

Los principios subyacentes de la restitución internacional de niños inmersos en la cooperación jurídica civil internacional- Generación de interrogantes

Liliana Etel Rapallini*

Resumen.

En la presente entrega se pretende reflexionar sobre las reglas o principios que deben respetarse cuando se observan vulnerados los derechos de los niños y en este caso, cuando son sujetos de sustracción ilícita por parte de uno de sus progenitores. La cooperación jurídica internacional es la encargada de hacer respetar los derechos violados tanto de los hijos como de los padres. Más allá de la interpretación normativa, pretendo esbozar los principios a tener en cuenta no sólo por el legislador sino por las autoridades competentes encargadas de implementar los procedimientos encomendados a obtener la restitución de hijos ilícitamente sustraídos.

Abstract.

The aim of this article is to reflect upon the rules or principles that should be observed when the children's rights are trespassed and specifically in the case of abduction (i.e when one of the parents illegally removes the child from his habitual domicile without the other partner's consent). The focus the article focuses not only in the mere interpretation of the law but rather on the principles to be taken into account by the lawyers and competent authorities with jurisdiction to secure the return of those illegally abducted.

* Abogada. Docente de grado y de posgrado especializada en Derecho Internacional Privado. UNLP

Los principios subyacentes de la restitución internacional de niños inmersos en la cooperación jurídica civil internacional- Generación de interrogantes¹

Liliana Etel Rapallini

1.Preliminares

Hablar de los principios que hacen a la sustracción internacional de un niño es hablar de una conducta que evidencia cierta presencia patológica estudiada por psicólogos y sociólogos. Desde el momento en que un progenitor muda subrepticamente la residencia habitual de su hijo de un país a otro, una serie de secuencias fueron premeditadas de modo tal que, evadiendo la intervención de las autoridades competentes priva por sí al derecho del niño y del otro progenitor a comunicarse atentando así contra la necesidad de sano crecimiento en el agrupamiento familiar.

Otras veces se presenta como una imperiosa actitud de escape frente a situaciones hostiles, que esconden zonas de riesgo o peligro. En otras oportunidades, se evidencia una suerte de falta de confianza en la jurisdicción de la residencia habitual del niño que resulta ser para el progenitor sustractor, una jurisdicción extranjera y que en la gran mayoría de los casos busca refugio en la patria de origen. Situaciones estas últimas, que pueden justificar o morigerar la evaluación del caso desde un punto de vista humano y hasta jurídico.

El fenómeno se atribuye a las uniones de parejas interculturales, a las mutaciones laborales, a las actitudes vengativas de los padres del niño sustraído que es tenido como objeto, entre otras causales siendo las mencionadas las de mayor frecuencia; no obstante los primeros casos se detectaron en los tiempos de posguerra justificando a través del conflicto, una situación de vínculo familiar quebrado.

Lo cierto es que somete al propio hijo a una dolorosa y traumática secuencia, que no comprende sólo a la sustracción y a la eventual restitución, sino a la superación del episodio por parte siempre del niño.

Sin embargo, la consigna sentada por la cooperación jurídica civil internacional es restituir al niño indebidamente sustraído por uno de los padres al país de su residencia habitual

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación J099 "Perfil de futura ley nacional de cooperación civil internacional"

minimizando las oposiciones y aún sabiendo, que con el retorno no se restablezcan los vínculos parentales en su plenitud. El derecho alcanza a resolver la restitución e incluso velar física y psíquicamente por la integridad del niño sustraído en la instancia del retorno. Sin embargo, constituye una nueva reinserción en un ámbito del que fue subrepticamente despojado y ésta situación escapa a la órbita jurídica pero es un factor a tener en cuenta.

La protección brindada por el Derecho Internacional Privado a través del instrumento de la cooperación, se ensambla en la dada a las personas incapaces. La vulnerabilidad o imposibilidad de manejo propio de la persona la torna dependiente de otras. Pese a ello, se procura otorgar a éste nutrido colectivo jurídico de suficiente especificidad e independencia.

Pero lo delicado del estatuto personal y considerablemente de mayor cuidado si se trata de niños, es ponderar la rigidez así como la flexibilidad de los principios que se preestablecen como rectores.

2. El principio del interés o beneficio del menor

Cuestión compleja es definirlo y sostenerlo en la aplicación. Como concepto jurídico indeterminado su valioso contenido enerva todo intento por arribar a una concepción de valía universal. Empero, todo adulto identifica la esencia y consistencia del principio del “interés superior del menor” adquiriendo un papel preponderante la autoridad competente que frente a un caso en particular, es la encargada de calificarlo y administrarlo.

Por ello, actualmente existe notoria inclinación por acercar la máxima a la realidad tangible que necesita de su aplicación; es así como se observa la sustitución del término interés por el de beneficio o bienestar del niño, intentando con ello identificar una situación concreta que afecta a un niño personalizado, individualizado e inmerso en la misma.

De igual modo, éste principio se expone como prevalente por sobre cualquier otro interés legítimo lo cual no significa que el interés del infante se anteponga al de un adulto de superior valor.

Conjugando interés superior y bienestar, un acercamiento al tema propuesto es considerar que el bien jurídico protegido es la libertad del hijo para el ejercicio de su derecho a mantener contacto personal y disfrutar de la compañía de los titulares de la patria potestad y de la paz en las relaciones afectivas derivadas de la constitución de una familia.

3. El principio dogmático

Aquí el Derecho Internacional Privado, se nutre de tres especies de Tratados: los Dogmáticos, los Pragmáticos y los de Cooperación Internacional entre Autoridades.

El tema de la sustracción- restitución se abastece en la especie dogmática y de la propia de la cooperación pues precisamente, evade tratar cuestiones de fondo tales como la tenencia del hijo ilícitamente sustraído que sería el objeto de un acuerdo de naturaleza pragmática cuya puntual respuesta aporta solución a la búsqueda de jurisdicción internacionalmente competente y de derecho aplicable.

Ahora bien, la niñez cuenta con un tratado dogmático que constituye la suma de derechos y declaraciones inherentes a la etapa de la vida que les pertenece; aludo, como es sabido por el lector, a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y en ella el derecho de los hijos a contactarse con sus padres y con el grupo familiar ostenta en artículos como el 3, el 4 y el 9, que abordan no sólo las prerrogativas personales sino también la responsabilidad de los Estados en preservarlas.²

Sin duda alguna, la Carta Magna de la niñez culmina el arduo camino de abandonar al “menor objeto” por el protagonismo del “niño sujeto de derecho”. La subjetividad internacional del niño dio perfil totalizador al estatuto jurídico propio entendido como el conjunto de normas sobre todo dogmáticas, internas como internacionales, encomendadas a la protección de los niños en el entorno doméstico como en el externo.

Actualmente y en respuesta a la Convención Madre, desde los organismos especializados se continúa perseverando en el intento de perfeccionar el mecanismo de cooperación internacional aplicado a la restitución civil vale decir parental, incluso con la firma de acuerdos bilaterales enmarcados en los multilaterales.

4. El principio del interés nacional

No ha de verse aquí reflejada la nacionalidad del niño, que para el caso es irrelevante. En su lugar, restituir a un niño ilícitamente trasladado al territorio de otro Estado, moviliza el

² Como pacto de naturaleza dogmática recordemos que necesita de legislación nacional como internacional que proyecte sus máximas y en consecuencia, es deber de los Estados velar por su cumplimiento; desde este punto de vista debe garantizarse el reagrupamiento familiar.

interés del Estado de la residencia habitual por observar lesionada la jurisdicción natural y la evasión de la leyes de aplicación inmediata que implica razón de suficiente responsabilidad sobre las personas sean nacionales o extranjeras que se encuentran bajo su soberanía. Considero además, que el interés nacional justifica la necesidad de obtener la colaboración de otro Estado para lograr la realización de actos procesales en otro distinto y en el que delega momentánea y puntualmente, su jurisdicción. La jurisdicción requerida constituye una extensión virtual de la requirente y ésta es la encomendada para representar los intereses de la nación amiga.

Empero, a menudo las decisiones adoptadas por los tribunales acerca de la custodia de los hijos en supuestos de crisis matrimonial y sobre todo en uniones interculturales, tienden a favorecer al progenitor nacional del foro propiciando para el futuro el efecto inverso o sea, que el nacional extranjero “secuestre” a su hijo desplazándolo a su país de origen.

Obrando en consecuencia, las nuevas normativas atribuyen medidas preventivas ante el riesgo latente de sustracción de niños.³

5. El principio de proporcionalidad y necesidad

Destinado a emplazar medidas protectoras de las personas considerando opciones de mejor o adecuada respuesta a cada situación, aplicado a la niñez se abre en un abanico de materias como la alimentaria, la conservación de lazos familiares, la inserción educativa y social. Frente a un caso de sustracción indebida el niño sufre ruptura de vínculos de toda naturaleza y a veces de calidad de vida en todas sus acepciones.

Restituir al hijo indebidamente sustraído induce a la búsqueda del equilibrio emocional y material que alimenta al derecho de contacto y al remedio para conservarlo frente a la agresión.

Visto así, el derecho de vinculación parental es un derecho personal de índole familiar. El poder de la patria potestad, de la tenencia o de la guarda no puede limitarlo, salvo cuando su ejercicio vaya en manifiesto perjuicio del niño.

³ Incluso se observan “guías prácticas” difundidas por organismos como migraciones o policía y por diversos medios, conteniendo consejos a tener en cuenta para evitar sustracciones ilícitas sobre todo frente a situaciones de distracto matrimonial.

Se trata de un derecho de doble titularidad, derecho que se otorga sobre el mismo objeto: tanto derecho tienen los padres a relacionarse con el hijo como éste a relacionarse con ellos.

6. El principio de inmediatez o cercanía

Inviste dos caras que en cierta medida se contraponen de modo tal, que se hace necesario meditar sobre su gravitación sin olvidar que se centra la atención en vínculos de proximidad fácticos.

Por una parte, la conexión “residencia habitual” como razonable y previsible para preservar los derechos de la niñez, localiza como justicia natural a la que le corresponde por mérito a la cercanía; se configura un “foro de protección” habitualmente destinado a colectivos jurídicos que antes mencionara como el de la minoridad, el de la ancianidad o el perteneciente a los consumidores.

Es así, como la restitución de un niño ilícitamente sustraído se encomienda al juez de su residencia habitual en razón de inmediatez o cercanía con su persona. Empero, la fuente convencional internacional se ha inclinado, sobre todo en los acuerdos multilaterales, por la jurisdicción del requerido vale decir, el juez de la “residencia forzada” a los fines de sustanciarse allí el procedimiento que ha de dirimir si ése niño es restituible o no; en el mismo escenario, el progenitor que ha sustraído al hijo formulará sus objeciones u oposiciones a dicha restitución de manera que no será el juez de la residencia habitual el que evalúe la factibilidad de restituir al niño.

En síntesis, se expone un claro compromiso en dos ideas que conducen hacia el objetivo a alcanzar: inmediatez en la acción restitutoria e inmediatez del juez de la causa.

En verdad, ésta distribución apunta sobre toda otra consideración a la de respetar tiempos breves en llegar a la resolución final más que a meditar sobre la incumbencia de potestades jurisdiccionales en requirente y en requerido y su mayor propiedad o acierto.

7 .El principio de especificidad

Con él se responde a la expectativa propia de la cooperación jurídica civil internacional como es la de responder al objeto de la rogatoria.⁴ Tiene íntima vinculación a no generar por el cumplimiento de una medida, jurisdicción futura en el requerido. De igual forma, cuestiones conexas serán tratadas por la jurisdicción internacionalmente competente que el caso presente. A ello debemos agregar que una medida cooperativa no incursiona en dilucidar cuestiones de fondo ajenas a la petición.⁵

Este principio también convoca a una reflexión y es entender, que se trata de un procedimiento especial al que por ende, no le caben las reglas genéricas de toda otra ejecución o reconocimiento de sentencia extranjera pues precisamente se redunda en especificidad por el peculiar y desamparado sujeto comprendido en el proceso.

Cuestión compleja, por no tratarse de una acción dependiente o incidental sino de un procedimiento de cooperación jurídica internacional de naturaleza autónoma que como tal, se autoabastece. Con propiedad, se afirma que se trata de un proceso autónomo respecto del contencioso de fondo.

8.El principio de celeridad

En éste ítem al que en cierta forma referí, se procura dotar al procedimiento de restitución de suficiente rapidez como para dañar lo menos posible al niño que ha sido víctima del traslado ilícito.

También alberga la idea de evitar que el transcurso del tiempo tenga como consecuencia la convalidación de una nueva residencia habitual, con lo cual y en caso de ser restituido se producen dos desarraigos.

No obstante el debido proceso debe estar presente, razón por la cual la causa deberá someterse a suficiente análisis acorde a la demora que esto exija, de manera que la celeridad debe estar presente en los tiempos de tratamiento y de resolución más no en la liviandad o

⁴ A partir del caso “Boll” en el año 1956, el entonces Tribunal Internacional de Justicia dejó en claro la extinción de la nacionalidad como conexión propicia para regular los derechos de los niños y la ineficacia de fuentes normativas que abarquen una multiplicidad de aspectos augurando por el contrario, la adhesión a la “residencia habitual” y el tenor específico u objeto único a contemplar en futura legislación a crearse.

⁵ El caso más frecuente es que ante la jurisdicción del requerido en el proceso de restitución, el padre o madre sustractor se presente ante ése mismo juez a petitionar la tenencia del hijo cuestión que es expulsada en su tratamiento hacia la jurisdicción del requirente, si se desprende que en ése Estado se encuentra la residencia habitual del niño.

en la premura del requerido por cumplir con plazos fijados por la fuente convencional internacional ni en la natural predisposición de desprenderse lo antes posible de un tema comprometido.

9.Principio de corresponsabilidad parental

En su seno, éste principio contiene al instituto de la “custodia compartida” que al igual que la “guarda de hecho” no encuentran nominación autónoma dentro de algunos ordenamientos nacionales tal el caso de nuestro país. Frente a la ausencia aludida, el concepto de derecho de custodia une las prerrogativas emergentes de la patria potestad junto a las que concede el derecho de tenencia atribuido en uno u otro progenitor.

La sustracción indebida de un hijo transgrede el derecho de custodia del progenitor que la ejerce. Si en lugar de la unilateralidad de la atribución del derecho de custodia se tiende a su bilateralidad se instaura una valla u obstáculo para la mudanza de la residencia habitual; y si ésta conducta se lleva igualmente a cabo, obtener la pronta restitución cobra mayor asidero. La reflexión sobre el tópico, señala aquí la voluntad de erradicar el ejercicio arbitrario de la custodia de un hijo en violación de los derechos legales del padre o madre evadidos premeditadamente.

El principio de corresponsabilidad parental o de custodia compartida, consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos; sociológica y jurídicamente cobra relieve porque padre y madre están compartiendo ámbitos que antaño habían sido exclusivos de uno o de otro.

Tengamos en cuenta que la primera revolución familiar tiende a introducir y consolidar progresivamente la libertad e igualdad de los esposos, proceso lento y aún en crecimiento, que aparece con solidez a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial.⁶

En los tiempos actuales, el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna del niño.

⁶ Observemos que la segunda revolución dentro del seno de la familia, es netamente ideológica y prueba de ello es la tendencia en progresión del cambio radical del concepto de matrimonio a través de la aceptación de su consolidación jurídica por personas del mismo sexo.

Es de observar, que se forma una suerte de elipsis o enlace de modo que la competencia se determina por residencia habitual del niño y que el derecho de custodia se considera vulnerado conforme al ordenamiento de la residencia habitual; que el derecho de custodia es a su vez, atribuido por la autoridad de la residencia habitual y que el ejercicio efectivo de dicha custodia atribuida deberá ser tal, o sea realmente efectivo, acorde a la residencia habitual antes del traslado forzoso.

10 .Consideraciones de cierre

Estos principios no se excluyen muy por el contrario se complementan y sin duda, hay muchos más en juego. No existe un procedimiento modélico para restituir un niño al Estado de su residencia habitual cuando ha sido ilícitamente sustraído de ella por uno de sus padres. Pero en la vida se observan renglones torcidos en la gran mayoría de los casos, por obra de la persona humana. Entonces sobreviene el derecho que intenta corregir esos renglones torcidos y digo intenta, pues a través de un conjunto de letra escrita no logra abarcar la totalidad de supuestos ni mucho menos vislumbrar el futuro de una resolución que puede haber dado conclusión al tema planteado pero que requiere de ser cumplida vale decir, del correspondiente sometimiento de las partes a su contenido. Los convenios internacionales se abocan con pretensión permanente de perfeccionamiento. Mientras tanto, los ordenamientos nacionales se preocupan en la gran mayoría de los casos por cumplir con la fuente convencional internacional. Argentina lo demuestra a través del decir de sus jueces. Empero, carecemos de un procedimiento nacional que lo reglamente y es más, carecemos de legislación autónoma de Derecho Internacional Privado que regule el tema bajo estudio. De ésta forma, el procedimiento de restitución resulta siempre insuficiente o, por lo menos, objetable. Entonces, un primer acercamiento sería inducir la política legislativa hacia el dictado de una ley nacional que reglamente al procedimiento de restitución. Por otra parte, en el orden local sería sugerente la introducción de la figura del derecho de custodia compartido que actuando junto a la tenencia, otorgue a ambos padres la facultad de tomar decisiones consensuadas sobre el destino de sus hijos entre ellas se encuentra la elección de la residencia habitual.

Convengamos que en el ámbito internacional existe suficiente y apropiada regulación para prevenir la sustracción y procurar el reintegro.

Aceptemos que los procedimientos atinentes a sustracción interparental, se entorpecen y dilatan por las falencias de la legislación interna.

Que se impone entonces, la necesidad de revisar y arribar a un procedimiento medianamente uniforme y efectivo.

Que dicha pretensión debe tener en especial consideración el “perfil de país” a los fines del resguardo por las identidades nacionales facilitando la asistencia entre jueces y entre autoridades administrativas más aún, luego de la creación e intervención de las Autoridades Centrales designadas por cada nación que tanta fluidez han brindado sobre todo en el intercambio de información.

Que las identidades se salvaguardan con el crecimiento de las redes de jueces de enlace preparados para ejecutar debidamente el procedimiento, sustentadas en la confianza y el respeto mutuo. La fungibilidad de los servicios jurisdiccionales, tienden a la efectividad de la tutela judicial que exige hoy más que nunca que un Estado reconozca que hay otros Estados y otros jueces equiparables en su función.

Bibliografía

Adroher Biosca, Salomé: (2009) “La protección de adultos vulnerables: una cuestión pendiente”. En: *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*. Coordinado por Eugenio Llamas Pombo. Madrid. Ed. La Ley.

Arenas García, Rafael: (2001) “Fundamentos, condiciones y procedimiento de la Asistencia Judicial Internacional”. En *Cooperación Jurídica Internacional- Colección Escuela Diplomática* N° 5. Madrid, 2001. Página 69.

Díaz Alabart, Silvia: (2003) “El bienestar superior del niño”. *Revista de Derecho Privado*. Mayo-Junio/2003. Pg345. Madrid.

García Cantero, Gabriel: (2008) “El derecho de familia en Europa. Panorámica entre dos siglos”. En *Actualidad Civil Aranzadi* N° 22. Pg 2446. Madrid.

Jimenez Blanco, Pilar: (2008) *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*. Barcelona. Ed. Bosch.

Lathrop, Fabiola: (2009) “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”. En *Diario La Ley*, n° 7206. Madrid.

Santos Belandro, Rubén B.: (2007) *Minoridad y Ancianidad en el mundo actual. Montevideo*. Asociación de Escribanos del Uruguay.

REDI (Revista Española de Derecho Internacional): (2007) N° 2. Página 855. Madrid.

Zarraluqui Sánchez- Eznarriaga, Luis: (2004) “Las relaciones paternofiliales en la sociedad y en el derecho”. En *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción* .Madrid. Ed. Dykinson. Madrid. Pgs27