

## **Cuando la realidad supera a los jueces en materia de restitución internacional de Niños Niñas y Adolescentes**

Por Alvar Gonzalo Baños y Delfina Rossetti<sup>1</sup>

En la órbita del Derecho Internacional Privado, ante la presencia de actos de sustracción familiar de niños, niñas y adolescentes (NNA) alrededor del mundo, consecuencia de un traslado o retención ilícitos, existe el procedimiento de restitución internacional que aparece para combatir este flagelo a nivel mundial. Para ello resulta necesario, que los Estados den respuesta a estos hechos ilícitos en miras del interés superior de NNA.

Los procedimientos de restitución internacional se encuentran regulados en algunos convenios internacionales y regionales, éstos procuran garantizar el regreso seguro y la pronta restitución de NNA desplazados de su residencia habitual hacia otro Estado, denominado de refugio.

En miras de dar respuesta a los desafíos que impone la actualidad, analizaremos el marco normativo vigente en nuestro país, ofreciendo una solución dinámica para dar respuesta a las demandas de la sociedad actual.

La República Argentina ha ratificado diversos tratados en materia de Derechos Humanos que son receptados en nuestra CN, asumiendo una amplia gama de obligaciones para con la comunidad internacional.

Particularmente en materia de restitución internacional de NNA, ha ratificado convenios para garantizar los derechos de éstos que se vieron vulnerados a la hora de ser desplazados y evitar un mayor menoscabo. En este sentido, encontramos la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores<sup>2</sup> (CH) y la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores<sup>3</sup> (CI), estos instrumentos internacionales implican un compromiso y una responsabilidad para el Estado argentino. De esta manera, se pone de manifiesto la necesidad de cooperación entre los Estados contratantes para la activación de mecanismos que aseguren la pronta restitución y el regreso seguro de NNA en las mejores condiciones posibles en los casos en que uno de los progenitores decide unilateralmente sustraer a su hijo en forma ilícita removiéndolo de su centro de vida y residencia habitual generando graves consecuencias y perjuicios en él.

<sup>1</sup>\* Estudiantes de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadores estudiantes de grado en el Proyecto de Investigación UBACyT “Realidad y Legalidad: instrumentación, articulación e implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

<sup>2</sup> Aprobado por ley N° 23.857. Actualmente se vinculan 98 estados con este convenio, ver estado de ratificación en hcch.net

<sup>3</sup> Aprobada por ley N° 23.358. Actualmente se vinculan 13 estados con este convenio, ver estado de ratificación en hcch.net

---

Estos mecanismos tienen base en la celeridad y urgencia que los casos requieren. Por ello, resulta necesario que todo el proceso en el que se resuelve el regreso del NNA a su centro de vida se desarrolle de manera ágil y sin dilaciones innecesarias.

Según el art. 11 del CH, el plazo para resolver los procesos de restitución es de seis semanas una vez iniciado el reclamo ante la Autoridad Central correspondiente. Por otro lado, el art. 2 de la CH establece que los Estados deberán recurrir a los procedimientos de urgencia que dispongan. Aquí subyace el primer punto de conflicto, puesto que en nuestro sistema procesal vigente no existe una ley de procedimiento que permita cumplir con el plazo fijado convencionalmente. Como consecuencia, en la mayoría de los casos, los procesos de restitución registran demoras innecesarias, que se traducen en un incumplimiento de los compromisos internacionales previamente asumidos por Argentina, como así también en observaciones de la comunidad internacional.

Uno de los casos más paradigmáticos en cuanto a demoras respecta, es el caratulado como "*G., L. si por su hijo G.P., T. por restitución si familia pi 'rec.ext. deinconsti t. - casación*" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 27 de diciembre del 2016, en el que se demoró seis años para resolver sobre la restitución de un niño, un plazo ostensiblemente fuera de los parámetros que las convenciones establecen. En palabras de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza: "El aparato judicial actuó con poca celeridad y, la dinámica procesal desplegada por la madre y sus abogados, permitió alargar una situación de hecho que debió ser resuelta con urgencia [...] penosamente, el más perjudicado es un niño, víctima de la pelea de los adultos...".

En tal sentido, los principios rectores, la celeridad y la urgencia, repercuten de manera directa en el interés superior del NNA sustraído, ya que cuando los procesos no se ven empapados de estos principios, en definitiva no hacen más que dejar a un lado ese interés superior que se vio afectado como consecuencia de la demora, poniendo de manifiesto el segundo punto conflictivo.

Por otro lado, el interés superior del NNA al ser un concepto dinámico, deberá ser evaluado en cada caso concreto. Para ello se deben considerar como pilares los siguientes criterios; no ser trasladado o retenido ilícitamente, ser prontamente restituido y que el juez natural<sup>4</sup> sea quien decida sobre la cuestión de fondo.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, resulta evidente la necesidad de implementar una ley de procedimiento para regular los procesos de restitución internacional en todo el país. Tal como

---

<sup>4</sup>Por juez natural se entiende al juez competente en el domicilio de residencia habitual del NNA, y será el que deba resolver sobre las cuestiones inherentes al derecho de custodia, como así también determinará el régimen de visita en caso de corresponder.

---

sostiene la Dra. Nieve Rubaja<sup>5</sup>: “La sanción de una ley que organice y regule estos procedimientos a nivel nacional constituirá un importante paso para responder a las obligaciones asumidas sin generar responsabilidad por ello.”

Luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el art. 2642, que delinea los principios generales y de cooperación en materia de restitución internacional.

En la actualidad, contamos con diversos instrumentos orientadores que conducen hacia una posible regulación en nuestro país. Por un lado, la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, que establece determinadas guías o lineamientos para que la regulación de los procesos de restitución se traduzca en procedimientos que se lleven a cabo en el menor tiempo posible. Fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, con el fin de orientar a todos los Estados contratantes en el proceso de adecuación de su ordenamiento jurídico interno para lograr una mayor eficacia y celeridad de éstos teniendo en miras el interés superior del NNA y sus derechos fundamentales. En lo que respecta a nuestro país, se presentó un Proyecto de Ley el 5 de agosto de 2014 ante la Cámara de Diputados de la Nación que se titula “Procedimiento para la aplicación de los convenios sobre la restitución de niños y niñas y régimen de comunicación o contactos internacionales”<sup>6</sup>, en un intento de dar cumplimiento con los compromisos internacionales asumidos de manera uniforme en todo el país que lamentablemente perdió estado parlamentario.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aprobó el 18 de abril de 2017 el Protocolo De Actuación para El Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, que ante la ausencia de una ley federal de procedimiento que regule en materia de restitución, recepta las directivas de la Ley Modelo oficiando de orientador y guía para los operadores judiciales de todo el país.

En correlato con lo anteriormente expuesto, existen provincias en el territorio nacional que ante la ausencia de un ordenamiento jurídico federal, han implementado la estrategia de regular estos procesos en la esfera local, como es el caso de la provincia de Córdoba, que el 10 de diciembre de 2016 sancionó la ley provincial N°10.419 titulada “Procedimiento para la aplicación de los Convenios sobre restitución

---

<sup>5</sup> RUBAJA, Nieve en “*El acceso a la justicia y la restitución internacional de niños. Aportes del Código Civil y Comercial de la Nación. Necesidad de una regulación específica*”. AbeledoPerrot N°: AP/DOC/1043/2015.

<sup>6</sup>Proyecto de Ley “*Procedimiento para la aplicación de los convenios sobre la restitución de niños y niñas y régimen de comunicación o contactos internacionales*”,5903-D-2014, 5/8/2014.

---

internacional de niñas, niños y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional”, siendo así una de las pioneras en regular este tipo de procesos.

La jurisprudencia nos demuestra que, en algunos casos, resulta de efectiva aplicación las directrices de la Ley Modelo en los procesos de restitución, así lo ejemplifica el fallo “*D.L.M. c/ D.L. s/ Reintegro Internacional del Menor*” del Tribunal de Familia N°7 de Rosario del 18 de agosto de 2014 en el que se resuelve un proceso de restitución internacional en nueve días, con la celeridad que estos casos demandan, algo extraordinario para la jurisprudencia nacional en la materia. Se pone de manifiesto la originalidad del caso con las medidas dictadas por el tribunal y la rapidez con que éstas se llevaron a cabo. La jueza a cargo de la causa dispuso, que la madre permaneciera con su hija en el domicilio denunciado hasta que se resolviera la causa, que el pasaporte de la niña se retenga en la secretaria del juzgado, notificar a la madre del trámite a los fines de que pueda oponer excepciones, la realización de un examen psicofísico de la niña por un médico del tribunal, solicitar un informe socioambiental, que se diera vista al asesor de menores y fijar audiencia a fin de escuchar a la niña. En definitiva, se limitó sólo a determinar las medidas estrictamente necesarias tendientes a resolver sobre la solicitud de restitución sin incurrir en cuestiones de fondo del derecho de custodia o visitas, respetando el derecho de la niña a ser oída, asegurando el acceso a la justicia y el derecho de defensa de ambas partes en plazos razonables. Como consecuencia, la sentencia hizo lugar al pedido de restitución efectuado por el padre de la niña, entendiendo que no se configuraba ninguna de las excepciones planteadas por la madre y determinó el regreso de la niña al Estado de su residencia habitual en miras de su interés superior y respetando el marco convencional existente.

Ahora bien, la pregunta que se desprende ante la necesidad de regulación nos lleva a cuestionarnos sobre la naturaleza jurídica de la misma; ¿procesal o federal?

Si bien la facultad de dictar normas procesales está en manos de las jurisdicciones provinciales, es amplia la discusión que tiene lugar en relación a si cada provincia debería dictar sus propias normas procedimentales en materia de restitución. Es a nuestro entender que, delegar a las provincias este tratamiento, no hace más que generar inseguridad jurídica a quienes fueron víctimas de desplazamientos ilícitos, existiendo la posibilidad de que se fijen diferentes pautas que derivarían en responsabilidad del Estado Argentino.

Por el contrario, si contáramos con una ley de carácter federal que regule estos casos de manera uniforme, asentando los lineamientos generales a seguir en estos casos y utilizando como base para su

redacción la Ley Modelo, se vería garantizado el interés superior de NNA y el acceso a la justicia igualitario efectivo y eficaz como derechos fundamentales en materia de restitución internacional.

A modo de conclusión, resulta interesante remarcar que si bien el protocolo significa un avance en la materia, es realmente imperiosa la necesidad de una ley federal de procedimiento que dé respuesta a las demandas y finalmente dé cumplimiento a los compromisos internacionalmente asumidos por Argentina, afianzando el derecho de los NNA a mantener contacto con ambos progenitores, a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta en relación a su edad y grado de madurez, de manera conducente a su interés superior.

Es menester que los organismos estatales, en específica el Poder Legislativo, tomen nota de esta necesidad latente y acompañen su tratamiento parlamentario con políticas públicas orientadas en este sentido.