil y Comercial de la República Argentina (de ahora en adelante CCyCom)¹⁷, cuya versión más reciente y aun en vigencia data del año 2014, realizó dentro de su estructura legal la inclusión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el principio del Interés Superior del Niño, en adelante ISN. Todo ello como guía principal de las acciones legales, en lo concerniente a este grupo de la población. En este sentido, el cuerpo legal ha tomado en cuenta el mencionado principio, incluyéndolo en 16 artículos, que muestra el interés de los legisladores en mostrar la importancia de dar protagonismo a los menores de edad.

Si bien durante la mayor parte del pasado siglo XX, se tomó en cuenta la protección legal de los niños, niñas y adolescentes, no fue sino hasta la promulgación del vigente CCyCom que realmente se tomaron en cuenta los derechos de los menores de manera amplia, puesto que previamente únicamente aparecían de manera nominal, haciendo alusión a los derechos de los menores, el interés familiar, los intereses del hijo, entre otros preceptos. Sin embargo, esta forma de visualizar el derecho de los niños está centrado en la protección del entorno en el que éstos se desenvuelven, como por ejemplo la familia, los padres, entre otros actores e instituciones sociales (Panatti y Pennise, 2016, p.22).

De acuerdo con Panatti y Pennise (2016), “finalizando el siglo XX, se comenzó a esbozar la idea del ISN, algunos preceptos legales vigente para entonces mencionan su existencia, sin embargo, para tenerse como un principio aplicable de manera efectiva a las leyes transcurrieron casi 20 años” (p.24). De esta manera, fue que se comenzaron a desarrollar en las leyes, los principios expuestos en el instrumento convencional sobre niñez, tomando en cuenta que, en la Argentina, el mencionado cuerpo legal tiene rango constitucional desde el año 1990.

Es importante resaltar que, en el año 2014, fue cuando se comenzó a dar preponderancia al ISN, con la inclusión no solo del texto de los artículos, sino tomando en cuenta este principio como regidor en cuanto a la normativa legal vigente en materia de niñas, niños y adolescentes. Todo esto proviene, como se ha expresado anteriormente de la base legal que constituye el rango constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸. Por esta razón, en la Argentina, el derecho de los niños, niñas y adolescentes se encuentra amparado siempre por su interés superior, el cual les despoja de la cualidad de débiles jurídicos, convirtiéndolos en privilegiados por sus características propias.

¹⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁸ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

Como consecuencia de la inclusión del ISN dentro de la legislación nacional, se cambió la visión de las instituciones que comprenden la relación entre las personas mayores y los menores a su cargo. Por esta razón aduce García (2016), “se encuentran términos tales como cuidado personal en vez de tenencia o responsabilidad parental en lugar de patria potestad” (p.64).

Estas diferencias antes mencionadas, aunque pueden parecer sutiles o simples cambios de término para adaptarse a los nuevos tiempos, tienen su razón de ser y representan un cambio sustancial en la forma de visualizar la relación entre el Estado, los mayores de edad y los niños, niñas y adolescentes. Todo esto se ha hecho para que los niños, niñas y adolescentes sean siempre los primeros beneficiados con las decisiones de los tribunales.

El ISN como doctrina en el derecho tiene sus fundamentos en la noción de responsabilidad que sobre los niños, niñas y adolescentes tiene actualmente la sociedad. Anteriormente los menores eran responsabilidad de sus familiares directos o de las personas que ejercían como sus responsables directos asignados por la Ley. Sin embargo, en la actualidad y sobre la base de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), los niños se toman en cuenta como la base fundamental del futuro de la sociedad, por lo que su presente debe estar plenamente garantizado, comenzando por su protección legal, cuestión que concierne no solo a la familia y al Estado sino a la sociedad en general. (García, 2016, p. 66).

En este sentido, se puede observar que el Código Civil y Comercial¹⁹ de la República Argentina el ISN se encuentra en todo el texto, no solamente en los 16 artículos que lo mencionan directamente, sino que de manera implícita se encuentra en todo el texto legal. Esto obedece a que los menores de edad de edad podrían ser sujeto de cualquier acción legal.

En razón de ello, García (2016) expresa que, “la denominación de quienes aún no alcanzan la mayoría ha cambiado de menor, hacia el concepto de niños, niñas y adolescentes, por considerar que la palabra "menor" incluso en su etimología se muestra peyorativa para denominar a un ser humano” (p.67).

De esta manera, se pueden observarse una serie de cambios que han afectado la manera de visualizar a los niños, niñas y adolescentes, especialmente la preocupación de los

¹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

legisladores por proveer herramientas para que el Estado y la sociedad puedan ejercer de manera efectiva su función de protección y cuidado de los niños.

Por lo tanto, así se les garantiza a los niños dentro de muchos otros derechos, la posibilidad de que éstos, tomando en cuenta su entendimiento y sus capacidades dependiendo de su edad y condición, puedan ser escuchados, sus razones puedan ser entendidas y todos los interesados en el bien superior de los niños puedan apegarse siempre a este principio (García, 2016).

Dentro de este contexto, puede afirmarse según Burgués (2015), que la relación jurídica entre la legislación vigente y los niños, niñas y adolescentes el ISN se manifiesta de manera operativa a través del denominado principio de protección especial. “El Interés Superior del Niño es un postulado jurídico que le da base a las leyes, mientras que el principio de protección especial es la forma mediante la cual la Ley hace efectivo ese interés superior” (p.143). Para esto, la legislación prevé que los niños, niñas y adolescentes son personas con ciertas características especiales que las hacen sujeto de protección especial.

Cabe destacar que, las características inherentes a los niños son la base de su protección a través de la Ley, y vienen dadas por la visión que se tiene de ellos como seres humanos en formación, no solamente en formación educativa y académica, sino en todos los sentidos. Por esta razón indica Burgués (2015), que no son capaces de afrontar las situaciones complejas que presenta una controversia legal.

De esta manera, si se desean valorar en su justa medida las intervenciones que éstos hagan, sus aportes y en general su particular forma de afrontar las situaciones, es necesario darles una protección especial. Esta no sólo se compone de ayuda para que sean escuchados, sino de asesoría para que éstos puedan aportar de la mejor manera sus contribuciones a las controversias legales donde se vean envueltos

La protección y ayuda que se debe dar a los niños, niñas y adolescentes para que puedan participar de los asuntos legales debe ser proporcional y progresiva, puesto que los niños a medida que crecen van desarrollando una serie de aptitudes que les permite, a medida que se van desarrollando, una participación más activa en sus asuntos legales. Llega un momento en que los niños van soltando la guía y ayuda que se les da, hasta que en el momento en que se convierten en mayores de edad, pueden tener un mejor control de sus asuntos como ciudadanos. La ayuda y el tutelaje deben reducirse progresivamente a medida que los niños se desarrollan (Burgués, 2015, p. 144).

Por lo tanto, para lograr un efectivo uso de la ayuda que se les brinda a niños y adolescentes, se requiere establecer el concepto de infancia desde el punto de vista de la ley en la República Argentina. En primer lugar, es necesario visualizar la niñez desde el punto de vista de distintas ciencias sociales, de lo cual puede establecerse que el concepto de infancia es un constructo social, el cual tiene relación directa con las características físicas, el contexto sociocultural, la edad, entre otras variables. Por esta razón, la infancia puede tener distintas concepciones alrededor del mundo.

Por otro lado, según Colombato (2013), en la cultura occidental la niñez ha tenido cambios en su concepción, partiendo del concepto medieval de adultos en formación, pasando por la edad moderna donde su formación académica estuvo en el centro de la concepción de la niñez. En las épocas contemporáneas se comenzó a considerar a los niños como seres humanos los cuales, por sus características particulares son vulnerables y por lo tanto susceptibles a ser discriminados y menospreciados, siendo necesario protegerlos

Esta visión de la necesidad del cuidado hacia los niños y adolescentes, el cual se fortaleció durante la segunda mitad del siglo XX, y que finalmente devino en la adopción por parte de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰, es la que proporciona las herramientas necesarias para construir el concepto jurídico de niñez. Asevera Colombato (2013), que “el concepto jurídico de niñez es el que permite realizar todas las acciones tendientes a proteger el ISN, de esta forma se le pueden garantizar a los niños todos sus derechos y el trato preferencial que éstos reciben” (p.32).

En la actualidad argentina, han tenido la presencia de proyectos a regular las prácticas de TRHA, uno de ellos elaborado por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y otro por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. Estos proyectos se inclinan en regular el alcance para poder tener acceso a la técnica sin fines de lucro, difiriendo en la intervención judicial, el carácter previo, el acceso a los datos del niño o niña para su gestación, la interrupción del embarazo (dentro de sus 14 primeras semanas). En el sistema legal argentino la filiación de la madre puede tener lugar por dos vías.

Por la comprobación del hecho del parto, conforme el art. 565 del CCyCom (que incluye a los hijos nacidos mediante TRHA a través de la disposición especial del art. 562), o bien mediante la adopción, ya sea de forma individual o conjunta, de un menor no relacionado

²⁰Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

biológicamente con ninguno de los adoptantes o descendiente genético de uno de ellos (Ales, 2016, p.2).

De esta manera, se reconoce que existe un vínculo parental basado en la progenitura y otro en la conjunción de la voluntad y la intervención estatal a través de la figura de la adopción. Por lo tanto, con la inclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y la modificación expresa de la regla de diversidad sexual en la filiación, el menor puede tener dos vínculos filiatorios con personas de igual sexo.

Aunado a ello, con la sanción de la Ley 26.994²¹, la legislación descartó la gestación por sustitución que preveía el artículo 562 del antiguo Ante Proyecto, que posterior a ello se registraron dos precedentes en los que se tuvieron por válidos el comentario anterior. Asimismo, se resolvió que la filiación del recién nacido de acuerdo con la gestación por sustitución no será determinada por el principio de *mater semper certa est* del artículo 565 del CCyCom²² sino, de acuerdo a la voluntad pro creacional de la pareja.

En este sentido, la clave para la definición jurídica de la niñez radica en el cambio de punto de vista, de menores de edad hacia niños, niñas y adolescentes. De esta manera, ya no se les considera personas con carencias, es decir no maduros mental, emocional y sexualmente, sino personas cuyas carencias, lejos de cercenar su razonamiento les hace susceptibles de recibir ayuda para acoplar su forma de ver el mundo a la realidad del ámbito jurídico. En este sentido, la inclusión de los niños, niñas y adolescentes en el CCyCom²³, radica en la visualización de los mismos como personas que deben recibir ayuda para garantizar su plena expresión como seres humanos.

1.3. Conceptualización del interés superior del niño

En primer lugar, se debe resaltar que, el Interés Superior del Niño (ISN), es el punto de partida para la inclusión de éstos en el marco jurídico, específicamente en el CCyCom²⁴ argentino, ya que cuenta con jerarquía constitucional. Es necesario ahora definir de manera clara el concepto de ISN, y sus implicaciones dentro de la dinámica jurídica de la nación. En este sentido, es necesario partir de la idea de que los niños, niñas y adolescentes, como seres

²¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²² Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²³ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

humanos en formación, cuyas características requieren del cuidado de la sociedad, gozan de un interés superior a otros miembros de ésta.

Cabe destacar que, el ISN es un principio instituido en la legislación argentina a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵, de manera casi inmediata a su aprobación por parte de la Organización de las Naciones Unidas, ya que se elevó a rango legal en 1990, a través de la Ley 23.849²⁶, la cual fue promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990, e indica de manera expresa la mencionada adopción.

En primer lugar, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) define quiénes son susceptibles de ser protegidos, es decir, define quiénes son los niños, lo hace desde el punto de vista jurídico, como toda aquella persona que no haya alcanzado los 18 años de edad, salvo en las legislaciones que prevean una edad distinta.

En el caso de la República Argentina, aplica la edad de 18 años como el umbral de la adultez, reconociendo como niños a quienes aún no han cumplido la mencionada edad. En este sentido, se debe considerar que el Interés Superior del Niño es un principio contra el cual no es posible legislar, por lo que todas las leyes que se refieran a este grupo social en particular deben contemplar este principio de manera obligatoria.

En el caso de la legislación argentina, el interés superior se refiere al niño, no al menor como en algunas legislaciones de otros países. Por su parte, afirma Solari (2010) que, “la visión de niño surgida de la Convención de los Derechos del Niño²⁷, le da ciertas características de ser humano que se encuentra en formación, contrapuesto al concepto de persona que carece de aptitudes” (p.2).

En razón de ello, cabe considerar en primer término que el concepto de Interés Superior del Niño debe comenzar por dejar claro que los niños requieren de un cuidado especial por parte de la sociedad, lo que legalmente tiene rango constitucional. Resulta entonces un derecho inalienable de quienes no han cumplido los 18 años.

Por otra parte, Torrecuadrada (2016), establece que es un derecho de larga data, ya en la Europa del siglo XVIII, se tuvo en cuenta este derecho, ya que se mencionaba en distintas

²⁵ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

²⁶ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

²⁷ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

jurisprudencias que siempre debería prevalecer lo que fuese mejor para el niño. De allí en adelante, el principio tuvo un desarrollo desde el punto de vista del derecho internacional y desde la perspectiva de las legislaciones regionales. Ello ha devenido en el actual concepto que se basa principalmente en buscar siempre las decisiones jurídicas que amparen a los niños dada su condición.

De igual manera señala Torrecuadrada (2016), que el punto de inflexión en el derecho internacional en cuanto al ISN, con el advenimiento de la CDN²⁸. De allí en adelante, las legislaciones de la mayoría de los países del mundo asumieron estos principios para su legislación, lo que en el caso de la República Argentina llegó a rango constitucional.

Es importante resaltar que, el reconocimiento del interés superior radica en que los niños tienen una serie de características que no deben ser vistas como limitaciones, sino como puntos de la personalidad que aún se encuentran en desarrollo. Debido a ello, tiene que contar con la ayuda de los adultos, de tal forma que esas carencias no se vuelvan contra ellos, sino que sirvan de punto de partida para ayudar en su protección.

En este sentido, se ha desarrollado, tanto en la legislación internacional como en la legislación de cada nación, un conjunto de derechos inherentes al niño, los cuales son interdependientes dentro de un sistema general de derechos humanos. Esto quiere decir que los niños, si bien como seres humanos cuentan con todos sus derechos, poseen ciertas características que demandan a la Ley que se tomen las decisiones que siempre les favorezcan. En razón que los niños aparte de necesitar ayuda, representan el futuro de la sociedad, por lo que deben ser cuidados de manera particular (Torrecuadrada, 2016).

Asimismo, para completar la definición, es necesario tomar el concepto jurídico expresado en la CDN respecto al interés superior en su artículo 3²⁹. Respecto a esta definición, se tiene en primer lugar el término que refiere que el ISN estará presente en todas las decisiones que le conciernan.

En relación a ello, Zermatten (2003), asevera que “esto trasciende incluso el ámbito jurídico, y como es el caso de la República Argentina, no es posible ni siquiera legislar de

²⁸Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

²⁹ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

manera contraria al principio por su rango constitucional” (p.16). Por esta razón, siempre que se tome una decisión donde estén involucrados los niños, éstos deben ser favorecidos.

Por otra parte, Zermatten (2003), señala que “todas las instituciones que deban tomar decisiones referentes a los niños deben cumplir con este, no existe un ámbito restringido de aplicación, sino que en todos los ámbitos y circunstancias donde estén inmersos los niños su interés debe prevalecer” (p.32). Esto quiere decir que, en todos los ámbitos de la sociedad, los niños deben gozar de protección.

Finalmente, existe una frase que según Zermatten (2003), la obligatoriedad de tomar en cuenta el ISN, “viene dada por el hecho de que el Interés Superior del Niño debe constituirse no solo en una consideración, sino que ésta debe gozar de carácter primordial” (p.33). Por esta razón, en la República Argentina, por mandato constitucional, el ISN debe prevalecer de manera obligatoria, de manera que dicho interés es aplicable de manera transversal a todas las situaciones y a toda la legislación en materia de derechos humanos.

En la anterior definición, que se resume al hecho de que los intereses de los niños siempre van a prevalecer, se encuentra inmersa la idea de los procesos jurídicos. En dichos procesos, el niño debe presentar su versión de los hechos, debe argumentar y debe realizar señalamientos. De esta manera, para que el ISN prevalezca, es necesario que éstos sean escuchados de manera correcta, para que su posición, dependiendo de su desarrollo personal, siempre sea bien interpretada y se le pueda brindar la protección requerida por la Ley.

1.4. La niñez en el proceso: el derecho a ser oído

Los niños y adolescentes tienen derecho a expresar sus ideas y consideraciones en el marco de procedimientos jurídicos que guarden relación con su vida, esto trae como consecuencia que los infantes puedan expresar sin ningún tipo de restricciones todas sus ideas, consideraciones y puntos de vista acerca del proceso jurídico que les atañe. Por esta razón expresa Luft (2016), que “es necesario que los niños puedan ver salvaguardado su derecho a ser oídos, y más allá, su derecho a participar de manera decisiva en los procesos judiciales que les atañe” (p.20).

Para cumplir con esto, Luft (2016), expresa que el derecho a ser oído debe ser abordado desde varios ámbitos, el primero de ellos representado por el interés superior. En anteriores párrafos se ha expresado la naturaleza de los intereses de los niños y adolescentes, éstos deben

ser tomados en cuenta de manera preferente por las características de los niños. Ellos deben ser equiparados en sus derechos con los adultos, lo que implica que éstos deben prevalecer por sobre los demás al momento de las decisiones judiciales.

En segundo lugar, es necesario abordar el derecho a ser oído desde el punto de vista de la familia y la responsabilidad parental. Para esto, se requiere que el entramado legal tome en cuenta que los niños y adolescentes se encuentran a cargo de otros familiares, de tal forma que el papel de la familia debe ser concebido a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁰. De acuerdo a lo expresado por Luft (2016), “en la actualidad los niños y adolescentes ya no son sujetos de la institución denominada patria potestad, bajo cuyo concepto los niños son sujetos que deben ser protegidos y representados en todo momento” (p.21).

En este sentido, actualmente los niños y adolescentes deben ser visualizados como sujetos de derecho, con la diferencia de que éstos se encuentran en formación, punto en el que radica la diferencia con la antigua concepción de patria potestad. De esta manera, los niños en la actualidad deben concebirse como personas en pleno ejercicio de sus derechos, con características especiales que les hacen susceptibles de ser protegidos por el Estado y la sociedad.

Como la sociedad y el Estado se encuentran en la responsabilidad de proteger a los niños y adolescentes, las instituciones encargadas de impartir justicia deben actuar de tal forma que sus decisiones puedan trascender las fronteras de la autoridad familiar sobre los niños, haciendo que las actuaciones de los órganos de justicia deban situar el bien de los infantes por sobre los intereses de la familia. Este posible conflicto se resuelve a favor del Estado, ya que los órganos de justicia, actuando sobre la base de la Ley, están en la obligación de proteger el interés de los niños (Luft, 2016, p.23).

Dentro del contexto anteriormente descrito, Luft (2016), establece que “los niños y adolescentes, entendidos como sujetos de pleno derecho, deben realizar sus aportes a los procesos judiciales tomando en cuenta su desarrollo, cuestión ligada a su capacidad de comprender las situaciones sin estar determinada por la edad” (p.24). En este sentido, cuando los niños y adolescentes se encuentran en capacidad de comprender las situaciones jurídicas que se están ventilando, pueden realizar sus aportes sin presiones y en un ambiente propicio para que puedan expresar todo cuanto deseen.

³⁰ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

Cabe destacar que, en algunas ocasiones, el desarrollo del niño hace que no se encuentre capacitado para comprender a profundidad la naturaleza de los temas abordados en los espacios judiciales, siendo necesario en estos casos el acompañamiento de adultos que puedan ayudar al niño a expresarse para que éste pueda ser comprendido de la mejor manera. Sin embargo, esto no impide que estos niños tengan un espacio donde puedan expresar de manera voluntaria y sin ningún tipo de mediación sus ideas, deseos y consideraciones.

La anterior descripción sobre el derecho de los niños y adolescentes a ser oídos tiene un basamento legal sustentado en las instancias internacionales, las cuales han tomado decisiones en materia de protección de los derechos de los niños. El documento principal y que es fundamental en este aspecto es la Convención sobre los Derechos del Niño³¹. Esta declaración establece todos los parámetros bajo los cuales se debe abordar el derecho de los niños a ser oídos en el marco de los procesos judiciales.

Por lo tanto, una vez establecida la base en el derecho internacional, es necesario tomar en cuenta que en la Argentina se adoptó esta declaración con rango constitucional a partir de 1994. En razón de ello, a partir de entonces la legislación ha sido adaptada para que se permita el goce del derecho a ser oídos por parte de los niños y adolescentes. Esto quiere decir que toda controversia que sea elevada a los tribunales de justicia, en la cual se comprometan intereses de niños y adolescentes, debe contar con las declaraciones de éstos.

Por otro lado, para establecer la forma en la cual se tomarán las declaraciones a los niños y adolescentes, Najurieta (2018), establece que “esto se hará de acuerdo con el grado de desarrollo de los infantes. De esta manera, a medida que los niños ganan comprensión acerca de las situaciones que se ventilan en los tribunales, éstos podrán aportar de manera más independiente” (p.78). Esto mientras se encuentre en fases del desarrollo de la comprensión donde aún les cueste decodificar las abstracciones, por lo cual se necesitará más apoyo.

Para ilustrar esta situación puede tomarse como ejemplo un niño que aún se encuentra en fase de formar competencias en la comprensión de la lectoescritura, este infante deberá contar con mayor ayuda que un adolescente que ya tiene una base más sólida para la comprensión de los problemas judiciales. Este principio se denomina capacidad progresiva de los niños, y se toma en cuenta al momento de realizar los trámites para que éstos sean escuchados en los procesos judiciales (Najurieta, 2018, p.79).

³¹ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

Además de ello, sostiene Najurieta (2018), que escuchar a los niños en los procesos judiciales no solo trae beneficios a éstos, sino que también se convierten en una herramienta muy efectiva para que los procesos judiciales cuenten con mayores fuentes de información. Esto hace que sean mucho más rápidos, y se garantice plenamente que las decisiones surgidas de los tribunales serán cónsonas con los intereses superiores de los niños y adolescentes. De este modo, se cumple con la normativa legal de rango constitucional en la Argentina.

Es importante destacar igualmente que, el derecho de los niños a ser oídos tiene ciertas características particulares. De esta manera, cuando los niños y adolescentes se encuentran inmersos en controversias donde sus intereses entran en juego, casi siempre se trata de procesos judiciales de familia. A criterio de Vigo (2016) “los procesos judiciales de familia siempre implican la contraposición de intereses de los miembros de un grupo familiar, siendo los niños y adolescentes los más afectados pues se encuentran en medio de la controversia” (p.12).

Cabe destacar además que, existen ciertos procesos de familia que son los más comunes en los cuales pueden verse envueltos los niños y adolescentes, cuestión que reafirma el carácter de vulnerabilidad de los niños ante la lucha de intereses familiares. De acuerdo a lo expresado por Vigo (2016), “pueden darse juicios por apellidos, tutelas, matrimonios de personas que no han alcanzado la mayoría de edad, casos de embriones concebidos a través de técnicas de reproducción asistida, casos de adopción y de responsabilidad parental” (p.15). Por lo tanto, de acuerdo a la ley, los entes decisores deben tomar en cuenta la declaración de los niños, de tal forma que siempre favorezcan sus intereses.

El derecho a ser oído de los niños y adolescentes se basa directamente en la Declaración sobre los Derechos del Niño³², la cual introduce el concepto de Interés Superior del Niño. El concepto de ISN no se encuentra desarrollado en la CDN. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha interpretado la norma y ha dictado que los países del hemisferio que se han adherido a la misma desarrollen en su legislación normativa que se encuentre orientada hacia la preservación de los derechos del niño de manera preferente.

En este sentido, la legislación que se desarrolle al respecto debe contener de manera detallada la forma en que los niños y adolescentes serán escuchados. En primer lugar, expresa Pagés (2015), “debe estar presente el principio de la capacidad progresiva, lo que hace que los

³² Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

niños y adolescentes puedan aportar sus declaraciones en función de su desarrollo y sus capacidades para comprender las situaciones que se ventilan en el ámbito judicial” (p.2).

Finalmente, agrega Najurieta (2013), que es importante caracterizar las circunstancias más comunes en que los niños y adolescentes deben ser escuchados, de forma tal que se cuente con una base para decidir acerca de la legislación prioritaria para proteger el interés superior de los niños. Por esta razón, es importante destacar en primer lugar la madurez de los niños, lo que permite que puedan realizar aportes en todos los procesos judiciales, especialmente los de familia donde éstos ven sus intereses comprometidos.

Es importante igualmente considerar que, todos los juicios donde se involucren niños deben contar con toda la asistencia posible para que éstos, en todos los casos que deban ser escuchados puedan sentirse en un ambiente de confianza para hacerlo, o si es el caso, negarse a dar información si lo considera contrario a sus intereses. La legislación debe prever todas las posibles circunstancias bajo las cuales los niños prestarán declaración, de tal forma que éstos puedan aportar lo mejor de sí para el proceso judicial.

Acota Najurieta (2013), que “como la legislación obliga a que se respete el derecho a de los niños a ser escuchados, toda decisión que fuese tomada sin cumplir con este requisito será tenida como nula” (p.23). Es una afirmación tajante, pero que está sustentada en la jurisprudencia que de manera reiterativa han generado principalmente la Corte Suprema de la Nación y la Suprema Corte de Buenos Aires. De esta forma, se garantiza que absolutamente todos los procesos judiciales garanticen a los niños el pleno ejercicio de su derecho a ser oídos.

Conclusión parcial.

Los niños y adolescentes, tradicionalmente y tomando en cuenta la concepción que de los mismos se tiene en las distintas culturas, y a través de distintas épocas, han sido sometidos a tratamientos que menoscaban su integridad como seres humanos. Sus condiciones intrínsecas hacen que éstos no sean valorados en su justa medida, haciendo que las decisiones recaigan siempre en los adultos, sin reparar muchas veces en las necesidades de los niños, y sin pensar en cuál será la mejor decisión para ellos.

Cabe destacar que, la nueva visión comenzó a tomar forma luego de la segunda mitad del pasado siglo XX, momento en el cual se comenzaron a dar las discusiones acerca del tema,

cuestión que devino en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989³³. Este instrumento sirvió de inspiración y de guía para normar la actuación en materia de derechos de los niños en la mayoría de los países afiliados a la Organización de las Naciones Unidas.

Por lo tanto, como consecuencia de esta nueva concepción, el Estado debe garantizar a los niños y adolescentes de manera plena su derecho a ser escuchados, cuestión que tiene una base legal muy sólida ya que, en la República Argentina, la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴ fue adoptada con rango constitucional. Por lo cual, es deber del Estado legislar a favor de los niños, y garantizar que las decisiones judiciales que se tomen en casos que los impliquen, siempre se resuelvan favorablemente a los infantes.

De esta manera, puede existir un choque de intereses entre el Estado y las familias de los niños, sin embargo, esto debe resolverse siempre a favor de los niños y adolescentes, puesto que las decisiones judiciales no pueden contravenir normas de carácter constitucional. Esta situación debe hacerse generalizada, realizando acciones que sensibilicen a la sociedad a este respecto y que en todos los ámbitos se tenga el derecho de los niños como principal objetivo.

Para alcanzar esta meta, se debe trabajar de manera mancomunada, Estado, sociedad y familia, de tal modo que la concepción acerca de los intereses superiores de los niños prevalezca. En virtud que este sector de la sociedad requiere cuidado especial debido a que se trata del futuro de la sociedad, y cualquier acción contraria a sus intereses en el presente, puede representar una consecuencia negativa en los integrantes de la sociedad del futuro.

³³ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

³⁴ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

Capítulo 2: Normativa internacional en materia de restitución de menores

Introducción parcial.

La restitución del menor ha sido un instrumento internacional, el cual se está regulado en diferentes convenios y tratados internacionales suscritos por la Nación. Ello con la finalidad de que un menor que se encuentre sustraído en otro país pueda ser devuelto a su estado de origen mediante solicitud hecha por los progenitores o cualquier persona que tenga legitimación activa para hacerlo. Ante ello, en el presente trabajo se analizarán cada uno de los aspectos sobre los cuales dicho instituto ha sido regulado por parte de la legislación, comenzando con las disposiciones expuestas en la Convención de la Haya.

Por lo cual, se considera que debe ser el instrumento convencional base para tomar en cuenta la procedencia de dicho instituto al intentar abrir un procedimiento de restitución. En relación a ello, se tratará en primer lugar sobre los aspectos más relevantes que este tratado internacional incorpora en relación a dicho convenio, como el caso del procedimiento, la legitimación activa, y el juez competente para actuar.

Además de ello, se hará referencia a otros tratados internacionales que han sido suscritos por Argentina, que también contienen disposiciones para garantizar que este procedimiento pueda darse dentro de cada uno de los Estado partes. Este es el caso del Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay³⁵ y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores³⁶.

De esta manera, se tratará de ofrecer un análisis pormenorizado de lo que cada uno de los instrumentos internacionales regulan en relación con este procedimiento, a los fines de conocer con exactitud cuáles son los aspectos más relevantes para la procedencia de este instituto.

2.1. Normativa Internacional Vinculada a la Restitución Internacional de Menores

La restitución internacional de menores fue un instrumento incorporado a la legislación argentina, con la finalidad de que los menores de edad que fueran sustraídos ilícitamente en

³⁵ Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay. Conferencia de la Haya. Montevideo, Uruguay, 31 de julio de 1981.

³⁶ Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya. 25 de Octubre de 1980.

otros países pudieran ser devueltos a su lugar de residencia, bajo los lineamientos establecidos en el régimen que regula dicho instrumento.

En razón de ello, muchos son los instrumentos internacionales que se han dictado y que actualmente han sido suscritos por parte de la República Argentina, que regulan dicho instituto. Entre ellos el más importante es el que ofrece un ámbito de protección más amplio es el Convenio de la Haya³⁷, el cual contiene disposiciones especiales relacionadas con la regulación de dicho instituto.

Cabe destacar que, básicamente los Convenios que han sido dictados para poder regular el instrumento de restitución internacional, han buscado velar por los derechos de custodia de los menores, que se encuentren en otros países. Debido a ello, los países contratantes se encuentran en la obligación de respetar los lineamientos de dichos convenios, sin importar el caso que se trate.

En este sentido, a través de dicha normativa, un menor que se encuentre ilícitamente detenido en otro país, puede hacer uso de este instrumento para poder regresar a su país de origen, o bien al país donde este tenga residencia, de modo que sus derechos puedan ser protegidos desde el plano de su nacionalidad y no desde un régimen extranjero.

De esta manera, la finalidad de la implementación de estos regímenes es que desde el punto de vista internacional exista una regulación que obligue a los Estados partes a seguir los lineamientos que dentro de cada convenio se expone, en los casos en que exista conflicto sobre la restitución de un determinado menor, pro la comisión de un hecho ilícito.

En razón de ello, lo que se persigue con la implementación y reconocimiento de estos tratados internacionales, con carácter de convenios, es que los Estados contratantes puedan regirse a través de un régimen que los obligue a reinstituír menores, según las circunstancias del caso. Ello bajo la perspectiva de que se compruebe que hay alguna retención ilícita por el país en el cual se encuentre detenido.

De esta manera, muchos han sido los convenios que se han dictado con la finalidad de regular dicho instrumento, el más importante de ellos tal y como se dijo anteriormente, es la

³⁷Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores³⁸, adoptado por la Conferencia de la Haya Sobre Derecho Internacional Privado en sesión del 25 de agosto de 1980.

Posteriormente, fue aprobado por Argentina en el año 1990, mediante la Ley 23.587³⁹, este convenio unió a 73 países, y buscó por medio de su reglamentación garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante. Así como también, de velar porque los derechos de custodia y de visita que de alguna manera estuvieren vigentes en la normativa de los Estados contratantes se respetaran en los demás Estados que hubieren suscrito la referida Convención.

En efecto, parte de la regulación que establece la referida convención está encaminada a que los Estados contratantes cumplan todos los lineamientos en ella dispuesta. Por su parte, el artículo 2⁴⁰ a los efectos de cumplir los objetivos que el propio convenio dispone que, “los Estados partes deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan a los fines de que su contenido se cumpla fehacientemente”⁴¹. Debido a ello, la Convención establece requisitos de fondo que deben ser imprescindibles para la aplicación de este, para ello, expresamente el artículo 3⁴² menciona cuando es procedente un procedimiento de traslado o retención ilícitos.

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 el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención⁴³.

A los fines de la presente regulación dispuesta en el precitado convenio, resulta imperioso denotar que el derecho de custodia aludido en el inciso A, puede resultar, en particular de una atribución de pleno derecho. Así como también, de una decisión que tenga carácter administrativo o judicial, o por su parte de un acuerdo vigente que sea parte de la propia

³⁸ Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

³⁹ Ley 23.587. Boletín Oficial de la República Argentina, 24 de mayo del 2002.

⁴⁰ Artículo 2 de la Ley 23.587. Boletín Oficial de la República Argentina, 24 de mayo del 2002.

⁴¹ Artículo 2 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

⁴² Artículo 3 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

⁴³ Artículo 3 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

legislación del Estado donde se encuentre el menor.

De acuerdo con ello, la procedencia para este tipo de instrumentos puede resultar de cualquier acto que sea procedente de los órganos del Estado parte del convenio que resulte violatorio del derecho de custodia y ello haga que se decrete la procedencia del instrumento de restitución.

Cabe destacar que, la Convención hace referencia al tiempo estipulado para la procedencia del mencionado instituto. De esta manera, el artículo 12 de la Convención⁴⁴ estipula que en el caso en que un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente, y la fecha en la cual se debiera dar inicio al procedimiento hubiere transcurrido un periodo inferior a un año, contados desde el momento del traslado o la retención ilícita, la autoridad competente podrá ordenar la restitución del menor. Por lo que, el tiempo inferior a un año será imprescindible para que el estado en el cual resida el menor retenido ilícitamente pueda pedir su restitución bajo el procedimiento establecido en el referido convenio.

Por lo tanto, cuando haya transcurrido más de un año, el Estado contratante de origen o residencia del menor, podrá ordenar la restitución inmediata a manos que se dé por demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio. En el caso de que dicha restitución sea o no procedente para el caso específico, la resolución sobre la cual se decrete la misma deberá adoptarse en un plazo máximo de seis semanas. Una vez culminado este sin que se haya dictado un dictamen favorable, podrá solicitarse que informen sobre las razones de la demora de la resolución.

En razón de ello, la Convención de la Haya aclara en su artículo 13⁴⁵ asevera que, si bien el Estado que pida la restitución se encuentra en su derecho de pedirla casi de forma inmediata, bajo el punto de vista de que se está siendo retenido ilícitamente. Pero, el Estado en el cual el menor se encuentre retenido no está obligado a cumplirla, bajo la concurrencia de ciertas excepciones que el propio artículo describe.

La autoridad Judicial la autoridad judicial o administrativa del estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejerciera de modo efectivo el derecho de

⁴⁴ Artículo 12 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

⁴⁵ Artículo 13 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

custodia en el momento en que fue trasladado o retenido había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable⁴⁶.

Lo anterior expuesto demuestra que, si bien la restitución del menor desde el punto de vista internacional es casi inmediata para los Estados de residencia del mismo, esta puede ser negada cuando haya concurrencia de los requisitos previstos anteriormente. Ello quiere decir que este instituto no puede alegarse, o mejor dicho solicitarse, bajo el único fundamento de que el menor es residente el país que lo pide, o que está retenido ilícitamente. En ese caso el juzgador a cargo debe evaluar las razones por las cuales el país solicitante está pidiendo al menor, y si las condiciones en el mismo resultan ser las más favorables para su interés superior.

Por su parte, la norma también dispone que la autoridad judicial o administrativa a cargo de dicho procedimiento, también tiene derecho a negar el recurso de restitución, si se comprueba que el propio menor se opone a la misma, esto es que no quiera regresar al país de residencia o de origen que lo está pidiendo. Ello acontece siempre y cuando el menor tenga la madurez y edad suficiente para que se pueda tomar en cuenta su opinión sobre su destino en un país u otro.

De esta manera, al examinar cada una de las circunstancias que operan para que pueda darse por sentado la procedencia de dicho instituto, las autoridades competentes, sean judiciales o administrativas, deberán tener en cuenta la información que proporcione la autoridad central o competente del lugar que residencia del menor sobre la situación social. Ello a los fines de que se tenga en cuenta la misma, para poder decidir la procedencia o no de la restitución del menor.

Además de ello, sobre las otras excepciones en las cuales no opera el instituto de la restitución, las mismas se encuentran previstas en el artículo 20 de la Convención de la Haya⁴⁷, y básicamente en esos casos la restitución podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado. Los cuales tengan que ver con la protección de derechos humanos.

Por lo tanto, a pesar de que el instituto pueda ser procedente en la mayoría de los casos, no sólo por tratarse de un menor, sino también porque el mismo no se encuentra en su país de

⁴⁶ Artículo 13 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

⁴⁷ Artículo 20 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

origen, existen ciertas excepciones en las cuales el mismo no puede proceder. Esto puede suceder porque se viola su interés superior, o porque la precedencia del mismo iría en contra de los derechos humanos y principios fundamentales del propio Estado.

En relación a ello, se puede denotar como el instituto de la restitución del menor debe pasar por parte del juzgador por un análisis exhaustivo de las circunstancias que rodean el caso en cuestión, en virtud de que el mismo no puede ser procedente si se dan las excepciones que la propia Convención establece.

En lo que respecta al derecho de custodia, el Convenio en cuestión aclara, que la decisión que sea procedente de una solicitud de restitución de un menor no afectará en ninguna medida la cuestión de fondo del derecho de custodia. Esta aclaratoria se encuentra regulada en el artículo 18 del precitado Convenio⁴⁸, y básicamente está encaminada a que se determine que aun cuando un procedimiento de restitución este en curso, y la decisión haya sido procedente o denegatoria para el mismo. Ello no puede afectar el derecho de custodia que en principio deben tener los padres o los representantes sobre el menor.

Otra de las cuestiones de gran importancia que incorpora el Convenio, es la necesidad de que las autoridades competentes, sean estas administrativas o judiciales puedan promover la colaboración entre los respectivos estados, para poder garantizar que la restitución opere de forma inmediata. Ello se lleva a cabo con el fin de que sean logrados el resto de los objetivos que plantea el convenio a los fines de este instituto. En relación con ello, los Estados contratantes se encuentran en la obligación de adoptar las medidas que sean procedentes y apropiadas para que se puedan prevenir mayores daños al menor, o resulten perjudicados las partes contratantes.

De igual manera, deberán garantizar la restitución voluntaria, o bien facilitar la solución que resulte más conveniente y en la que los Estados queden en buenos términos, también deberán intercambiar toda la información necesaria referente al menor. Así como de la legislación de su país, y entre otros aspectos deberán facilitar la obtención de la instancia judicial y garantizar la restitución sin que el menor pueda sufrir algún peligro. Asimismo, deberá asegurar la información sobre la aplicación del Convenio y eliminar en lo que fuere posible los obstáculos que de alguna manera impidan que el régimen previsto en el referido

⁴⁸ Artículo 18 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

convenio pueda ser aplicado al referido procedimiento.

En efecto, el Convenio de la Haya⁴⁹ se transforma en un instrumento normativo que no solo obliga a las partes a garantizar la restitución del menor en los casos en que este se encuentre ilícitamente detenido en otro país, sino que también contempla obligaciones para los Estados contratantes que son adyacentes a la garantía de dicho proceso de restitución. En razón de ello, los Estados deberán garantizar que, bajo lazos de amistad entre las diferentes legislaciones, el menor no pueda salir perjudicado de dicho procedimiento.

El referido convenio expone que la solicitud de restitución podrá ser denegada si en su país de origen se viola su interés superior o sus derechos humanos fundamentales. Asimismo, también puede ser procedente la negativa del menor de trasladarse a su país de origen, siempre y cuando este tenga la madurez suficiente para negarse a ello, y en los términos en que su opinión pueda tenerse en cuenta al momento de la procedencia de este instituto.

Con respecto al procedimiento de restitución, la Convención de la Haya⁵⁰ dispone de un procedimiento autónomo que se deslinda en dos fases, la primera de ellas de carácter voluntario que se da entre las autoridades centrales. La segunda de ellas de carácter contencioso, la cual se materializa ante las autoridades judiciales o administrativas competentes, y tiene el carácter de urgencia. Por lo que, en esta fase, las autoridades en cuestión deberán actuar de la manera más celerante posible y disponer la procedencia de la restitución según los casos de excepción expresamente previstos en el precitado convenio.

Por lo tanto, una característica primordial de este procedimiento es que el régimen dispuesto por el Convenio de la Haya⁵¹ permite que la solicitud de restitución se efectúe ante la autoridad central del Estado de residencia habitual del niño, también ante cualquier Estado parte. También puede ser directamente ante las autoridades judiciales administrativas del Estado en el cual se encuentre retenido el menor, según lo dispuesto en el artículo 29 del Convenio de la Haya⁵².

Por otro lado, para la determinación del inicio del procedimiento, se debe primero localizar al menor, y por consiguiente el sitio en el cual se encuentra recluido el mismo, una

⁴⁹ Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

⁵⁰ Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

⁵¹ Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

⁵² Artículo 29 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

vez que este se encuentre localizado. Por su parte, la autoridad central competente deberá verificar que se cumplan todos los requisitos que dispone el Convenio para la procedencia del procedimiento de restitución, de modo que pueda aplicarse el mismo al caso sobre el cual se está solicitando y sea este viable ante la justicia.

Asimismo, el procedimiento de restitución también podrá ser objeto de mediación, por lo que antes de iniciar el procedimiento contencioso las partes pueden llegar a un acuerdo amigable sobre la situación del menor y el procedimiento como tal. Razón por la cual, si el padre requirente lo autoriza, este puede tomar contacto con el otro progenitor a los fines de que se llegue a un acuerdo entre las partes sobre dicho procedimiento. La mediación puede darse en sede administrativa, o bien ante la autoridad central como instancia prejudicial, así mismo también puede tener lugar en el ámbito judicial, dependiendo de las circunstancias del caso.

Es importante tener en cuenta que, un retorno voluntario no es lo mismo que un retorno amistoso o espontáneo derivado de un procedimiento de mediación acordado entre las partes. El retorno voluntario es aquel consentido por el menor, cuando se autoriza el retorno o la restitución del mismo a su país de origen o de residencia. Por otro lado, el retorno amistoso es aquel que acuerdan los progenitores en representación del menor, al país de donde se esté solicitando este y que es producto de un proceso de mediación o conciliación acordado entre estos. Este se materializa en virtud de la intervención de una tercera persona que ha decidido sobre la solución del caso, derivado del acuerdo entre las partes.

En relación con ello, la autoridad central Argentina, particularmente ofrece siempre al peticionante la posibilidad de intentar una etapa voluntaria extrajudicial antes de radicar el proceso ante la justicia. Para ello se envía una nota al padre sustractor del menor a objeto de que el mismo recapacita y restituya al niño inmediatamente y de forma voluntaria al país requerido, explicándole de manera clara las consecuencias que se generarían ante su negativa.

De esta manera, en estos casos a modo de que el padre sustractor cumpla con la petición hecha, se le ofrece un régimen de visitas para poder culminar de manera voluntaria con el estado de sustracción del menor. Ante ello, a fines de que se evite la demora sobre dicho procedimiento de conciliación se otorga un plazo de 10 días para el padre sustractor, para que este pueda responder a la petición hecha por la autoridad competente.

En caso de que ningún acuerdo sea posible, se procederá a remitir la documentación al

juez competente con la finalidad de que se pueda dar cumplimiento a la solicitud de restitución efectuada por la autoridad central requirente, para que resuelva sobre la cuestión en un plazo de seis semanas. Luego de que se cumpla dicho lapso, puede decirse que se ha entrado a la fase contenciosa o judicial de procedimiento caso en el cual, el proceso queda en manos exclusivamente del poder judicial, quien será el que determinara la procedencia o no del instituto de restitución del menor solicitado por uno de los progenitores.

Sin perjuicio de ello, la autoridad central podrá ponerse a disposición del tribunal y de las partes con la finalidad de que se pueda brindar cualquier tipo de información que sea relevante para el caso. Así como también, de bien brindar cualquier ayuda necesaria, de manera que se promueva la cooperación entre las autoridades competentes, colocando siempre con imperiosidad el interés superior del niño.

Resulta imperioso denotar que, si bien la vía contenciosa en la mayoría de los casos resulta dañina y traumática para el menor, en general pocos son los casos que se resuelven por la vía de la conciliación o la mediación. Por lo tanto, en la mayoría de los casos se hace necesario recurrir a la justicia para que se resuelva la restitución por la vía contenciosa o judicial. En relación a ello, la legitimación activa para iniciar un procedimiento de restitución, el Convenio de la Haya, dispone en su artículo 8 que:

Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención, con infracción del derecho de custodia podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor⁵³.

En este sentido, la legitimación activa queda dispuesta en el Convenio de la Haya⁵⁴ de una forma amplia, ya que permite que cualquier persona u organismo que tenga conocimiento que un menor está retenido ilícitamente puede solicitar el respectivo procedimiento de restitución para que el menor pueda ser devuelto a su lugar de origen o de residencia habitual.

Bajo este contexto, a diferencia de otros convenios en el cual la legitimación activa solo está dispuesta para los progenitores, como el caso de Convenio Argentino-Uruguayo sobre

⁵³ Artículo 8 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

⁵⁴ Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

Protección Internacional de Menores⁵⁵. Por su parte, el Convenio de la Haya⁵⁶ amplía este margen para poder garantizar que todos los menores que se encuentren en estado de retención ilícita puedan ser restituidos de la manera más rápida posible.

Entre otros aspectos, el artículo 8 del Convenio de la Haya, dispone todo lo relativo a los requisitos que debe contener la solicitud para el procedimiento de restitución. A tales efectos, expone la precitada norma que,

La solicitud deberá incluir a) la información relativa a la identidad del solicitante, del menor que se encuentra sustraído y de la persona que alega que ha sustraído al menor; b) la fecha de nacimiento del menor sustraído, siempre y cuando se tenga conocimiento de la misma o sea posible obtenerla, c) los motivos en los cuales se basa el solicitante para pedir la restitución del menor; d) toda la información que se considere pertinente a los fines de localizar al menor, así como obtener la identidad de la persona con la cual se supone que se encuentra el menor⁵⁷.

Aunado a ello, deberán entregar otros requisitos a saber: copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes, una declaración jurada o certificación siempre y cuando esta sea expedida por la autoridad central o bien por una autoridad competente del estado en donde el menor tenga su residencia habitual.

Igualmente, debe entregar cualquier documento pertinente que se considere necesario a los fines de acompañar la solicitud para que esta pueda ser fehacientemente aprobada por las autoridades competentes en conocer de la misma. En razón de ello, el solicitante debe cumplir con todos y cada uno de estos requisitos de manera que la autoridad central competente pueda revisarlos y aprobar la solicitud para iniciar dicho procedimiento.

2.2. Juez Competente

La determinación del Juez competente para decidir sobre la procedencia o no de la restitución del menor, la Convención de la Haya⁵⁸ dispone que, una vez producido el traslado o retención del niño, serán las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre. Esto es el Estado de refugio, quienes decidirán acerca de su restitución al Estado de residencia habitual.

⁵⁵ Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay. Conferencia de la Haya. Montevideo, Uruguay, 31 de julio de 1981.

⁵⁶ Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

⁵⁷ Artículo 8 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

⁵⁸ Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

Ante esta premisa, será el juez del Estado en el cual se presume se encuentra sustraído el niño quien decidirá acerca de su restitución hacia en el Estado de origen o en el que tenga su residencia habitual. Esto es el estado requerido, ante ello, la autoridad en cuestión aplicará tanto su legislación como el procedimiento adecuado para la procedencia de dicho instituto con la finalidad de que el proceso pueda llevarse a cabo con total normalidad, y serán las autoridades, quienes decidirán en última instancia sobre el destino del niño.

Dicha afirmación ha sido destacada por la prestigiosa doctrina en innumerables ocasiones, al disponer que en este procedimiento la decisión final sobre el reintegro del niño queda en manos de la autoridad competente del Estado de refugio. En razón de ello, no puede haber intervención del otro Estado al cual el menor se pretende restituir, al menos en la parte de la decisión, en virtud de que la misma le corresponde únicamente a la autoridad judicial del Estado en el cual se encuentre el niño.

Sin embargo, ello no es impedimento para que el Estado al que se pretende restituir el niño, pueda intervenir de manera directa o indirecta, para verificar el Estado del proceso o para ofrecer alguna información que resulte valiosa para el mismo. Por ejemplo, la autoridad del Estado extranjero donde se encuentre el niño puede pedir antes de emitir la declaratoria de procedencia de la restitución, una orden derivada de las autoridades del Estado de residencia del menor. Por lo cual, a través de ella se declara la licitud del traslado del niño o bien de la retención del mismo, según lo dispuesto en el artículo 3 y 15 de la Convención⁵⁹.

En razón de lo anterior expuesto, resulta importante denotar que aun en el caso en que la autoridad del Estado de residencia habitual del menor hubiere expedido la solicitud para reconocer el carácter lícito del procedimiento, es decir, del traslado o retención del menor. Ello no es motivo para desnaturalizar la competencia de la autoridad judicial del Estado en el cual el niño se encuentra retenido.

Aunado a ello, la intervención del Estado de residencia habitual del menor es indirectamente relevante dentro del proceso de restitución, es decir que no afecta en ninguna medida la competencia de la autoridad judicial que tiene a su cargo la decisión final. En efecto, podría decirse que sobre esta autoridad es que recae la responsabilidad de tener la última palabra, en la determinación de cuestiones como grave riesgo de exposición o peligro físico o

⁵⁹ Artículo 3 y 15 de la Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

psíquico, así como de interés superior del niño.

Cabe destacar que, el Convenio de la Haya⁶⁰ ha sido uno de los instrumentos internacionales que más ha sido tomado como referencia entre los Estados parte para poder regirse el procedimiento de restitución, sin embargo, no es el único que ha sido dictado con el fin de regular el mismo. De esta manera, Argentina además de haber suscrito este convenio, también tiene acuerdos ratificados con otros países que regulan el mismo procedimiento, pero desde una óptica diferente.

Un ejemplo de ello es el caso del Convenio de Montevideo Sobre Protección Internacional de Menores⁶¹, celebrado entre Argentina y Uruguay el 30 de Julio de 1981. Este instrumento tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores, que se encuentren indebidamente fuera de su territorio de origen o de residencia habitual, y evidentemente se encuentren en el territorio del otro Estado parte. Para este régimen, la presencia será considerada indebida, cuando exista una manifiesta y evidente violación de la tenencia guarda o derecho que sobre el menor ejerzan los padres tutores o guardadores.

Ante ello, el Convenio en cuestión define aspectos relevantes para la determinación de este instituto, como quienes serán los titulares de la acción dispuestos en los artículos 1 y 2⁶², esto es lo que tendrán legitimación activa, y lo que se entiende por residencia habitual del menor. Según este régimen, es aquel Estado donde el menor tiene su centro de vida. Todo ello son aspectos que resultan ser relevantes para que verificarse la existencia o no de este instituto en un determinado procedimiento judicial, para ello el Convenio de Montevideo⁶³ plasma todos y cada uno de los detalles pertinentes sobre los cuales este procedimiento será guiado. Dichas medidas difieren en ciertos aspectos de la regulación dispuesta en el Convenio de la Haya⁶⁴, sin embargo, ambos persiguen la misma finalidad: la declaratoria o no de la restitución del menor, dependiendo de las circunstancias del caso.

En relación a la edad de aplicación de este Convenio, para los menores que se encuentren

⁶⁰ Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

⁶¹ Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay. Conferencia de la Haya. Montevideo, Uruguay, 31 de julio de 1981.

⁶² Artículos 1 y 2 del Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay. Conferencia de la Haya. Montevideo, Uruguay, 31 de julio de 1981.

⁶³ Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay. Conferencia de la Haya. Montevideo, Uruguay, 31 de julio de 1981.

⁶⁴ Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

retenidos indebidamente en otro país, el régimen de este convenio contempla la mayoría de edad a los 18 años, sin embargo, debe tenerse en cuenta que ambos países, al suscribir el Convenio de la Haya⁶⁵, extienden la aplicación a la edad de 16 años.

Ante esta circunstancia, la edad base para la aplicación de este procedimiento es de 16 años, sin embargo, teniendo en cuenta las dos regulaciones, la aplicación más favorable para estas disposiciones permite que el procedimiento pueda aplicarse hasta la edad de 18 años. Por lo que resulta extensible a los fines de poder llevar a cabo la solicitud de un menor que se encuentre retenido indebidamente en otro país.

Por otro lado, acerca de los requisitos que debe contener la solicitud de restitución, el Convenio de Montevideo⁶⁶ interpone que la misma deberá acreditar la legitimación procesal del actor, juntamente con el fundamento de la competencia exhortante, así como la fecha en la cual se entablo la acción. Ante ello, el solicitante deberá también suministrar todos los datos que se consideren pertinentes para poder saber la ubicación del menor en el Estado requerido, para ello el Convenio dispone del plazo de un año, en el cual se podrá entablar la acción a partir del desplazamiento indebido del menor de edad.

En efecto, una vez que se cumplan con todos los requisitos antes descritos el juez competente que será la autoridad judicial del Estado en el cual se encuentre retenido el menor, tomara contacto personal con el menor, adoptando las medidas necesarias que aseguren su guarda provisional. Asimismo, deberá asegurar la restitución sin ningún tipo de demora.

Como se puede denotar, el Convenio de Montevideo⁶⁷ contiene las mismas pautas de manera generalizada que el Convenio de la Haya⁶⁸, con algunos criterios diferentes, ambos textos de carácter internacional regulan la restitución, y su única finalidad es que el menor pueda ser restituido en el menor tiempo posible para su Estado de origen o de residencia actual.

De esta manera, independientemente de que Argentina haya suscrito diferentes tratados internacionales, todos están dispuestos a regular las mismas pautas y los mismos criterios, con la única diferencia que se aplicaría el más favorable para el caso específico. Por ejemplo, la

⁶⁵ Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

⁶⁶ Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay. Conferencia de la Haya. Montevideo, Uruguay, 31 de julio de 1981.

⁶⁷ Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay. Conferencia de la Haya. Montevideo, Uruguay, 31 de julio de 1981.

⁶⁸ Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

cuestión de la edad, que en el Convenio de Montevideo⁶⁹ se regula hasta los 18 años, mientras que en el de la Haya solo es extensible hasta los 16 años.

De igual manera, otros tratados internacionales como la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores⁷⁰, también ratificados por Argentina, a fin de asegurar que este instituto y su procedimiento puedan garantizar al menor, una restitución favorable, sin ningún tipo de extravío o violaciones expresas a su interés superior. Para ello las legislaciones han tomado como base las pautas que el propio Convenio de la Haya⁷¹ dispone para así regular este instituto de una manera más favorable.

Debido a ello, cada tratado internacional dispone pautas diferentes en cada uno, sin embargo, todas ellas están encaminadas a disponer cuestiones más favorables en cuanto a su regulación, debido a ello según cada caso en específico se puede hacer uso de cualquiera de estos instrumentos normativos.

Conclusión parcial.

La restitución de menores es un instituto o instrumento mediante el cual una persona, con legitimación activa para obrar puede solicitar ante un Estado extranjero la restitución de un menor de edad alegando que este se encuentra sustraído ilegalmente en dicho Estado. Por lo cual, este instituto ha sido regulado por diferentes tratados internacionales, que han buscado ofrecer de manera expresa, e imponente para los Estados un procedimiento sobre el cual se deberán regir o para poder lograr en el menor tiempo posible, que la restitución del menor pueda realizarse, hacia su estado de origen o de residencia habitual. En razón de ello, en el presente trabajo se comenzó analizando lo que significa este instituto en sí, para posteriormente hacer un análisis exhaustivo de las disposiciones dispuestas por el Convenio de la Haya, en relación al dicho instrumento.

En efecto, se analizaron las disposiciones referentes a la legitimación activa para iniciar este tipo de procedimientos. De esta manera, se verificó que el Convenio de la Haya⁷² mantiene un margen amplio de personas que pueden hacer uso de este procedimiento. Ello debido a que

⁶⁹ Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay. Conferencia de la Haya. Montevideo, Uruguay, 31 de julio de 1981.

⁷⁰ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989.

⁷¹ Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

⁷² Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

dispone que cualquier persona o autoridad judicial puede intentar el procedimiento de restitución con el simple hecho de conocer que un menor se encuentra ilegalmente sustraído en otro país. Asimismo, se analizaron cada uno de los aspectos del procedimiento para poder llevar a cabo la restitución del menor, y lo relativo al juez competente.

Entre otros aspectos también fueron analizados otros tratados internacionales, como el Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay⁷³ y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores⁷⁴. Estos textos que también regulan dicho instituto y que han sido suscritos por la legislación argentina a los fines de regular aspectos que la propia Convención de la Haya⁷⁵ no dispone.

Ante ello, se considera que los instrumentos internacionales que actualmente regulan ese procedimiento son consecuentes con lo que implica el interés superior del niño al aplicar este tipo de procedimientos. Sin embargo, es importante que se tenga en cuenta que al disponer sobre la restitución de un menor debe garantizarse que el mismo no esté en condiciones peores que en su estado de origen que en el que se encuentra.

⁷³ Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay. Conferencia de la Haya. Montevideo, Uruguay, 31 de julio de 1981.

⁷⁴ Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya. 25 de Octubre de 1980.

⁷⁵ Convención de la Haya. 05 de octubre de 1961.

Capítulo 3: La restitución internacional de menores en el Derecho Internacional Privado

Introducción parcial

Desde el entorno internacional, se ha considerado que los niños, niñas y adolescentes son personas que merecen una especial protección debido a que estos no son capaces de obtener los recursos necesarios para satisfacer todas sus necesidades. Es por ello, que las personas que se configuran como progenitores y conforman en entorno familiar tienen la obligación de contribuir con la protección de este menor y con el desarrollo integral del mismo siempre atendiendo al interés superior del menor. En razón de ello, en el entorno internacional se han presentado diversos convenios que tienen como por objeto proporcionar una protección adecuada a los menores ante cualquier acto que viole sus derechos.

Es importante mencionar que, el entorno familiar es aquel donde el menor puede ver satisfechas todas sus necesidades, especialmente las afectivas donde se puede sentir seguros y donde aprender las primeras lecciones de vida para enfrentarse a los retos que se impongan en el entorno social. Pero, todo esto se puede afectar por los conflictos que se presenten en el entorno familiar donde los progenitores son personas de orígenes diferentes y en caso de separación o ruptura del vínculo matrimonial uno de ellos puede decidir sustraer o retener al menor en su país de origen sacando a este de su centro de vida.

Frente a todas las situaciones que se pueden presentar al respecto se ha presentado lo referente a la restitución internacional de menores, Argentina que forma parte de diversos instrumentos internacionales que protegen los derechos de los niños. Por medio de su CCyCom de la Nación⁷⁶ que entra en vigor desde agosto de 2015 incorpora dentro del título IV disposiciones de derecho internacional privado, la sección 8 que se refiere a la restitución internacional del niño, lo cual se identifica como un importante avance en este tema.

Debido a lo antes expuesto, este capítulo se encuentra dirigido a estudiar lo referente al derecho internacional privado en el CCyCom de la Nación⁷⁷ y la restitución internacional de menores, el protocolo de actuación para que se desarrolle la restitución, el interés superior del niño frente a la restitución internacional. Además de ello se analizará la problemática que se

⁷⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁷⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

genera por la demora de la justicia argentina, y la necesidad de sanción normativa específica.

3.1. El derecho internacional privado en el Código Civil y Comercial y la restitución internacional de menores

Antes de entrar a analizar este tema, es importante que se comience por contextualizar el pedido de restitución en orden a los Estados que se encuentran involucrados en este acto y en su consecuencia debe determinar la fuente que concurren a regir el caso concreto. En este marco conviene destacar que Argentina forma parte de la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores⁷⁸ y forma parte integrante del Convenio sobre los Aspectos Civiles de las Sustracción Internacional de Menores de la Haya⁷⁹. Estos instrumentos mediante la cláusula sustancialmente compatible se deben armonizar con la convención sobre el derecho de los niños y el acuerdo bilateral que vincula a Argentina con Uruguay sobre la protección internacional de los menores de 1981.

Se presenta un importante marco normativo que se encuentra conformado por importantes instrumentos internacionales que según Feldstein (2015):

Buscan proporcionar a los menores una protección adecuada con base a lo cual se garantice su desarrollo integral y un entorno familiar que se fundamente en el amor, comprensión y el respeto, donde el menor pueda satisfacer todas sus necesidades” (p. 87).

Con el término necesidades se entiende que el autor no únicamente atiende a las de contenido material sino también aquellas que sean de contenido afectivo. En criterio de Feldstein (2015), explica que “desde mucho tiempo atrás se han evidenciado diversos sucesos donde los perjudicados son los menores debido a que estos no cuentan con la capacidad adecuada, ni mucho menos con los recursos para defender y para autosatisfacer sus necesidades vitales” (p.88). En razón de ello, diversos Estados han desarrollado normativas que se inspiran en los postulados que ofrecen diversos instrumentos internacionales, se han preocupado por estos seres humanos que merecen una especial protección en cuanto a sus derechos. Es por ello que ofrecen los mecanismos que son necesarios para que se verifique una efectiva protección de estos derechos

Ahora bien, conviene mencionar que el orden interno no se encontraban vigentes normas

⁷⁸ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989.

⁷⁹ Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

que sean relativas a la restitución internacional de menores, con ello se verificaba una carencia que ha venido a cubrirse en el CCyCom de la Nación⁸⁰. Este texto se consideró como un importante avance normativo de gran importancia porque con ello se presentan mecanismos que apoyan en buena medida el desarrollo integral de los menores lo que va de la mano con la protección de los menores.

De esta forma, en el título IV que se refiere a las disposiciones del DIPr, capítulo 3, la sección 8 que se denomina restitución internacional de niños lo que presenta el artículo 2.642⁸¹, que cuenta con un carácter subsidiario en relación a las fuentes convencionales que sean aplicables. En razón que, corresponde al DIPr autónomo, el cual obre como un puente para que se pueda extender las pautas interpretativas y los principios contenidos en la misma.

Por lo tanto, resulta indispensable destacar lo que se dispone en el artículo 2.642 el cual prevé los principios generales y cooperación, en materia de desplazamiento, retenciones o sustracción de los menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, sobre lo que rige las convenciones vigentes, y fuera de su ámbito de aplicación, para de esta forma asegurar el interés superior del niño. En tal caso el juez que se considere competente para procesar la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño o adolescente, para lo cual debe fomentar las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión (Scotti, 2018, p. 23).

A lo expuesto se le debe agregar que a petición de parte legítima o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez que labora en el territorio argentino y toma conocimiento del ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos pueden verse amenazados, puede disponer de medidas anticipadas con el fin de asegurar su protección. Así como también si correspondiera la del adulto que acompaña al niño o adolescente. Asimismo, Scotti (2018), expresa que la norma que se incorpora manifiesta una importante solución para los casos en la materia que vincula al país con otros Estados que no son parte en las convenciones vigentes o que excedan su marco de aplicación. E incluso puede abordar los conflictos que generan el regreso seguro del niño al momento de ejecutar la orden de restitución.

Atendiendo a la primera parte del artículo que se comenta, la cuestión central radica en situar el pedido de restitución como una figura que se caracteriza por ser autónoma que concierne al área de la cooperación jurídica internacional, arrogándose elementos de carácter

⁸⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁸¹ Artículo 2.642 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

procesal. Al completar cada caso de sustracción se vislumbra particularidades propias, debido a que se parte de una historia de los progenitores y del niño que se proyecta al presente en el cual uno de los padres ha decidido trasladarlo o retenerlo en forma ilícita, en un lugar que difiere completamente del entorno familiar y social en que se desarrolla su vida.

Con base a ello, Pasquarelli (2015), ha determinado que:

El fin primordial del mecanismo es garantizar el restablecimiento del *statu quo* por medio de la inmediata restitución del menor, el espíritu convencional se afianza cuando los Estados obran desde el convencimiento que el menor debe regresar a su residencia (p.59).

Aunado a ello, tal vez el lugar de la residencia habitual o centro de vida del niño es una de las concepciones que mayores esfuerzos interpretativos requiere. Máxime, en un momento donde los procesos judiciales conllevan a tiempos que exceden la celeridad que se requiere para dar seguridad y protección al interés superior del niño. Ahora bien, la cuestión problemática se suscita cuando no resulta aplicable una convención internacional, pues nuestro país se encuentra adherido a varios tratados internacionales con diferentes regulaciones. El autor opina:

Si bien las convenciones a las que remite el CCyC contienen normas que aluden al procedimiento, las mismas son de carácter general aplicables a todos los países y lo cierto es que no son suficientes a la hora de enfrentarse al caso concreto. Para ello resulta indispensable la regulación normativa interna que contemple lo más detalladamente posible el procedimiento a seguir frente a un pedido de restitución internacional, especialmente en su etapa de ejecución de sentencia. Como expresamente lo establecen los convenios, el magistrado no puede resolver en modo alguno sobre la cuestión de fondo, no podrá resolver a quien le corresponde la custodia, ni tampoco sobre el derecho de comunicación y su procedencia o modalidades, y es allí donde aparece el primer límite a tener en cuenta, de por sí muy impreciso, resultando difícil establecer cuál es el interés superior del niño sin adentrarse al menos mínimamente en el análisis de las cuestiones de fondo (Robert, 2018, p. 6).

En síntesis, específicamente en lo que a nuevas reglas dispone el código en general y que a su vez guardan relación con la restitución internacional, se tienen normas sobre capacidad, sobre responsabilidad parental, y normas sobre proceso de familia: principios y reglas procesales, que por supuesto atañen al proceso de restitución internacional. Concretamente introduce un título especial de derecho internacional privado. En lo que respecta a restitución internacional de menores, sólo incorpora un artículo, sin embargo, no es poco lo que expresa como se verá, al contrario, se cree que es el eje fundamental en torno al cual gira el proceso judicial de restitución internacional.

En este mismo orden de ideas conviene mencionar que, recientemente la Corte de Justicia de la Unión Europea ha emitido una opinión acerca de la interpretación del concepto de residencia habitual del niño de acuerdo con el reglamento de Bruselas II. Según este instrumento la presencia física del niño en el territorio de un estado es la condición previa necesaria para que se establezca la residencia habitual.

De esta manera, las excepciones estipuladas en las convenciones, como su propia expresión lo indica al ser una cosa que se aparta de la regla o condición genera, siempre deben ser interpuestas de forma restrictiva, atendiéndose siempre a los caracteres propios de cada historial vital del niño que se involucra. Por lo que de acuerdo con Britos (2017):

Se presenta una innovación sistemática de las excepciones mencionadas al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, que derriba todo el edificio convencional al vaciarlo de confianza mutua que lo ha inspirado (p.48).

Cabe destacar que, la sustracción internacional de menores se identifica como un fenómeno que atenta contra los derechos de los niños las niñas y los adolescentes que se encuentran involucrados en estos eventos. Al momento de que se ejecuta tal acción el padre que se identifica como el sustractor actúa sin considerar el grave perjuicio que efectivamente le causa al menor, y en pocas ocasiones disimula la intención de instrumentalizarlo para con ello ocasionar un daño al otro progenitor

Se ha considerado los ejes centrales en materia de restitución internacional de menores, donde se encuentran los niños y las niñas, quienes suelen ser manipulados, instrumentalizados para el cumplimiento de un determinado fin, violentados por aquellas decisiones hostiles de quienes como progenitores tienen la obligación de defenderlos y más que veces que las necesarias, los condenan con conductas que son arbitrarias, y los arrastran como nómadas por todo el mundo sin tener en cuenta la satisfacción de las necesidades del menor y la atención especial que merece el interés superior de este (Britos, 2017, p.50).

3.2. El “Protocolo de actuación” para la restitución internacional de menores

Este protocolo es de gran importancia puesto que con él se presenta el procedimiento que se debe aplicar para que se proceda a la restitución de un menor proceso que debe ser adecuado a las necesidades de estos seres humanos.

A tal efecto la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia, que se encontraba precedida

por la vicepresidenta de la Corte de Suprema de Justicia de la Nación, Elena Highton de Nolasco, la cual se encarga de aprobar el protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de menores. En esta relevante comisión se dispuso la difusión de este documento internacional entre todos los países, con recomendación de su aplicación como herramienta para así dar mayor celeridad a los procesos de restitución internacional de menores, considerando siempre el interés superior del niño y la satisfacción de sus necesidades, aspectos que contribuyen significativamente al desarrollo integral del menor (All y Rubaja, 2017, p.37).

Por otro lado, conviene destacar que dicho protocolo tiene como finalidad brindar pautas de actuación a los operadores del Convenio de la Haya de 1980⁸² sobre aquellos aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y de la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores creada en 1989⁸³. Siendo estos importantes instrumentos internacionales que se preocupan por las necesidades de los menores y su especial protección frente a aquellos actos que les pueden perjudicar. Por ello, estos convenios se encuentran vigentes y los mismo han sido adoptados por diversos Estados y tan se ha aceptado los postulados normativos que se presentan con estos instrumentos.

El objetivo central de estos instrumentos internacionales es proteger al niño, niña y adolescente de aquel daño o perjuicio que les producen los traslados ilícitos, que son realizados por uno de sus progenitores. Para lo cual se presenta un proceso con base al cual se puede garantizar su rápido retorno al país de su residencia habitual, por lo que se restituye al statu quo que poseía con anterioridad al traslado o retención que se efectuó de forma ilícita.

Los convenios antes mencionados se basan en el principio que, salvo en circunstancias excepcionales el interés superior del niño no se encuentra dado por su retorno a su residencia habitual. No existe duda alguna de que los conflictos familiares internacionales se han multiplicado en los últimos tiempos, la actual movilidad laboral a nivel internacional y la facilidad de las comunicaciones han aumentado la existencia de matrimonios y parejas de diversas culturas, cuyos integrantes son originarios de distintos países.

Contempla esta norma que un traslado o no regreso de un niño será considerado como ilícito, cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, a una institución o cualquier otro organismo, ya sea solo o conjuntamente, por la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no

⁸² Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

⁸³ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989.

regreso; cuando este derecho era ejercido de manera efectiva sólo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso o lo habrían sido si tales hechos no se hubieren producido (Giarewski, 2018, p. 3).

Se considera ilegal un traslado o retención del menor cuando es sacado de su residencia habitual, o sea aquella que tenía antes de su desplazamiento, el derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor. En especial, el de decidir su lugar de residencia y el derecho de visita, comprende la facultad de llevar el menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Todo lo anterior expuesto se verifica como una realidad que ha impactado sobre la problemática de la sustracción internacional de menores. Refieren All y Rubaja (2017), que los padres de un niño cuyo origen es diferente ante un conflicto de pareja pueden decidir recurrir a un país de origen sustrayendo de forma ilícita al menor. Bien sea, para protegerle o para causarle un perjuicio emocional a la otra pareja. Esto lo que pueden afectar en buena medida al sujeto que se ha sustraído debido a que se rompe aquel entorno familiar donde se encontraba seguro de que recibiría el afecto y protección necesaria

Ahora bien, frente a los conflictos familiares, y luego de que se produce la ruptura del vínculo matrimonial o relación estable muchas veces una de las partes desea volver a su país de origen como antes se indicó, y este decide llevarse consigo a los hijos que se tiene en común. De acuerdo con Kuyumdjian y Granillo (2018), “este traslado no consentido legalmente por el otro progenitor produce un alejamiento de los niños de su centro de vida, configurándose en un acto ilícito, porque no se desarrolla con los permisos y requisitos que se debe cumplir” (p.8). Estos requerimientos de la normativa vigente, consagran los parámetros necesarios que atienden a la protección del niño

En este mismo orden de ideas conviene mencionar que, la falta de consentimiento en relación al traslado del menor por parte del otro cónyuge es lo que configura el fenómeno de la sustracción. En tanto que la permanencia de los niños en un país distinto al de su residencia habitual, más allá del plazo que se ha autorizado por el otro progenitor o por un juez, configura su retención. Asimismo, todo lo expuesto se encuentra la Convención sobre los Derechos de los Niños⁸⁴, la cual se aprobó en Nueva York el 0/11/1989, la cual se procede a sancionar en

⁸⁴ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

Argentina por medio de la Ley 23.849⁸⁵. Este es un importante instrumento internacional de gran importancia debido a que con él se refuerza los principios base de los convenidos que tratan lo referente a la restitución internacional.

Aunado a ello, la legislación que se ha desarrollado en el orden interno se ha ocupado de este especial tema en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes⁸⁶ y su Derechos Reglamentario 415/2006⁸⁷, donde se establecen los derechos de los niños y además de ello definen el centro de su vida.

De igual manera, el CCyCom de la Nación⁸⁸ dentro de la normativa que el mismo presenta que se encuentran dedicadas a las leyes de derecho internacional privado hace una específica mención del tema de los niños que se han sustraído. Así como la aplicación de los principios de los convenios de restitución que se ha desarrollado para poder proporcionar protección a los menores en caso de que estos sean retenidos o sustraídos de forma ilícita por uno de sus progenitores. Afectando de esta forma el desarrollo del niño debido a que se saca a este de su centro e vida, todo lo cual se puede ver expreso en el artículo 2642 *ejusdem*⁸⁹. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación por su parte se ha pronunciado sobre conflictos de restitución internacional de niños en numerosos fallos, por lo que se ha sentado una jurisprudencia que se caracteriza por ser uniforme.

De esta manera, se puede apreciar que, desde la entrada en vigor de ambos instrumentos internacionales, al alto tribunal ha ordenado de forma casi sistemática la restitución de menores a su país de residencia habitual, bajo el entendimiento de que dicha restitución obedece al mejor interés superior del niño que ha sido objeto de una sustracción o retención ilícita, por lo que se efectuó una interpretación rigurosa y restrictiva de las causales de oposición (Kuyumdjian y Granillo, 2018, p.9).

Un detalle que también se ha estudiado en diversas oportunidades, es la duración del proceso de restitución internacional de menores, con base a lo cual se indica que el transcurso excesivo del tiempo en lo que respecta a la obtención de las sentencias de restitución es uno de los principales problemas a los cuales se enfrenta el sistema legal al aplicarse el Convenio. En

⁸⁵ Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

⁸⁶ Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de septiembre de 2005.

⁸⁷ Reglamento 415/2006. Presidente de la Nación Argentina.

⁸⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁸⁹ Artículo 2.642 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

virtud que exceden en años a lo que marcan los instrumentos, considerando que uno de ellos sostiene que el proceso donde se tramita la restitución del menor debería ordenarse en un plazo máximo de 6 semanas. En relación a este plazo, se ha destacado Kuyumdjian y Granillo (2018), “que solo restituyendo al niño en esos plazos lograremos alcanzar los objetivos de las convenciones de restitución” (p.9).

Contrario a ello si el proceso se extiende, se pueden evidenciar situaciones donde se dictan sentencias jurídicamente sólidas, pero prácticamente inútiles, dado que el menor ya se habría adaptado al medio a donde fue trasladado. Probablemente, tiene desdibujada la imagen del padre o de la madre que ha instaurado o presentado la denuncia, con quien en muchos casos no tiene contacto desde hace muchos meses. Entonces, se estaría frente a un evento de gran importancia que se debe tratar puesto que la ejecución de la sentencia produciría en el niño un mal o daño mayor del que se pretendía proteger.

Cabe destacar que, en estos casos exponen Kuyumdjian y Granillo (2018), que se suscitan notables demoras, el remedio urgente que se presentan una vez que se implemente los instrumentos internacionales, puede verse como algo desvirtuado. Además de ello, “se pierde de vista el objetivo tenido por estos convenios: la protección del niño en el plano internacional contra las sustracciones ilícitas y su pronta devolución a su centro de vida, y que sus derechos no se vean vulnerados” (p.12).

En definitiva, se debe indicar que el protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional del niño procura en buena medida presentar la pautas o recomendaciones necesarias que serán dirigidas a los operadores del derecho que interviene en estos casos. Por lo tanto, se sugieren determinadas acciones a partir de la experiencia práctica en la materia, lo que ha demostrado resultar funcionales a los objetivos que son perseguidos en los convenios y sobre todo al mecanismo que se ha diseñado para alcanzar tales fines.

De acuerdo con lo que se ha destacado, este es un importante protocolo que tiene como fundamentos importantes instrumentos internacionales que se preocupan por la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, con lo que se busca también garantizar el interés superior del menor. En caso de que se verifique la sustracción o retención ilícita, se proceda con la restitución del menor a su centro de vida, pero esto se debe desarrollar en un breve tiempo, ya que si transcurre un espacio de tiempo un tanto largo como ha ocurrido en la práctica se estaría perjudicando al menor de diversas formas.

El problema de la sustracción es que el niño se puede encontrar en un lugar donde no se sienta seguro y donde sus necesidades efectivas no son cubiertas. Por otro lado, una vez que pase un largo periodo de tiempo este se puede acostumbrar al medio donde está, al estar lejos de su centro de vida se perjudican las relaciones familiares que se debe establecer con la persona que demanda la restitución internacional.

3.3. El interés superior del niño frente a la restitución internacional

El interés superior del niño ha sido un tema que ha ocupado numerosos estudios y artículos doctrinarios debido a que por medio de él se puede ofrecer una protección adecuado a los menores que se consideran como seres especiales que se encuentran en desarrollo. En razón de ello, la Convención sobre los Derechos del Niño⁹⁰ incorporó el principio rector de interés superior del niño. Se dispone su consideración primordial en todas las medidas que deban tomarse en relación a los niños, niñas y adolescentes, respecto a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. De acuerdo a lo que se dispone en el artículo 3.1 de la Convención⁹¹, todo lo cual se encuentra definido por medio de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes⁹², como la máxima satisfacción integral y simultanea de sus derechos y garantías.

La importancia de su determinación no solo se encuentra radicada en la necesaria reformulación de normas sustantivas y procesales por medio de este principio, sino en la variada significancia que se le ha asignado tanto en doctrina como por medio de los aportes jurisprudenciales que según diversos autores es al errado. Como efecto de las impresiones que se han verificado en relación a este término se han intentado construir una definición de interés superior del niño desde un sentido de discrecionalidad del juez y de operadores estatales, cuando precisamente la discrecionalidad ya no es el eje del nuevo paradigma de la protección integral de la niñez y la infancia, que refuerza el concepto de ciudadanía por medio del reconocimiento de derechos (Brunetti, 2016, p. 85).

Asimismo, se ha indicado que este principio responde a la de los conceptos jurídicos indeterminados y por ello requiere que el juez en el caso concreto realice una valoración y

⁹⁰ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

⁹¹ Artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

⁹² Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de Septiembre de 2005.

ponderación de las circunstancias del caso. Utilizando, distintos criterios de integración de este principio general que le permitan adoptar la decisión que mejor protege los derechos de los niños en particular. Atendiendo a lo expuesto recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que cada supuesto exige una respuesta personalizada, debido a que el interés superior del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias.

A lo expuesto se debe agregar que, en el marco de su función consultiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la opinión consultiva 17 a la que se denominó condición jurídica y derechos humanos del niño donde se reconoce por primera vez la Corte al niño como un sujeto de derecho que merece protección. En esta oportunidad, la corte definió al niño como toda persona menor de 18 años y luego se hizo referencia al interés superior del niño y al respecto se declaró que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se basa en la dignidad misma del ser humano y en las características propias de los niños.

A tenor de lo expresado por Brunetti (2016), se basa “en la necesidad de propiciar el desarrollo integral de estos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcance de la convención sobre los derechos del niño” (p.87). Por lo tanto, al considerar el interés superior del niño se debe entender que se refiere al reconocimiento de derechos fundamentales a los niños en un lugar de privilegio frente a otros derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas.

De este modo cumple una función amplia, por lo que se le reconoce como un principio rector o guía de interpretación de las normas y de resolución de los conflictos jurídicos que involucran a los niños en todo ámbito estatal o familiar. Además de ello, implica reconocer a la vez la autonomía de los propios niños a ejercitarlos por ello se ha considerado que el interés superior del niño se encuentra conectado con el pleno respeto de los derechos de los niños.

El principio del interés superior del niño es además una garantía, ya que significa que toda decisión que debe ser tomada en cualquier ámbito fundamental estatal, pero también en el entorno familiar donde se involucre a un menor debe considerarse en primer término a sus derechos que buscan garantizar una protección integral. Esto es lo que ocurre en el proceso restitutorio, como se ha indicado doctrinariamente la garantía de restitución que prevén los tratados internacionales lo es en razón al interés superior del niño pues de este modo se proteger internacionalmente sus derechos especialmente su derecho a su centro de vida. En razón al interés superior del niño puede hacerse lugar a las excepciones que también prevén los tratados a fin de no ordenarse una restitución internacional (Brunetti,

2016, p. 88).

Empero, frente a todo evento que puede afectar los derechos de los niños la efectividad de este principio radica fundamentalmente el derecho de los niños a participar de forma activa en el proceso. Por lo que, las excepciones deben ser consideradas por el juez de familia teniendo en cuenta el interés superior del niño o en concordancia con los preceptos que son establecidos en el instrumento convencional. De esta forma, se busca armonizar los postulados de los tratados internacionales en materia de sustracción internacional de menores con la referida convención de jerarquía constitucional en Argentina.

Se ha entendido que la restitución internacional del niño preserva el principio de su interés superior mediante la previsión de los mecanismos que buscan asegurar la pronta restitución, impidiendo toda vía de hecho. Pues tales convenciones presumen que el bienestar del niño se logra estableciendo la situación a su estado anterior a la sustracción o retención ilícita.

De igual forma indica Brunetti (2016), que la restitución podrá denegarse bajo el mismo principio, esto es, cuando resulte contrario al interés superior del niño. Lo que se ha presentado manifestando que aplicar la regla de restitución con carácter general y absoluto puede resultar perjudicial para los derechos de los niños. Por ello, el legislador ha establecido este principio para poder neutralizar los efectos negativos del ejercicio del derecho de que se trata en cada caso concreto.

3.4. La problemática generada por la demora de la justicia argentina

Diversos son los casos que se han presentado en relación a la restitución de los menores que han sido sustraído o retenidos ilícitamente, pero lo cierto es que los casos que se han verificado en la práctica en la mayoría de los casos no son resueltos ni ejecutados en plazos breves. Por lo que surge la necesidad de encontrar los mecanismos precisos para revertir esta situación tan grave. A criterio de Mizrahi (2016), en Argentina más allá de incumplir los compromisos que se han presentado en el entorno internacional, y que pueden generar responsabilidad, lo más grave es el daño que con la demora de trámites dentro de los tribunales se lo ocasiona a los niños que son víctimas de un traslado o retención ilícita.

Ahora bien, en relación a este tema conviene aclarar que cuando se habla de las demoras en los procedimientos, no solo se está haciendo referencia al tiempo que pasa entre el traslado

ilegal y la sentencia que por medio de la cual se ordena la restitución. Señala Tagle (2015), que “comporta también al periodo que transcurre después del dictado el fallo y hasta el momento en que se concreta el reintegro al país requirente” (p.51).

Cabe destacar que, de nada sirve que formalmente se dicte un pronunciamiento si este no se cumple en la realidad. Con relación a este dato es importante que se analice lo mencionado en el artículo 13 de la Convención Interamericana⁹³. Donde se expresa que si dentro el plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega no se hubiere tomado las medidas necesarias para que se haga efectivo el traslado del menor quedará sin efecto la restitución ordenada. Así como y las providencias que se han adoptado al respecto. En este sentido destaca Rubaja (2016), la gran relevancia que tiene el hecho de concretar la sentencia que disponga una restitución.

En definitiva, se ha destacado doctrinariamente que la restitución internacional debe realizar en un periodo muy breve puesto que se encuentran de por medios derechos de los niños los cuales se relaciona con el interés superior del niño y el respeto a su dignidad. Lo cual los hace merecedor de un entorno familiar adecuado donde se puedan ver satisfechas sus necesidades tanto materiales como efectivas. Por lo tanto, aduce Rua (2018), “cuando el niño sale de su centro de vida este es perjudicado y se daña aún más cuando el proceso de la restitución excede de los tiempos que se establecen en los instrumentos internacionales” (p.2).

3.5. La necesidad de sanción de normativa específica

Al analizar todo lo presentado hasta el momento, se entiende que la restitución internacional del menor es un asunto de gran importancia puesto que se encuentra de por medio una persona que se encuentran en proceso de desarrollo. Un sujeto que afirma Tagle (2014), que “necesita de un entorno familiar adecuado donde se satisfagan todas sus necesidades, donde se respeten todos sus derechos y se atienda su interés superior, en virtud de su vulnerabilidad” (p.54).

En razón de ello, el proceso de restitución deber ser comprendido en un espacio de tiempo muy corto con lo que se puede garantizar que el menor pueda volver a su centro de vida donde se sienta seguro. Tagle (2014), considera al respecto que “probablemente la falta de

⁹³ Artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989.

regulación procesal específica en la legislación interna en materia de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes sea una de las principales causas que profundizan los daños derivados de los desplazamientos o retenciones ilícitas” (p.89). De esta manera, se presenta la necesidad de sancionar una normativa donde se trate específicamente lo del procedimiento que se debe implementar para que se verifique la restitución en un tiempo razonable que no afecte el desarrollo del menor.

En relación a la restitución internacional de menores, se ha insistido consecuentemente en la celeridad del trámite y en la urgencia de dictar la resolución dentro de los plazos que se han establecido en el artículo 11 del Convenio de la Haya de 1980⁹⁴. Ello, debido a que se han verificado múltiples acontecimientos que han escandalizado no solo a la sociedad civil sino a la sociedad jurídica. Finalmente, Martínez y Bado (2017), resaltan un caso que describen como alarmante:

... días antes del cumplimiento de la sentencia para que la menor retornara con su padre, este fue asesinado, con lo que se reafirma la necesidad de que los procesos deban ser tramitados con urgencia, debido a que si lo indica el convenio (p.16).

Conclusión parcial.

Al concluir este capítulo se pudo determinar que los niños, niñas y adolescentes conforman aquel grupo de personas o seres humanos que se encuentran en constante desarrollo y estos nos cuentan con la capacidad necesaria para proveer aquellos recursos con los que se puedan satisfacer sus necesidades. Por ello, requieren de un grupo familiar donde se encuentren los progenitores que puedan satisfacer todas sus necesidades tanto materiales como afectivas. Existen algunos casos donde los progenitores se separan y uno de ellos puede sustraer o retener ilícitamente a un niño en otro país lo que perjudica al niño debido a que se saca a este de su centro de vida.

Ahora bien, atendiendo a lo antes mencionado lo que configura un evento que daña en buena medida a los menores internacionalmente se han desarrollado convenios que han sido aceptados por Argentina donde se trata la restitución internacional de menores. Esta tiene como finalidad garantizar la inmediata restitución de los menores que han sido trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante. De esta misma forma, procura velar porque los

⁹⁴ Artículo 11 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

derechos de custodia y visitas vigentes en uno de los Estados se respeten en los demás Estados contratantes.

De esta manera, se presenta una problemática por medio del convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de la Haya de 1980 Así como en la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989 por los desplazamientos ilícitos de los niños, niñas y adolescentes por un progenitor es uno de los fenómenos que se encuentran en constante crecimiento en la sociedad de los nuevos tiempos. En relación a este tema, se considera que la restitución debe ser efectuada en un plazo muy breve puesto que todo el proceso podría resultar muy preocupante y fatigoso para el menor, y siempre se debe atender a su interés superior para que de esta forma se pueda verificar un pleno respeto a sus derechos.

Capítulo 4: La restitución internacional de menores en la jurisprudencia

Introducción parcial.

En la actualidad se han verificado diversos eventos donde se evidencian conflictos familiares donde los progenitores de un niño terminan por separarse rompiendo el vínculo matrimonial. Los conflictos que se presentan en ocasiones van mucho más allá puesto que hay casos donde uno de los progenitores decide llevar se al niño a otro país sacando de esta forma del país donde ha nacido (país de origen) el niño. Este hecho se verifica de forma ilícita debido a que se traslada al menor de un país a otro sin que se cumplan con los requisitos que se establecen por medio de la ley.

De esta manera, se presenta el supuesto de la retención de menores, pero también puede ocurrir que el padre viaje con el niño con el debido permiso donde se expresa el consentimiento del otro progenitor. Pero una vez en el país a donde se ha decidió viajar este puede decidir no devolver al país de origen del menor lo que puede configurar la retención del mismo, sacando a este de su centro de vida.

Todos estos eventos han sido considerados por diversos instrumentos internacionales que se preocupan por proporcionar una protección adecuada a los menores lo que puede favorecer a su desarrollo integral. Se han desarrollado mecanismos que presentan la restitución internacional de menores cuando se verifique la sustracción o retención de estos, lo cual se ha incorporado en el ordenamiento jurídico interno por medio de la promulgación del Código Civil Unificado.

Empero, en la realidad de los casos los procedimientos que se han desarrollado en relación a estos casos han evidenciado un retardo muy notable, lo que perjudica el interés superior del niño. También se traduce en el incumplimiento de las obligaciones que han sido asumidas por el Estado una vez que decide formar parte de los tratados o convenios internacionales con los que se busca proteger los derechos de los menores.

La protección se acredita frente a un escenario conflictivo donde se compromete la tranquilidad, estabilidad y hasta la satisfacción de las necesidades tanto materiales como afectivas del niño. Este trabajo se encuentra dirigido la jurisprudencia que se ha emitido en relación con la restitución internacional de menores, con especial atención a los problemas de

demora en dicho procedimiento.

4.1. Jurisprudencia sobre restitución internacional de menores, con especial atención al problema de la demora en dicho procedimiento

En relación a este tema, se ha demostrado que la problemática de la restitución de menores en un hecho que se verifica constantemente en la realidad debido a que los conflictos familiares son comunes y cuando los progenitores son de países diferentes. Estos una vez que se verifica la rotura del vínculo familiar o de la relación estable, uno de ellos puede decidir llevarse al niño a su país de origen bien para garantizar protección de los menores o bien para causar un daño a su cónyuge.

Pero como afirma Scotti (2017), “lo que no sabe es que está causando un grave daño al niño puesto que se está separando a este de su centro familiar lo que afecta en buena medida su desarrollo integral” (p.17). En razón de ello, internacionalmente se han presentado propuestas normativas con base a las cuales se busca hacer frente a la restitución de menores que se verifican en el entorno internacional. Con base a lo cual, se ofrecen mecanismo que se debe implementar para que el niño sea restituido a su centro familiar cuando este ha sido trasladado a otro país de forma ilícita.

En tal caso se presentan dos supuestos, uno de ellos se encuentra referido a la sustracción que ocurre cuando uno de los cónyuges lleva a un niño a un país diferente al de su residencia habitual sin cumplir con los requerimientos que se exigen por medio de la ley para que el niño salga de un país. Por otro lado, se encuentra la retención que ocurre cuando el padre cuenta con los permisos que se exigen por ley para que traslade a un niño de un país a otro, pero este no regresa con el niño en plazo que se prevé en el permiso por lo que decide retener al niño.

Se ha determinado que el procedimiento que se implementa para que se efectúe la restitución internacional del menor es un tanto retrasado en Argentina, es decir, en ello siempre se verifica una demora que puede afectar el desarrollo integral de los niños ya que este se puede acostumbrar al entorno donde se encuentra y no se sentiría interesado por regresar a su centro de vida donde puede encontrar un entorno familiar en el cual se sientan seguros y puedan ver satisfechas sus necesidades tanto físicas, materiales y afectivas o emocionales. Por lo tanto, al momento de retrasarse este procedimiento se podría perjudicar aún más al menor, y de esta misma forma estaría incumpliendo serias obligaciones que se han contraído al momento de formar parte de los acuerdos o convenios internacionales donde se encuentra vigente la restitución internacional de

menores el cual se debe efectúa en un plazo razonable que no perjudique a los niños y a su entorno familiar (Scotti, 2017, p.19).

Otro detalle que se debe agregar en cuanto a la demora de los procedimientos es lo concerniente al interés superior del niño, que se configura como una especial garantía. Con base a la cual se debe velar por una efectiva valoración de los derechos de los niños ante cualquier medida o resolución que se tome en un momento dado y que pueda afectar al menor. En otras palabras, con el interés superior del niño se tienen que garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de los menores. Lo cual en palabras de Sambrizzi (2017), “no sea visto materializado al momento de tramitar un procedimiento de restitución no considerando que con la demora en estos se puede afectar o dañar al niño y cuando a sus derechos y el respeto a la dignidad” (p,7).

Con base a lo que se ha expresado hasta el momento, se deben analizar las decisiones que se han tomado por los tribunales argentinos que han ordenado la restitución de un menor para de esta manera determinar si el procedimiento se desarrolló en u plazo razonable con el que se garantice el respeto de los derechos estos.

A tal efecto, se analizará un caso⁹⁵ donde el Máximo Tribunal había ordenado la restitución de un niño a Miami a fines de 2010, en tal caso se presenta una medida que no llegó a concretarse. Lo que motivó que el padre se presentara nuevamente y de esta manera procediera a formular algunas consideraciones acerca de la actuación de la magistratura de grado en el caso, de las vicisitudes que se presentaron en el trámite del curso el cual se considera retrasado y de la conducta de la madre y primordialmente. En este orden de ideas conviene analizar los hechos que dieron lugar oportunamente al pedido de reintegro del menor a Estados Unidos, donde tenía su residencia habitual.

En relación con los hechos que motivaron el pedido de la restitución se ha entendido que el niño que había sido sustraído M.A.R nació el día 2 de abril de 2008 en la ciudad de Miami, estado de la Florida en los Estados Unidos, donde las personas que se conocen como los progenitores M.A.R y M.B.F convivían. Seguidamente, se debe considerar que al momento de inscribir su nacimiento ambos progenitores figuraban en el certificado de nacimiento del menor. Posterior a ello el padre del niño le otorgo autorización a la madre a los fines de que

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “M. A. R. c/ M. B. F s/ Restitución Internacional”, sentencia del 26 de abril del 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

viaje a la República de Argentina por un plazo de cinco meses por lo que partido de los Estados Unidos en el año 2008 específicamente el 31 de agosto de ese mismo año, y debía regresar al país de origen el 31 de enero de 2009.

Una vez que transcurrió el plazo establecido dentro de la autorización y ante el hecho de no retorno del menor el 12 de febrero de 2009, el señor M.A.E decidió presentarse ante la autoridad central de los Estados Unidos e inició el trámite de restitución del niño conforme a lo que se prevé en el Convenio de la Haya⁹⁶ convenio del cual Argentina forma parte. Aunado a ello, se debe considerar que el 29 de abril de 2009 la señora madre del niño obtuvo la tenencia provisoria del menor ante la justicia local y el 26 de junio de este mismo año el progenitor insto la acción solicitando la restitución antes lo tribunales argentinos⁹⁷.

Por lo tanto, si se está frente a un caso de retención de menores que la madre contaba con el permiso para viajar con el menor por 5 meses, pero esta decidió quedarse con el separándolo de su centro de vida y de su entorno familiar por lo que el padre decidió demandar la restitución del menor. El pronunciamiento señala que la decisión ha tenido en cuenta el interés superior del niño que tanto se defiende por la convención sobre los derechos de los niños⁹⁸ y así mismo se aclaró que se trataba de una solución de urgencia y provisoria, por lo que no era necesarios debatir la cuestión de fondo que era inherente a la tenencia del niño⁹⁹.

De esta misma forma, se consideró que no había logrado demostrar ninguno de los supuestos de excepción que se encuentran previstos por el artículo 13 del Convenio¹⁰⁰, ni tampoco se había argumentado que el caso se encuentra dentro de las previsiones del artículo 20¹⁰¹ *ejusdem*. Ahora bien, frente a este pronunciamiento, la madre el menor que le había retenido ilícitamente interpuesto recurso extraordinario en base a la configuración de las excepciones que se encuentran previstas en el instrumento. En virtud que el autor no tenía la custodia ni su guarda al momento de que se verifica el traslado, de acuerdo con la legislación

⁹⁶ Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “M. A. R. c/ M. B. F s/ Restitución Internacional”, sentencia del 26 de abril del 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁹⁸ Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “M. A. R. c/ M. B. F s/ Restitución Internacional”, sentencia del 26 de abril del 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹⁰⁰ Artículo 13 del Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

¹⁰¹ Artículo 20 del Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

norteamericana que se citó en los autos, este no contaba con su custodia.

Además de ello, prestó su conformidad para que se efectuara el viaje y la radicación en Argentina con posterioridad. A lo que se agrega que la restitución derivaría es una situación de peligro o perjuicios que podrá dañar física o psíquicamente al menor ya que él vivió tan solo cuatro meses en los Estados Unidos y para ese entonces ya hacía dos años que el menor tenía vínculos en el país requerido. Así como también se resalta la omisión del *a quo* en considerar el interés superior del niño, el cual debe ser tratado en todo tipo de medida o resolución que se aplique en relación a los derechos de los menores¹⁰².

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰³ consideró en primer lugar lo agravios de la demandada sobre la alegada omisión de considerar debidamente el interés superior del niño entendida esta como una especial garantía con base a la cual se puede establecer una protección adecuada para los derechos de los menores. De esta forma, se calificó al interés superior del niño y se estableció que este se alcanza volviendo al *status quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícita, preservando el mejor interés de aquel mediante el cese de la vía de hecho.

Por lo tanto, al momento de analizar lo referente al traslado ilícito es importante distinguir si el padre gozaba o no del derecho de guarda, para ello la CSJN remitió a la calificación del derecho de custodia y lo consideró como un concepto que no coincide con ninguna concepción particular de custodia del convenio.

La comunidad jurídica de naciones ha alcanzado un amplio consenso en relación de que la previsión *ne exeat* con base a lo cual se considera la prohibición que se dirige al cuidador del primario del niño de sacarlo de la jurisdicción sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal lo que se encuentra dentro de la citada noción convencional (Scotti, 2018, p. 13).

En definitiva, se entendió que ambos progenitores gozaban de una guarda natural ya que los dos figuraban en la partida de nacimiento, por lo que se configura no un traslado sino una retención ilícita ya que mediaba una autorización de viaje por parte de uno de los progenitores con derecho a la guarda del menor. Posterior a este análisis, el tribunal estudia la configuración

¹⁰² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “M. A. R. c/ M. B. F s/ Restitución Internacional”, sentencia del 26 de abril del 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “M. A. R. c/ M. B. F s/ Restitución Internacional”, sentencia del 26 de abril del 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

de las excepciones que se prevén en el Convenio¹⁰⁴, dejando claro el carácter taxativo y la interpretación restrictiva. Por lo que en primer término desestimo la posibilidad de la aquiescencia posterior del otro progenitor, obstaculizando así la configuración de la excepción a la restitución del artículo 13 a¹⁰⁵.

En lo que refiere a la excepción que se encuentra contenida en el artículo 13 inciso b¹⁰⁶, acogió el concepto ya sentado para la configuración de un peligro grave por lo que se entendió que el niño debe presentar un grado de turbación emocional que sea muy superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus progenitores. Esta es situación que se caracteriza por ser excepcional y exige de un abordaje delicado, que va mucho más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o de la desarticulación de su grupo conviviente. De igual forma, resalta Scotti (2018), que “la mera invocación de un cambio de ambiente o de idioma no basta para la configuración de una situación excepcional que permite negar la restitución” (p.14).

Asimismo, para establecer su conclusión la Corte resolvió que teniendo en mira el interés superior del niño, el cual debe primar en este tipo de proceso y atendiendo también a la rapidez que requiere el trámite que se ha iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del Convenio¹⁰⁷.

Corresponde exhortar a los padres a colaborar en lo que sería la etapa de la ejecución de la sentencia a los efectos de que se evite un daño al niño que se puede ocasionar por medio de una experiencia conflictiva¹⁰⁸.

De igual manera, esta exhortación va dirigida al juez de familia que se encuentra a cargo de la causa la cual deberá realizar la restitución de la forma menos lesiva para el niño en condiciones que se minimice los riesgos por lo que confirmada la sentencia apelada. Como se evidencia del análisis que se practica en este caso, desde el momento en que se interpone la demanda por el acto hasta el momento que se decide la restitución transcurre un largo periodo de tiempo lo que va en contra de los postulados que se prevén en los instrumentos

¹⁰⁴ Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

¹⁰⁵ Artículo 13a del Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

¹⁰⁶ Artículo 13b del Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

¹⁰⁷ Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “M. A. R. c/ M. B. F s/ Restitución Internacional”, sentencia del 26 de abril del 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

internacionales que estipulan la duración de este proceso breve para que no se perjudique al menor. A ello se agregan los hechos posteriores a la sentencia que motivaron la demora en la ejecución de la sentencia que ordenaba la restitución internacional del menor a Miami en los Estados Unidos.

Ahora bien, considerando que la interposición de la acción de restitución se llevó a cabo en el año 2009 lo que presenta un procedimiento que había sufrido grandes retrasos. Con posterioridad al pronunciamiento de la corte se celebró ante la jueza de primera instancia una audiencia con la participación de ambos progenitores y sus respectivos letrados, el defensor de menores y un representante del ministro de relaciones exteriores y culto.

En esta audiencia las partes pudieron llegar a un acuerdo sobre el modo en que se desarrollará la restitución del niño y los trámites y requisitos que debían cumplirse para que el retorno fuera seguro, en tal caso se convino que el niño retornase junto con su madre, que el proceso de revinculación padre hijo se realizará en el país extranjero. Además de ello, se consideró que el progenitor asumiría el costo del pasaje de su hijo y que se gestionaría la obtención de una visa para la madre que le asegurara el ingreso y la permanencia en el país hasta tanto se resolvieran los temas que se encuentran vinculados con el niño, así como también el otorgamiento de un subsidio económico para afrontar los gastos judiciales, de viaje y hospedaje¹⁰⁹.

Asimismo, conviene mencionar que con posterioridad a este acuerdo se presentaron una serie de hechos que incidieron en modo de cumplimiento de la orden del retorno y de forma sucinta la corte destaca lo siguiente:

En primer lugar, la secretaria nacional de niñez, adolescencia y familia otorgó a la madre un subsidio económico y le fue dada una visa que permitirá su ingreso a los Estados Unidos de América, con vencimiento el mes de abril de 2013. Sin embargo, las discordancias en relación al alcance de dichos beneficios llevaron a que la magistratura de grado tuviera por no cumplidas las condiciones que fueron acordadas para el retorno del menor. Seguido de ello, la madre solicitó un pedido de protección internacional como refugiado a favor del niño en los términos de la ley 26.165, el cual desestimado trajo consigo la apertura de una causa judicial¹¹⁰.

Por otro lado, la progenitora, paralelamente al trámite de la ejecución, dedujo que por ante la jurisdicción extranjera competente un reclamo de paternidad, alimentos y custodia del

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “M. A. R. c/ M. B. F s/ Restitución Internacional”, sentencia del 26 de abril del 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “M. A. R. c/ M. B. F s/ Restitución Internacional”, sentencia del 26 de abril del 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

niño, proceso en el que padre reconvino. En dicha causa, finalmente por incomparecencia de aquella junto a su hijo a la audiencia fijada y por no haber demostrado capacidad ni predisposición para promover una relación estrecha y continua entre el progenitor y el niño, consecuentemente se otorgó la custodia exclusiva al padre.

Aunado a ello, ambos progenitores informaron sobre la existencia de una orden federal por el delito de secuestro internacional parental contra la madre y la intervención del FBI, lo que dio lugar a un proceso penal de extradición en Argentina. Además de ello, el padre puso en conocimiento de la magistratura la denuncia que se había formulado por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Argentino por retardo o denegación de justicia. Con motivo al pedido formal que se efectuó por representantes de la embajada de los Estados Unidos de América, se desarrolló una entrevista consular con el niño y los estratos de jugado de familia con presencia del servicio social y del defensor de menores.

De esta manera, se evidencian una serie de eventos que sin duda contribuyen con la demora de la ejecución de la decisión que se había tomado judicialmente donde se basa la restitución internacional del menor. Violentando importantes derechos que le corresponde al mismo por lo que se omite el cumplimiento de un importante principio rectos que es el interés superior el niño.

Otro caso de gran importancia es el presando por los señores M.S.S y L.I.A¹¹¹ los cuales iniciaron una convivencia en España en el año 2004, en el año 2006 el 5 de agosto contrajeron matrimonio en Tarragona, en España y fruto de esa unión nacieron dos hijas G.S.A el cuatro de abril de 2007 y A.S.A el 10 de junio de 2009. Posterior a ello, previamente a que se verificará la separación de hecho las partes se divorciaron de común acuerdo y homologaron judicialmente un convenio regulador del divorcio por ante el juez de primera instancia e instrucción número 5 de Tolosa España.

En este acuerdo, se atribuyó la guarda y custodia de las menores a su madre sin perjuicio de la patria potestad compartida que ostentaba ambos progenitores. No obstante, a ello el progenitor solicitó la restitución de las menores a España denunciando que en septiembre del año 2012 se evidenció un traslado ilícito por parte de la madre, y en tal caso el tribunal resolvió tener por acreditado que el traslado de las menores hacia la República Argentina fue ilícito y este era contrario a la normativa vigente del país requirente y de esta forma

¹¹¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “M.S.S c/ L.I.A S/ Restitución del Menor”, sentencia del 29 de Agosto de 1995. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

se ordenó la inmediata restitución de las niñas a su residencia habitual¹¹².

Ante este pronunciamiento, la madre de las niñas interpuso recurso de inconstitucionalidad por sentencia arbitraria y el superior tribunal de justicia de San Salvador de Jujuy confirmó la sentencia del tribunal de familia. Si bien se pueden presentar casos donde el curso de procedimiento es un tanto rápido, pero en ocasiones lo que se tarda es la restitución del menor debido a conflictos que se presentan entre los progenitores lo que perjudica el interés superior del niño.

Frente a todos estos supuestos de retardo que se puede verificar en el procedimiento de restitución internacional de menores se presentan los postulados normativos que presenta la convención. En relación a este convenio tanto la República Argentina como el Reino de España son parte de la Convención de la Haya¹¹³, por lo tanto, afirma Barbero (2015), “debe aplicarse los postulados que se presentan en esta convención siempre que se presentan los supuestos establecidos por la misma” (p.93).

Ahora bien, de acuerdo a lo que se desprende del relato de los hechos las niñas que se involucran en el caso son menores de 17 años y las mismas tienen su residencia habitual en España, inmediatamente antes de haber sido trasladadas por su madre a Argentina. Estos se verificaron como supuestos no controvertidos en el proceso. Además de ello, conviene mencionar que la Convención requiere el pretense sustractor haya incurrido en un traslado o retención ilícito de los menores para que de esta forma surja su operatividad.

En el caso que se analiza la progenitora expresaba que el traslado había sido lícito, debido a que ella detentaba la custodia de las menores, la cual le había sido conferida por convenio homologado ante el juez competente español. Pero si se evidencia que el traslado de las niñas resulta ilícito, deviene la operatividad a la Convención de cuyo artículo 1¹¹⁴ se desprende la finalidad primordial de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante al país de su residencia habitual.

Existe una obligación internacional asumida por el Estado argentino, por lo que los jueces

¹¹² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “M.S.S c/ L.I.A S/ Restitución del Menor”, sentencia del 29 de Agosto de 1995. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹¹³ Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

¹¹⁴ Artículo 1 del Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

tienen una ardua tarea y es que los mismos deben bregar porque los casos sean resueltos con la mayor celeridad posible. Pero esta labor no se ha podido cumplir puesto que en diversos casos concretos los procedimientos tantos años sin que se pueda materializar el hecho de la restitución internacional de los menores, lo cual se deriva de las diversas decisiones que se han tomado donde se presentan diversas cuestiones que se deben tratar lo que hace que se retarde gravemente el proceso (Barbero, 2015, p.97).

En el caso¹¹⁵ que se presenta, la progenitora argumenta en su defensa que detenta la custodia de las menores, lo que se ha otorgado por medio de un convenio que se ha homologado por el juez español. Siendo este, un documento que se ha incorporado en el proceso de restitución, así lo ha manifestado su letrado en los fundamentos del recurso que se ha interpuesto.

Con base a ello, se afirma que el derecho a la custodia fue convencionalmente acordado a la madre de lo que se deriva que el acto voluntariamente cedió el derecho de custodia en forma exclusiva a la madre, quien se limitó a ejercer tal derecho fijando la residencia de las niñas en Argentina. De acuerdo a lo que se desprende del artículo 5 de la Convención de la Haya¹¹⁶, el derecho de custodia comprender el derecho relativo al cuidado de la personas del menor y decidir sobre su residencia habitual, es aquí donde se presentan unos de los grandes problemas del derecho internacional privado.

De esta forma, sostiene Barbero (2015), que “las convenciones sobre la restitución internacional contienen calificaciones autónomas o autárquicas, en ella se presentan definiciones consensuadas de ciertos términos para evitar a confusión que puede provocar en el juzgado la diversidad en el alcance de alguna institución jurídica” (p.98).

En cuanto a la custodia, le Convención de la Haya¹¹⁷ indica que esta se manifiesta con el derecho que comprende el cuidado del menor y en particular decidir sobre su residencia habitual. En tal caso el juez de la causa debe remitirse al derecho extranjero de la residencia habitual del menor para así evaluar si el derecho de custodia otorgado o ejercido confiere el padre custodio la prerrogativa de elegir con exclusividad cual sería la residencia habitual de los menores y no a la inversa como pretendió hacer valer la progenitora.

¹¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “M.S.S c/ L.I.A S/ Restitución del Menor”, sentencia del 29 de Agosto de 1995. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹¹⁶ Artículo 5 del Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

¹¹⁷ Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

A lo expuesto se debe agregar que, si en un Estado parte la legislación sustancial atribuye la custodia, tenencia, cuidado o guarda o cualquiera que sea el *nomen iuris* de la situación desde la óptica del derecho de fondo a uno de los progenitores. Pero ese derecho no alcanza para que es padre conviviente pueda decidir acerca de la modificación de la residencia habitual del menor por medio del establecimiento de una nueva residencia en un país extranjero. Para que se verifique un hecho de tal relevancia necesariamente debe contar con el consentimiento del otro progenitor o la autorización de una autoridad judicial, entonces debe concluirse que ese progenitor no tiene la custodia en el sentido uniforme de la Convención.

En este sentido, considera que el tribunal jujeño juzga de forma adecuada que el traslado de las menores fue ilícito, debido a que el derecho español no confiere al padre que detente la custodia la facultad de decidir sobre la residencia habitual de los menores. Sino que tal decisión deber ser tomada por medio de un acuerdo de los padres, en el ejercicio conjunto de la paria potestad, o en su defecto por medio de la autorización judicial.

Del análisis doctrinario que se ha aplicado a diversas decisiones judiciales se ha determinado que:

En la mayoría de los casos duran largos periodos de tiempos dado que se deben considerar diversas cuestiones, lo puede ir contra de las finalidades que son perseguidas por los acuerdos internacionales donde se plantea la restitución inmediata del menor (Barbero, 2015, p.99).

Otro aspecto de gran importancia que puede afectar lo concerniente a la celeridad del procedimiento, es lo relativo a la carga de la prueba del traslado, la cual en este caso se impone a la madre. El tribunal superior de Jujuy indica que la progenitora no presentó prueba de la autorización del padre para cambiar la residencia no consentimiento posterior. Estimó además que por el carácter urgente que reviste este procedimiento, es correcto de que se imponga la carga de la prueba de la licitud del traslado al progenitor sustractor¹¹⁸.

Ahora bien, conviene mencionar que, la ilicitud del traslado ha sido *prima facie* ponderada por el juzgador en primer lugar se sirve de la solitud de restitución la cual debe estar acompañada por una certificación o declaración jurada que debe ser expedida por una autoridad central. O bien por la autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia

¹¹⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “M.S.S c/ L.I.A S/ Restitución del Menor”, sentencia del 29 de Agosto de 1995. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

habitual, o por una persona calificada con relación al derecho vigente en esta materia de dicho Estado. Así expresa Barbero (2015):

Por el acceso directo que el magistrado tiene de la legislación y decisiones judiciales o administrativas, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la existencia de esa legislación o el reconocimiento de las decisiones extranjeras para ser aplicables (p.99).

En otro orden de ideas, es importante analizar casos donde se suspende la restitución internacional de menores, lo cual se puede verificar en un reciente fallo sobre restitución de menores¹¹⁹ donde se discute la suspensión de la orden que decide el retorno de un niño a España. Este es un caso que se desarrolló en el año 2017 donde la magistrada priorizó principios fundamentales del derecho argentino, tal y como lo es interés superior del niño, el derecho a ser oído y la autonomía que se negaban a regresar a España y los mismos desean permanecer en Argentina donde consideran que han formado el centro de su vida.

Ahora bien, es necesario indicar un análisis del fallo¹²⁰ donde E,L de nacionalidad argentina estuvo casada durante 14 años con un ciudadano francés A.D, y después del nacimiento de sus dos hijos en Argentina, los cuatro viajaron a Madrid España, luego de una oportunidad laboral que surgió para D con quien vivieron durante 9 años en España.

Posterior a ello, en el año 2014 la madre viajó desde Europa con los niños a Argentina para pasar en este país sus vacaciones, pero esta decidió no volver, poco tiempo después de haber llegado en Argentina se presentaron acciones legales contra el esposo por agresiones físicas y psicológicas, una causa que ganó y por la que se le concedió un botón antipático y una orden de restricción de 300 metros. Empero, no obstante, a ello en su carácter de progenitor de ambos hijos el padre optó por iniciar un pedido de restitución internacional de menores en Argentina¹²¹.

Finalmente, la jueza que se encargó del caso ordenó la restitución de los dos menores de 13 y 15 años de acuerdo con lo que sostiene en la Convención de la Haya¹²², debido a que se verifica una retención ilícita de los jóvenes en Argentina. Posterior a ello, se verificaron recursos, pero la Cámara y la Corte Suprema no dieron lugar a los recursos interpuestos por la

¹¹⁹ Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Santa Fe, “G. M., L. c. V. R., G. L. s/ restitución internacional y sus conexos”, sentencia del 26 de Octubre del 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹²⁰ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, “D. H. A. c/ L. E. M. s/ restitución internacional de menores”, sentencia del 16 de Octubre del 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹²¹ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, “D. H. A. c/ L. E. M. s/ restitución internacional de menores”, sentencia del 16 de Octubre del 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹²² Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.

madre la causa volvió para que se resuelva lo fallado por el juzgado de primera instancia que intimo para que los niños viajaran hacia Europa entre el 17 y 21/05/2017.

Frente a este cuadro de situaciones, y en virtud de la oposición de los menores al retorno de España, se difundió la historia por medio de un video en las redes sociales donde la madre expresa que llegó a Argentina por una cuestión de violencia, la jueza no escucha a los chicos que no quieren viajar a España, ellos en este país tienen su familia, amigos y vida. (...) la madre indica que les están arrancando a los chicos y la jueza no escucha lo que ellos piden, la misma agrega que no tiene como visitar a los niños debido a que en España tiene diversas denuncias de secuestros contra niños¹²³.

En tal caso se suscita una situación de gran importancia es que los menores que tenían asistencia letrada solicitan que se proceda a suspender la restitución internacional. Por lo que se expresa que, en primer lugar, son sujetos que poseen derechos, y pueden formar parte de las actuaciones, por lo que indican que se les debió designar un abogado para que los representen. A tal efecto, señalan que el artículo 26 del CCyCom de la Nación¹²⁴ en su última parte expresa que los niños o jóvenes puede intervenir con asistencia letrada y que las personas menores de edad tienen derecho a ser oído. Así como también tiene derecho a participar de las decisiones que se tomen sobre su persona.

Ahora bien, deteniéndonos en este supuesto es importante mencionar que el derecho del niño a ser oído se configura como una garantía de gran importancia puesto que con ello se pueden conocer y consecuentemente atender sus necesidades. Además de ello refiere García (2013), “al ser oídos los niños se estaría respetando el interés superior del niño, el cual implica el respeto pleno de todos los derechos de un menor, lo que puede garantizar su desarrollo integral” (p.33).

Por otro lado, los menores manifiestan que sus edades los hacen merecedores no solo del derecho a ser escuchados, sino de que se tenga en cuenta sus opiniones y decisiones sobre sus vidas. Asimismo, manifiestan que han demostrado su integración al presente ambiente, que es el lugar donde han nacido y donde está su madre, abuelos, tíos, primos, amigos y su colegio. Por lo tanto, consideran los menores que éste es un lugar donde se sienten estables, a lo que se agrega que su padre vive en España, sin familia y que su trabajo lo lleva a viajar de manera

¹²³ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, “D. H. A. c/ L. E. M. s/ restitución internacional de menores”, sentencia del 16 de Octubre del 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹²⁴ Artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

constante¹²⁵.

En relación a todo lo expuesto, los menores reiteran que se ha decidido antes de estos ser oídos, y por ello solicitan que se anule las decisiones que no los hayan tenido en cuenta como parte, sin perjuicio de ello manifiestan el rechazo irreductible a obligarlos a vivir en otros países que no sea en el que se consideran suyo.

Por ende, esta es una especial situación donde los menores hacen valer su derecho, pero es necesario que esto sea tramitado con rapidez y celeridad debido a que se afectaría la inmediatez de que requiere el proceso de restitución internacional. Es por ello que, según García (2013), “se ha presentado la necesidad de sancionar una norma específica donde se presenten los postulados normativos necesarios donde se regule lo concerniente al proceso de restitución le cual debe estar caracterizado por ser rápido, célere y urgente” (p.34).

Conclusión parcial.

Al concluir este capítulo se pudo determinar que con los avances normativos que se han presentado en el entorno internacional en relación con la restitución internacional de menores. Lo cual, ha sido agregado a la normativa interna de Argentina debido a que este país forma parte de aquellos acuerdos o convenios internacionales que tienen como por objeto proporcionar una protección adecuada para los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, todo ello se realiza conforme al derecho de Estado en donde el menor tiene su residencia habitual no puede uno de los padres de forma unilateral decidir el cambio de lugar de residencia habitual del menor. En tal caso, es necesario que el juez competente de dicha jurisdicción otorgue la correspondiente autorización supletoria de la voluntad de otro progenitor.

En este capítulo se presentaron múltiples fallos jurisprudenciales en los que se verificó una gran demora tanto el proceso como en la restitución que según los acuerdos internacionales debe ser inmediata. En relación a todo lo expuesto, se considera que se debería desarrollar una normativa donde se omita todo tipo de tramitación innecesaria para que el proceso sea rápido y efectivo y de esta forma la restitución sea inmediata.

¹²⁵ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, “D. H. A. c/ L. E. M. s/ restitución internacional de menores”, sentencia del 16 de Octubre del 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Conclusiones finales

El concepto de niño ha cambiado a través de la historia, comenzando con una visión donde éstos son considerados menores, es decir, personas que tienen limitaciones debido a su edad, por lo que deben supeditarse a las decisiones de los adultos. Afortunadamente, esta visión se ha transformado y se ha dado paso a una concepción donde los niños son seres humanos en formación, y necesitan orientación y ayuda, en vez de estar supeditados a la voluntad de los adultos bajo cuya responsabilidad se encuentran.

Como consecuencia de esto, los niños ahora son concebidos como sujetos de pleno derecho, con la única particularidad de que pueden necesitar ayuda y orientación para hacer valer sus derechos, incluso para hacerles ver que ellos tienen esos derechos y que es su deber defenderlos. Esta nueva concepción trae igualmente la idea de que los asuntos inherentes a los niños y adolescentes trascienden el ámbito familiar, puesto que son igualmente responsabilidad del Estado y la sociedad. Asimismo, se han de tener en cuenta los cambios producidos en la sociedad respecto a la estructura familiar, por cuanto amerita un trato totalmente diferente a lo tradicionalmente contemplado el ordenamiento civil.

Ahora bien, la restitución de menores es un instituto que permite que una persona legitimada a tales fines solicitar ante un Estado extranjero la restitución de un menor de edad, alegando que el mismo ha sido sustraído violentando las normas del Estado donde el niño residía. A los fines de impedir este tipo de situaciones, este instituto ha sido regulado por diferentes tratados internacionales, los cuales se han puesto como objetivo dar una respuesta rápida y efectiva a este tipo de casos, a los fines de lograr la restitución del menor en el menor tiempo posible.

En tal sentido, un detalle esencial de este tipo de proceso es su rapidez, es decir, el proceso debe ser rápida debido a que urgencia ya que se encuentran de por medio los derechos de un menor el cual ha sido separado de su centro de vida de forma ilícita bien sean por sustracción o retención.

Así, la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes es una problemática que más afecta a los niños en la actualidad, lo cual se verifica una vez que dentro del seno familiar comienzan a evidenciarse conflictos, que derivan en la separación de hecho o divorcio, y es común que alguno de los cónyuges migre a su país de origen. El verdadero problema se presenta

cuando no existe acuerdo de los padres en dicho traslado.

En estos supuestos descriptos se estima que la ley no es suficiente a los fines de garantizar la restitución de menores de edad cercana a los 16, en casos de niños cercanos a la edad límite establecida por el Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores¹²⁶. En razón que se ha estipulado un periplo jurisdiccional que aun cuando ostenta un carácter de celeridad, en su ejecución resalta por la cantidad de trámites que retardan la presencia de justicia.

Muestra de ellos lo ofrece el instrumento convencional de la Haya previsto, para solicitar el reintegro del menor a su país de origen, está legitimado para iniciar el proceso quien legalmente tenga la custodia y cuidado del menor. Sin embargo, ante una separación de hecho, cuando no se ha establecido cuál de los dos padres tiene legalmente la custodia del menor, ambos carecerían de la legitimación para la reclamación, por lo que se aprecia insuficiente el abordaje del texto normativo.

El interés superior del niño contemplado en el artículo 3 de la Convención sobre Derechos de Niño¹²⁷ tiene una connotación especial en estos casos, debe ser valorado por regla como el derecho de todo niño a no ser trasladado o retenido ilícitamente. Asimismo, es ponderado como excepción, a considerarlo cuando se aleguen y se prueben motivadamente las causales que restrictivamente autorizan a rechazar el pedido. Sobre la tutela judicial efectiva, además de manifestarse concretamente en varios textos de orden, en estos casos presenta como irradiación la particularidad de que para conformarla, ni siquiera un acuerdo homologado le da fin al accionar jurisdiccional.

Una de las mejores alternativas para que la restitución de menores sea efectiva es que es deber del magistrado dictar medidas cautelares para asegurar el objeto del proceso, en este caso, también, exhibiendo una oficiosidad particularmente exacerbada, desdibujando el principio dispositivo. Además de este principio se expande el deber del órgano jurisdiccional de articular lo mejor posible los recursos humanos, comunitarios y económicos disponibles. Así, corresponde confirmar la hipótesis planteada.

¹²⁶ Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya. 25 de Octubre de 1980.

¹²⁷ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

La urgencia en la tramitación del proceso aplica para dictar la sentencia y ejecutarla en un plazo razonable. Para ello, es necesario que se autoabastezca, esto es que contenga el total de las medidas para posibilitar su concreción. A su vez, mediante la cooperación judicial internacional para un regreso seguro de la víctima del traslado o la retención, precisamente a su lugar de residencia habitual, para que el juez natural pueda juzgar su caso. También de él se desprende la limitación de la vía recursiva, aquí emparentada con el principio procesal de celeridad o aceleración.

Bibliografía

Doctrina

- Ales, M. (2016). “Maternidad por acuerdo de partes legales ¿legalidad o equidad?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1593/2016> en fecha 11/02/2019.
- All, P. y Rubaja, N. (2017). “El Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños”. Recuperado <http://www.laleyonline.com.ar/> en fecha 17/02/2019.
- Asef, M. (2014) “El tiempo de los niños: Derechos fundamentales del niño a la luz de los nuevos paradigmas”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3371/2014> en fecha 15/02/2019.
- Barbero, M. (2015). “El interés superior del niño en los casos de restitución internacional de menores”. LLNOA.
- Britos, C. (2017). “El nuevo CCyCom ante la necesidad de un replanteo en la restitución internacional de niños”. *RCCyC*.
- Brunetti, A. (2016). “El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo CCyCom”. *DFyP*.
- Burgués, M. (2015) “La integración de los principios y derechos del niño en el CCyCom de la Nación”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/1722/2014> en fecha 10/02/2019.
- Colombato, L. (2013) “Concepciones de infancia en el Código Civil y en el Proyecto de Reformas de 2012: Una aproximación comparativa”. Recuperado de http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/pubpdf/anuario_fch/v10n2a04colombato.pdf en fecha 17/02/2019.
- Feldstein, S. (2015). “El CCyCom y la universalización de las convenciones internacionales en materia de restitución internacional de menores”. *RCCyC*.
- García, V. (2016) “La nueva óptica sobre el niño, niña o adolescente”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/631/2016> en fecha 11/02/2019.
- García, E. (2013). “Restitución internacional de menores. La doctrina de la Corte Suprema y su aplicación en un fallo reciente”. DJ.

- Giarewski, M. (2018) “Los compromisos (voluntary undertakings) en la restitución internacional de menores: pertinencia y abuso de su imposición”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/543/2018> en fecha 27/01/2019.
- Junyent, P. (2013) “La palabra como derecho de niños y adolescentes”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3002/2013> en fecha 15/02/2019.
- Kuyumdjian, P. y Granillo, V. (2018). “El Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/> en fecha 12/02/2019.
- Lora, L. (2006) “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”. Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina.
- Luft, M. (2016) “El derecho del niño a ser oído en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su inclusión en el CCyCom. El menor como parte en el proceso”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/4592/2015> en fecha 29/01/2019.
- Martínez, A. y Bado, C. (2017). “Lineamientos para una ley procesal en materia de restitución internacional de menores”. *SJA*.
- Mizrahi, M. (2016). “Restitución internacional de niños. Demora en la Argentina”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/> en fecha 15/02/2019.
- Morlacheit, A. (2010) “Hacia la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano”. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22087.pdf> en fecha 11/02/2019.
- Najurieta, M. (2018) “La escucha del niño y su importancia desde la óptica del acceso a la justicia en el marco de las convenciones internacionales relativas a la infancia”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/198/2018> en fecha 29/01/2019.
- Pagés, R. (2015) “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos: ¿cómo deben ser oídos?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2189/2015> en fecha 17/02/2019
- Panatti, M. y Pennise M. (2015) “Aportes para la determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el CCyCom”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3472/2015> en fecha 27/01/2019.
- Pascuarelli, J. (2015). “Algunos aspectos de la regulación de la jurisdicción internacional en el CCyCom de la Nación”. *SJA*.

- Robert, V. (2018) “Restitución Internacional de Menores en el CCyCom, aspectos normativos y prácticos- Dificultades y obstáculos a la hora de ejecutar las sentencias- Propuestas de procedimiento especial”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/> en fecha 29/01/2019.
- Rua, M. (2018). “Restitución de niños. El problema de las demoras en los procesos y como combatirlo”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/> en fecha 13/02/2019.
- Rubaja, N. (2016). “Restitución internacional de niños. Principales desafíos pendientes a nivel nacional”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/> en fecha 29/01/2019.
- Sambrizzi, E. (2017). “La Corte Suprema reitera su interpretación amplia sobre la restitución internacional de menores”. DFyP.
- Sarquis, L. (2015). “Derechos humanos y derechos del niño. Del "corpus iuris internacional" al "corpus iuris de la niñez"”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/649/2015> en fecha 15/02/2019.
- Scotti, L. (2018). “La persona humana en el Derecho Internacional Privado argentino”. RCCyC.
- Scotti, L. (2018). “Los alcances del derecho a ser oído en los procesos de restitución internacional de niños”. RDF.
- Scotti, L. (2017). “El delicado equilibrio entre el factor tiempo y el interés superior del niño en la ejecución de una orden de restitución”. DFyP.
- Scotti, L. (2018). “El consentimiento o la aceptación del progenitor como excepción a la restitución internacional de niños”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/> en fecha 17/02/2019.
- Scotti, L. (2017). “Nuevos paradigmas sobre infancia y adolescencia en el marco de un caso de restitución internacional de niños”. DFyP.
- Solari, N. (2010) “Un principio con jerarquía constitucional: El interés superior del niño”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1163/2010> en fecha 11/02/2019
- Tagle, G. (2014). “Un proceso que requiere una legislación específica urgente”. SJA.
- Tagle, G. (2015). “La restitución internacional de menores y sus principios frente al CCyCom”. RCCyC.
- Torrecuadrada, S. (2016) “El interés superior del niño”. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402744477004> en fecha 27/01/2019.
- Vigo, F. (2016) “El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia. Artículo

publicado en la página web del nuevo CCyCom de la Nación”. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/08/VIGO-2016.-El-derecho-del-ni%C3%B1o-a-ser-o%C3%ADdo-en-la-justicia-de-familia.-1.pdf> en fecha 17/02/2019.

- Zermatten, J. (2003) “El Interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico. Editorial del Institut International des droits de l'enfant”. Recuperado de https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf en fecha 15/02/2019.

Jurisprudencia

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “M.S.S c/ L.I.A S/ Restitución del Menor”, sentencia del 29 de Agosto de 1995. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “M. A. R. c/ M. B. F s/ Restitución Internacional”, sentencia del 26 de abril del 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, “D. H. A. c/ L. E. M. s/ restitución internacional de menores”, sentencia del 16 de Octubre del 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Santa Fe, “G. M., L. c. V. R., G. L. s/ restitución internacional y sus conexos”, sentencia del 26 de Octubre del 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Legislación

- CCyCom de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.
- Convención de la Haya. Ley Nro. 23.857. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de octubre de 1990.
- Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989.
- Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay. Conferencia de la Haya. Montevideo, Uruguay, 31 de julio de 1981.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Organización de Estados Americanos, Bogotá 2 de mayo de 1948.
- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de septiembre de 2005.
- Protocolo de San Salvador. Organización de Naciones Unidas, San Salvador, 17 de noviembre de 1988.
- Reglamento 415/2006. Presidente de la Nación Argentina.