

Aportes de jurisprudencia comparada en materia de sustracción internacional de niños (*)

POR LILIANA ETEL RAPALLINI (**)

Sumario: I. Planteo introductorio.— II. Breve reseña de las fuentes convencionales internacionales habidas sobre el tema, vinculantes para la República Argentina.— III. Calidad de la sentencia de restitución. Somero esbozo del procedimiento. Carencia de ley nacional.— IV. Aporte de la jurisprudencia extranjera.— V. Consideraciones finales.— VI. Bibliografía.

Resumen: La sustracción parental de niños es un tema de suma complejidad que ha merecido intensa actividad legislativa y jurisdiccional. Los principales foros de producción de fuente convencional internacional han destinado antes y después de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de la niñez, denodados esfuerzos en crear instrumentos destinados a restringir conductas abusivas por parte de los progenitores en desmedro de los derechos fundamentales de sus hijos. Empero, diversos factores contribuyeron y contribuyen, a la reiteración de casos de esta naturaleza y entre ellos, aparecen la facilidad de mutación del hombre por el mundo, la interculturalidad y los avances tecnológicos. En la presente entrega se procura aportar un criterio limitativo adoptado por la justicia boliviana, que expone una vez más las consecuencias no deseadas del desmembramiento familiar.

Palabras clave: niñez - sustracción - internacional.

Sentenças estrangeiras em termos de rapto internacional de crianças

Resumo: *O rapto parental de crianças é uma questão de grande complexidade, que ganhou intensa atividade legislativa e judiciária. Produção principal dos fóruns internacionais de abastecimento convencional comprometeram-se antes e depois das Nações Unidas sobre os direitos da criança, Convenção de árduos esforços para criar instrumentos para restringir o comportamento abusivo pelos pais em detrimento dos direitos fundamentais das crianças. No entanto, vários fatores contribuíram e contribuí para a recorrência de casos desta natureza e entre eles estão a facilidade de mutação do homem pelo mundo, multiculturalismo e avanços tecnológicos. Nesta entrega visa proporcionar uma abordagem limitada tomada pela justiça boliviana exposto mais uma vez as consequências indesejadas do desmembramento familiar.*

Palavras chave: *criança - sequestro - internacional.*

I. Planteo introductorio

Se considera sustracción parental, a la modificación unilateral ejecutada por uno de los progenitores, en relación al ámbito en donde el hijo ha de desarrollar su vida, y que ha de identificarse como su “*residencia habitual*”.

El tema en su faz genérica ofrece el objetivo fundamental del expeditivo recupero de niños privados de su país de residencia habitual, lo que implica restituirlo al arraigo o centro de vida que detentaba

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación 11/J140 “Circulabilidad y reconocimiento de decisivos jurisdiccionales extranjeros”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

(**) Prof. titular Ordinaria de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

antes de la sustracción. En su faz específica responde a causales varias, como el egoísmo, la necesidad de escapar de situaciones hostiles, o bien situaciones delictivas.

Estas apreciaciones llevan a diferenciar la movilización de niños en su aspecto puramente civil, y entonces quien lleva a cabo la traslación es uno de los progenitores, de la ejecutada por un tercero o por un progenitor, pero con fines delictivos, encontrándonos en este caso frente al deleznable delito de tráfico internacional de menores. Ahora bien, cabe una acotación más, y es la penalización de la sustracción parental por parte de un ordenamiento nacional, cuestión que da cabida al inicio de la acción civil, valiéndose de instrumentos internacionales de cooperación, y de la penal, a través del procedimiento habilitante ante la jurisdicción nacional (1).

Como toda relación del derecho, se le intenta otorgar una radicación y que ésta responda a la naturaleza de la primera. Es así, como las cuestiones relativas a la niñez, reconocen en la *residencia habitual* a la conexión razonable y previsible destinada a regir los derechos de la misma.

Conforme a ello, la sustracción parental supuesto al que está destinada la presente entrega, se conforma con el cambio, en principio arbitrario, de la residencia habitual del hijo, que si opera dentro de un mismo país será una sustracción interna o doméstica, siendo internacional si existe paso de frontera, o sea, de un país a otro. La figura encierra la de *retención indebida* vale decir, un progenitor retiene a su hijo en una *residencia forzada*, habiendo sido trasladado lícitamente.

Evocando someramente otros aspectos de la figura, cabe recordar que la debida o lícita traslación de la residencia habitual de un hijo, es cuestión consensuada entre los padres y por ende, será tal cuando cuenta con el acuerdo entre ambos y la autorización dada por quien consiente el cambio.

Es así como aparece el *derecho de custodia compartida de la mano de la corresponsabilidad parental* escindido este del derecho de tenencia y equiparable a la patria potestad compartida, que requiere a su vez, del asentimiento de ambos padres para definir cuestiones trascendentes relacionadas a la vida presente y futura de los hijos menores. Se estructura así, una suerte de grada cuya pirámide la ocupa el derecho de custodia, le sucede la patria potestad concluyendo con el ejercicio jurídico y fáctico de la tenencia. Si uno de los progenitores obtuviere por decisorio judicial o administrativo el derecho de custodia exclusivo, deberá ejercerlo bajo las premisas de serlo permanente y efectivamente, sumando entonces a él la tenencia como cuestión de convivencia, asistencia y responsabilidad parental. No obstante, la casuística expone autorizaciones dadas por progenitores que consienten la radicación del hijo en el extranjero no enervando con ello, el derecho de custodia compartido y que a su vez, implica un margen de seguridad sobre un eventual cambio de residencia habitual hacia un tercer país, por parte de quien ejecutó el cambio originario y de modo lícito.

Los cambios sociales y familiares operados sobre todo durante el siglo XX, han provocado una transformación sustancial en las relaciones paterno-filiales y en consecuencia, la concepción de patria potestad pasando a ser de un derecho de los padres sobre la persona y patrimonio de sus hijos, a una función jurídica de un derecho concebido para el cumplimiento de un deber.

En función de ello, los textos normativos internos como internacionales se han perfilado adecuándose a los nuevos conceptos.

Pero sabido es que el estatuto jurídico de la niñez se cimienta en el *interés del menor como principio superior de la niñez*. Desde la Declaración del Niño del 20 de noviembre de 1959 y sin claudicación alguna en nuestros días, el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la inconmensurable responsabilidad de su sano crecimiento, educación y orientación. La legislación no define qué se entiende por interés superior del niño, sino que se limita a dar una primera aproximación del mismo, elevándolo a principio general del derecho inspirador de toda actuación pública o privada y que sin duda, se solidificó por el marco referencial dado por la Convención de los Derechos del Niño.

(1) Como ocurre en la Argentina con la ley 24.270.

Como antes expresara, la mutación de residencia habitual de un niño se caratula como indebida si no cuenta con el consenso de ambos padres; el empleo del término *en principio* obedece a razones taxativas, de tenor estricto que pueden merecer especial y específico trato, como para que una autoridad analice si es o no procedente restituir a ése niño a su residencia de origen.

II. Breve reseña de las fuentes convencionales internacionales habidas sobre el tema, vinculantes para la República Argentina

La codificación del Derecho Internacional Privado se interesa por tres especies de tratados (2); por el origen de esta fuente normativa, se la conoce como *Convencional Internacional* y dichas especies son las modalidades *dogmática, pragmática y de CIA*. Por la primera, se identifica al tratado marco contenedor de declaraciones, derechos y garantías, siendo su usual y digno destino el tratamiento de los derechos humanos; la segunda, da respuesta al conflicto de jurisdicción y al de ley, típicos identificadores de la materia privada internacional; y la tercera comprende a los que tienen por objeto estructurar mecanismos de cooperación, de allí la sigla CIA señala *Cooperación Internacional entre Autoridades*.

El tema del reintegro internacional de niños ha motivado a los foros especializados a generar convenios de CIA. Empero, la niñez reconoce en la Convención de los Derechos del Niño (3), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, a su Carta Magna como eje de sus derechos y referencia de acatamiento obligatorio para cuanta legislación interna o internacional lo tenga como destinatario.

Este acuerdo fundacional destina varias de sus disposiciones al tema que me ocupa y es así como en el artículo 9º, inc. 3º, impone a los Estados respetar el derecho de todo niño de contactarse con sus padres; de igual forma el artículo 10, inc. 2º, habilita el traslado de un niño a un Estado extranjero a fin de mantener contacto directo y fluido con el progenitor no conviviente.

De los básicos principios enunciados, la Convención no se detiene y se ocupa puntualmente del tema ahora traído, y es así como en el artículo 11 expresamente consagra que “1. Los Estados partes adoptaran medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.” El cierre lo ofrece el artículo 35 al estipular que los Estados comprendidos deberán tomar todas las “medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral necesarias para impedir el secuestro de niños para cualquier fin y en cualquier forma”.

Es de observar que antes de la aludida Convención, el secuestro parental tuvo asidero bajo diversas modalidades, algunas de ellas incipientes, obediendo a los tiempos de su creación. Cabe citar en primer término, a los pioneros acuerdos montevidianos. Tanto el Tratado de Derecho Civil Internacional aprobado en 1889 que vincula a la Argentina con Bolivia, Colombia y Perú, como su par de 1940, que vincula a la Argentina con Paraguay y Uruguay, no han brindado un tratamiento específico a la sustracción parental, debiendo este supuesto resolverse a través de la regulación general relativa a patria potestad. En verdad no debe entenderse como una ausencia de regulación sino como una consecuencia de la realidad histórica y sociológica en que fueron engendrados ambos instrumentos.

Dentro de la misma región, en el año 1981 se concreta el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores (4). Por su data, se deduce que es anterior a la Convención de los Derechos del Niño. El tenor de esta fuente, es otorgar un procedimiento sólido y restricto dejando en manos del requirente, la valoración de las oposiciones a restituir el niño al estado de origen entendiendo por tal, a aquel donde tiene su *centro de vida*.

(2) La estructura y los efectos deben responder a lo estipulado por el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados; bien puede llamarse tratado, convenio, convención, acuerdo.

(3) Ratificada por la ley 23.849 —BO del 22/10/1990— y luego de la reforma de nuestra Constitución Nacional es parte integrante de su texto (artículo 75, inc. 22).

(4) Ratificado por Argentina, ley 22.546 (BO del 4/3/1982).

Dentro del espacio europeo en 1980, la Conferencia Permanente de La Haya especializada en Derecho Internacional Privado da nacimiento al *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (5). Enarbolando el *principio del interés superior del menor e incorporando una conexión de corte fáctico y sociológico cual es la residencia habitual*, desarrolla las instancias fundamentales del proceso de restitución sobre el andamiaje administrativo y judicial. La impronta funcional es obtener el rápido reintegro del niño sustraído al Estado de su residencia habitual en resguardo de su integridad física y psíquica. Si bien reserva el derecho de defensa para el progenitor sustractor, indica taxativamente causales restrictas de oposición frente al pedido de restitución. Innova en conceptos y técnicas tales como, contener calificaciones autónomas sobresaliendo la edad límite para entender que estamos frente a un menor, incorporar reglamentación al derecho de visita; procesalmente deja en manos de la jurisdicción requerida dirimir sobre la prosperidad del pedido de restitución, así como dar relevancia al tiempo transcurrido desde la sustracción hasta la reclamación.

Cronológicamente y retomando a la región latinoamericana, se elabora en 1989 en el seno de la Organización de Estados Americanos, la *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores* (6). De método y tenor semejantes a la obra de La Haya, resulta ser un texto sumamente completo al punto tal de autoabastecerse.

A título informativo y con vuelco a la práctica, cabe acotar que el bilateral entre la Argentina y Uruguay ha quedado desplazado por las otras dos fuentes, siendo La Haya la de mayor recurrencia, quedando la Interamericana como instrumento empleado casi con exclusividad por Paraguay, pues significativamente Brasil, Colombia y México, siendo países comprendidos en una misma región y afines, continúan sujetos a la Convención Europea.

Es de hacer notar que la misma Conferencia de La Haya y el texto de la Convención instan a los Estados a firmar acuerdos bilaterales. Esta sugerencia responde a la expectativa de reglamentar espacios jurídicos acotados que a su vez, respondan en su contenido a las particularidades no sólo jurídicas sino también sociológicas de los países vinculados.

III. Calidad de la sentencia de restitución. Somero esbozo del procedimiento. Carencia de ley nacional

Frente a la sustracción o bien frente a la retención indebida de un niño, el progenitor desasido interpondrá ante el país de residencia habitual de su hijo, la pertinente reclamación con el aporte de prueba específica abocada sustancialmente a demostrar la formulación del pedido en debido tiempo, la legitimación, y las circunstancias fácticas del caso en sí, que constituye el objeto de la pretensión, bien sea la sustracción o la retención indebida.

En cuanto a los recaudos formales, toda documentación que transita hacia una jurisdicción extranjera deberá encontrarse debidamente legalizada, autenticada y traducida en caso de ser necesario. En la práctica, se detectan jurisdicciones con criterios disímiles sobre este extremo, en el sentido de países de intercambio con mayor o menor flexibilidad; así por ejemplo, Estados Unidos de Norteamérica, México y la Argentina no dan curso, o bien luego requieren a través de los jueces, a reclamaciones que carezcan de originales de partidas que prueben el vínculo parental y que no cuenten con la correspondiente apostilla o de corresponder, el folio de seguridad consular.

También es de hacer notar, que el progenitor requirente puede presentarse con beneficio de litigar sin gastos o carta de pobreza que debe estar concedido y de esta forma, se hace extensivo a la jurisdicción requerida; al ingresar el pedido con dicha prerrogativa será representado por el Defensor Oficial de Pobres y Ausentes o equiparable, del país convocado. De no ser así, quien reclama la restitución de su hijo podrá valerse de un apoderamiento legal otorgado a favor de un profesional habilitado para que

(5) Ratificado por la Argentina por ley 23.857 (BO del 31/10/1999).

(6) Ratificado por la Argentina por ley 25.358 (BO del 12/12/2000).

actúe en su representación; dicho apoderamiento debe responder a la calidad de *especial* con manda precisa para su objeto.

Si consideramos al Convenio de La Haya por ser el de mayor ámbito espacial y en consecuencia, el que cuenta con mayor frecuencia de uso como antes aludiera, el procedimiento es pasivo desde el ángulo del Estado requerido de restitución y es además, de carácter mixto, pues en él participan autoridades administrativas y jurisdiccionales.

Dentro de las primeras, o sea las administrativas, se trata de órganos que cada país al momento de ratificar un tratado designa para el desempeño de dicho rol, identificadas como Autoridades Centrales. Fundamentalmente, su implantación responde a dar una mayor efectividad a los mecanismos específicos de cooperación jurídica internacional, tanto en el flanco civil como en el penal.

Ingresa entonces desde la autoridad requirente —donde se encuentra la *residencia habitual del menor*— la correspondiente reclamación de restitución dirigida a la autoridad de “*residencia forzada*” en donde fue trasladado o se presume que se encuentra.

Desde el punto de vista del instrumento que ingresa, se está frente a una *orden de pronta restitución*, que se evidencia en la mayoría de los casos en un exhorto internacional integrado por una sentencia de ejecución relativa a personas que en el caso será, relativa a un niño del que se pretende su rápida y menos traumática restitución hacia el Estado de donde fue sustraído y en el que se encuentra su residencia habitual.

Pero lo cierto es que la Argentina no ha reglamentado a la materia en cuanto al desarrollo de un proceso especial, cuestión que el foro de La Haya sugirió a los países que lo acataron y se encuentran dentro de su ámbito espacial de aplicación. Y en nuestro país a causa del rumbo trazado por la jurisprudencia, ha de tramitar por el proceso más breve —ejemplo, sumario o sumarísimo— respetando las previsiones del instrumento internacional aplicable y de la Convención de los Derechos del Niño. Pese a la impronta de la medida, debe respetarse el debido proceso.

Por ende, los primeros pasos procesales son la audiencia destinada a la comparecencia del niño sustraído, la pericia ambiental que algunos jueces proveen con la misma notificación. De allí en más el proceso puede transformarse en *contencioso* si el progenitor sustractor no se aviene a la restitución de su hijo y por el contrario presenta oposiciones. La prueba generalmente presentada es de carácter documental e imperiosamente dada las características del caso, la participación del cuerpo técnico del juzgado a través de pericias psicológicas, psiquiátricas según corresponda.

Si bien se ha consensuado como un proceso breve y expeditivo, por tratarse de un proceso que además debe ser debido, se respeta el derecho de defensa y la igualdad de trato procesal en consecuencia, está expedita la vía recursiva hasta llegar a dar intervención al máximo Tribunal vale decir, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV. Aporte de la jurisprudencia extranjera

Valiosas sentencias en materia de sustracción parental han aportado conclusiones en las que el mismo instituto y las fuentes normativas se han cimentado, marcando el rumbo de criterios definitorios en jurisdicciones nacionales.

Cronológicamente, los casos “*Neulinger y Shuruk v. Switzerland*”, “*Abbot v. Abbot*”, “*Chafin v. Chafin*” y “*Lozano v. Montoya Álvarez*” ejemplifican lo dicho (7).

En el primero de los citados, luego de un pedido formulado por una madre junto a su hijo de reubicación internacional y que fuera denegado, se consuma igualmente la sustracción y habiéndose ordenado la restitución del niño al país de su residencia habitual, en recurso ante el Tribunal Europeo

(7) Todos los casos referidos se detectan por su carátula a través de un buscador tradicional de internet.

de Derechos Humanos, se dicta sentencia —julio 6 de 2010— en la que la Gran Sala conforme a las previsiones del Pacto Europeo de Derechos Humanos, revierte el criterio, disponiendo la no restitución del niño al Estado reclamante, a fin de reconocer el derecho a una vida digna. Véase un aspecto interesante como es la recurrencia a un pacto de derechos humanos, una vez agotada la fuente de reclamación específica esto es, el convenio de La Haya.

“Abbot” es una sentencia dictada por la Corte Suprema de Estados Unidos en fecha 17 de mayo de 2010, que se encuentra reflejada en numerosas sentencias nacionales, y cuyo aporte ha sido de suma importancia a los fines de delimitar el alcance —facultades que concede— del derecho de tenencia. Aquí, queda en claro que el progenitor que ejerce el derecho de tenencia, no por ello tiene el derecho de custodia pleno, lo que equivale a decir que el derecho de tenencia no faculta a decidir unilateralmente el país de residencia habitual del hijo.

En “Chafin”, fallo también emanado de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos el 20 de diciembre de 2013, se cuestiona el efecto devolutivo o suspensivo del recurso interpuesto a raíz de una sentencia que ordena restituir al niño a su residencia habitual. El aporte consiste en ponderar si es conducente el retorno del niño a su residencia habitual mientras se sustancia la instancia recursiva, pese al factor negativo que implica transformarse en una causa “*in abstracto*”. Claro está, que la respuesta puntual frente a esta opción la concede el contenido del caso; por ejemplo, si la oposición se funda en episodios de violencia probados en la causa y acontecidos en el país del reclamante, esta posibilidad quedaría desestimada.

En el caso “Lozano” —Corte Suprema de Estados Unidos, marzo 5 de 2014— se ventila un interesante aspecto en la materia, pues se plantea el cómputo del plazo de un año, en donde se presume que el niño ha adquirido una nueva residencia habitual, y el gran interrogante que ronda sobre el ítem temporal de la reclamación de restitución.

Ahora bien, se ha dictado una sentencia peculiar e innovadora en los frondosos matices que ofrece la sustracción internacional de niños, y sobre todo, la lesión al derecho de contacto de los hijos con los progenitores, esta vez en jurisdicción boliviana.

Es así como en fecha 21 de agosto de 2013 el juez José Mario Gandarillas Angulo —juez 4° de Partido, en lo Civil del Tribunal Departamental de Justicia, perteneciente a la jurisdicción de Cochabamba— dicta sentencia condenando a la empresa Cubana de Aviación. Los hechos narran que en el año 2006, una niña de cuatro años fue trasladada por su madre junto a su abuela materna desde Bolivia hacia Cuba, sin contar con el consentimiento del padre volcado en debida y documentada autorización por tiempo determinado; por supuesto, que tampoco fue trasladada con una autorización notarial consensuada o judicial facultando a la progenitora a conceder a la menor una nueva residencia habitual.

Esta circunstancia hace que el progenitor carente de instrumentos normativos internacionales, dado que Cuba no ha suscripto acuerdo alguno en la materia, inicie sus acciones contra la compañía de aviación como responsable del contralor documentario de los pasajeros.

Vale decir, la *ilegalidad del traslado* frente a la acción incoada, hizo que la justicia de Bolivia condenara a la empresa de aviación por no tomar los recaudos legales suficientes, condenándola a resarcir económicamente al demandante por el daño moral que la falta de acatamiento reglamentario le ocasionó. Como datos de entorno, el caso ilustra que se trata de un padre con doble nacionalidad —boliviana y española—, que la niña nació en Bolivia y su padre gozaba de la tutela legal, que el vuelo de la empresa Cubana de Aviación era de los llamados de cooperación destinados al retorno de nacionales, y que todos los intentos realizados por el padre por obtener la restitución de su hija fueron infructuosos, por no estar Cuba comprendida en ningún convenio sobre la materia, extremo fundamental que antes fuera mencionado.

En el presente, esta sentencia ha quedado firme y ejecutoriada; lo difícil de aceptar es que al progenitor, sólo le queda la esperanza de una posibilidad, utópica quizás, y es que el gobierno de Bolivia

pueda interceder ante el gobierno de Cuba para de esta manera obtener el deseado reencuentro y la revinculación parental.

Como puede apreciarse, la sentencia *boliviana* es altruista en el sentido de alertar a las compañías aéreas —dado que es el medio más usado y a veces, el de único acceso— sobre la necesaria colaboración que deben brindar como medida preventiva del desmembramiento familiar y en resguardo de la niñez.

Pese a ello, con un decisorio de esta naturaleza, se alecciona y se previene pero no se obtiene la restitución, razón por la que la califico como *altruista a la sentencia boliviana* y no de resultado concreto y ejecutorio, como podría desearse.

V. Consideraciones finales

El abanico de medidas protectorias de la niñez propenden a reglamentar la atribución, el ejercicio y la privación total o parcial de la responsabilidad parental, en particular el derecho de guarda y de visita, la tutela e incluso institutos atípicos como la *kafala* (8) propia de los ordenamientos islámicos, que también están comprendidos, siempre que la actitud y cuestión tangible se traduzca en la asistencia de toda índole que un niño requiere.

De este espectro, se excluyen cuestiones concomitantes que requerirán de procesos especiales, tales como reclamaciones relativas a filiación, adopción, nombre, quedando también excluidas las medidas identificadas como de acción pública, tales como, educación o salud.

El Derecho Internacional Privado ha logrado antes y después de la Convención de los Derechos del Niño, una respuesta en permanente crecimiento y revisión. Lo ha conseguido a través de la creación de fuente internacional, bajo la impronta de *hard law* y *de soft law*. Por la primera de las variables, asistimos a instrumentos que llamados genéricamente *tratados* —pueden asumir forma de convenio, convenición, acuerdo, protocolo— propenden a obligar a los países que lo internan a su debido acatamiento; por la segunda, se crean instrumentos flexibles, no generadores de responsabilidad en los Estados, pero de valioso aporte como hilo conductor de resoluciones jurisdiccionales así como de futuras leyes.

En materia de sustracción parental de niños, se desarrollaron las dos facetas, pues además de los tratados enunciados, se cuenta con guías destinadas a facilitar el conocimiento, difusión y aplicación, de las fuentes normativas. De igual modo se elaboran cartillas de acceso virtual con medidas preventivas de secuestros de la especie ahora contemplada.

Es más, las *relocation disputes* (9) *destinadas a la reubicación internacional de niños* fueron objeto de un valioso documento. Véase que la Conferencia internacional judicial sobre la reubicación de familias en países fronterizos celebrada en Washington, D.C., Estados Unidos de América del 23 al 25 de marzo de 2010, organizada en forma conjunta por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y el Centro Internacional de Niños Desaparecidos y Explotados con el respaldo del Departamento de Estado de los Estados Unidos, da nacimiento a la Declaración de Washington sobre la reubicación internacional de familias.

Constituye en el presente, un acertado recurso incluso para nuestros jueces, en la resolución de estos casos que carecen de normativa que los contemple. Las peticiones de reubicación internacional de niños es precisamente, un intento por mermar las sustracciones y las retenciones indebidas.

(8) Sabemos que esta figura es equiparable a la guarda adoptiva con la diferencia que los ordenamientos islámicos no admiten la figura de la adopción dado que por ésta se extinguen total o parcialmente los lazos filiales con la familia de origen.

(9) Las “RD” o disputas relativas a la reubicación internacional de niños consiste en una acción expeditiva destinada a aquellos casos en que un progenitor decide radicarse en el extranjero y llevar consigo a su hijo no siendo ésta una circunstancia acatada por el otro progenitor. Se trata de una resolución en concreto, de resolución material, fáctica; de tenor humano y sociológico por sobre jurídico que no debe confundirse con la mera autorización de viaje temporario.

Si bien Argentina no reglamentó el supuesto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorpora el artículo 645, inc. b) (10), superando las previsiones de su antecesor contenidas en el artículo 264, inciso quáter.

De su texto se deduce el acatamiento por parte de los legisladores de los documentos que en esta oportunidad se han citado como fundamento e inquietud e incluso, es muy acertada la incorporación de la expresión *“interés familiar”, en procura, precisamente, de evitar el desmembramiento del grupo familiar y propender al reagrupamiento.*

Ahora bien, otras medidas van en búsqueda de frenos a estas lesivas conductas y los Estados reglamentan con leyes migratorias más estrictas, con creación de focos de resguardo y de medidas semejantes.

En Argentina se crea por ejemplo, el Registro Nacional de Menores Extraviados (11), de actuación a través de un mecanismo de cooperaciones reforzadas, del que participan diferentes organismos públicos como la Policía Federal, la Dirección de Migraciones y la Justicia de Menores.

No obstante, elaborar una guía de prevenciones implica conjeturar e identificar los potenciales riesgos de trasladar niños de un país a otro por parte de sus progenitores, situación que —como hemos visto— impone la existencia de vínculo parental; circunstancia esta diferenciadora del tráfico internacional de menores. Ninguna prevención garantiza que la sustracción no se consuma, pero la idea es generar obstáculos para que ello no ocurra y, de llevarse a cabo, se facilite la restitución.

El enunciado siguiente, puede enriquecerse conforme a las características del caso y al buen criterio de las autoridades competentes como de los profesionales intervinientes, pero sobre todo a tener en cuenta por los padres. Así, por ejemplo, es sugerente considerar:

1. conservar los pasaportes de los menores en sitios seguros y de fácil acceso;
2. mantener en debido orden toda la documentación que acredite la legitimación procesal (partidas de matrimonio, partidas de nacimiento, si los padres del niño estuvieren unidos de hecho, es conducente contar con informaciones sumarias sobre convivencia);
3. si se ha dirimido judicialmente una acción de divorcio o de tenencia, procurar la obtención del derecho de custodia compartido;
4. si uno de los progenitores autoriza al otro a salir del país de residencia habitual con un hijo, enseñar al niño a comunicarse por los diferentes medios con los que actualmente aporta la tecnología;
5. procurar limitar la emisión de pasaportes extranjeros a favor del niño;
6. contar con fotos actualizadas de los niños;
7. si se otorgan poderes o autorizaciones para salida del país del niño en compañía del otro progenitor, hacerlas por tiempo limitado y con objeto preciso. Si no se cuenta con un decisorio judicial sobre derecho de custodia compartido, es sugerente una cláusula aclaratoria por la que se plasme que con la venia de viaje no se habilita a la mutación de la residencia habitual del niño especificando el país en el que ésta se encuentra.

(10) Artículo 645, inc. b): Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a. autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; b. autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; c. autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; d. autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; e. administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras del interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

(11) Creado por la ley 25.746 (BO del 2/7/2003).

También es necesario conocer los pasos a dar frente a una sustracción o retención y entre ellos pueden mencionarse:

1. formular la denuncia policial;
2. formular la denuncia ante el Ministerio de Justicia de la Nación;
3. efectivizar la presentación judicial sobre restricción de salida del país (tener en cuenta que éstas se levantan también judicialmente);
4. si se detecta que ya salió del país, hacer la presentación ante la autoridad competente que corresponda según la fuente normativa a aplicar aportando sobre todo los datos del niño, las partidas que prueben el vínculo, fotos y todo otro elemento que demuestre la legitimación para accionar y el país de residencia habitual;
5. si se trata de una retención ilícita, revocar el poder o autorización otorgada a los fines del traslado lícito y anunciar de ello a la Dirección de Migraciones a través de la presentación escrita a la que se adjuntará copia de la documentación relativa al niño.

Sin embargo, y pese a intentos normativos y a recaudos personales que se tomen frente al distracto familiar, las sustracciones y las retenciones ilícitas igualmente se consuman. Sea por egoístas actitudes, a veces por humanos temores y otras veces, por no haber encontrado respuesta a una problemática ante una jurisdicción nacional.

Algunas razones o causales pueden ser entendibles y atendibles por las fuentes normativas y por las autoridades convocadas para la resolución del caso; el remedio de la restitución constituye, una medida que tiende a restablecer la situación anterior al cambio, propendiendo al respeto por el ordenamiento que asiste a la niñez y que responde a la situación fáctica y sociológica que constituye su residencia habitual, toda esta sumatoria inmersa en una fuente normativa internacional —factor jurídico necesario— que permita la finalidad perseguida.

Afirmar que una sentencia que por su naturaleza es de ejecución es justa toda vez que ordene a la restitución de un niño al Estado de su residencia habitual no constituye una regla única de valoración.

Subyacen situaciones difusas que generan dudas sobre la inquebrantable regla de la *restitución*, tales como existencia de violencia probada entre los progenitores, pero no en relación al hijo, la demora de los procesos que origina en el niño afectado la constitución de una nueva residencia habitual, lo cual implica un doble desarraigo al momento de ser restituido por citar algunas situaciones que refleja la casuística.

No obstante, la ejecución de una sentencia de restitución se procura rodear de medidas asegurativas de la integridad física y psíquica del menor; incluso, la justicia dicta el fallo de manera condicionada al cumplimiento por parte de la autoridad requirente, de las garantías impuestas (12) que en algunos casos se extiende a la persona misma del sustractor.

Otra variable que se emplea quizás la menos aconsejable salvo casos de extremo riesgo, presenta la sentencia que ordena la restitución en su faz de ejecución bajo la modalidad *in audita parte*. La zona de suma excepción para el empleo de este mecanismo se estima sólo reservado para aquellos supuestos en que la permanencia del niño con el progenitor sustractor sea de alto riesgo para su integridad. Caso contrario, es menester reparar que una medida coactiva de semejante envergadura lesiona profundamente la afectividad del menor que ya fue invadida al ser sustraído, episodios ambos que pocas veces llega a comprender.

En cambio, es procedente y la práctica judicial así lo indica, convocar a una audiencia a fin de concertar un sano retorno del niño a su residencia habitual instando al progenitor sustractor a otorgar la mayor colaboración para el correspondiente cumplimiento.

(12) Sup. Corte Bs. As., 16/4/2014, C. 117.351, "P. C. c/ S. B. de P., M s/ Exhortos y oficios".

Sabido es que al presente ha adquirido vigencia un nuevo Código Civil y Comercial y que felizmente ha destinado el Título IV a Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Siendo una ley de fondo y no de forma, se ocupa del entorno jurisdiccional más no del procesal, razón por la que no reglamenta el procedimiento atinente a la restitución internacional de niños; tampoco aborda el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

No obstante ello, insta a la implementación de todo mecanismo cooperativo dentro del Capítulo 2 destinado a Jurisdicción Internacional y es así como en el artículo 2611 dispone: "Cooperación jurisdiccional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral". El contenido es claro, de tenor proyectivo, reconociendo el espacio que ocupa la fuente normativa convencional internacional.

Pasando al Capítulo 3 relativo a la Parte Especial, en la Sección 8ª contempla en particular a la restitución internacional de niños. Conforme su texto expresa:

"Artículo 2642: *Principios generales y cooperación.* En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente".

Pero el Código debe observarse en su conjunto o cosmovisión, de manera que la cuestión no concluye aquí; dentro del mismo Capítulo 3 en la Sección 1ª destinada a "Personas humanas", nos encontramos con el segundo apartado del artículo 2614 destinado a Domicilio de las personas menores de edad: "(...) Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente".

Por cierto, las incorporaciones son sumamente valiosas pues aún cuando no se establezca un proceso especial, afirma a través de principios rectores el andamiaje cooperativo de la restitución internacional de niños.

Siendo el nuevo Código un sistema basado en principios por sobre directivas marcadas, en sostener valores y realidades de los cambios sociales y en haber captado los senderos plasmados por la jurisprudencia, a través de dos normas concede el marco de contención necesario como guía del proceso toda vez que nuestras autoridades son requeridas por traslaciones parentales indebidas ejecutadas en la persona de un niño.

Es interesante remarcar que en el artículo 2642 se reitera la jerarquía normativa pero también se contemplan los casos no vinculados por fuente internacional, en donde nuestros jueces tendrán la facultad de recurrir a los principios contenidos en los tratados existentes.

Otra vertiente valiosa es el fomento de medios conciliadores a fin de obtener la voluntaria restitución si el caso así lo permite.

Es así como las previsiones de la nueva legislación, concluyen en instaurar medidas preventivas y protectorias basadas en los derechos de grada constitucional que asisten a la niñez. Sólo basta esperar el buen y deseado desarrollo por parte de nuestra justicia y de los adultos con responsabilidad parental suficiente.

VI. Bibliografía

ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros (2013). *Derecho Internacional Privado*, Madrid: UNED.

ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel y otros (2013). *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI*, Madrid: Iustel.

BAUGER, Erika Silvina (2013). "Aspectos civiles de la restitución internacional de niños", en el *Proyecto de Investigación J/125: "Las consecuencias del desmembramiento familiar en el derecho internacional privado"*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

QUAINI, Fabiana M. y otros (2009). *Restitución Internacional de Menores: aspectos civiles y penales*, Buenos Aires: Cátedra Jurídica.

RAPALLINI, Liliana E. (2004). *La niñez en el Derecho Internacional Privado*, La Plata: Lex.

RAPALLINI, Liliana E. (2012). "Cuestiones lindantes a la sustracción internacional parental de niños. Las 'relocation disputes'", Infojus. Disponible en www.infojus.gov.ar, Infojus/Doctrina/Internacional (fecha de consulta: 13/4/2012).

Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial, nro. 20, agosto de 2014, disponible en www://rlada.com/index. ♦

Fecha de recepción: 03-03-2015

Fecha de aceptación: 10-09-2015