

## ***Restitución internacional de menores***

**Por Sara L. Feldstein de Cárdenas**

### **1. Introducción**

Los niños, por su propia naturaleza, son los seres mas vulnerables y desprotegidos de la especie humana. Con frecuencia las desavenencias matrimoniales derivan en conductas de los propios progenitores en las que los niños suelen ser tratados como meros objetos, siendo desplazados, retenidos o acarreados a través de las fronteras. Precisamente, en quienes habría que confiar, los mayores, son quienes olvidan tutelarlos y quienes más los agreden y lastiman. Si bien es cierto que no estamos ante un fenómeno nuevo, no es menos cierto que los frecuentes desplazamientos o retenciones ilícitas de los menores se encuentran facilitados por la celeridad del transporte internacional e incrementados por las migraciones laborales.

### **2. ¿Protección, sustracción, secuestro o restitución?**

Nos hemos decidido por el empleo de los vocablos “restitución internacional de menores” descartando otros términos frecuentemente utilizados, tales como secuestro, sustracción o protección. El primero por inapropiado, el segundo por apuntar al autor de un acto reprochable y el último por excesivamente amplio. En efecto, para nosotros la terminología mas ajustada es la utilizada por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores que ha sido aprobada por la República Argentina mediante la ley 25.358<sup>1</sup>.

El fundamento de nuestra elección radica en que este texto normativo pone el acento en la actividad que debe realizar el Estado parte frente a los traslados o retenciones ilícitas de menores y no en los actos ejecutados por los progenitores<sup>2</sup>. En suma, entendemos que, como el objetivo primordial en la materia es lograr la restitución de menores ilícitamente trasladados o retenidos, corresponde destacar la actividad de cooperación que se espera deben realizar los Estados.

### **3. Importancia del tema**

Somos conscientes que nos enfrentamos a una cuestión de gran relevancia dentro del campo del derecho internacional privado, como es la restitución internacional de menores. Este tema involucra, estrecha e inescindiblemente, los intereses públicos y privados.

---

<sup>1</sup> Suscripta durante la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado –CIDIP IV– celebrada en Montevideo en 1989, que precisamente se refiere a la “restitución”. Esta Convención ratificada por nuestro país el 15/2/01, nos vincula con Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haití, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>2</sup> En tal sentido nos expedimos, entre otros, en Feldstein de Cárdenas, Sara L. - Basz, Victoria, *El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores*, LL, 22/5/96. También, en Feldstein de Cárdenas, Sara L. *Derecho internacional privado. Parte especial*, Bs. As., Universidad, 2000.

Precisamente, esta es una de las numerosas cuestiones que nos ha convencido que, ante la creciente publicitación del derecho privado y la privatización del derecho público, ha perdido vigencia la clásica distinción del derecho en público y privado.

Sin embargo, la sociedad que durante mucho tiempo observó la pugna entre el interés del menor y el bienestar personal de padres desavenidos, ha comenzado a comprender que esta lucha de intereses, no puede tener otro resultado que el predominio del “interés superior del niño”.

#### **4. Mecanismos de protección de los Estados**

Para impedir que estos desplazamientos, que tienen en su génesis motivos egoístas, resulten exitosos para quienes los han llevado a cabo, los Estados han comprendido que se impone la mutua cooperación para efectivizar el pronto retorno del menor al Estado de su residencia habitual, así como también garantizar la protección del derecho de visita.

De este modo se han diseñado diversas soluciones convencionales que contienen mecanismos de protección, entre los que se destacan los implementados en los convenios internacionales, sean bilaterales o multilaterales. Estos instrumentos internacionales son de distinta naturaleza o índole según precisen o no, de la existencia de una decisión emanada de las autoridades competentes de un Estado contratante para efectivizar la restitución. En efecto, algunos convenios se sustentan en una decisión, cuyo reconocimiento y ejecución hará efectiva la restitución de aquellos menores que han sido trasladados ilícitamente. Se trata del empleo de los tradicionales procedimientos de exequátur. En cambio, en otros convenios internacionales, el procedimiento para el logro de la restitución internacional es propio, autónomo, distinto del empleado para el cumplimiento de sentencias extranjeras. Precisamente, el objeto de este trabajo es analizar sucintamente este procedimiento de peculiares contornos en uno de sus más acabados modelos, el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980<sup>3</sup>.

#### **5. Aspectos que trata el Convenio de La Haya**

El Convenio de La Haya abarca los aspectos civiles del traslado o retención ilícito de menores, dejando fuera de su marco regulatorio a traslados delictivos, tales como el secuestro y el tráfico internacional de menores.

Desde hace tiempo se ha comprendido que la “eficacia de persecuciones penales es ilusoria en caso de retención de niños... pues dichas actuaciones no dan lugar en la práctica a la extradición, siendo los únicos medios verdaderamente eficaces, los judiciales civiles”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Ratificada por la República Argentina mediante la ley 23.857 (BO, 31/10/90).

<sup>4</sup> Ver “Revue Critique de Droit International Privé”, 1974, p. 170 y 171. Respuesta del Ministerio de Justicia de Francia al Senado el 29/9/73. Este dato ha sido extraído del excelente trabajo de Eduardo Tellechea Bergman, *Convención Internacional de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores*, publicado en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, 1990, n° 1 y 2, p. 110 a 164.

a) *¿Cuál es su finalidad? ¿Qué resguarda?* Este instrumento internacional de características peculiares, tal como surge del art. 1º, tiene por finalidad: 1) asegurar el “retorno inmediato de los menores desplazados o retenidos ilícitamente en los Estados contratantes”, y 2) velar porque los “derechos de custodia y de visita vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás”. De modo que, como podrá advertirse, no se trata de un convenio sobre ley aplicable ni de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, sino que se trata de un instrumento encaminado a lograr el restablecimiento de la situación ocasionada por el traslado o retención ilícito “restituyendo al menor al Estado de la residencia habitual antes de la lesión de los derechos de guarda y visita”.

El Convenio de La Haya organiza dos tipos de demanda: una para “lograr la restitución del menor”, y otra para “garantizar el efectivo ejercicio del derecho de visita”.

La posibilidad de tales reclamaciones, como su prolija organización, surgen del texto del Capítulo III dedicado a la restitución del menor (arts. 8 a 20) y del Capítulo IV sobre derecho de visita (art. 21).

b) *Derecho de custodia.* El Convenio se encarga prolijamente de señalar que el derecho de custodia comprende el “derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia” (art. 5, inc. a). Ello supone una suerte de calificación autárquica flexible.

Los Estados se han puesto de acuerdo en que el *derecho de custodia* reconocido por el Convenio, tiene para ellos el alcance señalado. En tal ámbito, abarca el derecho referido al cuidado del menor y especialmente la facultad de fijar el lugar de residencia.

c) *Derecho de visita.* Comprende “el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual” (art. 5, inc. b).

d) *¿Qué se entiende por residencia habitual del menor?* Precisamente, la convención de La Haya gira en torno al criterio de la residencia habitual. El punto de conexión elegido, el de “la residencia habitual del menor”, marca un verdadero hito en la materia. El legislador convencional acertadamente presta atención centrándose en quien merece la protección, el niño. En el Convenio en análisis no se encuentra una calificación de la expresión *residencia habitual*. Sin embargo, no resulta difícil conocer su significado por cuanto ella indica “el lugar donde el menor tiene su centro de vida”, “el medio en el que está integrado efectivamente”.

De resultar ello necesario, el intérprete podrá recurrir, en el derecho positivo argentino, a las calificaciones autárquicas ofrecidas en otros textos normativos en vigor, tal el caso de los arts. 4 y 5 del Convenio uruguayo-argentino.

e) *¿Cuándo el traslado o retención es ilícito?* La respuesta a este interrogante surge del texto del art. 3, de la convención, el traslado o la retención de un menor se consideran ilícitos: a) cuando se hayan producido conculcando un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona, a una institución, o a cualquier organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) cuando este derecho se ejercita en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

f) *¿De dónde puede surgir atribuido el derecho de custodia?* El derecho de custodia puede resultar, según el último párrafo del art. 3 del Convenio: 1) de una atribución de pleno derecho, 2) de una decisión judicial o administrativa, o 3) de un acuerdo vigente según el derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

## **6. El menor según la convención**

La convención considera *menor* a toda persona que no haya cumplido dieciséis años. Se ha descartado la regulación a través de reglas de conflicto que por su naturaleza mantienen las eventuales divergencias contenidas en los órdenes jurídicos internos. Es decir, que el texto normativo, de manera adecuada, provee una calificación autárquica procurando dar la certeza y seguridad deseables.

Se trata de una regulación directa de la calidad de menor, a los efectos de la convención, con virtualidad armonizadora.

## **7. Legitimados para iniciar las reclamaciones**

El Convenio de La Haya brinda amplia legitimación a las personas que pueden estimular su aplicación: padres, tutores, guardadores y cualquier otra institución u organismo que ejercía el derecho de custodia inmediatamente antes del traslado o retención ilícita. Esta legitimación es determinada con arreglo a la ley de la residencia habitual del menor. Ello, si se trata de una demanda para la restitución del menor o de una demanda para tutelar el derecho de visita.

## **8. Procedencia de la restitución**

El pedido de restitución procederá siempre:

- a) Que exista un derecho de custodia atribuido de conformidad con la ley de residencia del menor;
- b) Que ese derecho de custodia haya sido ejercido de manera efectiva al momento del traslado o la retención del menor;
- c) Que el menor tenga la residencia habitual, es decir, su centro de vida en el Estado requirente de la restitución;
- d) Que el traslado o retención sea ilícito, es decir, en violación del derecho de custodia atribuido conforme la ley de residencia del menor.

## **9. Excepciones**

El Convenio de La Haya establece ciertas excepciones a la obligación por parte del Estado requerido de proceder a la restitución del menor:

- a) Que el reclamante no haya ejercido efectivamente los derechos de custodia o haya consentido el traslado o retención (art. 13, inc. a);

b) Que exista grave riesgo, que la restitución exponga al menor a peligro físico o psíquico o una situación intolerable (art. 13, inc. b);

c) Que el menor que ha alcanzado un cierto grado de madurez se oponga a la restitución (art. 13, párr. 4°);

d) Que aun transcurridos los plazos establecidos en el art. 12, párr. 1°, se demuestra que el menor se encuentra integrado al medio al cual fue llevado (art. 12, párr. 2°).

Esta última excepción, que impide la restitución, tiene lugar aun cuando los procedimientos de restitución se hubieren incoado luego de vencido el plazo de un año del acto de traslado o retención, en tanto y en cuanto el niño se haya integrado a su nuevo centro de vida.

Por otro lado, se establece que el debate de las cuestiones de fondo no tiene ninguna incidencia, según el Convenio. En efecto, uno de los principios rectores de la convención es el que surge del art. 19 que dice que las decisiones tomadas por su aplicación no afectan la cuestión de fondo del derecho de custodia.

## **10. Las autoridades centrales**

Se trata de organismos técnicos especializados dedicados a la ardua labor de cooperación internacional. El Convenio de La Haya ha delegado en las autoridades centrales un desempeño fundamental para el cumplimiento de sus objetivos primordiales. Se les encarga desde la colaboración con los reclamantes hasta la cooperación con las autoridades competentes o administrativas intervinientes. Si bien surge claramente el destacado rol que le ha sido asignado, no es menos cierto que la intervención confiada a las autoridades centrales no es novedosa. En efecto, tanto a nivel universal (Conferencia de La Haya), cuanto continental (Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado), hasta en el ámbito regional del Mercosur, se les asigna una constante intervención, que puede calificarse como altamente significativa.

## **11. Procedimientos previstos en el Convenio**

La convención de La Haya no excluye ninguna vía destinada al logro de su objetivo. El abanico de posibilidades es reconocido claramente conforme lo dispuesto en el art. 29 al establecer que, tanto la restitución como el ejercicio efectivo del derecho de visita, pueden ser reclamados directamente mediante la intervención de las autoridades judiciales de los Estados partes. Sin embargo, el instrumento internacional implementa un mecanismo de cooperación específico, un “procedimiento peculiar y autónomo” a través de las autoridades centrales, que en el caso de nuestro país, es el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Este procedimiento está encaminado a que las autoridades centrales adopten todas las medidas necesarias para lograr que la restitución sea voluntaria y lo menos traumática posible para el menor. Se establece que las personas legitimadas podrán dirigirse: a) ante la autoridad central del Estado de residencia del menor, o b) ante la de cualquier Estado parte.

## **12. Fases que comprende el procedimiento ante las autoridades centrales**

El procedimiento ante las autoridades centrales comienza con una solicitud presentada por la persona legitimada según el Convenio. El reclamante en su solicitud tratará de proveer la mayor información con la que cuente.

En tal sentido, la convención sugiere incluir, entre otros, los datos sobre: la identidad del reclamante, la identidad del menor, la identidad de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor, la fecha de nacimiento del menor, de ser ello posible, los motivos en que se basa el reclamante, y la probable localización del menor e identidad de la persona con quién está el menor.

La autoridad central analizará la solicitud y si lo cree apropiado iniciará lo que se ha dado en llamar la “fase voluntaria”. En esta etapa ella procederá a localizar al menor, tomará las medidas tendientes a evitarle mayores daños, tanto al menor como a las personas involucradas, mediante medidas provisionales, y procurará lograr una solución amigable o la restitución voluntaria del menor.

Si esta etapa no tiene resultados positivos, se pasa a la “fase judicial” del procedimiento. En ella la autoridad debe cumplir con las funciones asignadas por el Convenio tales como:

- a) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo con el fin de conseguir la restitución del menor;
- b) Conceder o facilitar la obtención de asistencia judicial y jurídica;
- c) Requerir que se le expliquen las razones de demora si los procedimientos se extendieran más de seis semanas;
- d) Informar de la situación social del menor a través de la autoridad central del lugar donde reside el menor;
- e) Garantizar la restitución del menor.

## **13. Algunas reflexiones**

Estamos convencidos que el instrumento internacional examinado en este trabajo, constituye una regulación apropiada encaminada a resolver la tan delicada como frecuente cuestión de la restitución internacional de menores ilícitamente trasladados o retenidos fuera del Estado de su residencia habitual. La convención de La Haya organiza un procedimiento ágil y moderno, cuyo objetivo primordial es asegurar el retorno del menor a su “centro de vida”. El procedimiento no se detiene ni prejuzga sobre la cuestión de fondo, sino que procura devolver sin demora al niño al lugar de su residencia habitual. Por cierto, que se atienden situaciones excepcionales, ya que se abren causales especiales que permiten a las autoridades no hacer lugar a las pertinentes reclamaciones.

Somos conscientes que resulta contrario al “interés del niño”, que le produce “daño”, el “trasladarlo” como si fuera un objeto. Básicamente, las soluciones convencionales tienden a persuadir a quienes cometen las violaciones que ellas sancionan, los autores de los traslados o retenciones ilegales, que tales actos serán sancionados y que las autoridades competentes actuarán con absoluta imparcialidad, inclusive las del Es-

tado de su nacionalidad. En efecto, el “arrastrar” a los menores al Estado en el que los mayores son nacionales, el “acarrearlos” hacia tribunales que se perciben como complacientes y, si se me permite la expresión, “cosificarlos”, constituyen actitudes que conspiran contra el “interés superior del niño”.

Esperamos haber transmitido el espíritu que ilumina este trabajo: que los niños no deben ser manipulados, no deben ser tratados como objetos, no deben ser utilizados por los mayores como rehenes para sus propios y egoístas intereses, sino que merecen ser respetados como lo que son, los tesoros más preciados, las personas de cuyo futuro depende el porvenir.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.

