

REVISIÓN DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES: LA NECESARIA INCLUSIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO¹

Por Eloísa B. Raya de Vera²

RESUMEN DE LA PONENCIA

La interpretación que realiza la Justicia nacional del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores que se aplica en los procesos de familia de restitución internacional no tiene en cuenta la interrelación negativa que se produce con la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (CEDAW). Ello ha generado órdenes de reintegro de madres y niños/as al ámbito del violento, con graves consecuencias para el grupo familiar. Sin embargo, algunos/as magistrados/as han comenzado un proceso de revisión acompañados de parte de doctrina crítica que viene solicitando un cambio de paradigma y modificación legislativa a fin de que se analice integralmente en el Estado en el que se encuentra el niño/a y su madre la situación de violencia vivida por el grupo familiar.

I.- El proceso de restitución, el control de convencionalidad y la perspectiva de género

El Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es un tratado clásico de cooperación (no posee jerarquía constitucional) que contiene disposiciones de carácter eminentemente procesal. Una de sus más importantes cláusulas establece que no podrá decidirse sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia (art. 16) y que deberá recurrirse a procedimientos de urgencia (art. 11) para lograr el pronto reintegro del niño.

Por lo tanto, en un procedimiento abreviado debe decirse sobre la residencia habitual del niño, si existió traslado o retención indebida, si se producen las causales de excepción para finalmente establecer si corresponde o no restituir.

Toda aquella cuestión vinculada a determinar la idoneidad de alguno de los progenitores para el cuidado del niño, si existió alguna manifestación de violencia de género o en suma analizar profundamente la problemática familiar, está vedado en este tipo de procedimiento.

Ya se han escuchado algunas voces³ que vienen sosteniendo que los tratados de derechos humanos (como la Convención Internacional sobre la

¹ La presente ponencia incluye resultados parciales de la investigación sobre la aplicación de estándares de perspectiva de género en el proceso de restitución internacional de niños/as y adolescentes subsidiado por la Universidad de Morón

² Abogada. Magister en Negociaciones y Relaciones Internacionales (FLACSO-UDESA). Magister en Relaciones Económicas Internacionales (Universidad de Barcelona). Profesora Titular Permanente de Derecho Internacional Privado (UM). Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado (CAMGR). Directora del Instituto de Derecho Internacional (FACA). Vicepresidenta Primera del CAMGR.

³ RAYA DE VERA ELOISA, "El Control de Convencionalidad y el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", publicado en el e-book sobre Restitución

Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer o la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño) exigen un amplio tratamiento de la dinámica familiar que no se puede acallar por disposiciones formales (aunque se encuentren en un tratado) o cuestiones de cooperación.

Ciertamente, el Convenio de La Haya de 1980 es un tratado clásico que posee jerarquía supra legal pero que no tiene jerarquía constitucional ni conforma parte del bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, puede ser objeto del control de convencionalidad cuando en su aplicación se oponga o tenga una interrelación negativa con respecto a disposiciones convencionales de mayor jerarquía.

Con la Reforma constitucional de 1994, el derecho internacional comenzó a insertarse dentro de nuestro derecho interno⁴, gracias a la función de dos fórmulas constitucionales: la puente y la habilitante, por las que se le otorgó jerarquía constitucional a ciertos tratados de derechos humanos y el Estado delegó competencias a organismos supranacionales (por ejemplo Corte Interamericana de Derechos Humanos).

La Reforma de 1994 generó la apertura de nuestra Constitución, que significó no solo la inclusión del Estado en la comunidad internacional aceptando las dimensiones fácticas y jurídicas de interdependencia internacional sino también que la Constitución argentina deja de tener la pretensión de proporcionar un esquema de regulación exclusivo y totalizador sobre la base de un poder soberano para aceptar los marcos reguladores de la comunidad internacional⁵.

Todo lo cual ha traído como consecuencia la erosión del monopolio en el ejercicio del control de constitucionalidad sino que también le impone a nuestro Máximo Tribunal y a todos los jueces de todos los fueros y de todas las instancias ejercer el control de convencionalidad.

El término control de convencionalidad fue por primera vez acuñado expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” y complementado en el caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú” en donde dispuso que todos los jueces de cualquier instancia debían velar por la adecuación de su derecho interno vis a vis las convenciones sobre derechos humanos y las interpretaciones que la Corte IDH realizara de ellos, incluso de oficio.

Lamentablemente, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y gran parte de la justicia nacional efectúa una interpretación genérica del Convenio de La Haya de 1980 recurriendo a frases pre hechas como “proteger el interés superior del niño es restituir” o “las excepciones previstas al progreso de la restitución deben interpretarse de modo estricto, o “las situaciones de violencia manifestadas no llegan a revestir gravedad para impedir el reintegro” o “se encuentra vedado el análisis de la problemática de fondo”, entre otras. De ese

Internacional de Niños a la luz del Derecho Internacional Privado, Directora Sara Feldstein de Cardenas, El Dial, 2019, pág 109.

⁴ AMAYA, Jorge, Alejandro, Diálogos entre Tribunales Internacionales y Tribunales Internos, en Calógero Pizzolo-Luca Mezzetti Coordinadores, Tribunales supranacionales y tribunales nacionales, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 21 y subs.

⁵ PIZZOLO, Calógero, Las Normas Interconectadas, Editorial La Ley, 2013.

modo, rechaza de plano la excepción “de grave riesgo en la salud física o psicológica del niño/a” y ordena el reintegro sin más.

En efecto, el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 dispone que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución y otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: ...existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”

Que sin dudas, la redacción genérica del art. 13 referenciado ut supra incluye a las situaciones de violencia vividas por los/las niños/as y sus madres y autorizarían a no reintegrar.

Así lo han entendido algunos magistrados que realizaron un real control de convencionalidad y cumplieron con la obligación de juzgar con perspectiva de género.

Veamos primero el caso “V., M. c. S.Y., C. s. Reintegro de niña” en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 82. A fines de Diciembre de 2019 el Juez a cargo de dicho Juzgado dictó un fallo bajo la perspectiva de género, innovando en materia de restitución internacional de niños⁶.

En efecto, el Juez rechazó el reintegro de la niña X a la ciudad de Bordeaux, Francia, por considerar que su madre había sido objeto de violencia de género de parte de su cónyuge y padre de la niña y que bajo ese estado de violencia psicológica la madre de la niña nunca prestó su consentimiento parental para fijar el domicilio conyugal en Francia.

Asimismo, consideró que el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños era contrario a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que posee jerarquía constitucional en la Argentina, efectuando el tan mentado control de convencionalidad.

Por último, hace una interpretación de lo que debe considerarse residencia habitual en el caso de niños muy pequeños, ya que la niña estuvo en Francia dos meses aproximadamente y tan solo tenía un año de edad. Veremos cada uno de estos aspectos por separado.

Veamos ahora el segundo caso. El 21 de Diciembre de 2021 la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Puerto Rico de la Provincia de Misiones emite un fallo novedoso ya que aplica la perspectiva de género en un proceso de restitución internacional de niños, niñas y/o adolescentes.

El caso posee los siguientes elementos fácticos: la niña nació en Argentina pero vivió sus primeros años de vida en Paraguay en la sede del hogar familiar en un ambiente plagado de violencia. La madre de la niña (de nacionalidad argentina) viajó a su país para dar a luz ya que el sistema hospitalario argentino era mejor. La niña recién nacida solo fue inscripta con

⁶ Se aclara que la resolución de primera instancia aquí comentada fue revocada por la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil ordenándose la restitución de la niña a Francia. Y finalmente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (en una sentencia reciente) decide revocar la resolución de Cámara considerando que la residencia habitual de X se encuentra en Argentina.

filiación materna. La violencia acompañó a la madre y a la niña desde el embarazo. Debido a los golpes recibidos tuvieron que adelantar el parto y la niña nació prematura. Envuelta en el círculo de la violencia la madre de la niña regresa a Paraguay con su hija junto al perpetrador de tanta violencia, con la autoestima desecha y sin mecanismo de defensa. Fue la propia hermana del padre de la niña -harta de asistir a situaciones de extrema violencia- quien ayudó a la demandada a escaparse de Paraguay y viajar hacia la Argentina con la niña.

El padre de la niña, primero reconoce a la pequeña y luego inicia un proceso de restitución internacional para que la niña sea reintegrada prontamente a Paraguay. Dicho proceso queda radicado ante el Juzgado de Primera Instancia de la Ciudad de Puerto Rico, el que aplicando literalmente la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989 ordena el reintegro de la niña en el mes de Julio de 2021.

La madre de la niña apela y durante el trámite de apelación, la Cámara ordena ciertas medidas de mejor proveer (exhortos a la Policía de Paraguay para que informe sobre las denuncias de violencia y causas instruidas por dichas denuncias y oficio al Hospital de Misiones para que informe las circunstancias que generaron el adelantamiento del parto e historia clínica de la madre de la niña). Luego de evacuados dichos requerimientos, la Cámara rechaza el reintegro de la niña por considerar que existía grave riesgo en la salud física y/o psicológica en caso de retornar. Sin embargo, sus puntos más novedosos son: a) que efectúa el control de convencionalidad entre la Convención Interamericana aplicable y las normas constitucionales y de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional en Argentina; b) considera que los hechos de violencia le quitan ilicitud al traslado en virtud al deber que poseen los jueces de juzgar con perspectiva de género y c) que es necesario hacer un análisis del interés superior del niño en cada caso particular. Veamos estos aspectos en particular.

Los jueces de Cámara en el fallo aquí comentado -ejerciendo el control de convencionalidad- determinaron que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) posee jerarquía constitucional y tiene aplicación prioritaria y prevalente al procedimiento establecido por la Convención Interamericana. Asimismo, establecieron el deber de los jueces de juzgar con perspectiva de género, por lo que la situación de violencia vivida por la demandada no podía quedar desatendida por la justicia argentina.

Ciertamente, la equiparación constitucional del derecho internacional de los derechos humanos es concedida por la Constitución Argentina (art. 75 inc. 22), razón por la cual, en el supuesto que se produjere una incompatibilidad entre una norma inferior (como la CIDIP) con respecto a los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, ésta adolecería de inmediata validez.

El sistema de derechos humanos, en especial la CEDAW, se ocupa y preocupa por garantizar el goce de los derechos y libertades de las mujeres, en condiciones de igualdad con los hombres, a través de la adopción de medidas destinadas a modificar aquellos estereotipos basados en la supuesta noción de inferioridad de las mujeres. La situación de la mujer en la familia es uno de ellos,

centrada en un rol de cuidado del hogar y de los hijos, por contraposición a la función proveedora del sustento que le es asignada a los hombres⁷.

Atendiendo a esta perspectiva, la Cámara determinó que no había ilicitud ni en el traslado ni en la retención de la niña en Argentina. Es decir, la conducta de la madre estaba justificada en las normas sobre derechos humanos (directamente operativas). Lo contrario llevaría a considerar al proceso de restitución como un “solve et repete”, totalmente incompatible con el respeto a la integridad personal y los derechos de la niña y su madre.

El fallo de Cámara aquí analizado, en esa misma sintonía dispone que “persistir en la idea formalista de que existe un interés del niño para la generalidad de los casos y otro distinto para los procesos de restitución, es una falacia”. Si el niño sufre violencia o vive en un ambiente violento, la justicia no debe amparar su regreso basándose en máximas exclusivamente de naturaleza procesal.

Sin dudas, se ha iniciado un proceso de revisión de la restitución internacional, que tuvo eco en parte de la doctrina y que hoy está teniendo manifestaciones concretas en la jurisprudencia⁸ (el fallo aquí analizado es un ejemplo de ello). Ojalá esta revisión lleve a procesos más justos, más inclusivos y más igualitarios.

II.- Conclusiones y propuestas

En la Universidad de Granada (España) se está llevando a cabo una investigación sobre el menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista debido a las graves consecuencias sobre el grupo familiar con la materialización del reintegro.

En Uruguay, en Diciembre de 2017, se sancionó la ley 19.580 que modifica el art. 15 inc. 2 b de la ley 18.895 que describe el proceso de restitución internacional. Dicho artículo reformado dispone con respecto a la oposición de excepciones que *“Existe un grave riesgo de que la restitución de la persona de menos de dieciséis años de edad la exponga a un peligro físico, psíquico o que de cualquier otra manera ponga a la persona en una situación intolerable. Siempre que se acredite que exista o haya existido violencia basada en género del demandante contra los hijos cuya restitución se solicita, o contra la persona a cuyo cargo se encuentren, se considera configurado el grave riesgo a que hace referencia el inciso anterior”*.

Esta reforma incluyó como excepción a la orden de reintegro la existencia de violencia machista contra la progenitora de los/las niños/as. Por lo

⁷ LORENZETTI, Luis Ricardo, Director, Código Civil y Comercial explicado, Derecho de Familia, Tomo 1, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 16).

⁸ No puede dejar de mencionarse el emblemático caso “Neulinger y Shuruk vs. Suiza” de la Corte Europea de Derechos Humanos” (2010) y la medida cautelar de la Comisión Interamericana en el caso “R.M.A. c. F.M.B. s. Reintegro de hijo” (2016) o en el caso “V., M. c. S.Y., C. s. Reintegro del niño” en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 82.

tanto, los jueces uruguayos una vez verificada la existencia de violencia de género están en condiciones de rechazar la restitución.

Lamentablemente en Argentina no existe una disposición semejante que otorgue criterios interpretativos. Por el contrario, se han presentado diversos proyectos para regular el procedimiento a nivel nacional con una tendencia totalmente contraria a considerar las obligaciones argentinas en materia de derechos humanos y posee varias disposiciones tendientes a cercenar el derecho de defensa e impedir la posibilidad de recurrir extraordinariamente⁹.

Que con la finalidad de que los jueces efectúen un real control de convencionalidad en el proceso de restitución internacional considerando los principios contenidos en la CEDAW en aquellos casos en donde se pruebe la existencia de violencia de género contra la progenitora y/o los/las niños/as SE PROPONE la elaboración de una ley de procedimiento semejante a la ley uruguaya que incluya específicamente el abordaje amplio de situaciones de violencia de género en el Estado en el que los/as niños/as se encuentren y la previsión de negarse al reintegro cuando haya existido o exista violencia de género contra los hijos o contra la persona que se encuentre a su cargo.

Debemos honrar las obligaciones internacionales que impuso la CEDAW. De lo contrario tendremos nuevas comunicaciones contra el Estado Argentino como en el caso "Díaz" (Comunicación 127/2018 del Comité de la CEDAW).

⁹ Mizrahi Mauricio, Restitución Internacional de niños, Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 147.