

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - 28 de febrero de 2015
“INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y EL PROCESO DE RESTITUCION
INTERNACIONAL DE MENORES”

El surgimiento del principio del interés superior del niño en el derecho internacional se debe en gran medida a que durante mucho tiempo fue un elemento esencial en el Derecho de Familia de muchos Estados.

Podría definirse el principio, como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendido éste por el que más conviene en un momento dado en una cierta circunstancia y analizado en concreto su caso particular. El interés del niño no es una noción abstracta, porque es, en principio, el interés de ese niño y no el de otros que pueden encontrarse en condiciones diversas”ⁱ

La utilización del principio del interés superior a nivel internacional es casi tan antigua como la preocupación internacional por la situación del niño. El primer instrumento que trató de los derechos del niño fue la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924. Allí se puede observar el origen del principio, cuando reconoce que la humanidad debe a los niños lo mejor que puede ofrecer. Luego, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, declara que: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que se pueda desarrollar física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, el interés superior del niño será la consideración primordial”. Desde entonces, diferentes instrumentos internacionales han incorporado el principio.

Su recepción por el derecho universal y su constitucionalización, permite afirmar que por aplicación de este principio los derechos de los niños deben ser protegidos por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como cualquier otro cálculo de beneficio colectivo.

El principio del interés superior del niño, ha quedado plasmado en la Convención sobre los Derechos del Niño, como un “principio rector-guía” de ella. Así lo ha declarado el Comité de los Derechos del Niño.

El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: “*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 la que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este precepto funciona como una norma “paraguas” que establece las pautas a seguir en *“todas las medidas concernientes a los niños”*.

Argentina ha dictado en el año 2006 la Ley Nacional N°26.601 sobre Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, cuyo art. 3 dispone: **“INTERES SUPERIOR.** A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

En materia de restitución internacional de menores, Argentina ha ratificado tres Convenciones Internacionales, de las cuales en la actualidad se aplican dos, a saber, la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989. Grandes doctrinarios, entre ellos, la Dra. Sara Feldstein de Cárdenas, ha dicho que el “criterio inspirador del Convenio de La Haya es el resguardo del interés superior del niño. Cada etapa, cada decisión desplegada en la esfera del convenio internacional debe encontrarse impregnada, imbuida por la que inobjetablemente constituye su núcleo, su regla de oro”.ⁱⁱ

Ambas Convenciones tienen como objetivo común, entre otros, lograr la pronta restitución del menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente en un país parte

distinto del de su residencia habitual, a esta última. Ambas califican al traslado o retención como ilícitos, cuando se efectúen en violación del derecho de custodia que se ejercía al momento del hecho o que se podría haber ejercido de no haber sido por él (arts. 3 y 4 respectivamente)ⁱⁱⁱ.

El plazo para reclamar la restitución internacional de un menor sustraído, es de un año a contar desde el traslado o retención o desde la localización del mismo. Transcurrido el año, podrá solicitarse la restitución pero siempre que no se demuestre que el menor se integró al nuevo lugar.^{iv}.

El plazo para peticionar la restitución es de un año porque se considera que más allá de ese tiempo es altamente probable que el menor se integre al nuevo lugar de vida. Con esto, quiero significar que el proceso debe ser lo más breve posible para evitar que el niño se integre y la restitución lo coloque en una situación de nuevo desarraigo.

Las Convenciones en cuestión, prevén causales para denegar un pedido de restitución^v entre las que no se encuentra expresamente mencionada la de la integración al nuevo ámbito, sin embargo, el juez no está obligado a ordenar la restitución si comprueba dicha situación.

Argentina no cuenta con una legislación procesal específica que regule el procedimiento interno, por lo que suele ser un procedimiento lento que conlleva varios años de estadía del menor sustraído, en nuestro país. Sostiene la juez de enlace de nuestro país, Graciela Tagle, que: “El proceso debe ser rápido en todas sus fases: ante la Autoridad Central, en el proceso judicial y en las instancias recursivas y en la etapa de ejecución de la orden de resolución. La urgencia en resolver debe llevar al juez a dar el trámite más rápido que prevea la ley local. Ello nos conecta con tres cuestiones fundamentales: el procedimiento, la capacitación de los operadores jurídicos y la organización judicial...”^{vi}

Es regla para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ordenar la restitución internacional de un menor a su país de residencia habitual, a pesar de su estadía en el país por más de dos o tres años, ya que debe velar por el cumplimiento de los Tratados. Por ello sostiene: “...Una vez constatada la ilicitud a la que el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores supedita la operatividad del procedimiento de restitución, para que se configure la excepción a la obligación de restituir...el niño debe presentar un grado de perturbación emocional muy superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres, traducándose en una situación delicada, que va más allá del natural

padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o de la desarticulación de su grupo conviviente, sin que la integración conseguida en el nuevo medio constituya un motivo autónomo de oposición, ni resulte decisivo para excusar el incumplimiento, aun cuando un nuevo desplazamiento sea conflictivo”^{vii}

PLANTEO DEL PROBLEMA:

Conforme surge de las Convenciones sobre Restitución Internacional en análisis, el reintegro del menor a su país de residencia habitual debe ser rápido, de modo de ocasionarle el menor mal posible. Así el artículo primero de ambas Convenciones sostiene que: “La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante...”^{viii} y “La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente.”^{ix}. Por su parte el artículo segundo de la Convención de La Haya expresa: “Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.”. Más allá de que ambas Convenciones procuran celeridad, lo cierto es que en la práctica los procedimientos administrativos y judiciales en Argentina son excesivamente extensos, contabilizando todas las instancias hasta que la sentencia se encuentre firme, de modo que ningún proceso dura menos de tres o cuatro años. Claramente, ello desvirtúa por completo el objetivo primordial de las normativas tratadas, con la consiguiente vulneración del principio del interés superior del niño.

Sostiene parte de la Doctrina que “...efectuar una correcta interpretación del interés superior del niño sería viable si contáramos con normas procesales que establezcan pautas claras no sólo en materia de garantías del debido proceso de las partes, del derecho del niño a ser oído (en los casos en que su edad y las circunstancias de la causa lo permitan), sino además en lo concerniente a la celeridad del trámite, ya que el principio se estaría cumpliendo si de esa circunstancia deriva la pronta restitución del niño a su residencia habitual.”

Cuando un país ratifica un Tratado Internacional queda obligado a cumplirlo de buena fe (art. 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados), generándose responsabilidad internacional en caso de incumplimiento. Nuestra Corte Suprema de Justicia como intérprete última de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales – salvo casos muy excepcionales – ordena siempre la restitución de menores a su país de residencia habitual, aún cuando al momento de tener que sentenciar hayan estado viviendo en Argentina por más de tres años, con lo que ello implica, es decir, adaptación a su medio de vida, sobre todo si asiste al colegio, tiene otros familiares aquí, amigos, etc., sin considerar el interés superior del niño, ya que parece más relevante y esencial respetar un Tratado Internacional.

Dice la jurisprudencia en un caso inédito: “...la Sala se encaminará en los lineamientos de nuestra Corte Federal sobre la materia –respecto de los cuales este Tribunal coincide en plenitud— habida cuenta que ella es, en definitiva, la intérprete final de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales. En este sentido, las excepciones articuladas – para resistirse al reintegro— serán examinadas con un criterio eminentemente *restrictivo*. Es que la idea reinante, a la cual adhiere esta Sala, es *no* desvirtuar el objetivo perseguido por la citada Convención de la Haya de 1980; vale decir, que no cabe prescindir del sistema diseñado por la comunidad de naciones, por lo que se deberá evitar que éste quede a merced de la parte demandada. En otras palabras, para expresarlo tal vez más específicamente, no es dable que se coadyuve –tras la admisión liviana, amplia o extensiva de las excepciones— a *derrumbar* el edificio convencional dejando de lado el espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado...” “...No se nos escapa que, como principio, no debe tolerarse que el centro de vida actual de la adolescente se adquiera a través de un acto ilícito cometido por su progenitora, como tampoco es dable aceptar que se sustituya la jurisdicción de la residencia de aquélla por la jurisdicción elegida por la infractora. En el sentido referido, este Tribunal también coincide en que la directiva a aplicar como regla es que el mejor método para combatir los traslados ilícitos de niños y adolescentes es no reconocerles a tales actuaciones consecuencias jurídicas. En definitiva, no se trata de condonar las vías de hecho y, por eso, esta misma Sala –reiteradamente—ha sostenido que los órganos judiciales no deben avalar conductas que son contrarias al ordenamiento jurídico (ver, entre otros, 6-12-2013, “Z., M. c/ G., R. s/ exhorto”; íd. íd., 16-6-2014, “S., A.H. c/ R., L. V.” s/ homologación de acuerdo). También –junto con la Corte Federal— postulamos como principio que la Convención que vincula a los países signatarios parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *status quo* anterior al acto de desplazamiento ilícito”^x

Tanto es la preocupación por cumplir con los Tratados Internacionales, que un Defensor de Menores llegó a decir, que hay que restituir siempre al menor, sin importar el tiempo de estadía en el país, porque es preferible “ perder a un niño que generar un corte en la reciprocidad internacional” en la materia. Tal como vimos al comienzo de este trabajo, el interés superior del niño debe ser evaluado en cada caso particular, no como parte de una universalidad de niños, no en abstracto si no en concreto.

Es aceptado que el proceso de restitución es demasiado lento, es aceptado que falta especialización en el tema por parte de los operadores jurídicos, es aceptado que el respeto del interés superior del niño es primordial, sin embargo cuando se trata de contraponer este último con la vigencia y responsabilidad estadual por la ratificación de un Tratado, aquél es dejado de lado sin mayor miramiento. Queda claro esto último en la postura de nuestro Superior Tribunal mencionada en el punto anterior, al postular que no importa el natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o de la desarticulación del grupo conviviente del niño, ni integración conseguida en el nuevo medio para excusar el incumplimiento del Convenio.

1- BIBLIOGRAFIA:

*Biocca, Stella Maris, “Interés Superior del Niño”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 30, Derecho de Familia, Lexis Nexis, Buenos Aires, marzo/abril 2005, pp 23 y 24

* Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, “Divorcio y restitución internacional de menores: o sobre quién podrá defender a los niños”, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Abeledo –Perrot, Buenos Aires, 2000.

* Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

* Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores_____

* La restitución internacional de niños, Graciela Tagle de Ferreyra, Francisco Javier Forcada Miranda, María del Carmen Seoane de Chiodi. Ed. Nuevo Enfoque, 2011, p. 165.

* CSJN, /causa “R.M.A. c/F.M.B. s/reintegro de hijo”, MJ-JU-M-60804-AR, 21/12/10.

*Art. 1 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

*Art. 1 de la CIDIP IV sobre Restitución Internacional de Menores

*Sala B, Cámara Nacional en lo Civil, causa “H., F.R.L.J.M. C/D., M.F. S/RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES”, 3/11/14

*Restitución internacional de menores. Aspectos procesales y practicos. Derecho comparado. Luciana B. Scotti. Ed. B de F, 2014, p. 219.

ⁱ Cfr. Biocca, Stella Maris, “Interés Superior del Niño”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 30, Derecho de Familia, Lexis Nexis, Buenos Aires, marzo/abril 2005, pp 23 y 24

ⁱⁱ

² Cfr. Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, “Divorcio y restitución internacional de menores: o sobre quién podrá defender a los niños”, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Abeledo –Perrot, Buenos Aires, 2000.

ⁱⁱⁱ “ARTÍCULO 3 : El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos :a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía 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, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. “ (Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores)

“ARTÍCULO 4: Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.” (Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores)

^{iv} “ARTÍCULO 12: Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un (1) año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieran iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un (1) 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 en 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. “(Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores)

“ARTÍCULO 14: 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 se 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 requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno. (Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores)

^v “ARTÍCULO 13 :No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no esta obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestre 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 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 que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a otorgar la restitución 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...” “(Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores)

“ARTÍCULO 11: 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 exponerle a un peligro físico o psíquico. _La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.” (Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores)

^{vi} La restitución internacional de niños, Graciela Tagle de Ferreyra, Francisco Javier Forcada Miranda, María del Carmen Seoane de Chiodi. Ed. Nuevo Enfoque, 2011, p. 165.,

^{vii} CSJN, /causa “R.M.A. c/F.M.B. s/reintegro de hijo”, MJ-JU-M-60804-AR, 21/12/10.

^{viii} Art. 1 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

^{ix}

[?] Art. 1 de la CIDIP IV sobre Restitución Internacional de Menores

^x

[?] Sala B, Cámara Nacional en lo Civil, causa “H., F.R.L.J.M. C/D., M.F. S/RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES”, 3/11/14

AUTOR: MARIA ANDREA ESPARZA; www.estudiomaesparza.com.ar; esparza_asoc@yahoo.com.ar; estudiomaesparza@gmail.com; Uruguay 292, piso 14 A, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina; especialista en derecho de familia, restitución internacional de menores, derecho internacional privado de los menores (alimentos, visitas, custodia).