

## **Interés superior, derecho a ser oído y autonomía progresiva: algunas consideraciones sobre la oposición del niño a su propia restitución internacional.**

**Sabrina Anabel Silva<sup>1</sup>**

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en el art. 11 consagra la obligación internacional de adoptar medidas para luchar contra los traslados y retenciones ilícitas de niños, niñas y adolescentes (NNA) en el extranjero, debiendo los Estados promover la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes. En efecto, esta directiva fue cumplida por Argentina mediante la adhesión a diversas convenciones que, a modo general, proponen una solución a partir de un procedimiento autónomo que “se deslinda en dos fases, una voluntaria, ante las Autoridades Centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes”<sup>2</sup>. Estos procedimientos tienen por objeto conseguir el inmediato retorno del NNA al país de su residencia habitual, para que sea el juez natural el que decida sobre el fondo<sup>3</sup>.

De esta manera, la comunidad jurídica internacional pretende proteger los derechos humanos de NNA, principalmente, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular (art. 9.3 de la CDN), en aquellos supuestos en que su estabilidad se pone en jaque por voluntad unilateral de uno de sus progenitores, quien lo sustrae del país en que residía habitualmente, vulnerando el derecho de custodia o visita del otro progenitor. Sin embargo, este derecho encuentra su límite en el interés superior del niño, mismo límite que presenta el mecanismo diseñado convencionalmente al admitir la posibilidad excepcional de no ordenar la restitución inmediata si median alguna de las causales de oposición taxativamente enumeradas<sup>4</sup>.

Si lo que se pretende es garantizar el óptimo funcionamiento del marco convencional en la materia, no alterar la efectividad y seguridad jurídica que brinda, la jurisdicción del juez natural de NNA (el de su residencia habitual), en definitiva, proteger los derechos humanos afectados en los supuestos de sustracción internacional, las excepciones al principio restitutorio deben ser interpretadas restrictivamente de modo tal que permita disipar todas las dudas en torno al interés superior del NNA, en el caso concreto, a ser restituido; aunque sin excederse de este permiso, de lo contrario, se desvirtuaría la finalidad de estos convenios.<sup>5</sup>

Indudablemente, dicho interés no se puede construir al margen de la opinión y participación del NNA, de ahí que una las excepciones contempladas sea la oposición de aquel, siempre que haya alcanzado un cierto grado de madurez, a ser restituido al Estado donde residía con anterioridad al desplazamiento ilícito. En el ámbito internacional, el 4to. párr. del art. 13 de la CH le permite a la autoridad judicial o administrativa “*negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.*” En la misma inteligencia, a nivel

---

\*Estudiante de Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Colaboradora en la redacción de sumarios para INCADAT – sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado-, sobre restitución internacional de menores, bajo la supervisión de la Dra. Nieve Rubaja, corresponsal INCADAT.

<sup>2</sup> SCOTTI, Luciana “Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños”, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/scotti-las-garantias-fundamentales.pdf>, compulsado el 19/8/2015

<sup>3</sup> El art. 19 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH) refleja el principio rector sobre el cual se sustenta la Convención: “la decisión adoptada sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.” En igual sentido, el art. 15 de la “Convención interamericana sobre restitución internacional de menores” (CI).

<sup>4</sup> RUBAJA, Nieve, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LLOVERAS, Nora y HERRERA, Marisa, *Máximos precedentes en derecho de familia*, CABA, La Ley, 2012, t. 3, p. 723.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

regional, el párr. 4to del art. 11 de la CI faculta a la autoridad exhortada “*rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.*”

Esta excepción encuentra sus raíces en el art. 12 de la CDN que consagra el derecho a ser oído en todo asunto que lo afecte, teniéndose debidamente en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. El Comité de los Derechos del Niño ha catalogado al art. 12 como uno de los cuatro principios generales de la CDN, lo que pone de relieve que no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos<sup>6</sup>. Aun mas, ha expresado que si la decisión de que se trate, no tiene en cuenta el punto de vista del NNA o no concede a su opinión la importancia que merece, no respeta la posibilidad de que aquellos participen en la determinación de su interés superior<sup>7</sup>.

Otro de los puntos cardinales al momento de evaluar la posibilidad de rechazar la restitución ante la negativa del NNA es el principio de autonomía progresiva contemplado en el art. 5 de la CDN, ello por cuanto funciona como parámetro para encuadrar el ejercicio de los derechos que le son reconocidos “*en consonancia con la evolución de sus facultades*”. En definitiva, el aplicador del derecho, en el ámbito administrativo o judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del NNA y su interés superior para acordar su participación, según corresponda, en la determinación de sus derechos, procurándose el mayor acceso, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso<sup>8</sup>.

Estos lineamientos fijados en el plano internacional y regional, al ser interpretaciones realizadas por los órganos de aplicación de los instrumentos de derechos humanos en su ámbito específico de competencia, configuran las “condiciones de su vigencia” dinámicas mencionadas en el art. 75 inc. 22 de la CN, en virtud del cual ingresan a nuestra regla de reconocimiento y son obligatorias para el Estado bajo pena de generar responsabilidad internacional<sup>9</sup>.

A nivel interno, el art. 27 de la ley N° 26.061 sienta las garantías mínimas de procedimiento que asiste a los NNA en los procedimientos judiciales o administrativos que los afecten, reconociéndoles: el derecho a ser oído cada vez que los solicite (inc. a) y que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión (inc. b), a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia (inc. c), a participar activamente en todo el proceso (inc. d), y a recurrir ante el superior cualquier decisión que lo afecte (inc. e).

En armonía con esta cosmovisión, el art. 26 del Código Civil y Comercial (CCyC) sobre el ejercicio de derechos de la persona menor de edad, establece que “*la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico...La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona*”. De la disposición se desprende que, en el CCyC, la edad es tan solo una pauta a considerar, atendiendo la norma más especialmente al concepto empírico-jurídico de madurez suficiente; el criterio “suficiente” es dinámico, puesto que iguales edades no significan capacidades iguales y un mismo NNA presentará capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros, razón por la cual “suficiente” ha de interpretarse atendiendo al acto concreto de que se trate<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Comité de los Derechos del Niño, OG N°12/2009

<sup>7</sup> Comité de los Derechos del Niño, OG N° 14/2013

<sup>8</sup> Corte IDH Opinión Consultiva 17/2002, Considerando 102.

<sup>9</sup> GIL DOMINGUEZ, Andrés, *El Estado constitucional-convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, CABA, Ediar, 2015 p. 85 y ss.

<sup>10</sup> FERNANDEZ, Silvia, en CAMELO, Gustavo; HERRERA, Marisa y PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, CABA, Infojus, 2015, t.1, p. 68 y 69.

Ahora bien, fijado el piso mínimo en materia de participación infantil ¿Cómo debe interpretarse la negativa del NNA a su propia restitución? La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha fijado ciertos estándares que delimitan el alcance de la aludida excepción en sentido de un vehemente rechazo a regresar al país de su residencia habitual. Dentro de esta área específica, no debe consistir en una mera preferencia o negativa, sino una verdadera oposición, un repudio irreductible, psicológicamente genuino y no meramente instado o declamado.<sup>11</sup>

En función de estos criterios, la CSJN en las diversas oportunidades de manifestarse al respecto, nunca ha considerado a la oposición del NNA debidamente acreditada como para exceptuar la procedencia de la orden de restitución. No obstante, en el voto en disidencia de. Dr. Zaffaroni en el caso "R.M.H", el magistrado concluyó: "no cabe soslayar que a los doce años la voluntad del niño no puede ignorarse por completo, ni mucho menos...existe por parte del menor un evidente rechazo a regresar que, al sostenerse en los hechos que ocasionaron las lesiones de gravedad reseñadas, también hace operativa la eximente contemplada en el Artículo 13, inc. b, segundo párrafo, del CH 1980, en tanto responde a un conflicto férreo expuesto por el niño, respecto del cual las profesionales que lo evaluaron (Newell y Sosa) no advirtieron que hubiese sido objeto de manipulación en tal sentido."<sup>12</sup>

En atención a la interpretación jurisprudencial de la negativa del NNA, es dable traer a colación la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Familia, Sala I, del Departamento Judicial de Lomas de Zamora el 12 de agosto de 2015 que, tras considerar configurado el traslado ilícito a la Argentina, rechazó la solicitud de restitución internacional de una niña al entender debidamente acreditada, además del grave riesgo, su oposición al retorno<sup>13</sup>.

La Cámara se hace eco de las reformas introducidas por el CCyC al examinar la prueba<sup>14</sup> y argumentar su decisión: "Los hechos denunciados...valorados en forma conjunta con los restantes elementos de juicios...resultan a mi criterio determinantes para valorar la opinión de la niña –quien cuenta con ocho (8) años de edad-; a la cual, vale aclarar, estimo con capacidad y madurez suficiente para manifestar, como efectivamente lo hizo, su intención de no regresar a Paraguay y residir con su padre en este país. El Código Civil y Comercial de la Nación introduce en su artículo 26 el concepto de autonomía progresiva de la persona menor de edad y la necesidad de escuchar al menor en toda cuestión que lo involucre, siguiendo el principio rector del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño. La efectiva realización del concepto de autonomía progresiva requiere la previa escucha del niño, niña o adolescente de que se trate, frente a cualquier cuestión que lo involucre"<sup>15</sup>.

De la lectura jurisprudencial, fácil se advierte la importancia del aporte interdisciplinario al momento de evaluar la oposición del NNA, no solo para dilucidar si su voluntad es genuina y en el

---

<sup>11</sup> Para ampliar véase: RUBAJA, Nieve... op.cit., p. 750 en adelante

<sup>12</sup> CSJN, "H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores", 21 de febrero de 2013

<sup>13</sup> Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Familia, Sala I, del Departamento Judicial de Lomas de Zamora el 12 de agosto de 2015, disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/08/FA.-PCIAL.-CAM.-CIV.-COM.-FLIA.-LOMAS-DE-ZAMORA.-PROV.-BS.-AS.-Restituci%C3%B3n-internacional.-CCyC.pdf>, compulsado el 19/8/2016

<sup>14</sup> Algunos de los hechos denunciados fueron que la actual pareja de la madre la bañaba con el lado verde de la esponja de cocina, y que era sometida a maltrato verbal. Asimismo, en los informes psicológicos se expresa que la niña "...presenta evidentes síntomas somáticos de situaciones traumáticas no procesadas, tales como arrancarse su cabello (tiene falta de cabello en el centro de su cabeza) y patología respiratoria..."

<sup>15</sup> Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Familia, Sala I, del Departamento Judicial de Lomas de Zamora el 12 de agosto de 2015, disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/08/FA.-PCIAL.-CAM.-CIV.-COM.-FLIA.-LOMAS-DE-ZAMORA.-PROV.-BS.-AS.-Restituci%C3%B3n-internacional.-CCyC.pdf>, compulsado el 19/8/2016

sentido de no regresar al país de su residencia habitual, sino también para evaluar los criterios “capacidad y madurez suficiente” en el ejercicio de su derecho a oponerse al retorno.

En resumidas cuentas, el sentir del NNA contrario a volver debe ser evaluado, en el caso concreto, a luz de los estándares fijados por el derecho internacional y regional de los derechos humanos, es decir, con el respeto que merece el derecho a ser oído y que su opinión sea tomada debidamente en cuenta en consonancia con al principio de autonomía progresiva. La oposición es suficiente para exceptuar la obligación internacional de ordenar el retorno si el interés superior del niño así lo amerita; oposición que ha de ser interpretada sin soslayar la diferencia manifiesta entre la opinión sobre las cuestiones relativas al fondo (el derecho de custodia o visita), y su objeción a ser restituido, solo esta última es la que verdaderamente incumbe a la sustracción internacional.

En el centro del escenario jurídico está el interés superior del niño, un concepto jurídico indeterminado y, como tal, debe precisarse frente a cada historia singular. En los supuestos de restitución internacional, los mecanismos de cooperación diseñados convencionalmente juegan como complementarios del interés superior del niño “cada etapa, cada decisión desplegada en la esfera del convenio internacional debe encontrarse impregnada, imbuida por”<sup>16</sup> aquel, tanto para ordenar la restitución del NNA como para rechazarla.

Antes de dar por concluido el tema, no debe perderse de vista uno de los problemas estrella de la problemática como lo es el factor tiempo, donde la correcta valoración de las excepciones al principio restitutorio coadyuva, aunque no efectiviza, la celeridad que demanda la urgencia en estos casos. Si la acción restitutoria es autónoma por su objeto, en cuanto se agota en la propia restitución<sup>17</sup>, la negativa del NNA al retorno debe ineludiblemente apreciarse en el sentido apuntado y sin excederse del mismo, de lo contrario, el análisis exhaustivo de cuestiones inapropiadas podría dar lugar a demoras injustificadas<sup>18</sup>, con la consecuencia típica de la adaptación del NNA a su nuevo medio. La brevedad y urgencia del procedimiento reviste una importancia mayúscula para el interés superior del niño frente al desplazamiento ilícito, de lo contrario, “las sentencias judiciales jurídicamente sólidas, pero dictadas en procesos desmadrados del acotado ámbito de conocimiento”<sup>19</sup>, nos topan con que la ejecución de la sentencia produce al NNA un mal mayor del que se pretende proteger<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> SCOTTI, Luciana... op.cit.

<sup>17</sup> *Ibíd.*

<sup>18</sup> RUBAJA, Nieve... op.cit., p.723

<sup>19</sup> VILLAVERDE, María Silvia, “El interés superior del niño en la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes”, disponible en:

[https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiukqGuydPOAhVEHpAKHfwFC9kQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.villaverde.com.ar%2Fes%2Fpublicaciones%2Fel-interes-superior-en-la-sustracci-n-internacional-de-ni-as-ni-os-y-adolescentes%2F&usg=AFQjCNH\\_tLzH2aCgElyqxTUhL1LMi2-74A&sig2=sziyhun7LBEJCAjBuRr0Tw](https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiukqGuydPOAhVEHpAKHfwFC9kQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.villaverde.com.ar%2Fes%2Fpublicaciones%2Fel-interes-superior-en-la-sustracci-n-internacional-de-ni-as-ni-os-y-adolescentes%2F&usg=AFQjCNH_tLzH2aCgElyqxTUhL1LMi2-74A&sig2=sziyhun7LBEJCAjBuRr0Tw), compulsado

el 21/8/2016

<sup>20</sup> *Ibíd.*