



# ***El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación***

**Dra. Andrea Mariel Brunetti**

Jueza de Primera Instancia del Tribunal Colegiado de Familia de la 7ª Nominación de Rosario

## Introito

En la actualidad se presentan, cada vez con mayor frecuencia, conflictos de restitución internacional de niños. El aumento de matrimonios y uniones entre personas de distintas nacionalidades, los permanentes movimientos migratorios en el mundo, traen como consecuencia que, ante la crisis familiar, se genere una de las principales disputas en cuanto a la residencia efectiva de los hijos. De manera tal, que los niños llegan a convertirse en lo que en doctrina se refiere como «botín de guerra internacional de sus progenitores»<sup>1</sup>, al ser sustraídos de su centro de vida o retenidos ilícitamente en un lugar distinto al de su residencia habitual.

Estos conflictos, que causan graves e irreparables perjuicios a los más vulnerables de la relación –los niños– constituyen una primordial preocupación de los Estados, motivo por el cual se han diseñado mecanismos de restitución en miras a su protección internacional, a través de tratados interna-

cionales como son el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 25 de octubre de 1980), y el Convenio Interamericano Sobre Restitución Internacional de Menores (Montevideo, 15 de julio de 1989)<sup>2</sup>, complementados con una serie de convenios en cuanto a medidas de protección, procedimientos, competencia, ley aplicable, como así también modelos recomendados por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Red de Jueces Expertos de La Haya, en cuanto a guías de buenas prácticas<sup>3</sup>, comunicaciones, conclusiones y variados documentos explicativos para su puesta en marcha, fundamentalmente la «Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños»<sup>4</sup>, desarrollada por el grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, y presentada en la segunda reunión de expertos gubernamentales «Programa interamericano de cooperación

para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes por uno de sus padres», Buenos Aires, Argentina, 19-21 de septiembre de 2007.<sup>5</sup>

Por su parte, debe tenerse especialmente en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley 23.849 e incorporada con jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico a partir del año 1994 (art. 75 inc. 22 CN), que establece los principios que rigen e integran el marco normativo aplicable, prisma bajo el cual debe analizarse todo caso en que se hallen comprometidos los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes. Así dispone el art. 3. 1. 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».

Efectivamente, dichos tratados reco-

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

nocen el interés superior del niño al establecer un mecanismo de pronta restitución al Estado de su residencia habitual, (garantía de restitución), aun cuando se prevén excepciones. Lo que se procura es el restablecimiento de la situación existente con anterioridad a la sustracción o retención indebida. Al mismo tiempo se evita la posibilidad de elegir la jurisdicción de su conveniencia al progenitor sustractor (*forum shopping*), estableciendo como punto de conexión a los fines de determinar la jurisdicción internacional para resolver las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental, en la residencia habitual del niño, es decir, aquella que existía previo a su traslado o retención ilícita.<sup>6</sup>

Principalmente dispone la convención en su art. 11, el deber de los Estados de celebrar acuerdos bilaterales y multilaterales que, para garantizar las relaciones parentales frente al riesgo de traslados y retenciones indebidas, deben asegurar la cooperación entre autoridades, en concordancia con la norma de protección internacional del

art. 35 de su mismo articulado. Y en el art. 3, sienta el principio fundamental y superior del mejor interés del niño.

Recientemente, preocupados los Estados por las dificultades que se presentan en Latinoamérica en cuanto a garantizar el acceso a la justicia de los más vulnerables, asumieron un nuevo compromiso consistente en recomendaciones a tener en cuenta a fin de reorganizar los poderes estatales internos de cada Estado firmante, adoptando todas las medidas y técnicas necesarias a efectos de permitir y facilitar el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Así suscribieron las «100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad» aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en marzo de 2008 en Brasilia, República Federativa de Brasil, a las que adhirió mediante Acordada N° 5 de 24 de febrero de 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo lo mismo luego las provincias argentinas.

Santa Fe, Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 29 de marzo de 2011 Acta N° 14 punto 2.

Precisamente, los niños privados de su centro de vida, por su condición de edad, y circunstancias sociales, se convierten en personas aún más vulnerables, a las que el Estado debe asegurar el acceso a justicia en condiciones de igualdad y no discriminación, respetando su centro de vida. En tal sentido, las referidas reglas sugieren importantes medidas que refieren a la especial tutela diferenciada respecto de los derechos de los niños en consideración a su desarrollo evolutivo (Regla #5) y su necesaria participación en el proceso judicial a través de asistencia letrada especializada, en su caso gratuita, garantizándose su derecho a ser oído y teniéndose en cuenta su edad y desarrollo integral (Regla 78), entre otras medidas procesales.

Ahora bien, la finalidad sustancial prevista por los tratados internacionales se traduce en proteger a los niños a nivel internacional, frente a los per-

juicios que les ocasiona un traslado o una retención ilícita, a través de procedimientos que procuren su inmediata restitución al Estado en el que se halla verdaderamente su centro de vida. La finalidad es evitar el arraigo del niño en un nuevo centro de vida mediante vías de hecho, restableciendo el *status quo* anterior al traslado ilícito, todo ello en función de su mejor interés, como así también velar porque los derechos de custodia y de visitas vigentes en un Estado se respeten en otro.<sup>7</sup>

Se ha demostrado en variados estudios de campo que la extensa duración en el tiempo en estos casos, incide en forma negativa sobre la dimensión física y psíquica de las personas involucradas, los niños, pero también el progenitor no sustractor, lo que ha llevado a calificar a la sustracción parental como «abuso», encuadrándose además como uno de los tipos de violencia familiar.

Cierto es que, para el efectivo cumplimiento de la garantía de restitución descrita, se requiere la mayor celeri-

dad en la resolución de las solicitudes de restitución internacional pues, sin la debida urgencia en su disposición, se enervan los postulados consagrados en los convenios internacionales en miras a ello. Por tanto, es tarea ineludible de los Estados, la de instruir procedimientos judiciales rápidos y expeditivos a fin de evitar los efectos no deseados que habitualmente se producen en estos casos, como es la dilación en el tiempo y el consecuente arraigo del niño por vías de hecho, teniéndose en cuenta además que, *a posteriori*, indefectiblemente acaecerá un nuevo desarraigo.

En este punto resulta conveniente adoptar las reglas establecidas en la ley modelo de procedimiento que antes mencionábamos, como así también adherir a las Guías de Buenas Prácticas dictadas en el marco de la Conferencia de la Haya de 1980.<sup>8</sup>

Sin lugar a dudas es mediante el debido proceso judicial que se logra la concreción de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y en tiempo

razonable. En este entendimiento dichos procedimientos, amén de la urgencia, deben asegurar indefectiblemente las garantías de defensa en juicio y el derecho del niño a ser oído, puntal de los derechos humanos y cívica expresión del respeto a la dignidad humana.

En un Estado Constitucional de Derecho, el marco normativo de protección debe guardar directa armonía con la moderna concepción de los derechos humanos, la «humanización» del derecho, que se construye sobre el pilar de principios rectores que lo fundan e interpretan, situando a la persona como principal sujeto de derechos – principio *pro homine* – impactando en todo el sistema jurídico. Por ende los jueces, como principal garantes de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, debemos aplicar la ley conforme estos principios fundamentales, universales e inalienables, a través del debido proceso judicial, y así se asegura la democracia. Paradigma al que no es ajeno el Derecho de Familia, donde las niñas, niños y adolescentes son los sujetos

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

plenos de derechos y tutela.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación precisamente se adecua a este paradigma de humanización del derecho que, en consonancia con el sistema de protección integral de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, incorpora variadas normas, algunas inéditas, que guardan lineamiento con los conceptos que responden a la efectiva tutela de los derechos humanos, y así lo declara debidamente en su título preliminar.

Esencialmente la profunda reforma se ha producido en las reglas del Derecho de Familia. Esta especialidad reviste particulares características por las delicadas cuestiones que allí se albergan, requiriendo por tanto, de un justo equilibrio entre lo urgente y la eficacia, y la garantía del debido proceso y de defensa en juicio. Por tal motivo ha sido necesaria la adecuación del derecho a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, que ya había impactado en el derecho de familia a partir de la refor-

ma constitucional de 1994. En este entendimiento se dio en llamar Derecho Constitucional de Familia. ES decir, ya no se trata de una rama de derecho privado sino Derecho Constitucional con normas de familia.

Ciertamente a esto apunta nuestro trabajo, a la humanización del proceso que se presenta notoriamente necesaria. Que el juez pueda contar con las herramientas adecuadas para lograr el fin de su cometido: hacer justicia, como principal garante de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, claro está, sin descuidar el contradictorio, el debate, y el derecho de audiencia, que también protege y garantiza el derecho internacional de los derechos humanos.

Pues la verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial.

### **Del reconocimiento de los dere-**

### **chos a su efectiva concreción**

En efecto, de lo que mayormente se está tomando conciencia es que el principal desafío en cuanto a la tutela de los derechos humanos, ya no pasa por su reconocimiento –pues finalmente se ha logrado– sino que hoy transitamos el camino de concretar la efectivización de esos derechos. Así se ha dicho que «derecho que no se ejerce no es derecho» pues vemos que la única forma de lograrlo es a través de una herramienta idónea puesta a disposición del hombre – ser humano – y eso sin lugar a dudas es el proceso. Por ello hablamos del derecho humano de acceso a la justicia, y en esto nos encontramos trabajando denodadamente desde los distintos poderes del Estado.

En el especial caso de las niñas, niños y adolescentes, la tutela de sus derechos humanos responde actualmente a un paradigma de protección integral de sus derechos en razón del respeto a la dignidad humana, que por tal motivo ha desplazado aquel sistema

tutelar del Estado que lo entendía como objeto y en su caso, sujetos incapaces. Hoy se los contempla como Sujetos pleno de Derechos, con un plus de protección como es el principio rector del interés superior del niño – entendido como principio garantista y de interpretación<sup>9</sup> que implica derecho preexistente –<sup>10</sup>. Volveremos sobre esto.

Por tanto consideramos que todo proceso que se instaure con miras a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, no puede dejar de adecuarse a este paradigma que lo respeta como persona humana. Por ello es que se reclaman normas procesales que logren de este modo el amparo de sus derechos, respetando las garantías jurisdiccionales que establecen los tratados internacionales de derechos humanos. Que en el caso especial de las niñas, niños y adolescentes, se erige en el derecho fundamental a ser oído, y a participar activamente a través de asistencia letrada especializada.

Hablamos de un proceso como me-

dio de efectivización de los derechos humanos, al que no escapa el proceso autónomo de Restitución Internacional de niños. Que si bien su nota característica es la urgencia – sin la cual se enervan los postulados de los convenios de restitución – se trata de un proceso respetuoso de las garantías jurisdiccionales y del interés superior del niño. Por ello hablamos de un «debido proceso urgente de restitución internacional de niñas niños y adolescentes».

Los derechos humanos son preexistentes al ordenamiento jurídico, son inherentes a la persona humana que los declara y reconoce en su propio beneficio. Por tanto el desafío es este, lograr su efectivización.

Desde 1994 nuestro país incorporó un número de tratados internacionales de los derechos humanos, lo que se dio en llamar en doctrina como el «bloque de constitucionalidad federal» o según la terminología de Hart<sup>11</sup>, «regla de reconocimiento constitucional» como más abarcativo y preciso que legalidad o

supremacía constitucional, que constituyen un parámetro de validez de normas secundarias. Y, como ya tiene dicho la Corte al respecto, deben aplicarse tal como vienen dados, sin poder modificarlos o reinterpretarlos.<sup>12</sup>

En este sentido, este bloque de constitucionalidad, constituye un conjunto de «*principios de derecho fundamental*» utilizando la terminología de Alexy<sup>13</sup>, que delimitan el marco de validez y permanencia de una norma infraconstitucional al ordenamiento jurídico argentino, debiéndose adecuar por tanto a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.<sup>14</sup>

Bien señala Bidart Campos<sup>15</sup>, respecto de este conjunto de normas, principios y valores, que en el Estado democrático de derecho, «*la Constitución tiene fuerza normativa en toda su integridad en todas sus partes en todos sus contenidos y también en sus implicancias*». Es el eje obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico político. Al decir de Dworkin<sup>16</sup>, la Constitución

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

Nacional como límite al poder estatal y al mismo tiempo como protección ciudadana.

Por ende, los jueces debemos aplicar la ley conforme estos principios fundamentales, universales e inalienables, y así se asegura la democracia.<sup>17</sup> Es el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho<sup>18</sup>, al que no es ajeno el Derecho de Familia.

En esta línea se enrola el nuevo código civil. Estimamos se adecua al paradigma de humanización del derecho y, conforme el sistema de protección integral de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, incorpora variadas normas que guardan lineamiento con los conceptos que responden a la efectiva tutela de los derechos humanos.

Así lo declara en su Título Preliminar, reglas para el ejercicio de los derechos, señalando en su capítulo 1 que, «Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la

Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte». Y respecto de los criterios de interpretación dice que «La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento».

Consideramos sumamente importante a los efectos de la tutela de los derechos, el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva – artículo 14 –. No obstante hubiese sido sumamente valioso que se reconociera expresamente, como entiendo lo hace la ley 26.061, una acción colectiva para la defensa de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, reconociendo legitimación procesal a todo ciudadano, considerando la defensa de los niños como de interés colectivo.

### **Nuevas reglas y principios en materia de Restitución Internacional**

### **de Niñas, Niños y Adolescentes**

Específicamente en lo que a nuevas reglas dispone el código en general y que a su vez guardan relación con la restitución internacional tenemos, normas sobre capacidad, sobre responsabilidad parental, y normas sobre proceso de familia: principios y reglas procesales, que por supuesto atañen al proceso de restitución internacional.

Concretamente introduce un título especial de derecho internacional privado y, en lo que respecta a restitución internacional de menores, solo incorpora un artículo, sin embargo no es poco lo que expresa como veremos, al contrario, creemos que es el eje fundamental en torno al cual gira el proceso judicial de restitución internacional.

Porque sea dicha una verdad, cuando esta grave problemática llega a los estrados judiciales ya es tarde, por tanto se debe actuar rápido pero orientado a un solo objetivo: que es restablecer la situación alterada y volver al *status quo* anterior a la sustracción o retención

ilícita. Esto significa en definitiva, que la garantía de restitución que prevén los tratados internacionales en miras a la protección de los derechos humanos de los niños, se cumpla. Derechos humanos que se ven vulnerados a través de un traslado o retención ilícitos.

No obstante en la actualidad argentina continuamos sin contar con un procedimiento específico que satisfaga las exigencias de los tratados. Por ello es sumamente necesario e ineludible adoptar por parte de los Estados, procedimientos judiciales prestos y expeditivos, a los efectos de lograr el cumplimiento cierto de la garantía de restitución que consagran los convenios internacionales.

Veamos cuáles son las reglas que incorpora el nuevo código y que guardan estricta relación con el proceso de restitución internacional que anhelamos:

Reglas sobre capacidad: se incorpora expresamente el ya consagrado principio de autonomía progresiva (art. 24

inc. b). En efecto, el sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes ya había introducido a nuestro ordenamiento interno los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12 CDN; Ley 26061 arts. 3 y 24), sin embargo, en el nuevo código concretamente se prevé en el capítulo 2 «Capacidad» del Libro Primero Parte General, Título 1, mediante una regulación adecuada y ordenada que establece la regla general de que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. Siendo incapaces de su ejercicio las personas que no cuenten con la edad y grado de madurez suficiente, con los alcances que establece el mismo código en la sección 2ª del mismo capítulo. En tal sentido se establece que, persona menor de edad es quien no cumplió dieciocho años, denominando «adolescente» al menor de edad que cumplió trece años. En tal caso ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, sin embargo, quien cuente con edad y madurez suficiente (principio de capacidad progresiva) puede ejercer por sí

los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, y en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales – como puede ocurrir en el caso de sustracción o retención ilícita – pueden intervenir con asistencia letrada. Asimismo tienen derecho a ser oídos en todo proceso judicial y a participar en las decisiones sobre su persona (art. 26).

Téngase especialmente en cuenta que, las convenciones internacionales sobre restitución de menores se aplican solo hasta la edad de dieciséis años (art. 4 CLH; art. 2 CIDIPIV).

En materia de responsabilidad parental (Libro 2º, Tít. VII), si bien no será competencia del juez que deba resolver un pedido de restitución internacional porque se trata de materia de fondo competencia del juez de la residencia habitual, resulta apropiado mencionar que el nuevo código establece principios a tener en cuenta a la hora de adoptar una decisión al respecto, y que de algún modo involucran estas cuestiones, puesto que prevé un

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

deber de colaboración del progenitor no conviviente, y un principio muy importante de respetar: el centro de vida del niño (arts. 638 y s.s.) además de los ya mencionados interés superior del niño y autonomía progresiva.

Así tenemos reglas y principios que deben ser especialmente considerados a la hora de resolver una restitución internacional: deber de respetar la opinión de las niñas, niños y adolescentes y a ser oídos; derecho de participación de los hijos en el plan de parentalidad; prioridad cuidado personal compartido modalidad indistinta; mantenimiento situación existente y centro de vida; derecho y deber de debida comunicación con el hijo; colaboración en el cuidado personal unilateral del progenitor no conviviente (art. 646 y s.s.).

Introduce nuevas reglas procesales (arts. 705 y s.s.): si bien es importante la incorporación de normas que hacen al proceso de familia – sin entrar a debatir cuestiones que tienen que ver con competencia para la regulación de

materia procesal por parte del Congreso de la Nación en cuanto constituiría materia no delegada al mismo<sup>19</sup>, – francamente han sido tomadas con beneplácito por la doctrina mayoritaria y a tal fin tenemos que se establecen los principios que deben primar en todo proceso de familia, incluido claro está el de restitución internacional de menores (art. 706), a saber: tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad, oralidad, reserva e interés superior del niño. Considerándose algunos de ellos reglas y no principios.<sup>20</sup>

También se establece la garantía de acceso a la justicia, jueces especializados y multidisciplinarios, participación de niñas, niños y adolescentes en los procesos que los afecten, derecho a ser oído y su opinión tenida en cuenta: valorada según grado de discernimiento y cuestión debatida (art. 706 y s.s.).

Tema muy importante que incorpora cual es el referente a la carga dinámica de la prueba (art. 710), el que en esta materia resulta de trascendental

importancia en cuanto a poder acreditar las excepciones que impiden ordenar una restitución. En este sentido, quien esté en mejores condiciones de probarlo tendrá la carga de hacerlo conforme las nuevas reglas. Además expresamente contempla la posibilidad que puedan ser testigos familiares y allegados (art. 711).

Respecto a las normas de Derecho Internacional Privado específicamente, incorpora normas generales de: jurisdicción, reenvío, fraude y orden público (Libro VI, Título IV). Destacamos en este aspecto la inclusión del foro de necesidad, a efectos de no constituir denegación de justicia, pudiendo el Juez argentino en forma excepcional y razonablemente, ordenar medidas provisionales y cautelares (art. 2602)<sup>21</sup> que, en el caso de protección de niños que se encuentren en este territorio, se aplicará Derecho interno sin perjuicio de ponerlo en conocimiento del Ministerio Público y las autoridades correspondientes (art. 2641). Especialmente en materia de restitución internacional de menores, resul-

ta fundamental no poder elegir el foro internacional – *forum shopping* – el que particularmente es buscado con el desplazamiento por parte del progenitor sustractor. Expresamente se establece la cooperación internacional y la asistencia procesal internacional, previéndose la facultad de los jueces argentinos de establecer comunicaciones directas, respetándose las garantías del debido proceso (art. 2612), medidas extremadamente necesarias a los fines de lograr la restitución segura de los niños a su país de origen.

En cuanto a normas especiales, introduce normas sobre familia, persona y responsabilidad parental (Capítulo Tercero). Así dispone expresamente que, las niñas, niños y adolescentes no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente (art. 2614). En cuanto a responsabilidad parental, si bien reconoce una regla ya establecida en derecho internacional privado, por la cual el derecho aplicable en estos casos es el de la residencia habitual del niño, introduce

una norma acorde al nuevo paradigma, pudiendo el juez en función del interés superior del niño tomar en consideración el derecho de otro Estado con el que tenga vínculos relevantes (art. 2639).

Como señaláramos, se introduce una norma específica de Restitución Internacional de Niños en la Sección Octava de este Título IV, Capítulo 3, artículo 2642, que si bien es un solo artículo como resaltara no es poco como veremos, pues precisamente establece reglas y principios de suma actualidad y necesidad, para la eficaz y adecuada resolución de este conflicto internacional que crece día a día, ocasionando graves perjuicios en la integridad psicofísica de los niños.

Concretamente el eje de una eficaz resolución de restitución internacional de niños gira sobre los puntos que el nuevo código reconoce:

En función de ellos el juez competente – argentino – que decide la restitución internacional de un niño debe:

- Aplicar las convenciones internacionales sobre la materia y los tratados internacionales de derechos humanos, en función del interés superior del niño.
- Supervisar su regreso seguro.
- Fomentar las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.
- Adoptar las medidas urgentes provisionales y/o anticipadas en razón de la protección integral del niño.

En efecto, no es suficiente un análisis exegético de las normas de derecho internacional privado sino principalmente realizar una interpretación del caso y convenios aplicables a la luz del principio rector y garantista del interés superior del niño que, a nuestro entender, implica aplicar el mejor derecho en todo el ordenamiento jurídico – derecho preexistente –.<sup>22</sup> Decididamente el juez de la restitución debe adoptar, en tiempo razonable y respetando las garantías del debido proceso, todas las medidas necesarias y adecuadas para el cumplimiento «seguro» de la garantía restitutoria.<sup>23</sup> Esto

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

significa que el niño regrese íntegro y asegurándose sus derechos tanto en el país de refugio como en el de origen, de manera tal que se requiere ineludiblemente, el compromiso internacional del Estado de la residencia habitual. En este punto resulta nuclear, la validación de las órdenes emitidas por el Juez del Estado de refugio en el Estado de origen, compromiso internacional asumido que logra efectividad a través de las denominadas «órdenes espejo» y las comunicaciones directas.<sup>24</sup>

De nada vale una sentencia que analice adecuadamente las normas internacionales si no lo es en función del mejor interés del niño y previniendo aquellas medidas necesarias para su cumplimiento, lo que desde ya, exige un mayor esfuerzo del judicante con conocimientos especiales en la materia, y la cooperación interestatal asegurada a través de la actuación de la Autoridad Central y Jueces de Enlace de la Red de Jueces expertos de la Conferencia Permanente de La Haya.<sup>25</sup> La actuación del juez de la restitución

no cesa con el dictado de la sentencia que ordena la restitución, sino que debe supervisar el regreso seguro del niño, y esta sentencia debe ser el resultado de un debido proceso, donde se haya amparado la participación del niño, se lo haya escuchado adecuadamente, su opinión haya sido tomada en cuenta conforme su edad y grado de madurez, y se haya convocado a las partes a audiencia a los fines de lograr una restitución voluntaria, sin lo cual difícilmente pueda cumplirse con la garantía restitutoria que prevén los tratados.

Al mismo tiempo el juez de la restitución debe ser sumamente cuidadoso, y evitar indefectiblemente introducirse en cuestiones de fondo ajenas al ámbito de su competencia, aun cuando debe asegurar que el derecho de custodia y comunicacional vigente en un estado, sea respetado en otro.

Decíamos entonces, que el nuevo código dispone la aplicación de las convenciones internacionales vigentes, pero fuera de su ámbito de aplicación, los

jueces argentinos adaptarán los principios contenidos en las convenciones internacionales asegurando el interés superior del niño.

En razón de principios generales y de cooperación, a petición de parte legitimada o a requerimiento de la autoridad competente extranjera, el juez argentino que tome conocimiento del inminente ingreso al país de niños cuyos derechos puedan verse amenazados, podrá disponer «medidas anticipadas» a fin de asegurar su protección, como también en su caso, del adulto que acompañe a la niña, niño o adolescente.<sup>26</sup>

Se instituyen pautas muy precisas y eficaces en cuanto al proceso restitutorio, que a nuestro humilde entender, dice mucho más de lo que parece, porque como refiriera antes, cuando se llega al estrado judicial ya es tarde, por tanto la única solución efectiva para el cumplimiento de la garantía restitutoria es lograr una restitución voluntaria, consensuada, dentro de un proceso judicial que respete las

garantías jurisdiccionales de defensa en juicio y fundamentalmente, el derecho del niño a ser oído y su opinión tenida en cuenta. Supervisando en todo momento el juez, el regreso seguro del niño y mediante cooperación estatal internacional.

Adviértase que el nuevo código, acorde a las exigencias actuales, no refiere a una resolución judicial que simplemente ordene una restitución, se exige algo más al juez competente y es que tome todas las medidas eficaces y necesarias para que ese regreso que se ordene se realice efectivamente y en forma segura.<sup>27</sup> Trabajo complicado si lo hay. Pero es una pauta sustancial y procesal que se adecua a la tendencia actual. Además la previsión concreta de la regla de cooperación internacional, permite al juez valerse de medidas específicas para dotar de efectividad a la orden de restitución – comunicaciones directas, órdenes «espejo» – que, insistimos, sin la debida cooperación del otro Estado, difícilmente se logre este cometido.

Dreyzin de Klor señala acertadamente que, no es la carencia de normas la que obra de impedimento para que un niño sea protegido en sus intereses, sino que es la interpretación que se efectúa de las disposiciones vigentes, la que opera con efectos refractarios. Radicando el «estigma», según la autora, en la comprensión del ámbito material de las convenciones vigentes, el alcance que se da a la cláusula de reserva, y en la interpretación que se realiza del interés superior del niño. Precisamente destaca precedentes jurisprudenciales que, con buen criterio y adecuada interpretación de las normas y principios convencionales y constitucionales, han resuelto casos de restitución internacional asegurando el acceso a la justicia y respetando las garantías del debido proceso.<sup>28</sup>

Ciertamente sostenemos que, hacer cumplir la garantía restitutoria y en los plazos urgentes nunca puede ser en desmedro de ello. Entendemos que es mediante el debido proceso judicial que se logra la concreción de la garantía constitucional de tutela judicial

efectiva y en tiempo razonable, por lo que dichos procedimientos, amén de la urgencia, deben asegurar indefectiblemente las garantías de defensa en juicio y el derecho del niño a ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto por la dignidad humana. Y es sobre ello estrictamente sobre lo cual debe recaer el peso de la regulación sustancial y procesal.<sup>29</sup>

Lo que venimos sosteniendo en doctrina y en algunos precedentes jurisprudenciales, se advierte con mayor fuerza en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esencialmente porque en la comunidad europea se aplican instrumentos más modernos como el Reglamento de Bruselas II bis<sup>30</sup>, suscripto por los estados europeos para los litigios internacionales, creemos es el instrumento más adecuado a efectos de garantizar los derechos del niños conforme el paradigma que planteamos, precisamente porque contempla el derecho del niño a ser oído de un modo distinto a los convenios. En efecto, la Conven-

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

ción de La Haya y la Interamericana establecen la posibilidad de escuchar o no al niño, Bruselas II bis ordena a la autoridad «velar porque se de la posibilidad de audiencia del menor», «a menos que esto no se considere conveniente en virtud de su edad y grado de madurez».<sup>31</sup> Adviértase que se trata de una carga impuesta a la autoridad central, no dejado al arbitrio de la autoridad.

Justamente nuestro planteo es que, las nuevas reglas y principios que incorpora el código civil unificado refieren a este paradigma, por lo que podemos concluir que el derecho argentino así lo reconoce en función de los principios fundamentales que lo instituyen y fundan como referíamos antes. Y sobre este contexto es que debe implementarse un procedimiento específico y acorde a las recomendaciones elaboradas en la ley modelo y guías de buenas prácticas, que por otra parte, en el marco de Bruselas II bis también se han elaborado, e incorporando los principios que inspiran el paradigma de protección integral de los derechos

de niñas, niños y adolescentes.

### El interés superior del niño en el proceso restitutorio

La Convención sobre los Derechos del Niño incorporó el principio rector del interés superior del niño, disponiendo su consideración primordial en todas las medidas que deban afrontarse en relación a niñas, niños o adolescentes, respecto de instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (art. 3.1. CDN). Definido por la ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías (art. 3 Ley 26.061 Argentina).

Resulta crucial por tanto estipular qué debe entenderse por interés superior del niño. La importancia de su determinación no solo radica en la necesaria reformulación de normas sustantivas y procesales a través de este prin-

cipio, sino en la variada significancia que se le ha asignado, tanto en doctrina como en jurisprudencia, y en humilde opinión, muchas veces errado.

En efecto, se ha intentado construir una definición de interés superior del niño desde un sentido de discrecionalidad del Juez y de operadores estatales, cuando precisamente la discrecionalidad ya no es el eje del nuevo paradigma de la protección integral de la niñez y la infancia,<sup>32</sup> que como tal refuerza el concepto de ciudadanía a través del reconocimiento de derechos.<sup>33</sup>

Afirma destacada doctrina española que, la naturaleza de este principio responde a la de los *conceptos jurídicos indeterminados* y por ello requiere que el Juez, ante el caso concreto, realice una valoración y ponderación de las circunstancias del caso, utilizando distintos criterios de integración de este principio general que le permitan adoptar la decisión que mejor protege los derechos del niño en particular.<sup>34</sup>

En tal sentido, recientemente la Corte

Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que, «...cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias...».<sup>35</sup>

Antes bien señalaba Mary Beloff, que «el interés superior del niño ha sido definido de muchas maneras; pero a raíz de la forma en la que ha sido interpretado por décadas, como un «cheque en blanco» que autorizaba toda clase de discrecionalidad en el ámbito público estatal, se ha comenzado a interpretarlo como una herramienta hermenéutica dirigida a resolver conflictos entre derechos. En ningún caso se lo identifica con el fundamento de la autoridad parental sino como pauta orientadora de las actividades estatales respecto del niño.»<sup>36</sup>

Destaca Cillero Bruñol, que por lo general «se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico

como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.» Apunta el prestigioso autor que ello se debe a la indeterminación de la noción que impide una interpretación uniforme y por ende hace que las decisiones que se adopten en su fundamentación, no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.<sup>37</sup>

Precisamente, en el marco de su función consultiva,<sup>38</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva 17 a la que denominó «Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño», reconociendo por primera vez la Corte al niño como sujeto de derecho.<sup>39</sup> En dicha oportunidad la Corte definió al niño como toda persona menor de 18 años, Y luego refiriéndose al interés superior del niño declaró: «Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de pro-

piciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño» Con lo cual tenemos que la corte no lo define y tampoco la convención.

Y así ha sido entendido por prestigiosa doctrina. Al respecto señala el destacado profesor chileno Ricardo Garrido Alvarez, que el interés superior del niño más que atribuírsele un contenido normativo, significa una regla o principio para decidir, y refiriéndose al razonamiento jurídico que, «un uso no trivial del principio de interés superior, significa adjudicación de derechos preexistentes, y que ello implica situarse en un contexto de aplicación, es decir, con uso de los criterios dogmáticos y precedenciales pertinentes. Por otro lado, que la aplicación del principio y su utilización como premisa de justificación, supone identificar el tipo de norma en que se contiene el derecho adjudicado, lo que proyecta específicos requerimientos en la explicitación del argumento jus-

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

tificatorio.»<sup>40</sup>

La prestigiosa Magistrada Roca Trias sostiene – guiando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español – que el contenido del interés del menor «consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí misma, de forma independiente para garantizar su efectividad».<sup>41</sup>

Coincidentemente con ello, consideramos que el interés superior del niño tal como se manifiesta en la Convención, refiere al reconocimiento de derechos fundamentales a los niños en un lugar de privilegio frente a otros derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas, y de este modo cumple una función amplia, esto es, la de principio rector o guía de interpretación de las normas y de resolución de los conflictos jurídicos que involucran a los niños, en todo ámbito estatal y/o familiar, entendiendo además que sin lugar a dudas implica reconocer a la vez la autonomía de los propios niños

a ejercitarlos.<sup>42</sup> Partimos entonces del concepto del interés superior del niño como el pleno respeto de sus derechos.»<sup>43</sup>

Compartimos asimismo la tesis sustentada por Cillero Bruñol en cuanto a considerar que el principio del interés superior del niño es además una garantía, ya que significa que toda decisión que deba tomarse en cualquier ámbito fundamentalmente estatal, pero también familiar, que involucre a una niña, niño o adolescente, debe considerar en primer término a sus derechos.<sup>44</sup>

Precisamente esto es lo que ocurre en el proceso restitutorio. Como refiriéramos anteriormente, la garantía de restitución que prevén los tratados internacionales lo es en razón del interés superior del niño, pues de este modo se protegen internacionalmente sus derechos, en especial, el derecho a su centro de vida. Pero al mismo tiempo, en razón de su interés superior, es que puede hacerse lugar a las excepciones que también prevén los tratados a fin

de no ordenarse una restitución internacional (art. 13 CLH, art. 11 CIDIP IV).<sup>45</sup> A todo evento, la efectividad de este principio – noción de garantía – radica fundamentalmente en el derecho del niño a participar activamente en el proceso.<sup>46</sup>

Las referidas excepciones deberán ser consideradas por el Juez de Familia a la luz del interés superior del niño en concordancia con los preceptos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Justamente se trata de armonizar los postulados de los tratados internacionales en materia de sustracción internacional de menores con la referida convención de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22). Así se ha afirmado en reiterada doctrina y jurisprudencia.<sup>47</sup>

En este aspecto, es concluyente lo expresado en el Informe Pérez-Vera, cuando reza: «Por tanto es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio —uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración in-

mediata del niño a su entorno de vida habitual— responden en su conjunto a una concepción determinada del «interés superior del menor». No obstante, incluso desde la óptica elegida, era preciso admitir que el traslado de un niño puede a veces estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por ello el Convenio reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son más que manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia» (punto N° 25).

Ergo, se entiende que las convenciones sobre restitución internacional de niños, preservan el principio de su interés superior mediante la previsión de los mecanismos que aseguran la pronta restitución, impidiendo toda vía de hecho. Pues tales convenciones presu-

men que el bienestar del niño se logra restableciendo la situación a su estado anterior a la sustracción o retención ilícita.<sup>48</sup> Al mismo tiempo, la restitución podrá denegarse bajo el mismo principio, esto es, cuando resulte contraria al interés superior del niño.<sup>49</sup>

Pues precisamente, aplicar la regla – restitución – con carácter general y absoluto, puede derivarnos a resultados perjudiciales vulnerando derechos de los niños, por ello el legislador ha establecido este principio «para neutralizar los efectos negativos del ejercicio del derecho de que se trate, en cada caso concreto».<sup>50</sup>

Sabido es que, en el contexto del paradigma neoconstitucional, variadas decisiones judiciales son justificadas directamente desde principios constitucionales, cuya determinación de alcances y condiciones de aplicación es tarea de los jueces ante cada caso concreto.<sup>51</sup>

Conforme Alexy, el rasgo crucial para diferenciar reglas y principios se ha-

lla en que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. En este sentido, los principios son «mandatos de optimización», que pueden ser cumplidos en diferente grado y conforme las posibilidades fácticas y jurídicas (principios y reglas opuestas). En cambio, las reglas, son «mandatos definitivos» o concluyentes, normas que pueden ser cumplidas o no, la distinción se funda en que la regla es válida y por tanto debe ser cumplida, o no válida. Los principios siempre son válidos. En definitiva la diferencia entre reglas y principios es cualitativa.<sup>52</sup>

Por su parte, para Dworkin – quien parte de Hart pero critica su positivismo como muy estrecho – señala que el ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su *pedigree*), sino por la adecuación de su contenido a la moral.<sup>53</sup>

En consecuencia, habrá que conside-

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

rar en primer término la fuente que contiene el principio, y luego buscar el interés superior del niño en las propias normas infralegales del lugar de residencia habitual del mismo, pues son estas mismas las que aportarán los elementos necesarios para lograr la adecuada interpretación del principio (vinculación coadyuvante de contribución desde la dimensión normológica).<sup>54</sup>

### **Derecho del niño a ser oído. Su participación en el proceso restitutorio**

Como señalábamos, el respeto por este derecho humano fundamental es el punto de partida en el proceso de restitución. Se vincula íntimamente con la hipótesis de excepción que señaláramos anteriormente en cuanto a la oposición del niño a la restitución, producto de su derecho a ser oído conforme su edad y grado de madurez (capacidad progresiva), en todo proceso administrativo o judicial que lo afecte (art. 12 CDN, art 27 Ley 26061; art. 24

inc. b Código Civil y Comercial de la Nación) y las garantías del debido proceso judicial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que les son aplicables (art. 8 CADH, Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

En tal sentido, el niño, niña o adolescente, tiene derecho a ser oído ante la autoridad competente, administrativa o judicial, cada vez que lo solicite; que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al arribar a una solución que lo afecte; a ser asistido por un letrado preferentemente en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento (en caso de carecer de recursos el estado le deberá asignar de oficio uno); a participar activamente en todo el procedimiento. «El niño no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece, mucho menos cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debiendo considerárselo como protagonista de su propia vida.»<sup>55</sup>

Ello es congruente con el entendimiento de considerar al niño como sujeto

«titular de derechos propios, con acceso a la jurisdicción, en foros y en casos en que se discuta sobre su destino y bienestar, está claro que las autoridades nacionales – e internacionales – deben ajustar sus decisiones a esta realidad».<sup>56</sup>

Así se ha dicho en jurisprudencia: «al decidir respecto de la procedencia de la restitución internacional de los menores no puede prescindirse de recabar la opinión que poseen los niños respecto del sitio en el cual desean residir, ello por aplicación del art. 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ratificado por la ley 23.857.»<sup>57</sup>

Al respecto, corresponde traer a colación lo dispuesto por la Observación General N° 7 del Comité de los Derechos del Niño, del año 2005: «En razón de su relativa inmadurez, los niños pequeños dependen de autoridades responsables que evalúan y representan sus derechos y su interés superior en relación con decisiones y medidas que afecten su bienestar, teniendo al ha-

cerlo en cuenta sus opiniones y capacidades en desarrollo.»

Destacamos lo señalado en el punto II respecto del Reglamento de Bruselas II bis en cuanto a que dispone como una carga de la autoridad de aplicación la escucha del niño, asimismo y con mayor rigor, la Guía de Buenas Prácticas de la Comisión que precisamente establece la escucha del niño como un requerimiento para tomar decisiones que se refieran a su restitución, todo ello en consonancia con la efectiva participación del niño en el proceso en tutela de sus derechos fundamentales.<sup>58</sup>

Tal como se pusiera de manifiesto al comienzo de este trabajo, la garantía del debido proceso se concreta a través de la efectivización del derecho a ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana.

### **Debido proceso urgente de restitución internacional**

### **de niñas, niños y adolescentes**

Advertíamos que, para el efectivo cumplimiento de la garantía de restitución que prescriben los tratados internacionales, se requiere la mayor celeridad en la resolución de las solicitudes de restitución internacional, pues sin la debida urgencia en su disposición, se enervan los postulados consagrados en los convenios internacionales en miras a ello (arts. 2, 11, 12 y 18 CDH; arts. 10, 12, 13 y 17 CIDIP IV). Antes bien, con el respeto a las garantías del debido proceso y prevaleciendo en todo su desarrollo el interés superior del niño (art. 3 CDN), que puede resultar «desquebrajado» si la justicia no opera con la debida rapidez y sin mayores dilaciones.<sup>59</sup>

Esto refleja uno de los deberes de los Estados cuya responsabilidad internacional se impone en caso de incumplimiento, en virtud de los compromisos asumidos frente a otros Estados en el marco de la protección de los Derechos Humanos, conjugados ellos con los tratados restitutorios ratificados.<sup>60</sup>

En tal sentido, destacábamos la razón de asegurar el cumplimiento de la inmediata restitución del niño que prevén los convenios (garantía de restitución), motivo por el cual la «urgencia» es la nota característica del procedimiento, a fin de la eficacia operativa de los tratados (art. 1° CLH; art. 1° CIDIP IV).

Por tanto resulta tarea ineludible de los Estados, la de instruir procedimientos judiciales rápidos y expeditivos a fin de evitar los efectos no deseados que habitualmente se producen en estos casos, como es la dilación en el tiempo y el consecuente arraigo del niño por vías de hecho, teniéndose en cuenta además que, *a posteriori*, indefectiblemente acaecerá un nuevo desarraigo; y la consiguiente frustración de la finalidad y objeto de los convenios de restitución.

Adviértase que en estos supuestos, es preciso evitar toda práctica dilatoria proveniente de ardidés jurídicos que atenten contra la finalidad propia de los tratados: la inmediata restitución.

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

ción segura de los niños a su residencia habitual.<sup>61</sup> Así se ha sostenido que, «Cuanto más tiempo transcurra entre el traslado o la retención ilícita y la decisión a adoptar, esta será mucho más difícil para aquel que tiene que resolver pues el menor habrá desarrollado un nuevo centro de vida en el Estado requerido».<sup>62</sup>

Cierto es como señala Famá, que cuando el problema ha llegado a la Justicia ya es demasiado tarde, y por tanto se exige una decisión inmediata y efectiva evitando la consolidación de situaciones fácticas que paradójicamente benefician al propio infractor que ha vulnerado los derechos del otro progenitor y de sus hijos, quien a su vez en muchos de los casos, actúa a sabiendas y por ello ha decidido el cambio de jurisdicción para obtener una decisión judicial que lo favorezca (*forum shopping o forum conveniens*), pues frecuentemente tiene la íntima convicción de radicarse en el país requerido. El factor tiempo se erige así como un arma de poder a su favor que avala su conducta antijurídica.<sup>63</sup>

En general los Estados no disponen de un procedimiento específico para los casos de restitución internacional de niños, en consecuencia y en función de lo ordenado por ambos convenios, el juez competente debe optar por el trámite más urgente que disponga en sus ordenamientos procesales, al mismo tiempo así lo hace saber la propia Autoridad Central<sup>64</sup> al presentar el requerimiento restitutorio y sus informes. Algunos Estados han dictado normas procesales especiales<sup>65</sup> y otros casos se ha establecido un proceso monitorio especial.<sup>66</sup>

En humilde opinión, no se comparte el criterio de cierta doctrina de considerar al proceso restitutorio como una medida cautelar.<sup>67</sup> Sostenemos decididamente que debe respetarse en todo momento la defensa en juicio de todas las partes involucradas, no pudiendo ordenarse de ningún modo la restitución inaudita parte, y ello en función de lo previsto por los propios tratados en cuanto a las excepciones que pueden plantearse legalmente a la restitución

inmediata que señaláramos. Que siendo taxativas y de interpretación restrictiva, exigen breves plazos de tiempo para su comprobación y alegación, en miras además del interés superior del niño. Resulta oportuno citar la frase acuñada en doctrina, «todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar».<sup>68</sup>

Por su parte, es preciso reiterar que el proceso de restitución, no implica de ningún modo un juicio de custodia (tenencia) de amplitud probatoria. En este proceso no se discute sobre la aptitud de uno u otro progenitor a los efectos de la custodia de los niños. La decisión sobre la cuestión de fondo no es competencia del Juez interviniente en el país requerido, sino del Juez del Estado donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de que acaeciera el traslado o retención ilícita (art. 16 CLH, art. 16 CIDIP IV). Una intervención judicial en contrario generaría responsabilidad internacional al Estado de refugio.

Así lo ha entendido la fértil jurisprudencia

dencia<sup>69</sup> en la materia que ha sentado ya doctrina, y la profusa labor doctrinaria, a nivel internacional, principalmente de los organismos encargados de la operatividad y monitoreo de la aplicabilidad de los convenios<sup>70</sup>, lo que ha dado como resultado una mayor difusión de los tratados llegándose a elaborar una la Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños,<sup>71</sup> como así también las Guías de Buenas Prácticas entre otros documentos trascendentales, en virtud del Convenio de La Haya de 1980,<sup>72</sup> que recomiendan mecanismos aptos y recursivos en forma de estándares mínimos para adoptar por los Estados en su Derecho Interno, en pro de la presteza ineluctable que constituye además, el atributo determinante de la validez operativa de los tratados.<sup>73</sup>

En este sentido, se ha sostenido en jurisprudencia «...que la acción de restitución es autónoma por su objeto y específica por su perfil procesal, pues puede verse agotada con la sola resti-

tución sin ser seguida por acción posterior (esto lo distingue especialmente de una medida cautelar).<sup>74</sup> En cuanto a lo segundo, por participar de la naturaleza del recurso de innovar, aunque no ya referida al juez sino a las partes (...) Según Droz, la Convención fija simplemente una obligación de resultado: el retorno del niño («Travaux du Comité ...» années 1981-82, Editions du centre National de la Recherche Scientifique, París, 1981, p. 131) Esto es así en tanto de lo que se trata es de lograr una solución de urgencia con miras a evitar la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas (Rapport explicatif de Mile Elisa Perez Vera N° 40) evitando que la solución de las disputas entre progenitores en torno a la guarda o tenencia de los menores se logre mediante vías de hecho (Weimberg de Roca, Inés. «Sustracción y restitución internacional de menores», LA LEY 1995 - C 1281) frustrando maniobras de forum shopping (Weimberg de Roca, ob. cit.; Operti Badán ob. Cit.)...»<sup>75</sup>

De igual forma la doctrina lo describe como un proceso autónomo de ca-

rácter sumario que tiene por objeto la única finalidad de devolver al menor al entorno natural.<sup>76</sup>

Compartimos esta calificación, en el entendimiento de que, se trata de un proceso autónomo no cautelar, que en cumplimiento del objetivo primordial como tal requiere de plazos abreviados en sus diferentes etapas, especialmente la probatoria,<sup>77</sup> acotada a la comprobación de los hechos que constituyen taxativamente los supuestos excepcionales y de interpretación restrictiva, donde tienen plena vigencia las potestades judiciales en cuanto a su procedencia y pertinencia, y donde el mecanismo recursivo deberá adaptarse a la urgencia requerida para no frustrarse la esencia misma de los convenios internacionales en la materia.<sup>78</sup>

No puede dejarse de considerar, que este proceso tiene por fin la restitución inmediata del niño a su residencia habitual en resguardo de su interés superior, pues además se amparan las relaciones familiares asegu-

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

rándose el derecho de *visita*, y en su propio bienestar, ergo, resulta evidente que se trata de una tutela especial, como aquellas propias del Derecho de Familia.

En este sentido, podemos sostener que por tratarse de una tutela especial pues se protegen derechos de los niños y a nivel internacional, lo que compromete a su vez la responsabilidad estatal, requiere de un tratamiento diferenciado, ágil y expeditivo, sin que ello implique que no puedan respetarse las garantías del debido proceso judicial.

Precisamente, consideramos que la tutela judicial efectiva de estos derechos amparados internacionalmente se logra a través del debido proceso.<sup>79</sup> Donde el derecho de defensa y el derecho del niño a ser oído y su opinión tenida especialmente en cuenta, revisite singular importancia.

Se sostiene firmemente, que por requerirse una rápida y efectiva tutela de los derechos fundamentales, no

por ello se deban vulnerar garantías constitucionales.<sup>80</sup> Y así se ha sostenido que «sea cual fuere la vía adecuada, por más sumariedad y urgencia que corresponda otorgarle, y aun cuando el objeto del juzgamiento no tenga que ver con el fondo de las cosas sino con la reparación inmediata de un statu quo arbitrariamente alterado, salta a la vista la necesidad de que exista un proceso, naturalmente estamos hablando del proceso debido, en el cual se respeten todas y cada una de las garantías que integran el paradigma del debido proceso legal...».<sup>81</sup>

No se comparte en absoluto el concepto de «proceso urgente» como carenente de las etapas que definen al proceso como tal en aras de la celeridad.<sup>82</sup> Por el contrario, se considera al proceso como garantizador de los derechos constitucionales. El garantismo así entendido, pretende «el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos Internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico». Por ende, un Juez comprometido exclusivamente con la constitución, que «se

empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales».<sup>83</sup>

Sin embargo, es necesario adecuar el Derecho a las nuevas exigencias, y que el Juez cuente con las herramientas apropiadas para lograr el fin de su cometido, y así hacer justicia, como garante de la tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos. Ello sí, sin descuidar el contradictorio, el debate, y el derecho de audiencia que también protege y garantiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por último, y a modo de cierre, sin perjuicio de sostener firmemente que la verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial, no podemos dejar de coincidir en que la justicia no puede dar respuesta y solución a todas las problemáticas familiares que se le presentan, las que en muchas ocasiones, como el presente tema, revisten características de índole social, cultural,

económicas, etc., que exigen un tratamiento interdisciplinario y, específicamente en lo que refiere a restitución segura, una fuerte y decidida cooperación interestatal. Pretender que todos los problemas de las familias pueden encontrar solución jurisdiccional exclusivamente, constituye una creencia que puede llevarnos de antemano al fracaso. En el caso particular de restitución internacional, cuando el pedido llega a la justicia, ya es tarde.<sup>84</sup>

En este punto vemos entonces que los convenios que nos comprenden a los países latinoamericanos han devenido insuficientes ante el paradigma actual, exigiéndose por tanto una readecuación de normas y nuevos compromisos a asumir por los Estados. ■

## CITAS

<sup>1</sup>FAMÁ, MARÍA VICTORIA. «Cuando los niños se vuelven «botín de guerra» internacional de sus progenitores». (Nota a fallo). *Doctrina Judicial*, N° 25, 24/06/2009, p. 1697.

<sup>2</sup>Ambos convenios regulan cuestiones atinentes a los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños siendo su objetivo asegurar el cumplimiento de la garantía de restitución inmediata y no sancionar al sustractor, la materia penal es ajena. En Argentina: *Ley 24.270 Delito de Impedimento de Contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente*.

<sup>3</sup>Pueden consultarse en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&id=9&lng=3>

<sup>4</sup><http://www.hcch.net/upload/wop/abduc-t2011info06s.doc>

<sup>5</sup>Véase [http://www.hcch.net/index\\_es.php](http://www.hcch.net/index_es.php) y la base de datos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: <http://www.incadat.com/> En lo que respecta al ámbito americano, existen una serie de instrumentos globales y regionales relativos a la cuestión de

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

la sustracción internacional de niños aplicables en este continente. Precisamente, dentro del ámbito de actividades de la propia Conferencia de La Haya se encuentra la sección de Sustracción Interamericana de Menores, que tiene el propósito de monitorear el desarrollo regional de la jurisprudencia relativa a la Convención Interamericana, y asimismo brindar acceso a la doctrina en español y a documentos de referencia clave relativos a la sustracción internacional de menores en el Continente Americano. En el caso de concurrencia convencional, esto es cuando los países involucrados han ratificado ambos Convenios, el Artículo 34 de la Convención Interamericana le otorga prioridad a la Convención Interamericana respecto del Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores, salvo acuerdo en otro sentido entre los Estados involucrados a través de la respectiva reserva que habilita dicha norma, como es el caso de Venezuela. No obstante ello, en la práctica se dan algunas excepciones, como es el caso de Brasil y Perú, que continúan aplicando el Convenio de La Haya, debido a que no han designado aún Autoridad central para la Convención Interamericana. Por otra parte, en su caso, se aplica también la cláusula del convenio más favorable a la consecución

de los fines de la CIDIP IV, cuando se superponen sus normas con textos convencionales anteriores o posteriores.

<sup>6</sup>En ambos convenios, el punto de conexión: «residencia habitual» atribuido en la consecuencia jurídica de la norma de conflicto determina el derecho aplicable a su tipo legal (sustracción internacional) (Golschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987, p. 251 y ss.). La residencia habitual se presenta más que como un concepto jurídico, como una noción de hecho con contenido de tipo sociológico (Quaini, Fabiana; Bosé José M.; Rapallini, Liliana E.; Romano, Carlos A.; Zarate, Andrés. *Restitución Internacional de Menores. Aspectos civiles y penales*. Ed. Cathedra Jurídica, Mendoza, 2009), totalmente distinto al concepto de domicilio. Es un concepto flexible (Goicoechea, Ignacio. Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores. *RDF*, N° 30, p. 65) descripto en doctrina y jurisprudencia como centro de vida del niño, lugar donde el niño desarrolla sus actividades centro de sus afectos y vivencias (Weinberg de Roca, Inés M., «Domicilio de menores adultos». *RDPC*, Rubinzal – Culzoni, Bs. As., 1997, p.499). Dependiendo su determinación

por el Juez, evaluando las circunstancias de cada caso en particular y diversos factores como permanencia estable en un lugar por un período de tiempo variable, edad del niño, las condiciones que lo abarcan, acciones de los padres, etc. (Véase: Jáuregui, Rodolfo G. Un caso de restitución internacional de niños que invita a reflexionar. L.L., 02/08/2010, DJ04/08/2010, 2070 - DFyP 2010 (agosto), 76. Massano, Alejandra Roveda, Eduardo G. «Un nuevo caso de sustracción internacional de niños», *LA LEY*, 07/11/2011, 7. Ortemberg, Osvaldo Daniel, Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctimas de sustracción ilegal. LLGran Cuyo2006 (abril), 359. Solari, Néstor E. Sustracción Internacional de menores. El «centro de la vida del menor» en el contexto del Convenio de La Haya, LL. 2006-793. Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, *LA LEY*2006-C, 271. Sambrizzi, Eduardo A., Un nuevo caso en el que la Corte Suprema de Justicia aplicó el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, *Sup. Const.* 2011 (septiembre), 27/09/2011, 20 - *LA LEY*2011-E, 394. Famá, M. Victoria, op. cit. Raya de Vera, Eloisa B., El Factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores, L.L.

2011-C, 412. Scotti, Luciana B., La garantía de debido proceso en un caso de restitución internacional de menores, LL. 2010-D, 567. «Una acertada decisión en un caso de restitución internacional de menores», Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, año 1 N° 3, nov 2009, p. 65. Herz, Mariana, Sustracción Internacional de niñas, niños y adolescentes, RDF 2012- I. CSJN, «W, E. M. c/ O., M. G.» 14/06/1995, L.L. 1996 - A- 260. CSJN, «S. A. G.», 20/12/2005, L.L. 2006-C, 272. TCF N° 3 de Rosario, 23/02/2009, «G. M. M. c. M., M.O. s/restitución urgente de menores», LLLitoral 2009 (junio), 585. CSJN, 21/12/2010, «R., M. A. c. F., M. B.», L.L. 2011-C, 412. CSJN, 28/06/2011, «D. F., R. c. G., M. S. s/restitución de hijo» DJ14/09/2011, 43. CSJN, 16/08/2011, «V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia extranjera», L. L. 2011-E, 35. CSJN, 08/11/2011, «F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegro de hijo», L.L., 07/12/2011, 11 - DJ25/01/2012, 17. CSJN, 22/11/2011, «W., D. c. S. D. D. W. s/demanda de restitución de menor», LA LEY 07/12/2011, 7. CSJ, 19/05/2010, «B., S. M. c. P., V. A.», L.L. 2010-C, 633. Entre otros).

<sup>7</sup>A todo evento, es importante resaltar, que a los efectos de la interpretación del Convenio

de La Haya, en cuanto a su finalidad, objetivos, contenido, procedimiento, etc. resulta sumamente conveniente y provechoso, consultar el informe explicativo realizado por la Dra. Elisa Pérez Vera <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>

<sup>8</sup>Véase [http://www.hcch.net/index\\_es.php](http://www.hcch.net/index_es.php) y la base de datos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: <http://www.incadat.com/>

<sup>9</sup>CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño». *JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO* N° 9 p. 125 UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, [www.unicef.cl](http://www.unicef.cl)

<sup>10</sup>GARRIDO ALVAREZ, RICARDO, «El interés superior del niño y el razonamiento jurídico». <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/FilosofiaDerecho/7/ar1/ar18.pdf>

<sup>11</sup>HART, HERBERT L. A. (1998). *El concepto de Derecho*. Bs. As., Abeledo Perrot, p. 117. Para quien el Derecho es un sistema complejo de reglas, conformado por reglas primarias o imperativas y reglas secundarias: 1- reglas de

decisión; 2- reglas de modificación y 3- reglas de reconocimiento: éstas establecen los criterios de validez que debe cumplir una regla para poder pertenecer al sistema jurídico. Por su parte, Dworkin parte de Hart y critica su positivismo como muy estrecho, señala que el Ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su pedigree), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Véase: DWORKIN, RONALD: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.

<sup>12</sup>Caso «Giroldi»; CSJN; 7/4/1995; L.L., 1995-D, 462. Otro: Caso "Bramajo", CSJN, 12/9/1996; L.L., 1996-E, 409, entre otros. Nuestra Corte Suprema venía sosteniendo con anterioridad a la reforma constitucional en el conocido caso Ekmekdjian (CSJN, 7-7-92; LL, 1992-C-543), la jerarquía superior de los tratados internacionales y con posterioridad, ha tenido una rica evolución al respecto en distintos pronunciamientos paradigmáticos sumamente importantes e interesantes, cuyo tratamiento excede el marco de este trabajo (véase entre otros: CSJN, «Méndez Valles Fernando c/.A..M. Pescio SCA s/ Ejecución de alquileres» (ED Boletín N° 8976

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

del 09/04/96), La Corte Suprema en abril de 1998, dentro de los autos «Petric Domagoj c/ Diario Pagina 12» (L.L. 1998 – C, 284 ).

<sup>13</sup> Siguiendo en ello a ALEX Y, para quien el rasgo crucial para diferenciar reglas y principios se halla en que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. En este sentido, los principios son «mandatos de optimización», que pueden ser cumplidos en diferente grado y conforme las posibilidades fácticas y jurídicas (principios y reglas opuestas). En cambio, las reglas, son «mandatos definitivos» o concluyentes, normas que pueden ser cumplidas o no, la distinción se funda en que la regla es válida y por tanto debe ser cumplida, o no válida. Los principios siempre son válidos. En definitiva la diferencia entre reglas y principios es cualitativa. Véase: ALEX Y, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>14</sup> Véase al respecto: SAGUES, NESTOR PEDRO: «Los tratados internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994» en *La Ley* del 8/11/94.

<sup>15</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J. (1995). *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Bs. As. Ediar.

<sup>16</sup> Véase: DWORKIN, RONALD. (1989). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho S.A.; (2002). «La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria» Trad. Imer Flores, en *Cuestiones Constitucionales* 7, México.

<sup>17</sup> Acorde al concepto de democracia sustancial que expresó Ferrajoli, consistente en las normas sustanciales de validez, las cuales vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas. En *Derecho y Razón*, op. cit. p. 864.

<sup>18</sup> Cabe aclarar, que Estado Constitucional de Derecho y Estado de Derecho no son términos sinónimos como ha señalado Ferrajoli: Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. La legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente neoconstitucionalista cuyo eje principal estaría marcado por la primacía, garantía

y defensa de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho representa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, el Estado Constitucional especifica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado. Ferrajoli Luigi, «Pasado y futuro del estado de derecho», en *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Madrid, 2003.

<sup>19</sup> Véase FALCÓN, ENRIQUE M.; *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*; 1ª ed. Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, p. 10.

<sup>20</sup> Véase ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, para quien los principios procesales serían puntos de partida que, por mandato constitucional y de los tratados internacionales de derechos fundamentales, no pueden faltar en el diseño de un proceso, de un verdadero proceso. Habla por ejemplo de la imparcialidad del tribunal, la igualdad de las partes, la transitoriedad del proceso, la eficacia de la serie procedimental, y la moralidad en el debate. Sin ellos, explica el preciado autor, estaríamos frente a un simulacro de proceso, y no frente a un verdadero proceso. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. 1ª Parte. Rubinzal

Culzoni, 2008, p. 259.

<sup>21</sup>El código recoge la construcción doctrinal y jurisprudencial en la materia. Muchos jueces ya aplicábamos este razonamiento en virtud además, del interés superior del niño: TCFR N°7, «N.L. c/ N.K.Z. s/ CUSTODIA JUDICIAL Y/O GUARDA/TENENCIA», N° 18 de fecha 10-2-2012.

<sup>22</sup>Conf. CILLERO BRUÑOL, GARRIDO ALVAREZ, op. cit.

<sup>23</sup>A tal fin resulta destacable que en la Provincia de Santa Fe, ciudad de Rosario, hemos podido contar con el sistema de videoconferencia que proporciona la Corte Suprema de Santa Fe a estos fines, a efectos de lograr audiencias conciliatorias previo a resolver la restitución segura de niños ( dispuesta por el pleno, llevada cabo el 16-9-2014 en autos «D.L.M. c/ D.L. s/ Reintegro Internacional de menor» TCFR N° 7).

<sup>24</sup>Tagle de FERREYRA, GRACIELA; *La Restitución Internacional de Niños, Nuevo Enfoque Jurídico*, Córdoba 2011, p. 285 y s.s.

<sup>25</sup>TAGLE DE FERREYRA, G. op. cit.

<sup>26</sup>Véase TCFR N° 7, «N.K., Z.T. c/ N., L. s/ RESTITUCION INTERNACIONAL», N° 372, 17-4-2012.

<sup>27</sup>Véase TCFR N°4, «Purcell, Brett s/ pedido de restitución del menor Dante Purcell».

<sup>28</sup>DREYZIN DE KLOR, ADRIANA; *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, dirigido por Aida Kermelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, 1ª Ed. Sta. Fe, Rubinzal – Culzoni 2014, Tomo IV, p.548.

<sup>30</sup>Reglamento de Bruselas II bis (solo aplica para los países de la comunidad europea, (CE) N° 2201/2003, obligatorio en los Estados Miembros (EEMM), salvo Dinamarca, para litigios internacionales. Sus normas de competencia judicial internacional se aplican en los términos o con los límites a la jurisdicción previstos en el texto: de manera exhaustiva, frente a un «demandado comunitario» (nacional o residente); y, de manera prioritaria y principal, frente a un demandado no-comunitario (TJCE, 29 nov. 2007, C-68/07 Sundelind López).

<sup>31</sup>BASSET, URSULA C., *Restitución internacional de menores ¿Una crisis de paradigmas en torno a la protección de los niños?*, LL, 2013 – F, 18.

<sup>32</sup>Señala EMILIO GARCÍA MENDEZ, que este nuevo derecho que ha objetivado las relaciones de la infancia con los adultos y con el Estado, entendiendo el autor objetivación como lo opuesto a discrecionalidad, apareja además un nuevo tipo de institucionalidad, así como también nuevos mecanismos de cumplimiento y exigibilidad que implican una radical transformación en el sentido del

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

trabajo de los operadores no solo jurídicos sino especialmente sociales. Destaca el autor, que «este nuevo derecho de la infancia reduce drásticamente los niveles de discrecionalidad». GARCÍA MENDEZ, EMILIO. «Infancia Ley y Democracia: una cuestión de Justicia». En *Justicia y Derechos del Niño* N° 9, p. 27. UNICEF, Santiago, Chile, agosto 2007.

<sup>33</sup>Entendiendo la ciudadanía como sostiene ARENDT: «el derecho a tener derechos». Arendt Hanna, Lafer, C., *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, cap. V. Cit. Por Cillero Bruñol Miguel, en «Los Derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva». En *Justicia y Derecho de los Niños* N°3, p. 49. UNICEF. Buenos Aires, diciembre 2001.

<sup>34</sup>GUILARTE MARTIN – CALERO, CRISTINA; *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 107 Colección Privado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 13.

<sup>35</sup>CSJN, «M., M. S. s. Guarda», (del Dictamen dictamen del señor Procurador Fiscal subro-

gante), 27-05-2015; RC J 3448/15, precedente: «G., B. M. s/ guarda» (S.C. G. 834, L. XLIX).

<sup>36</sup>BELOFF, MARY. «Luces y sombras de la opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del niño». En *Justicia y Derechos del Niño* N°9, N° 9, p. 27. UNICEF, Santiago, Chile, agosto 2007. [www.unicef.cl](http://www.unicef.cl)

<sup>37</sup>CILLERO BRUÑOL, M. op. Cit.

<sup>38</sup>Art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>39</sup>Reza el famoso voto del Juez Cañado Trindade: «Es éste, a mi juicio, el leitmotiv que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño «como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección» (párr. 28)».

<sup>40</sup>GARRIDO ALVAREZ, RICARDO. «El interés

superior del niño y el razonamiento jurídico». <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/FilosofiaDerecho/7/arl/arl8.pdf>

<sup>41</sup>ROCA TRIAS, ENCARNACIÓN (Magistrada del Tribunal Constitucional de España). «Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)», *Cuadernos Civitas*, 1999, p. 220, cit. por Guilarte Martin-Calero, op. cit.

<sup>42</sup>Al respecto señala MICHEL FREEMAN que la integridad moral de los niños se alcanza cuando les reconocemos derechos y sobre ellos configuramos su autonomía. Es decir, existe autonomía cuando, primero, les reconocemos el goce de derechos constitucionales y, segundo, cuando son ellos mismos, los niños, quienes deciden cómo ejercer esos derechos. «Tomando más en Serio los Derechos de los Niños». *Revista de Derechos del Niño*, N° 3-4, p. 251. UNICEF- Universidad Diego Portales, 2006.

<sup>43</sup>PEREZ MANRIQUE, R. C. op. Cit.

<sup>44</sup>CILLERO BRUÑOL, M. op. Cit.

<sup>45</sup>Véase TAGLE DE FERREYRA, GRACIELA. *El interés Superior del Niño, Nuevo Enfoque Ju-*

ridico, Buenos Aires. 2009.

<sup>46</sup>La Convención a través de su artículo 12, reconoce el derecho de los niños «que estén en condiciones de formarse un juicio propio» a expresar su opinión, que la misma sea tenida en cuenta en todas las decisiones que los afecten en función de su edad y madurez y a ser oídos en cualquier instancia en forma directa o a través de representantes o de un órgano apropiado, todo conforme las leyes de procedimiento local (defensa material). Todo lo cual constituye la garantía de tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes, comprensiva del derecho de acceso a la justicia, a obtener una sentencia fundada en derecho y en un plazo razonable, derecho a manifestar y defender la pretensión jurídica en igualdad con las otras partes, derecho a ofrecer pruebas oportunas y admisibles, derecho a interponer recursos, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, en definitiva, a un debido proceso legal. (Véase al respecto: Brunetti, A. M., «El Interés Superior del Niño y el proceso», I CONGRESSO INTERNAZIONALE DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE DI PRESIDENTE PRUDENTE, San Pablo, Rep. Fed. De Brasil, mayo 2013. «EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO COMO

GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO» *Revista Col. Magistrados de la Provincia de Santa Fe*, 2014).

<sup>47</sup>Véase FAMÁ, M. VICTORIA, op. cit.

<sup>48</sup>CSJN, «W., E. M. c/ O., M. G.»: «...Que, precisamente, la Convención de La Haya preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho»; «R., M. A. c/ F., M. B.» op. cit. Véase además: Najurieta, María Susana, «La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño», JA 2006-I-43.

<sup>49</sup>En este punto se recomienda consultar: Grossman, Cecilia P. *El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*. Universidad, Bs. As. 1998. BIOCCA, STELLA MARIS, «Interés superior del niño». *RDF* N° 30, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As. 2005, p. 24. Garrido Alvarez, Ricardo; Derecho a un juzgamiento especializado de niños, niñas y adolescentes y Teoría general del proceso, inédito. Como así también una excelente herramienta de interpretación, aún en otro campo pero siempre en el ámbito de protección de los niños, como son las Directrices de la ACNUR para determi-

nar el interés superior del niño: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7126>

<sup>50</sup>GUILARTE MARTIN – CALERO, CRISTINA, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 107 Colección Privado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 17.

<sup>51</sup>CHAUMET, MARIO E. – MEROI, ANDREA A., «¿Es el derecho un juego de los jueces?» (Notas sobre Estado Constitucional, Principios y reglas, iura novit curiae, y garantía del contradictorio), LL, 2008- D- 717

<sup>52</sup>ALEX, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 607.

<sup>53</sup>DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.

<sup>54</sup>Véase CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, «Ubicación de la Justicia en el mundo del valor (El asalto al valor justicia)», *Centro de Filosofía, Investigación y Docencia* N° 39.

<sup>55</sup>JÁUREGUI, R., op. cit.

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

<sup>56</sup>HOOFT, EDUARDO R., «Restitución internacional de menores. Un caso argentino brasileño», *LNBA*, 2006 -6-664.

<sup>57</sup>Voto del Dr. HITTERS en SCJBA «B., S. M. c. P., V. A» cit. Jáuregui, R. op. cit., La opinión que el niño pueda poseer sobre su restitución internacional al lugar de residencia habitual —art. 13, párrafo 4º y 5º del CH1980— debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez, para lo cual es imprescindible al juez conocerlo y ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, balanceándolas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole del derecho en juego (del voto del Dr. Pettigiani).

<sup>58</sup>*European Commission, Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation*, June 2005, p. 42, cit. por Basset, Ursula, op. cit.

<sup>59</sup>RAYA DE VERA, ELOSISA B., *El factor tiempo...*, op. cit.

<sup>60</sup>Señala Herz, que algunos de esos deberes

respecto al procedimiento restitutorio son: «a) El deber de celeridad, que impone que todas las etapas del proceso restitutorio se cumplan rápidamente, sin dilaciones injustificadas y respetando, en la medida de lo razonable, los plazos establecidos en las convenciones. Este deber ha sido erigido en estándar internacional de tratamiento exigible inclusive en supuestos en que los convenios no resultan aplicables. b) El deber de actuar de oficio, que significa que los particulares pueden coadyuvar al Estado pero su inacción no debe afectar la adopción de todas aquellas medidas tendientes al logro de los propósitos y fines de las convenciones. En particular, el Estado no debe esperar que el peticionante impulse el proceso ni que solicite o requiera medidas que sus autoridades puedan adoptar. Tampoco recae sobre él el deber de informar de la existencia de un proceso restitutorio que obstaculice el pronunciamiento sobre la custodia (art. 16, CLH)», Herz, M. op. cit.

<sup>61</sup>RAYA DE VERA, ELOSISA B. *El factor tiempo...*, op. cit.

<sup>62</sup>GOICOECHEA, IGNACIO Y SEOANE DE GHIODI, MARÍA DEL CARMEN. «Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustrac-

ción Internacional de Menores (Ley 23.857)», *LL*. 1995-D, 1412.

<sup>63</sup>FAMÁ, M. V., *Cuando los niños...*, op. cit.

<sup>64</sup>La Autoridad Central es el órgano designado por cada Estado contratante para cumplir con las funciones previstas en las Convenciones de restitución internacional: arts. 6 y 7 CLH y art. 7 CIDIP IV. En la República Argentina: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Dirección de Asistencia Jurídica Internacional. pueden consultarse las Autoridades Centrales de todos los países contratantes en: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.authorities&cid=69](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.authorities&cid=69)

<sup>65</sup>LEC Española, Título IV, Medidas Provisionales con relación a las personas (Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional); Decreto Ejecutivo N° 222/2001 de Panamá reglamentario de la ley que aprueba la CLH; el Auto acordado de la Corte Suprema de la República de Chile del 3-11-98 que regula el procedimiento aplicable por los tribunales para las causas de restitución, previendo plazos breves de tramitación tanto en primera instancia como ante la

Corte de Apelaciones. Véase Scotti, Luciana B. La garantía del debido proceso..., op. cit.

<sup>66</sup>Véase HERZ, MARIANA, *El proceso...*, op. cit.

<sup>67</sup>GOICOECHEA, I., *Aspectos prácticos...*, op. cit. p. 68.

<sup>68</sup>PEYRANO, JORGE W., *Lo urgente y lo cauterar*, JA, 1995-I, p. 899.

<sup>69</sup>Puede consultarse la extensa cantidad de casos internacionales en la base de datos de jurisprudencia internacional de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado: [www.incadat.org](http://www.incadat.org)

<sup>70</sup>Véase: [http://www.hcch.net/index\\_es.php](http://www.hcch.net/index_es.php)

<sup>71</sup>Principios procesales que contempla la Ley Modelo: celeridad, intermediación, concentración procesal y de la competencia, doble instancia, existencia de contradictorio de partes, participación preceptiva del Ministerio Público como representante de la causa pública, preservación del derecho del niño a ser oído, conciliación y cooperación jurídica internacional. Se intenta equilibrar los intereses comprometidos, esto es, la celeridad

sin sacrificar las garantías del debido proceso aseguradas en los tratados de derechos fundamentales, teniendo especialmente en cuenta los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño como la intermediación y el derecho del niño a ser oído. La estructura del procedimiento y sus plazos se simplifican y acortan. (Desarrollado por el grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, y presentada en la segunda reunión de expertos gubernamentales «Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes por uno de sus padres», Buenos Aires, Argentina, 19 - 21 de septiembre de 2007).

<sup>72</sup>Durante el marco de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial celebrada en La Haya del 22 al 28 de marzo de 2001, se sugirió realizar como una guía práctica explicativa cuyo objeto sería el de facilitar el funcionamiento del Convenio. Se concentraría en cuestiones de funcionamiento e iría dirigido principalmente a los nuevos Estados contratantes. No tendría efectos obligatorios ni infringiría la independencia del poder judicial. La meto-

dología a seguir debería dejarse a la Oficina Permanente.» Así se redactaron dos Partes de la Guía de buenas prácticas. La Primera Parte trata de la práctica de las Autoridades Centrales y la Segunda Parte de las Medidas de Aplicación. Estas partes de la Guía fueron aprobadas por la Comisión Especial sobre el Convenio reunida en La Haya del 27 de septiembre al 1 de octubre de 2002, y publicadas en inglés, francés y español. La Tercera Parte de la Guía de buenas prácticas, por consiguiente, trata de las medidas de prevención. Las medidas indicadas en esta Parte de la Guía de buenas prácticas pueden ser adecuadas tanto para los Estados Contratantes como para los no Contratantes por igual. Esta Guía no pretende imponer una uniformidad en el procedimiento o en la práctica. La finalidad de esta Guía es hacer una relación de procedimientos y prácticas que los Estados pueden desear poner en funcionamiento. Nada debe interpretarse como obligatorio para los Estados Parte, y en especial a las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio, a revisar sus propias prácticas y, en la medida de lo posible, a mejorarlas. Op. cit.

<sup>73</sup>Así la Guía de las Buenas Prácticas Parte II Medidas de Aplicación, punto 6, Cuestiones

## Claves Judiciales

El debido proceso urgente de restitución internacional de niños en el nuevo código civil y comercial de la nación

de Derecho Procesal, establece en su punto 6.3 Procedimientos expeditivos: Los Estados contratantes están sometidos a la obligación de tratar las demandas de retorno con diligencia. Esta obligación se extiende también a los procedimientos de apelación. El rápido tratamiento de las solicitudes es un factor esencial del Convenio... La ley de aplicación puede comprender nuevas disposiciones para facilitar el trato diligente de los asuntos de La Haya por los tribunales. Las leyes, los reglamentos, las normas procesales de los tribunales, o los códigos de normas procesales de muchos Estados contienen disposiciones que confieren a los tribunales poderes para acordar la prioridad de una demanda de retorno de La Haya, tomar todas las medidas provisionales necesarias y poner en marcha procedimientos acelerados. En algunos Estados está previsto que todos los asuntos relativos al Convenio se dirijan a tribunales designados para asegurar que los casos sean oídos por jueces con el suficiente conocimiento de las disposiciones del Convenio y de los procedimientos acelerados. Y en su punto 6.6. establece: Procedimiento de recurso acelerado: limitar el plazo para recurrir cuando sea necesario; especificar el tribunal o limitar el número de niveles frente a los que se pueda recurrir; y indicar el

efecto de presentar un recurso contra una orden de retorno (¿se mantendrá una orden de retorno mientras el recurso está pendiente?). 6.7 Ejecución: examinar si los mecanismos de ejecución en el seno del sistema interno necesitan ser completados (es decir, prever disposiciones por desacato al tribunal, arresto o encarcelamiento, poder de ordenar la revelación de la localización del menor, proporcionar garantías para el menor, ampliar el papel del Fiscal del Estado); y en los sistemas en los que se requieren medidas de ejecución complementarias, asegurar que el solicitante tenga conocimiento de la necesidad de medidas de ejecución distintas. Con este efecto, conviene reconocer la necesidad de obtener la ejecución de las órdenes de retorno (es decir, que el retorno se realice realmente y no simplemente se ordene). 6.5 Reglas sobre la prueba: Las normas y prácticas relativas a la aportación y admisión de pruebas, incluyendo el testimonio de expertos, debe aplicarse en los procedimientos de retorno teniendo en cuenta la necesidad de rapidez y la importancia de limitar la averiguación a las cuestiones litigiosas que son directamente relevantes a la cuestión del retorno.

<sup>74</sup>El destacado nos pertenece.

<sup>75</sup>«S., Z.A.A. c/ A., D. D. s/ exhorto», 14-09-95, ED -165-499

<sup>76</sup>SANTOS BELANDRO, RUBÉN, *Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el Derecho Internacional Privado Comparado. El testamento vital*. Asoc. Escribanos de Uruguay. Montevideo, 2007, p. 213. Cit. por SCOTTI, LUCIANA B., *La garantía del debido proceso.*, op. cit.

<sup>77</sup>Véase BRUNETTI, AN

cell, .. op. cit.

<sup>78</sup>También se lo ha definido como «proceso atípico». Voto Dr. Peyrano, cit. ut supra.

<sup>79</sup>«Esto hace al abecé de la constitución, del acceso a la justicia, de la garantía de la defensa, y de la tutela judicial continua y efectiva», SCBA, C 104.149, 15-VII-2009 op. cit.

<sup>80</sup>Ya en el I Encuentro Regional de Derecho de Familia del Mercosur, que tuvo lugar en 2005, la Comisión 5 que trabajó sobre la materia propuso en sus conclusiones la aprobación de un procedimiento ágil y de rápida tramitación para evitar el desarraigo del niño, que tuviera en cuenta el derecho de defensa de todas las partes involucradas y resguardara el derecho del niño a intervenir en el proceso

y su interés superior ponderando racionalmente tanto las circunstancias fácticas como jurídicas de la especie a fin de alcanzar decisiones acordes con el respeto de los derechos fundamentales que, a la vez, contribuyan a la lucha común contra el flagelo de los desplazamientos y de las retenciones ilícitas. Op. cit.

<sup>81</sup>SCBA, «V., M. J.», 15-VII-2009, cit. por Scotti, L. op. cit.

<sup>82</sup>Entendiendo al proceso como lo define el Maestro El Maestro Alvarado Velloso: «una serie lógica y consecucional de instancias bilaterales, conectadas entre si por la Autoridad (Juez o árbitro)». Lo lógico de la serie radica en su propia composición que siempre presenta cuatro fases, ni más ni menos y en el orden siguiente: afirmación – negación – confirmación – evaluación. Con la característica particular de ser cada uno el precedente lógico del que le sigue y, al mismo tiempo, ser el consecuente lógico del que le precede. Sin poder prescindirse de ninguna de las fases señaladas pues de lo contrario carece de sentido. Ver en ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. (1989). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Rubinzal Culzoni. 1ª Ed. Primera Parte. p. 234 y ss.

<sup>83</sup>ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. (2010). *Garantismo Procesal*. Adrus. Arequipa. Perú. 1ª Ed. P. 78.

<sup>84</sup>BASSET, URSULA C., *Restitución internacional de menores...* op. cit.