UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

TITULO: ”Restitución internacional de menores”

Alumno: BECHER, Andrea Jimena

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo: Derecho Internacional Privado

Encargado de curso Prof.: SCIAMMARO, Dominga María

Año que se realiza el trabajo: 2007.

INDICE GENERAL:

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS…….2
TERMINOLOGIA ADECUADA……3
CAPITULO I: PREMISA FUNDAMENTAL: EL “INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”……..4
* Convención sobre los Derechos del Niño……...4
* Ley 26.061 sobre “Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”……..5
CAPITULO II: TRATADOS DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO DE 1889 Y 1940……7
CAPITULO III: CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓ INTERNACIONAL DE MENORES:…….9
A) Residencia Habitual:……9
B) Objetivos:……10
C) Calificaciones:……11
D) Titulares de la acción de Restitución:……12
E) Procedimientos. Principios Rectores: Autonomía y Celeridad:……..12
CAPITULO IV: IMPROCEDENCIA O EXCEPCIONES A LA RESTITUICIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: CONVENCIÓN DE LA HAYA……16
1) Si el procedimiento de restitución ante la autoridad judicial o administrativa se inicia antes de un año:……16
2) Si el procedimiento de restitución ante la autoridad judicial o administrativa se inicia después de un año:……..17
* Sustento normativo y doctrinal de las excepciones……18
CAPITULO V: CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES……22
A) Antecedentes de la Convención……..22
B) Jurisdicción internacional……..23
CAPITULO VI: IMPROCEDENCIA O EXCEPCIONES A LA RESTITUICIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: CIDIP IV……..…26
*Diferenciación de supuestos:……...26
* Causales de oposición a la Restitución Internacional de Menores:……27
CAPITULO VII: PARTICULARIDADES DEL CONVENIO BILATERAL: ARGENTINA - URUGUAY……30
* Improcedencia……...31
CAPITULO VIII: AUSENCIA DE CONVENIO:……31
* Caso Gabriela Arias Uriburu……...31
- Hechos:……..32
- Reclamo y Logros……32

CAPITULO IX: JURISPRUDENCIA NACIONAL……33
* “Eduardo María Wilner c/Maria Gabriela Osswald s/Exhorto”:……33
- Hechos……33
- Primer Agravio……..34
- Segundo Agravio……..35
* “Andreasen Lía Alexandra s/Exhorto”……..37
* “S.A.G s/restitución internacional- solicita restitución de menor”……37
- Hechos:……..38
CAPITULO X: JURISPRUDENCIA EXTRANJERA……..43
* Caso 1, España: Concurrencia de justa causa de restitución –artículo 13 tercer párrafo-…….43
* Caso 2, Soria: Improcedencia de la solicitud de Restitución por ser presentada en un estado donde no se halle el menor –artículo 12 último párrafo-……..44
* Caso 3, Sevilla: - Oposición suficientemente madura de los menores –artículo 13 tercer párrafo- e integración al nuevo medio –artículo 12-……45
* Caso 4, Lleida: Opinión e integración de la menor a su entorno –artículo 13 de la Convención de La Haya-……47
* Caso 5, Barcelona: Opinión del menor, edad inferior a la mínima que la legislación aplicable establece con carácter general para ser oído -artículo 13 tercer párrafo-……49
* Caso 6, Madrid: padre de los menores no opuesto al traslado de sus hijos –artículo 13 inc. a), estabilidad emocional y familiar -artículo 12-……..50
* Caso 8, Barcelona: custodia -artículo 13 inc. a)-……51
CAPITULO XI: INTERPRETACION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION DE LA PREMISA: “INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”……54
CAPITULO XII: CONCLUSION……56
BIBLIOGRAFIA……59

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

SUMARIO: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. TERMINOLOGIA ADECUADA. **I.-** PREMISA FUNDAMENTAL: EL "INTERES SUPERIOR DEL NIÑO". **II.-** TRATADOS DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO DE 1889 Y DE 1940. **III.-** CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. **IV.-** IMPROCEDENCIA O EXCEPCIONES A LA RESTITUICIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: CONVENCIÓN DE LA HAYA. **V.-** CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. **VI.-** IMPROCEDENCIA O EXCEPCIONES A LA RESTITUICIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: CIDIP IV. **VII.-** PARTICULARIDADES DEL CONVENIO BILATERAL: ARGENTINA - URUGUAY. **VIII.-** AUSENCIA DE CONVENIO. **IX.-** JURISPRUDENCIA NACIONAL. **X.-** JURISPRUDENCIA EXTRANJERA. **XI.-** INTERPRETACION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION DE LA PREMISA: "INTERES SUPERIOR DEL NIÑO". **XII.-** CONCLUSION.-

En el desarrollo del presente trabajo en primer lugar comenzaré con una breve pero imprescindible introducción tendiente a ubicarnos en el supuesto de hecho. A continuación me abocaré al análisis del marco normativo vigente, en nuestro país, en materia de Restitución Internacional de Menores: centrando particular interés en las *excepciones consagradas a la Restitución Internacional de Menores o su improcedencia y en el problema del significado del "interés superior del niño".*

Pretendo realizar más que un somero análisis doctrinario, ya que por considerar de suma importancia la dimensión sociológica del aspecto normativo en cuestión, abordo la aplicación del derecho a través de las relaciones diplomáticas, la jurisprudencia de nuestros Tribunales y de Tribunales extranjeros pertenecientes a países que han ratificado los mismos instrumentos, que la República Argentina.

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Para comenzar a desarrollar este tema debo destacar dos aspectos:

a) En primer lugar, y el principal de ellos, es que los niños por su propia naturaleza, son los seres más vulnerables y desprotegidos de la especie humana; con frecuencia el conflicto familiar generado por la separación de los padres –radicados por lo general en distintos países- deriva en conductas de los propios progenitores en las que los niños suelen ser tratados como meros objetos, siendo desplazados, retenidos o acarreados a través de las fronteras. Precisamente en quienes habría que confiar, los mayores, son quienes olvidan tutelarlos y quienes más los agraden y lastiman.

b) En segundo lugar si bien es cierto que no estamos ante un fenómeno nuevo, no es menos cierto que los frecuentes desplazamientos o retenciones ilícitas de los menores se encuentran facilitados por el avance del transporte internacional e incrementados por las migraciones labores, producto de este mundo globalizado. Después de la Segunda Guerra Mundial las relaciones internacionales son más fluidas y las fronteras dejan de ser límites difícilmente franqueables.

Soy conciente que en el presente trabajo abordo una cuestión delicada y de gran relevancia dentro del campo del Derecho Internacional Privado, es un tema en el que se encuentran estrechamente ligados y enfrentados el bienestar, el interés del menor y el interés de padres desavenidos. Esta lucha de intereses no puede

tener como resultado, como se verá, más que el dominio del “interés superior del niño”.

TERMINOLOGIA ADECUADA

La doctrina mayoritaria[1] insiste en distinguir los vocablos: 1)“restitución”, 2) “secuestro”, 3) “sustracción”, y 4) “protección”.

Entienden, en posición que comparto, que la terminología más adecuada es “restitución”: utilizada por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores[2]. Al segundo término lo desechan por inapropiado, al tercero porque apunta al autor de un acto reprochable[3], y el último por ser excesivamente amplio.

La expresión “Restitución Internacional de Menores” pone el acento más en la actividad que deben realizar los Estados -mediante la cooperación- frente a los traslados o retenciones ilícitas de menores y no en los actos ejecutados por los progenitores.

---

[1] BASZ, Victoria y FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia, “El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores”, LL 1996-B-610.- HIDALGO, Soraya Nadia, “Restitución Internacional de Menores en la República Argentina”, LL, T° 1996-C, pág. 1392.

[2] adoptada en Montevideo en el marco de la CIPIP IV en 1989 y aprobada por la República Argentina mediante ley 25.358 el 12/10/2000.

[3] Delito tipificado en el artículo 146 del Código Penal.

CAPITULO I

PREMISA FUNDAMENTAL: EL "INTERES SUPERIOR DEL NIÑO".

- Convención sobre los Derechos del Niño:

Antes de emprender el análisis del derecho convencional en materia de Restitución Internacional de Menores es obligatorio citar algunos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño[4], puesto que es ella la que sienta la premisa fundamental que debe guiar todo el accionar de la comunidad internacional, en este tópico, el "interés superior del niño".

En su artículo 3 prescribe: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño…"*

Y en su artículo 11 *inc. 1.*: *"Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin los Estados Partes promoverán la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes."*

De esta manera invitados los Estados parte a entablar una relación de cooperación a través de la suscripción de instrumentos

[4] adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 20/11/1989, receptada por nuestro Congreso de la Nación por Ley 23.849 del 27/09/1990.

internacionales para restablecer esta situación, han adoptado procedimientos encaminados a asegurar el pronto retorno del menor al Estado de su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita.

Procedimientos que se asientan en el principio de cooperación internacional, porque precisan del auxilio de la comunidad internacional para impedir que estos desplazamientos que tienen en su génesis motivos egoístas resulten exitosos para quienes los han llevado a cabo.

Entre los mecanismos de protección se destacan los instrumentados en convenios internacionales sean bilaterales o multilaterales.

- Ley 26.061 sobre "Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes".

La Convención de los Derechos del Niño también es fuente generadora e inmediata de la Ley 26.061 sobre "Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes"[5] cuyo objeto-fin conforme el artículo 1: *"es el de proteger integralmente los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes garantizándoles el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de esos derechos, reconocidos en el ordenamiento nacional y en los tratados internacionales de que la Nación sea parte".*

[5] Ley 26.061, Publicada el 26/10/2005.

Esta Ley se aplica a las personas que se encuentren en el territorio de la República Argentina hasta los 18 años, no estableciéndose límite entre la niñez y la adolescencia.

El principio de sustentación de los derechos a proteger es el "interés superior del niño", según el artículo 1, definido en su artículo 3 como: "*la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos*" en la ley. Este axioma rige en todas las instituciones jurídicas vinculadas al niño y adolescente y es prioritario para los organismos del estado (artículo 5).

El artículo 27 dispone las garantías mínimas de procedimiento en lo judicial o administrativo: a ser oído, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta, a ser asistido por un letrado preferentemente especializado, a participar activamente en todo procedimiento, a recurrir cualquier decisión que lo afecte.

CAPITULO II.

TRATADOS DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO DE 1889 Y DE 1940.

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940[6] contienen normas indirectas sobre la ley aplicable en materia de patria potestad, tutela y curatela.

Así el artículo 14 del Tratado de 1889: *"La patria potestad en lo referente a los derechos y deberes personales, se rige por la ley del lugar en que se ejecuta".* Y el artículo 18 del Tratado de 1940: *"La patria potestad, en lo relativo a los derechos y a los deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la ejercita."*

En cuanto a la tutela el artículo 21 del primer Tratado dice: "*La tutela y la curatela, en cuanto a los derechos y obligaciones que imponen, se rige por la ley del lugar en que fue discernido el cargo*". Y artículo 27 del segundo, expresa: *"Los derechos y las obligaciones inherentes al ejercicio de la tutela y de la curatela, se rigen por la ley del lugar del domicilio de los incapaces".*

Estas normas se integran con las normas sobre jurisdicción internacional, determinando el artículo 59 del Tratado citado de 1889 que: *"Las acciones que procedan del ejercicio de la patria potestad y de la tutela y curatela sobre la persona de los menores e incapaces y de éstos contra aquellos, se ventilarán en todo lo que les afecte*

---

[6] ratificados respectivamente por ley 3192 del 11/12/1894, y Decreto-Ley 7771/56 del 8/05/56.

personalmente ante los tribunales del país en que estén domiciliados los padres, tutores o curadores".

A su vez el Tratado de 1940 en el artículo 56 dice que: *"Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado*…".

Es decir que en el Tratado de Montevideo de 1940 la jurisdicción no solo está fijada por el lugar del domicilio de los incapaces, según así lo prevé el artículo 27, sino que a su vez tiene la opción de acudir ante los jueces del domicilio del accionado, en virtud del mencionado artículo 56.

Ambos tratados contienen normas atinentes a las medidas cautelares, -el artículo 24 del Tratado de 1889 y el artículo 30 del de 1940- en cuanto a derecho aplicable dicen: *"Las medidas urgentes que conciernen a la relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y a la tutela y curatela, se rigen por la ley del lugar en que residen los cónyuges, padres de familia, tutores o curadores*".

Y en lo que respecta a jurisdicción, también y con gran acierto, eligen el punto de conexión residencia de las "personas"[7], brindándole la posibilidad al juez del estado en que se encuentra retenido el menor de tener jurisdicción internacional cuando se solicita el reintegro al hogar del mismo, aunque sus padres no hubiesen residido en él.

---

[7] Artículo 64 del Tratado de Montevideo de 1889 y artículo 61 del Tratado de Montevideo de 1940.

CAPITULO III

CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES[8]:

Esta Convención es un acto de colaboración entre las autoridades de los diferentes países para restituir al menor a su medio habitual, evitando la consolidación de situaciones jurídicas inicialmente ilícitas.

A) Residencia Habitual:

Ahora bien, resulta necesario antes de abordar el estudio de la presente Convención partir del significado del punto de conexión: residencia habitual del menor, que no es igual al concepto jurídico de domicilio, sino que es una noción de hecho, pudiéndose definir "como el centro efectivo de vida del menor antes del traslado, es decir el lugar del país de origen"[9].

Se entiende que se trata de una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia prescindiendo -y aquí la importancia- del domicilio real de los padres.

Cómo se analizará, la ley en sentido amplio, del lugar de la residencia habitual del menor determina la ilicitud del traslado o retención y la legitimación para iniciar la acción de restitución.

---

[8] aprobada en 1980 en la XIV Sesión de Conferencias de la Haya sobre derecho Internacional privado, receptada en nuestro país por ley 23.857, 31/10/1990.

[9] FOIZEL, Clémentine, "La Convención de La Haya: ¿Una solución o una trampa?", ED, Suplemento n° 11.438, 30/01/2006, pág.1.

B) Objetivos:

Los objetivos primordiales de la Convención son *"artículo 1… a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes."*

Pero ¿cuando un traslado o retención es ilícito?

En el artículo 3 se señala*: "…se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención*…"

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, según el mismo artículo: 1) *"…de una atribución de pleno derecho…"*, 2) *"…de una decisión judicial o administrativa…"*, 3) *"…o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado."*

Simétricamente asegura el derecho de visita el artículo 1 b). Principio novedoso de la Convención de los Derechos del Niño receptado en sus artículos 8.1, 9.3. Es decir que la restitución del menor protege no sólo el derecho que le corresponde a alguno de los padres,

sino, y fundamentalmente, el interés del menor de mantener la comunicación con el progenitor no conviviente.

Es preciso, entonces, ante un traslado o retención ilícita aportar todos los elementos de pruebas que permitan verificar la falta de conocimiento del padre requirente del traslado del menor, o bien la negativa del otro progenitor de restituirlo en el tiempo convenido.

C) Calificaciones:

En primer lugar se advierte que en definitiva la calificación de la ilicitud del traslado o retención y de la legitimación, deben hacerse según la ley del lugar de la residencia habitual del menor, es decir según la lex causae.

También contiene calificaciones autárquicas: como la calidad de "menor", y el significado de derecho de custodia y de visita.

En su artículo 4 establece que: *"El Convenio se aplicará a todo "menor"… dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años."* Es ésta una norma uniforme o de derecho material, después de la edad mencionada la Convención estima que al ser jóvenes adultos tienen voluntad propia.

En el artículo siguiente expresa: *"…a) El "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual."*

D) Titulares de la acción de Restitución:

La Convención de La Haya brinda amplia legitimación a las personas que pueden estimular su aplicación: Según el artículo 8: *"Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá…"*.

O sea que los sujetos activos para iniciar el proceso de restitución internacional son los padres, tutores, guardadores y cualquier otra institución u organismos que ejercía el derecho de custodia inmediatamente antes del traslado o la retención ilícita. Esta legitimación, como anticipé al definir la "residencia habitual", también se determina por la lex causae.

E) Procedimientos. Principios Rectores: Autonomía y Celeridad:

En principio el artículo 2 refleja la obligación de los Estados contratantes quienes *"… adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan… los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia que dispongan."*

Con el fin de garantizar la inmediata restitución de menores la Convención establece un mecanismo especial de cooperación a través de las Autoridades Centrales, que se designarán en cada Estado parte; en el caso de nuestro país es el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Para cumplir con su finalidad, conforme reza el artículo 7, las Autoridades Centrales deberán: *"adoptar… todas las medidas apropiadas que permitan: a) localizar a los menores trasladados o retenidos ilícitamente, b) prevenir que el menor sufra daños mayores… c) garantizar la restitución voluntaria o facilitar una solución amigable, d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo… g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica…"*

El procedimiento está encaminado a que ellas adopten todas las medidas necesarias para lograr que la restitución sea voluntaria y lo menos traumática posible al menor.

¿Cómo se inicia el procedimiento? Seguidamente el artículo 8 establece que las personas legitimadas: *"…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 menor"*.

Estamos frente a un procedimiento autónomo, confirmando su especial naturaleza y distinguiéndose del procedimiento de exequatur aplicable para la ejecución de sentencias extranjeras. En tal sentido el artículo 14 dice: *"Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del art. 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas,*

ya sean reconocidas formalmente o no en el estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.". Simétricamente el artículo 15 reza: *"Las autoridades… de un Estado contratante… podrán pedir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el art. 3…"*

Cabe señalar, que pese a la estricta interpretación que puede surgir del artículo 8 al mencionar como único destinatario de la solicitud a la Autoridad Central, la propia Convención contempla en el artículo 29 la posibilidad que el legitimado *"…reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio."*

Entre los principios rectores se destaca, además del ya nombrado -autonomía del proceso- una directriz íntimamente ligada: el Principio de celeridad. Establecido en el artículo 11: *"Las autoridades judiciales o administrativas de los Estado Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para las restitución de los menores…".* También en el artículo 23: *"No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, ninguna legalización ni otras formalidades análogas."*

Y por último, reafirmando la autonomía, surge del artículo 19 que las decisiones tomadas en este marco no afectan la cuestión de fondo del derecho de custodia. Así es que *"Una decisión adoptada en*

virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia." Se basa en el axioma que declara que todo debate sobre el problema del derecho de guarda deberá realizarse ante las autoridades del Estado en el cual reside habitualmente el menor. Se aplica tanto a una sustracción que ocurrió con anterioridad a la pronunciación del fallo sobre la guarda –en cuyo caso el derecho de guarda violatorio sería ejercido ex lege- como una sustracción violatoria de un fallo preexistente. Debemos tener presente que "el derecho de custodia" es una materia en la que es difícil lograr un consenso político internacional, ya que en su regulación intervienen fuertemente la cultura, religión y la idiosincrasia de cada país.

CAPITULO IV

IMPROCEDENCIA O EXCEPCIONES A LA RESTITUICIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: CONVENCIÓN DE LA HAYA.

La obligación de restitución de menores asumida por los estados cede frente a supuestos puntuales, que específicamente se han plasmado en los instrumentos internacionales. Dichas previsiones incluyen:

1) Si el procedimiento de restitución ante la autoridad judicial o administrativa se inicia antes de un año:

Por un lado cuando hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o la retención ilícita la restitución del menor en principio es automática. A menos que sean de aplicación -por la autoridad administrativa o judicial del Estado requerido- las excepciones previstas en el artículo 13, es decir si:

a) quien insta la restitución no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que el menor fue trasladado o retenido,

b) o, si quien insta la restitución, había consentido el traslado o retención,

c) o lo había posteriormente aceptado,

d) Tampoco la autoridad está obligada a ordenar la restitución cuando ella implicaría un grave riesgo al menor a un peligro físico o psíquico,

e) O cuando coloque al menor en una situación intolerable,

f) Otra excepción a la obligación de restituir se da si el propio menor se opone a la restitución.

g) Y por último, partiendo de la base de que la interpretación del presente instrumento debe tener como norte el “interés superior del niño”, no va a proceder la restitución si ella implicaría un nuevo desarraigo para el menor, aunque no hubiera transcurrido el lapso de un año. En tal orden, y como se verá, la jurisprudencia extranjera entiende que la integración del menor al nuevo medio es una causal autónoma de excepción, que no nos permite diferenciar si el origen fue un accionar lícito o ilícito, ni el transcurso de tiempo; basta que ella se demuestre para que sea procedente.

2) Si el procedimiento de restitución ante la autoridad judicial o administrativa se inicia después de un año:

Según el artículo 12 aún en el caso en que se hubieran iniciado los procedimientos después de la expiración de un año, la autoridad judicial o administrativa ordenará la restitución del menor a menos que se de el supuesto siguiente:

a) quede demostrado que el menor se integró al nuevo medio.

b) Y como el artículo 13, comienza diciendo *“No obstante lo dispuesto en el artículo precedente…”* aquí también son de aplicación todas las causales de excepción nombrados en el punto1).

En ambos casos -1) y 2)- podrá denegarse la restitución del menor ante la vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales del estado requerido.

A través de las excepciones consagradas se trata de homogeneizar, buscar un equilibrio entre el principio de celeridad que

informa a este proceso y la garantía del debido proceso legal, principio de contradicción o bilateralidad.

Sustento normativo y doctrinal de las excepciones.

El artículo 12 de la Convención de La Haya dice: *"Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3, y en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo e traslado o retención ilícita, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.*

La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio. Cuando la autoridad judicial o administrativa del estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la demanda de restitución del menor".

Y, tal como mencioné, el artículo 13 expresa: *"No obstante lo dispuesto en el artículo precedente 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 no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor, proporcione la Autoridad Central o otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor."

Esto es, se prevé en el artículo 13 inc. a) que no se hayan ejercido efectivamente por sus titulares, las responsabilidades que supone la guarda o custodia de los menores, en la oportunidad de desplazamiento o retención. O que medió un consentimiento con la situación sobrevenida o anuencia de la misma.

En cambio el artículo 13 inc. b) refiere a que *"en la apreciación de los hechos determinantes del rechazo, de lo que se trata es de*

apreciar un posible riesgo y no como en el orden jurídico penal, de probar la existencia de maltrato o la tentativa de perpetración" [10].

Y el último supuesto que establece el artículo 13 es la oposición del propio menor exteriorizada a través sus opiniones. Pero solo conocemos su opinión si realizamos este "derecho del niño a ser oído"[11], recordemos que en el pasado los menores no eran considerados sujetos de derecho sino objetos de protección y no siempre su palabra era escuchada ni recibían una información esclarecedora por parte del adulto. Al reconocerles la calidad de persona –no es un objeto ni es un incapaz- los niños, niñas y adolescentes tiene que ser en primer lugar informados y en segundo lugar escuchados, y debe tenerse en cuenta lo que dicen en todos los asuntos que puedan afectarlos. En tal sentido considero que siempre y a cualquier edad hay que escuchar al menor.

Por su parte el artículo 12, segundo párrafo, en miras a evitar un nuevo desarraigo según MAKIANICH DE BASSET , Lidia M.[12] en los hechos sucede que a veces *"las dilaciones que en los procesos en materia de Derecho Internacional privado acarrean, van favoreciendo la consolidación de una nueva situación de los menores y creando para ellos nuevos vínculos escolares, afectivos, y aún geográficos y de entorno en general, situación esta difícil de revertir a pesar de una sentencia favorable ya que se ha agregado otro daño que radica en el*

---

[10] Restitución Internacional de Menores, Boletín del Instituto Interamericano del Niño nº 232, página 37.

[11] Artículo 12 de la Convención de los derechos del Niño.

[12] Derecho de visitas, Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1993, página 299.

nuevo desarraigo que supone el regresarlos al país del cual fueron indebidamente sustraídos". Por tal razón los tribunales europeos, teniendo en la mira al "interés superior del niño", sostienen que esta es una causal de improcedencia autónoma, basta su comprobación sin importar lapsos de tiempos para denegar la restitución del menor.

Y el artículo 20, que es de aplicación común al punto 1) y 2) dice: *"La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales".*

Clémentine Foizel manifiesta optimismo por la existencia del artículo 20 en esta Convención: *"Por fin, se exceptúa la obligatoriedad de la restitución cuando el Estado que la requiere no respeta los principios fundamentales de los derechos humanos".*

La doctrina esta de acuerdo –Hidalgo, Clémentine Foizel- en que las excepciones deben interpretarse en forma restrictiva, a fin de que la Convención no se convierta en letra muerta. No debe olvidarse que *"una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, sustituyendo el foro elegido por el secuestrador por el correspondiente a la residencia del niño, conduciría al colapso de toda la estructura de la Convención, privándola del espíritu de confianza mutua que la inspiró".*

Al momento de exponer jurisprudencia nacional y extranjera se conocerá cómo se interpretan estas excepciones.

CAPITULO V.

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

A) Antecedentes de la Convención.

Al analizar esta Convención y para evitar mayor abundamiento es necesario mencionar que su fuente inmediata es la Convención de La Haya, ya que sobre ese piso se realizó el debate y la redacción final de sus normas. Otra fuente, pero mediata la constituyen los convenios bilaterales, que celebrara Argentina y Uruguay, Uruguay y Chile, por otro y Uruguay y Perú.

En cuanto a sus objetivos, punto de conexión utilizado: la residencia habitual, calificaciones autárquicas –calidad de menor, derecho de custodia y de visita- coincide plenamente con el Convenio madre. Tampoco su ámbito de actuación se proyecta sobre el derecho de fondo de la guarda o custodia del menor (artículo 15).

La demanda o solicitud –artículo 9- al igual que la Convención de la Haya –en su artículo 8- responde en líneas generales a los mismos presupuestos que deben satisfacerse en los procesos de conocimiento. Agrega este artículo: *"…los exhortos, solicitudes y los documentos que los acompañen no requerirán de legalización cuando se transmiten por vía diplomática o por intermedio de Autoridad Central"*. Se advertirá que estamos frente al principio de celeridad ya

plasmado en la Convención de La Haya artículo 23, respondiendo así a la innecesariedad de las legalizaciones cuando intervienen funcionarios de las Cancillerías o de la Autoridad Central.

B) Jurisdicción internacional.

Este punto presenta algunas particularidades. La regla se asienta en el lugar de la residencia habitual del menor, así lo manifiesta el primer párrafo del artículo 6, ahora cuando median razones de urgencia surgen otras dos posibilidades, a través de lo normado en el segundo párrafo: puede acudirse ante las autoridades donde se hallare o se presume que se encuentra el menor o ante la autoridad donde hubiere acaecido el hecho del desplazamiento o retención indebida.

Se amplía así el acceso a la jurisdicción si median razones de urgencia, presupuesto éste que debe ser interpretado flexiblemente por la autoridad judicial o administrativa, como se actúa cuando se está frente al presupuesto de las medidas cautelares. Lo que cuenta es asegurar preventivamente el acceso a la jurisdicción, ante una medida que no admite dilaciones.

Artículo 6: *"Son competentes para conocer de la solicitud de restitución… las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención. A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse…ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor… al momento de efectuarse dicha solicitud;*

igualmente ante las autoridades del estado Parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación…"

La solicitud de restitución -a los efectos de lograr el más efectivo acceso a la jurisdicción- al remitirse a otro Estado puede canalizarse a través de tres vías: a) exhorto a carta rogatoria, b) mediante solicitud a la Autoridad Central, c) directamente, o por vía diplomática o consular.

De la comparación de la Convención de la Haya y la presente se señala que en la primera la Autoridad Central tiene un rol más activo o más destacado, pareciera que en principio es adonde el legitimado debe instar el procedimiento –más allá de la aclaración del artículo 29- y ella misma de ser necesario incoa o facilita la apertura de un procedimiento judicial o administrativo. No obstante mi apreciación, no deja de ser un organismo administrativo internacional que entrelaza los Estados partes en la cooperación judicial, mencionando el artículo 7 funciones de colaboración en la localización y restitución del menor.

Canalizada la solicitud de restitución, también se trata en primer lugar de lograr una devolución voluntaria del menor (artículo 10). Para el supuesto de imposibilidad de lograrla, es la autoridad judicial o administrativa quien encauza el procedimiento en miras a emitir resolución, no la Autoridad Central, para ello debe:

a) verificar el cumplimiento de los contenidos de la demanda,

b) a diferencia de la Convención de La Haya, y esto lo considero fundamental, establece la obligación de tomar conocimiento "de visu" del menor. Requiere cumplir imperativamente con el principio de

inmediación procesal y conocer la situación fáctica a través de expresiones del propio menor, si por su edad está en condiciones de hacerlo, haciéndole saber que se tomó conocimiento personal del menor a quien lo retiene.

c) también adoptará las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional. Y si fuera procedente dispondrá sin demora su restitución.

CAPITULO VI

IMPROCEDENCIA O EXCEPCIONES A LA RESTITUICIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: CIDIP IV.

Como lo expresa la doctrina[13] la CIDIP IV concuerda con el espíritu de la Convención de La Haya, dada la importancia que tienen la integración de los pueblos y el fenómeno de la universalización en materia de codificación. En tal sentido las excepciones que contiene son exactamente las mismas que su convenio madre.

Diferenciación de supuestos:

Así como en el capítulo IV distinguimos los puntos 1) y 2) teniendo en cuenta el transcurso o no del plazo de un año desde que se hubiere producido la retención o el traslado ilícito, aquí también vale aquella diferenciación, marcada esta vez, en el artículo 14 que dice: *"Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente. Respecto de menores cuyo paradero de desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.*

Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad

---

[13] entre ellos el Dr. Gualberto Lucas Sosa, "La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", JA, 1990-I-779.

requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno".

Gualberto Lucas Sosa explica que el instituto de la caducidad, está previsto en el derecho convencional (La Haya, CIDIP IV, Convenios Bilaterales) al receptar la caducidad de la acción de restitución de menores, claro que estamos en un contexto procesal. Justificando que: *"Ello tiene su razón de ser no sólo porque esta pretensión está signada por la característica esencial de la urgencia, sino porque la residencia habitual originaria pierde virtualidad cuando su asiento queda fijado en otro lugar durante un tiempo determinado. Consecuentemente la inactividad procesal durante un año produce la extinción de aquella acción sumaria".*

Causales de oposición a la Restitución Internacional de Menores:

A diferencia del Convenio fuente, se reglamentó aquí la garantía del debido proceso utilizando un plazo desde el anoticiamiento de quien retiene el menor de la intervención del órgano requerido que conoce el caso. No obstante, queda claro que se prescinde de las formas tradicionales de notificación: edictos, cédulas.

El artículo 12 dice: *"La oposición… deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene…"*

Pero ¿cuáles son esas causales de oposición? el artículo 11 las establece de modo taxativo: *"La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:*

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

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

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

En el último párrafo también se deja librado al prudente criterio de la autoridad rogada para que evalúe si el juicio del menor, atendiendo a su desarrollo intelectual, puede constituir un dato atendible para formarse en la convicción de la improcedencia de la restitución.

Al igual que la Convención de La Haya el artículo 25 expresa que: *"La restitución del menor… podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño".*

Todo aquello que tenga el alcance de una declaración a nivel supranacional sobre los Derechos del Niño tiene gravitación para

circunscribir el concepto de orden público internacional. Sin embargo el "ius cogens" aunque no se encuentre receptado en el derecho interno de la autoridad requerida surge para delimitar aquella reserva, impidiendo que se enerve la asistencia judicial internacional en materia de restitución internacional de menores.

La Convención –al igual que el artículo 18 del Convenio de La Haya- cuenta con una norma general en cuanto a potestades de la autoridad requerida el artículo 17 donde expresamente dicen *"que las disposiciones anteriores… no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución en cualquier momento"*.

CAPITULO VII.

PARTICULARIDADES DEL CONVENIO BILATERAL: ARGENTINA - URUGUAY.

Es un convenio muy simple, breve, pero de mucha trascendencia porque es el primero que en materia de restitución internacional de menores ratifica nuestro país, en el año 1982, y que sirvió de base para el convenio multilateral de la Convención Interamericana.

Tal como se dijo las Convenciones arriba explicadas, regulan la calidad de menor a través de una norma uniforme; en cambio nos encontramos con que el artículo 4 del Convenio sobre Protección internacional de Menores entre Uruguay y Argentina[14] dice: *"… una persona será considerada menor de acuerdo con lo establecido por el derecho del Estado de su residencia habitual…"*. También se encuentra esta norma indirecta en los Convenios que entrelazan a Uruguay con Chile y Perú armonizando las divergencias legislativas.

No incluye como legitimados activos a cualquier institución que ejercitare los derechos de guarda o de custodia

En cuanto a la jurisdicción establece, en su artículo 5 que *"para conocer en la acción de restitución de menores, serán competentes los jueces del Estado de su residencia habitual."*. No crea Autoridad Central alguna, pero en su lugar fija que las solicitudes se transmitirán a través del Ministerio de Justicia del estado requirente al del requerido.

---

[14] Receptado por la República Argentina por Ley 22.546, el 4/03/1982.

Improcedencia:

No especifica cuáles pueden ser las causales declarándose en el artículo 7 que *"…dispondrá, sin demora la restitución del menor, pudiendo únicamente retardar la entrega en los casos en que ello signifique grave riesgo para su salud."*

CAPITULO VIII.

AUSENCIA DE CONVENIO:

Ahora bien, toda esta normativa obedece al mecanismo que acuerdan sus estados partes, pero cuando el supuesto de restitución tiene lugar entre países que no se encuentran vinculados por pactos internacionales todo el proceso debe articularse dentro del principio de la cooperación internacional. Como afirma Amalia Uriondo de Martinoli[15] "la colaboración entre las autoridades administrativas y judiciales de los diferentes Estado, constituye el marco propicio para la búsqueda de soluciones en la protección de los derechos de los menores"

* Caso Gabriela Arias Uriburu:

Es este un supuesto en que uno de los países –Jordania- no ha ratificado convenio alguno de Restitución Internacional de Menores.

Hechos: En diciembre de 1997, estando divorciados, Imad Shaban trasladó ilícitamente desde Guatemala –donde residían- a

---

[15] "Restitución Internacional de Menores. Aplicación del derecho Convencional", ED t. 173 página 827.

Jordania a sus tres hijos: Karim, Zahira y Sharif, sin autorización de su madre Gabriela Arias Uriburu.

Reclamo y logros: Desde entonces la madre argentina inició una ardua pelea. Reclamó el cumplimiento de la Declaración de los Derechos del niño, al exponer su caso ante la subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Expuso su situación ante la Organización de los Estados Americanos. En fin, su reclamo se convirtió en una cuestión del estado de la República Argentina: las administraciones de Menem, de la Rúa, de Duhalde y de Kirchner se ocuparon de él.

La restitución no se obtuvo, no obstante desde 1998 Gabriela viaja a visitarlos. Últimamente se ha ofrecido a Jordania un acuerdo bilateral para el restablecimiento de los vínculos entre los padres y los hijos menores ilícitamente trasladados o retenidos, que se instrumentaría a través de la Autoridad Central y que explicita además que será aplicable para los conflictos anteriores a su vigencia.

CAPITULO IX.

JURISPRUDENCIA NACIONAL.

* "Eduardo María Wilner c/Maria Gabriela Osswald s/Exhorto":

Hechos: El 3 de diciembre de 1985 las partes contraen matrimonio en la ciudad de Buenos Aires y arriban a Canadá en marzo de 1986, donde nace su única hija Daniela, en Guelph provincia de Ontario, el 6 de febrero de 1990. El 11 de noviembre de 1993 la señora María Gabriela Osswald decide (consentido por su esposo) viajar a Buenos Aires junto a su hija, con el fin de "pasar las fiestas" con sus familiares, estando previsto el retorno de ambas para el día 22 de enero de 1994. El 6 de enero, el señor Wilner toma conocimiento de la decisión de la madre de no regresar a Canadá y de permanecer con la menor en la República Argentina.

En febrero de 1994, el padre solicita asistencia de la "Autoridad Central" correspondiente a la provincia de Ontario, a efectos de reclamar la restitución de la niña, en los términos de la Convención de La Haya. El 7 de marzo de 1994, se dicta una decisión judicial atribuyendo la "custodia" al padre.

El 14 de marzo de 1994, la Cancillería Argentina recibe un fax de la "Autoridad Central" canadiense remitiendo la petición de restitución de Daniela Wilner de acuerdo a lo estipulado en la Convención de La Haya. Es así que el 17 de marzo la Autoridad Central Argentina –Cancillería- da conocimiento a Interpol, para que confirme la localización de la menor en el domicilio suministrado por la Autoridad

canadiende. Localizada la niña el 21 de marzo la Cancillería Argentina presenta el pedido de restitución ante el juez local.

En noviembre el Juzgado de primera instancia dicta resolución ordenando la restitución de la menor a Canadá. EL 1 de marzo de 1995, la Cámara de Apelaciones confirma la sentencia. Contra dicha decisión, la madre interpone Recurso Extraordinario, el que fue denegado, motivo por el cual recurrió en Queja ante la Corte Suprema de Justicia.

Este máximo Tribunal, el 14 de junio de 1995[16], confirma la sentencia apelada exhortando a la apelante a *"colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a la menor una experiencia aún más conflictiva"*.

Primer Agravio:

La recurrente invoca hallarse en estado de indefensión frente a un sentencia extranjera violatoria de su derechos de defensa -artículo 18 de la Constitución Nacional-, Según Gabriela: *"…la negativa de la Cámara a valorar la sentencia dictada por la Corte de Notario la ha colocado en estado de indefensión con grave lesión a la garantía del debido proceso, puesto que ha soslayado la verificación de los requisitos necesarios en jurisdicción argentina para el reconocimiento de una decisión extranjera y, en los hechos, esa prescindencia ha implicado dar un efecto a un pronunciamiento dictado por un juez incompetente en un trámite donde no tuvo posibilidad de defenderse"*.

La Corte Suprema dictamina que en el caso *"no se trata de la ejecución de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso*

[16] Fallos 318:1269 CSJ.

judicial, sino de un procedimiento autónomo respecto del contencioso del fondo, que se instaura a través de las llamadas "autoridades centrales" de los Estados contratantes, dicho procedimiento se circunscribe al propósitos de restablecer la situación anterior jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante" (considerando n° seis).

Con mucha claridad en el considerando siguiente dice *"… la circunstancia de haberse dictado el recordado fallo por la Corte de Ontario es irrelevante a los fines de este litigio…"*

Segundo Agravio:

El "Interés superior del niño" fue el otro agravio planteado ante la Corte Suprema de Justicia por la apelante, al considerar que existió una aparente contradicción entre el principio consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del niño y el modo en que los jueces de la causa aplicaron la Convención de la Haya, que a juicio de la recurrente importa *"un total desconocimiento de los principios que en materia de menores integran el orden público internacional argentino"*.

Como bien señala el fallo de nuestra Corte: *"…en la jerarquía de valores que sustenta la Convención de La Haya, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho…"*. Advierte además que esta convención también dirige a los padres la exhortación de tener como preocupación fundamental el interés superior del niño (artículo 18

párrafo 1º) y enfatiza que *"es evidente que en el derecho internacional la Convención de la Haya armoniza y complementa la Convención sobre los derechos del Niño"*.

En definitiva, precisamente, el mismo principio que invoca la madre de la niña como desconocido por la justicia, es el que fue vulnerado por ella, ya que el "interés superior del niño" se traduce también en el derecho a no ser sustraído o retenido en "nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona".

En relación con el artículo 13 in fine de la Convención de la Haya la Corte reconoce *"que no es un imperativo la consulta directa de la niña"* y que tal circunstancia se cumplimentó en el caso en cuestión con la intervención del asesor de menores en ambas instancias del proceso.

Como la tutela del interés superior del niño también entraña la necesidad de interpretar las causales que se pueden invocar para negar la restitución, analiza los artículos 20, 13 y 12. Poniendo especial atención a la directiva del "desarraigo" del artículo 12 *"… a fin de que el paso del tiempo no desvirtué el espíritu del Tratado puesto que la integración del menor al nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, aun cuando el segundo desplazamiento fuese conflictivo".*

A mi humilde entender con esta interpretación se antepone al interés superior del niño la obligación del estado argentino asumida en la Convención, primero la restitución "aun cuando el segundo desplazamiento fuere conflictivo".

* “Andreasen Lía Alexandra s/Exhorto”:

Este es un caso que se desarrolla en el marco de la aplicación de la Convención de la Haya, en el que el estado requirente es España y Argentina el estado requerido, país éste al que la madre había trasladado a la menor.

A instancia del padre de la niña la cuestión llega a los tribunales argentinos, donde en primera instancia se deniega la restitución. Sin embargo la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil[17] ordena la restitución de la menor Lía Alexandra Andreasen “*porque la madre había abandonado el Estado requirente con la menor contraviniendo la orden del tribunal español que estableció el régimen de visitas y había exigido a ambos progenitores el depósito de sus pasaporte para evitar su salida del país*…” Consideró inaplicables las excepciones de los artículos 12 y 13 de la Convención, destacando en particular la falta de integración de la menor a la República Argentina.

Finalmente la madre interpuso recurso extraordinario el que, con fecha 29/08/1995[18], fue declarado inadmisible e improcedente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

* “S.A.G s/restitución internacional- solicita restitución de menor”:

Este es un caso Argentino – Paraguayo que considero importante desarrollar, porque en el se debate, puntualmente y en

[17] Fallo 94.298, 2/03/1995.
[18] Fallo A. 175. XXXI.

extenso, una de las causales de improcedencia a la restitución: el artículo 11 inc. b. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Son interesantes las distintas interpretaciones que las diferentes instancias judiciales le otorgan.

Hechos: Ante la ruptura del matrimonio la menor S. es traslada por su madre a la ciudad de Córdoba el 27/11/2001, desde Paraguay, donde comienza a habitar con su progenitora y sus abuelos maternos. El padre se presenta ante las autoridades de la residencia habitual de la menor y solicita se ordenara la restitución, mediante el procedimiento previsto por la Convención CIDIP IV.

Así llegó a la Justicia de Primera Instancia de la ciudad de Córdoba un exhorto remitido por la Juez de Primer Instancia de la ciudad de Asunción que ordenaba el reintegro de la menor a su padre. La juez de la ciudad de Córdoba citó a la madre quien se presentó y se opuso a la restitución con los siguientes fundamentos: 1) afirmó que el padre había consentido o prestado su consentimiento (artículo 11 inc. a). 2) de ordenarse la restitución se colocaría a la niña en una situación imprevisible de riesgo, aduciendo que tanto ella como la niña fueron víctimas de repetidas conductas de malos tratos o violencia familiar por parte del progenitor (artículo 11 inc. b), circunstancia que motivó su traslado a la ciudad de Córdoba, y 3) que la propia niña manifiesta su voluntad expresa en contrario del traslado a Paraguay (artículo 11 in fine) y por último 4) se opuso argumentando que el traslado solicitado resultaría violatorio de un principio fundamental del derecho de familia argentino de nivel constitucional (artículo 25).

En primer instancia se concluyó con que hubo un traslado ilícito pero –ponderando la prueba pericial psiquíatrica y psicológica realizada únicamente a los progenitores y no a la niña- que se encontraba configurada la causal del artículo 11 in c b. sosteniendo *"...que en el supuesto de autos es imprescindible una enérgica contención familiar de la niña…por el tironeo de que es objeto e incluso por el ambiente cambiante de su residencia… factores que puede procurarle un daño personal definitivo a sus breves 4 años de edad…"*

Apelada esta sentencia por el padre de la niña S. el tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el año 2003[19], analizando esta Convención con la Convención de los Derechos del Niño, revoca el fallo entendiendo que: *"Corresponde ordenar la restitución de un menor al país de su residencia habitual toda vez que para justificar el incumplimiento de la normativa internacional en materia de restitución internacional de menores… la condición psicológica y convivencial a la que se colocará al menor cuyo retorno se reclama debe permitir inferir la existencia de un grave riesgo psíquico o físico para el mismo, no dándose en el caso tal situación.."* Entendiendo que la hipótesis de excepción contemplada comprende una situación extrema que excede los parámetros normales del trauma o padecimiento que pueda ocasionar un cambio de lugar de residencia o de desarticulación de su grupo de convivencia; concluyó que no se había demostrado que el cumplimiento de la rogatoria pudiera comprometer seriamente el bienestar psíquico o físico de la menor reclamada.

[19] TS Córdoba, Sala Civil y Comercial, fallo n° 107.715 del 23/07/2003.

En definitiva consideró que no estaban configurados los supuestos de excepción que prevé la CIDIP IV y por lo tanto correspondía atenerse a las obligaciones asumidas con el país exhortante.

Tampoco resulta aplicable la hipótesis prevista del artículo 25 de la Convención, porque la invocación de la cláusula de reserva de orden público, debe ser restringida a su mínima expresión, esto es, cuando de la aplicación en concreto del Tratado surja palmariamente la violación de los derechos humanos fundamentales del niño.

La supuesta violencia que habría ejercido el progenitor de la niña no se acreditó debidamente en autos. *"… Resulta irrelevante a los fines de decidir sobre la restitución de un menor al país de su residencia habitual, los exámenes psicológicos efectuados a los progenitores, ya que el proceso no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los padres para ejercer adecuadamente la guarda o tenencia del menor, materia que son competencia exclusiva del juez del lugar de residencia habitual del niño".* Esos informes periciales no aportan datos que permitan abrir juicio sobre si la restitución podría exponer a la niña a un grave peligro físico o psíquico.

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de un recurso extraordinario que interpuso la madre de la niña S. que fue concedido parcialmente en lo atinente a la interpretación que se efectúa en el fallo respecto del art. 11 inc b.

El recurso fue denegado en cambio en orden a la causal de arbitrariedad, en la que la recurrente denuncia falta de fundamentación

y omisión de ponderar circunstancias de hecho relevantes para la correcta dilucidación de la causa, denegatoria que dio motivo a presentación en queja.

Finalmente compartiendo su fallo con el dictamen del Procurador General, y luego de producir prueba pericial psiquiátrica, pero respecto de la niña S., en virtud de las facultades previstas en el art. 36 in 4 CPCCN falla rechazando la queja, declarando admisible el recurso extraordinario y confirmando la sentencia[20].

Así dispone la restitución de la niña en la forma y en las condiciones que minimicen los riesgos a los que alude la pericia psiquiátrica producida en dicha instancia.

Para arribar a tal solución analizó tantos las constancias de la causa como la pericia por él ordenada y entendió que no se encontraba configurado el supuesto previsto por el artículo 11 in b de la Convención. "*Ello, porque debe entenderse que la excepción requiere que el niño presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia, del cambio de lugar de residencia o de la desarticulación de su grupo convivencial*".

Además manifestó, por remisión al dictamen del Procurador General "…*que la supuesta violencia que habría ejercido el progenitor no se encontraba debidamente acreditada y que los informes periciales sobre los progenitores no aportan datos para emitir juicio respecto del eventual peligro que pudiera traer aparejada la situación. Por otra parte*

[20] Fallo S. 1741. XXXIX, S 1619. XXXIX, 20/12/2005.

teniendo en cuenta que la decisión de restituir no importaba ningún tipo de impedimento para que los padres pudieran discutir la tenencia de la niña, se dejó a salvo esta alternativa con fundamento en la propia Convención que su ámbito queda limitado a la decisión respecto de la restitución, y no al fondo de la guarda o de la custodia (artículo 15)...".

También se remitió al informe del Procurador General, haciéndose referencia a *"… la propia doctrina de la Corte destacándose que la "estabilidad" del ámbito convivencial de la niña alegada por la madre no resultaba decisiva para excusar el incumplimiento del convenio, ya que había sido conseguida como consecuencia de su traslado ilícito. Y que la integración del menor al nuevo medio no construye un motivo autónomo de oposición a su restitución… aún cuando el segundo desplazamiento fuere conflictivo…"*

CAPITULO X.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA.

La interpretación que los tribunales extranjeros, fundamentalmente los europeos, hacen a los supuestos de improcedencia -plasmados en las distintas convenciones- está más avanzada. Es importante destacar que la causal de "integración al nuevo medio" opera aquí en forma autónoma, tutelando en forma efectiva el "interés superior del niño". En algunos fallos los juzgadores manifiestan "basta la mera integración" sin importar su origen para negar la restitución al estado requirente.

Caso 1, España: Concurrencia de justa causa de restitución – artículo 13 tercer párrafo.-

Ante la falta de trabajo la madre biológica del menor Serafín, residente en Brasil, lo entrega temporariamente en "guarda provisoria" (la que seguía discutiéndose al momento de sentenciar) a una familia con la que había trabajado de empleada doméstica. En una de sus visitas a Brasil su madre lo traslada y retiene en España donde el menor vivió con sus 2 hermanos biológicos.

Se inicia el proceso de restitución establecido en la Convención de La Haya, el que antes de la expiración del plazo de un año llega a la justicia española; quien en primera instancia 5/05/2005 deniega la solicitud de restitución del menor Serafín por concurrir causa justa de no restitución. En contra de esta resolución "los guardadores" apelaron fundamentándose en la infracción a los artículos 12 y 13 b) del

Convenio de La Haya e imposibilidad de tener en cuenta las consideraciones del menor dada la corta edad.

El Tribunal español confirma la resolución apelada con fundamento en el artículo 13 tercer párrafo. Entiende que *"El convenio no exige una edad determinada para tener en cuenta sus opiniones, y la psicóloga entendió que era un niño espabilado y maduro pese a su corta edad".-*

Además enseña que en cuanto al artículo 13 inc) b) el peligro tiene que *"ser serio",* habla de la *"celeridad"* que exige justificando la no solicitud de nuevas pruebas, *"el interés del menor como el más digno de protección"*.

Caso 2, Soria: Improcedencia de la solicitud de Restitución por ser presentada en un estado donde no se halle el menor –artículo 12 último párrafo-.

El padre incumpliendo la resolución sobre la custodia, atribuída a la madre, traslada al menor al extranjero. Ante tal situación la madre insta el procedimiento previsto en la Convención de La Haya directamente ante la autoridad judicial (artículo 29). Así es que en primera Instancia el Juzgado de Soria rechaza la petición, motivo por el cual la actora interpone apelación.

El tribunal llamado a sentenciar -el 04/05/2005- confirma la resolución recurrida en cuanto inadmite a trámite la demanda presentada indicando que: *"…la demanda no puede ser admitida a trámite por otro motivo, cual es la falta de competencia para conocer del*

asunto… El art. 12 establece claramente que el procedimiento se iniciará ante la autoridad judicial o administrativa del estado contratante donde se halle el menor, permitiendo el último párrafo del citado precepto la inadmisión de la demanda en los casos en los que el menor haya sido trasladado a otro estado. Hay que tener en cuenta que una interpretación contraria, además de chocar contra los citados textos legales, haría inviable de hecho el procedimiento, toda vez que se exigiría al Juez de Primer Instancia de Soria la práctica de una serie de diligencias en un territorio, Bulgaria, en el que no tiene jurisdicción, y haría imposible cumplir con los requerimientos, presentación del menor, audiencia de éste, comparecencias etc., que lógicamente deben realizarse en el lugar donde se encuentre el niño… quedando a salvo el derecho de la parte de presentar otra demanda ante las autoridades judiciales del país donde está el menor…"

Caso 3, Sevilla: - Oposición suficientemente madura de los menores –artículo 13 tercer párrafo- e integración al nuevo medio –artículo 12-.

Los menores residentes en Colombia, fueron trasladados por su madre con autorización paterna a España. Es este un supuesto de retención ilegal a partir de la notificación de la resolución que revoca la autorización de traslado y salida del país.

A partir de este momento la Autoridad Central de Colombia -en representación del padre- peticiona la restitución de los menores Jose Pablo y Marco Antonio, sin embargo con fundamento en el artículo 13

inc b) de la Convención de La Haya el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla deniega la petición.

Esta resolución es apelada y en segunda instancia se confirma la resolución recurrida, con fecha 16/09/2004, pero no con fundamento en el artículo 13 porque "*no se considera probado, ni siquiera a nivel indiciario, que exista un grave riesgo de que la restitución exponga a los menores a un peligro físico y en cuanto al psíquico tampoco parece que la simple falta de convivencia durante varios años pueda representar algo muy distinto de la natural inadaptación inicial…".* Ya que no se habían practicado pruebas en orden a las condiciones en que se encontrarían los menores en Colombia. Sino que se deniega la restitución de los menores por aplicación del artículo 12, considerando en primer lugar que *"dada la edad de los menores y los cuatro años de residencia en España, no parece dudosa su integración en el nuevo medio social y familiar, viven con su madre y la nueva pareja de ésta, y están integrados educativamente".* Considera que es una discusión estéril la del cómputo del año: *"…si desde el traslado físico o desde la resolución judicial colombiana revocando la autorización de traslado y que provoca la situación de retención ilegal. Es una discusión vana porque el espíritu de la norma es excepcionar la restitución cuando se haya dado una estancia de duración tal que se haya producido la referida integración, fijándose el cómputo del año de plazo por presumirse la poca posibilidad de integración en dicho corto tiempo, y como la integración se da con independencia del origen lícito o ilícito de la estancia, como es obvio, constatada tal integración, que no discute ni*

el propio apelante, procede aplicar el art. 12 del Convenio como fundamento de denegación."

Caso 4, Lleida: Integración de la menor a su entorno –artículo 13 de la Convención de La Haya-.

La unión de sus padres finalizó a fines del 2000, quedando la menor Trinidad al cuidado y en compañía de su madre, ambas se fueron a vivir a Portugal donde la Justicia le atribuyó provisionalmente la custodia. En agosto de 2004 el Sr. Mauricio -padre de la niña- se la lleva de vacaciones a España, sin proceder a su devolución. La madre inicia acción de restitución ante la Autoridad Central Española, entendiendo que no concurren ninguna de las excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya. La cuestión llega a los Tribunales, en primera Instancia se desestima la petición.

La madre impugna esta resolución, el tribunal de Lleida –España- el 23/05/2006 rechaza la apelación poniendo de manifiesto que en principio duda de la ilicitud del traslado o retención, pero aún admitiendo dicha posibilidad concluye que no procede la restitución porque es aplicable el artículo 13. A continuación transcribo párrafo de la sentencia que considero de gran claridad al momento de hablar de "integración": *"…Efectivamente la menor se encuentra perfectamente integrada en el entorno paterno, conviviendo con su padre, la actual pareja de este y su hermana Margarita. Se encuentra debidamente escolarizada con resultados escolares satisfactorios y con una buena adaptación social, es decir, en su entorno se encuentra bien y no desea*

modificar su situación actual, por lo que consideramos que la restitución puede tener efectos muy perjudiciales para la misma, efectos que deben tenerse en consideración según lo dispuesto en el artículo 13 del referido Convenio…El informe… nos informa que la menor siente su situación actual como definitiva, pues le aporta seguridad y tranquilidad, destacando que tiene un entorno familiar adecuado que le proporciona apoyo emocional, social y es proveedor de cuidados, considera integrada la menor… No dudamos como tampoco lo hace el tribunal portugués, de que ambos progenitores tiene las condiciones necesarias para asegurar un correcto desarrollo de la menor, pero no puede obviarse que la menor vive ya en una situación consolidada en la que se encuentra plenamente integrada y estable y que además le permite convivir con su hermana pequeña, por lo que con su retorno a Portugal existe un grave riesgo de que se le genere una grave desestabilización emocional, tratándose de un peligro trascendente e importante que no resulta en absoluto deseable, pues a ello debemos añadir que, en la exploración judicial y con absoluta claridad, la menor, que ya cuenta con 9 años de edad, manifestó que se encuentra bien en la actualidad y que su deseo es seguir viviendo con su familia como ahora, que en el colegio está bien, que tiene amigos, y que le gustaría ver a su madre con la frecuencia que sea posible, en vacaciones. Por todo ello teniendo en cuenta el superior interés del la menor Trinidad, al que en beneficio de la misma deberían atender sus propios progenitores fomentando las relaciones con ambos, el recurso debe ser íntegramente desestimado."

Caso 5, Barcelona: Opinión del menor, edad inferior a la mínima que la legislación aplicable establece con carácter general para ser oído -artículo 13 tercer párrafo-.

El menor Arturo cuenta con casi 14 años, sus padres son españoles, por acuerdo de ambos progenitores y por causa laboral de la segunda y actual pareja de la madre ha estado en compañía de ella desde el verano de 2002, con 12 años, en Alemania.

Su padre en ejercicio del derecho de visita lo traslada a España, sin embargo lo retiene ilícitamente. Así es como su madre residente en Alemania inicia procedimiento judicial tendiente a la restitución de Arturo a su residencia habitual, en primera instancia el tribunal de Barcelona deniega tal solicitud en base al artículo 13 –"rotunda negativa del menor"-. La actora apela esta resolución por entender entre otras cosas que Arturo no expresa una opinión madura en el sentido mencionado por el requerido precepto, el padre formula oposición sosteniendo que todo su entorno familiar, sus abuelos, incluso maternos menos la madre lo tiene aquí.

El tribunal de Barcelona el 23/06/2004 ordena la restitución inmediata de Arturo a Alemania afirmando que *"…Este tribunal no puede basar una decisión de no restitución en la simple opinión del menor, firme y constante, por cuanto se da en edad inferior a la mínima que la legislación aplicable establece con carácter general para ser oído, y no aparece del contenido de ambas exploraciones que sus motivaciones tengan un fundamento objetivo, serio, con perspectiva ponderada de lo racionalmente ajustado al interés del declarante, falta*

una reflexión y un discurso maduro… En suma, se carecen de los requisitos mínimos que permiten una excepción en los términos del Convenio, que opera al margen de consideraciones sobre quién deba ser el progenitor más adecuado para la custodia y mira sólo al cumplimiento de la legalidad vigente entre las partes antes del traslado ilícito".

Caso 6, Madrid: padre de los menores no opuesto al traslado de sus hijos –artículo 13 inc. a), estabilidad emocional y familiar -artículo 12-.

El matrimonio y a la vez padres de Sandra y Olga vivían en Argentina. La madre, sin la oposición del padre, se trasladó a España con las niñas en el 2002. El padre entendió que la madre las retuvo ilícitamente, sin mediar autorización para residir y permanecer por lo que interpuso acción de restitución en el mes de junio del 2004. En primer instancia el tribunal de Madrid denegó la restitución –por aplicación del artículo 12 de la Convención de La Haya-, decisión que fue apelada por el padre de las niñas.

El tribunal con fecha 3/03/2005 confirma el fallo apelado, fundamentándose en el mencionado precepto, deduciendo del relato fáctico que el último domicilio del matrimonio, y por un período de 5 o 6 meses, en el año 2003, lo fue en España, desde el año 2002 el padre hizo al menos dos viajes desde Argentina *"…permaneciendo medio año de 2003 en España y conviviendo de manera estable durante seis meses en compañía de las menores y de la apelada, y en el mismo*

domicilio… sin que conste la intención, desde el comienzo de la convivencia, de la vuelta de este último a Argentina… éste último quedó perfectamente enterado de la situación familiar y escolar de los menores, hasta el punto de participar en alguna ocasión de reuniones con los profesores… Se comparte la resolución apelada en lo que se refiere a la perfecta integración de los menores en el entorno familiar, social y educativo con el que cuentan actualmente."

Caso 7, Barcelona: custodia -artículo 13 inc. a)-.

La familia viajó voluntariamente desde Alemania, donde residían, a España para pasar las vacaciones de 2004 en la vivienda de los abuelos maternos y bautizar al menor de sus hijos. Posteriormente la madre se negó a regresar con sus hijos –Luis Miguel y Juan Manuel- a Alemania decidiendo quedarse a vivir con los niños en España.

José Manuel, padre, inicia demanda por restitución internacional, considerando que fueron retenido ilícitamente por su madre Elsa. En primera instancia se ordena la restitución inmediata a Alemania. Elsa interpone recurso de apelación alegando en primer lugar que no hubo traslado ilícito porque los menores fueron a España acompañados por su padre.

En tal orden, es interesante la diferenciación que el tribunal hace respecto de traslado y viaje: *"…que en el artículo 3 del Convenio de La Haya el término traslado no puede equipararse al término viaje, sino que comprende la idea o voluntad implícita de instalar la residencia habitual en el país conde se ha realizado el traslado y que por lo tanto*

un viaje realizado voluntariamente por ambos progenitores con sus hijos a otro país con la única y exclusiva finalidad de pasar en el mismo las vacaciones, no constituye un traslado en el sentido del convenio, sino un simple viaje." Explica que se habla de traslado cuando existe la voluntad de instalarse o asentarse, es decir de fijar la residencia habitual de la familia en el país de destino.

En cambio la retención posterior sí se ha producido con infracción al derecho de custodias que la legislación alemana atribuye a ambos progenitores, *"…la ruptura fáctica de la pareja anterior al traslado no implica que se otorgue a la madre la custodia con el derecho a decidir sobre el lugar de residencia de sus hijos y en consecuencia la decisión adoptada de forma unilateral por la misma, de quedarse a vivir en España con sus hijos, sin el consentimiento o aquiescencia del padre, constituye una retención ilícita a los efectos del Convenio…". Se concluye por tanto, que conforme la legislación alemana, la custodia de los menores en sentido amplio corresponde a ambos progenitores y que la decisión unilateral de la madre de cambiar la residencia de los niño constituye un traslado ilícito a los efectos del Convenio…".*

En segundo lugar alega la parte recurrente la excepción del artículo 13 inc. a. Sin embargo dice el juez: *"no ha quedado probado que el padre no ejerciera el derecho de custodia antes de trasladarse madres e hijos a España… el concepto de custodia se contempla en un sentido muy amplio y por lo que se refiere al componente conjunto de derecho de decidir el lugar de residencia, éste subsiste por regla*

general, incluso en aquellos supuestos de ruptura de la pareja en que se otorga a uno de los progenitores el cuidado del menor y se reconoce al otro un derecho de visita, por lo que es obvio que de haber regresado la madre e hijos, al finalizar las vacaciones a Alemania y haber instado allí la separación, el padre hubiera ejercido en forma efectiva la custodia. Asimismo el Tribunal deja aclarado el significado del artículo 19 *"…la calificación de un traslado de ilícito a los efectos del convenio no implica decisión alguna sobre la custodia, siendo la finalidad del convenio, que los menores sean trasladados al lugar de su residencia habitual, para que las autoridades de dicho lugar regulen su situación y determinen a cual de los padres corresponde el cuidado de los mismos, adoptando todas las medidas que resulten necesarias apara garantizar su atención…"*

Por último se alegó el interés del menor *"… es un concepto jurídico indeterminado que requiere de concreción en cada caso concreto…"* ilustró el Juez. En base a estos argumentos, no siendo procedente la excepción prevista en el artículo 13 inc. a, ordena la restitución de los menores Luis Miguel y Juan Manuel al estado Alemán.

CAPITULO IX

INTERPRETACION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION DE LA PREMISA: "INTERES SUPERIOR DEL NIÑO"

Con su actual integración la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abordado el tema de la precisión conceptual y el alcance del principio rector "interés superior del niño".

En el fallo "S.C. s/Adopción"[21] ilustró al respecto: *"…ordena sobreponer el interés superior del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias el efecto de separar conceptualmente aquel interés superior del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto… Ello no significa, insistimos, aceptar la desmesura de que el niño no necesite del amor, cuidado y respeto de su padre y madre, sino solamente que* ***desde el punto de vista del derecho, es una persona con intereses diferenciados que puede coincidir con, pero no se reducen a, los de sus mayores"***.

En fallo posterior "A.F. s/Protección de Personas"[22], el Dr. Maqueda, en su voto, dijo que "... *del principio del interés superior se*

---

[21] Fallo 328:2870, del 02/08/2005.

[22] del 13/03/2007.

desprendía que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto debían ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resultaran los intereses de los padres.... De lo que ello se trataba –dijo- era de ***alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisfacía el interés superior del niño****, por lo cual, y más allá de las consideraciones de orden jurídico, existían dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación severa de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de valorar el riesgo que la modificación o emplazamiento del niño le pudiera provocar..."*

CAPITULO X.

CONCLUSION

No hay duda que estamos frente a un supuesto de derecho internacional privado en el que los involucrados y perjudicados son, en primer lugar, los niños. Ellos son ajenos al origen de la contienda en que los envuelven, sacados del lugar donde está su centro de vida, de su residencia habitual, arrancados de su entorno, todo ello por obra exclusiva de sus mayores.

Ante esta situación la comunidad jurídica internacional, no se mantuvo pasiva, sino que acordó mecanismos convencionales realizables a través de la cooperación. De esta manera merced al auxilio jurídico en el ámbito del derecho de familia, los estados partes, pueden proteger el interés primordial, que se debe tutelar cuando se toma una decisión respecto de un menor: “el interés superior del niño”.

Concepto éste difícil de definir, nombrado en la Convención de los Derechos del Niño, y definido en la ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo nada más efectivo que atenernos al caso concreto a la solución que más se adecue a las circunstancia de tiempo modo y lugar, para decir cuál es “interés superior del niño”.

Asumiendo sus compromisos los estados fijaron procedimientos innovativos, rápidos, que dejan de lado cierto rigorismo excesivo, atendiendo primordialmente a la naturaleza del interés al tutelar.

Pero no por ello permiten la violación del derecho de defensa, del debido proceso, o la ignorancia de la existencia de situaciones

concretas en las que el cumplimiento a raja tablas del deber asumido - de restablecer la situación anterior- haría ilusoria la tutela del menor. Por tal motivo se prevé excepciones a la obligación de restituir a un menor, son supuestos puntuales enumerados en los diferentes instrumentos, que no tienen otra finalidad que hacer efectiva la protección del “interés superior del niño”.

Así es que este principio motiva no solo el inicio del procedimiento de restitución del menor, sino que en todo momento, en su desarrollo, debe estar siempre presente. Al comienzo del proceso el “interés superior del niño” nos obliga inmediatamente a restituirlo, pero el transcurso del tiempo, el conocimiento y/o la aparición en escena de ciertos hechos puede motivar que el mismo “interés” ya no se traduzca en su restitución al estado requirente.

De suma importancia es la causal de “integración” al nuevo medio considero que, adhiriendo al criterio adoptado por la jurisprudencia extranjera, es una causal autónoma. De no admitirla de esta manera se le provocaría un nuevo perjuicio al menor. ¿Será que los estados partes ante el temor de comprometer su responsabilidad internacional, hacen prevalecer sus obligaciones contractuales frente al “interés superior del niño”?.

Es hora que flexibilicemos nuestra visión de los compromisos internacionales y que atendamos, sin por ello incumplirlos, en primer lugar, al eje de todo este debate. Que además, dejemos de ver a los niños como un objeto de disputa entre los adultos, comprendiendo que “el interés superior del niño” implica la separación conceptual de ese

interés del de otros sujetos individuales, como sus padres, o colectivos, como los Estados.

Andrea Jimena Becher.

BIBLIOGRAFIA

- DE ORCHANSKY, Berta Kaller, “Manual de derecho Internacional Privado”, Tercera Edición Plus Ultra, Buenos Aires, pág. 209.
- WEINBERG, Inés M., “Derecho Internacional Privado”, Tercera Edición Actualizada, Lexis Nexos, Buenos Aires, 2004, pág. 173.
- MENDEZ COSTA, Maria J y MURGA, Maria Eleonora, “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, LL AÑO LXX n°23, 1/02/2006, pág. 1.
- IBALUCIA, Emilio A.,”El interés superior del niño”, LL Suplemento Constitucional, 21/09/2007, pág. 17.
- SOSA, Gualberto Lucas, “La convención Interamericana sobre restitución internacional de menores”, JA 1990-I-779.
- BRIZZIO, Jacqueline E., “La aplicación de la CIDIP IV sobre restitución Internacional de Menores en los tribunales de Córdoba”, LL, Suplemento Constitucional, 7/07/2004, pág. 5.
- URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “Restitución Internacional de Menores, Aplicación del derecho Convencional, ED 1994,T° 173, pág. 827.
- RUBAJA, Nieve, “Restitución Internacional y cooperación internacional en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), Aplicación a un caso argentino-paraguayo”,JA Suplemento 29/11/2006, pág. 44.
- FOIZEL, Clémentine, “La Convención de La Haya: ¿Una solución o una trampa?, ED, Suplemento n° 11.438, 30/01/2006, pág.1.
- HIDALGO, Soraya Nadia, “Restitución Internacional de Menores en la República Argentina”, LL, T° 1996-C, pág. 1392.
- BASZ, Victoria y FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia, “El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores”, LL 1996-B-610
- HERZ, Mariana, “Violencia Familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores”, ED, Suplemento n° 11.635, 14/11/2006, pág. 1.
- SOLARI, Nestor E., “Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de menores”, LL Suplemento, Año LXX n° 86, 4/05/2006, pág. 3.
- Basz, Victoria, y CAMPANELLA Elisabet, “Derecho Internacional Privado”, Editores Rubinzal –Culzoni, Buenos Aires, 1999, pág. 162.

* Agradezco la colaboración de Norma Beatriz MARTINEZ, por la dirección y facilitación de bibliografía para este trabajo.