

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MINORIDAD FRENTE AL DESPLAZAMIENTO INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: BASES PARA LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO TUTIVO DE LA FAMILIA

**César Lincoln Candela Sánchez\***

*Las figuras de la familia y del niño han evolucionado en conjunto con los derechos que los revisten. En la actualidad, el principio del interés superior del niño ha cambiado la forma en cómo éste se desarrolla en el ámbito de la familia.*

*En el presente artículo, el autor hace una breve explicación sobre qué abarca el Derecho Internacional Privado, con especial énfasis en el interés superior del niño y su influencia para tutelar sus derechos frente al desplazamiento internacional.*

\* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Vocal del Tribunal Administrativo de la Propiedad del Organismo de Formalización de la Propiedad (COFOPRI).

## I. INTRODUCCIÓN

El desplazamiento y la retención internacional de menores no son problemas recientes. Así pues, para darnos una idea, Brizzio<sup>1</sup>, citando a Hidalgo, refiere el caso del sobrino de Ludwig van Beethoven, quien a la muerte de su padre (y hermano del notable músico), sustrajo al niño del poder de su cuñada por el motivo de la desatención y falta de cuidados para posteriormente trasladarlo a Austria.

Lo que podría pensarse un hecho relacionado a una celebridad de la música y al pasado, se constituye en tiempos de la globalización en un fenómeno frecuente y con gran vigencia en los cinco continentes, gatillado por factores conjuntos como las crisis matrimoniales o de uniones de hecho y las facilidades para la movilidad humana entre países que contribuyen a la dispersión internacional de la familia.

Este contexto suele complicarse aún más, en casos de matrimonios o uniones de hecho anidadas en culturas diversas, con puntos de contacto en territorios remotos o con mutabilidad de domicilios. De ahí que, ante el conflicto entre los esposos o concubinos, el supuesto más frecuente es que uno de los progenitores toma la decisión de desplazar al menor de su residencia habitual ante el desconocimiento u oposición del otro, produciéndose de ese modo la sustracción internacional<sup>2</sup>.

Puede también presentarse el caso que uno de los progenitores convenga en que el otro traslade al menor al extranjero con el compromiso de retornarlo dentro de un plazo estipulado, el cual empero se incumple llegando a consumarse la retención ilícita.

En el ojo de la tormenta familiar y la lucha de poder entre los adultos, encontramos a los niños, niñas y/o adolescentes que por su grado de vulnerabilidad se convierten a menudo en víctimas de la crisis familiar, en armas de presión o trofeos conquistados por alguno de los progenitores.

En procura de dar una respuesta tuitiva observamos que los instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia se orientan a apuntalar los derechos y el interés superior del menor, como se evidencia en el sistema de las Naciones Unidas a través de la Convención sobre Derechos del Niño, el instrumento universal más importante<sup>3</sup>, vinculante para el Perú y con rango constitucional.

En el caso de los instrumentos jurídicos internacionales sobre desplazamiento internacional de menores se advierten sin embargo, entre otros, problemas derivados del concurso de tratados y disfuncionalidad con el derecho interno.

En efecto, cuando sucede el desplazamiento de niños, niñas y adolescentes, algunos Estados se encuentran desvalidos de fuentes jurídicas internas aplicables en forma uniforme, que permitan articular los compromisos internacionales o, en el mejor de los casos, que se registre ausencia de normas de conflicto de Derecho Internacional Privado entre los ordenamientos jurídicos concernidos con la controversia que no favorecen lecturas uniformes permeables al Derecho extranjero en beneficio del proyecto de vida del menor (justicia conflictualista).

Es, por ello, necesario pasar revista en forma sucinta a la evolución de los enfoques de derechos fundamentales de la minoridad frente al fenómeno del desplazamiento internacional de menores que describen el escenario en que interactuará el Derecho Internacional Privado Tuitivo de Familia para alcanzar la restitución de los niños, niñas y adolescentes.

## II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como precisión de partida hay que señalar entonces que el núcleo de éste artículo se ubica en el continente del Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado es la disciplina jurídica que se encarga de la

<sup>1</sup> BRIZZIO, Jacqueline. "La aplicación de la CIDIP IV sobre restitución internacional de menores en los tribunales de Córdoba". En: Revista La Ley. 2004. p. 1028.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

producción de reglas<sup>4</sup> y directivas para la solución de controversias derivadas de la relación privada internacional, entendida como aquella situación jurídica surgida del tráfico externo que es privada porque vincula a los particulares<sup>5</sup>, (no excluyendo al Estado cuando actúa despojado de su *ius imperii*, como un particular) y que es internacional, al presentar elementos extranjeros relevantes (lugar de residencia habitual, lugar de ubicación de los bienes, ley de la nacionalidad, entre otros).

Tradicionalmente, se ha reservado como contenidos del Derecho Internacional Privado a (i) las cuestiones de **competencia jurisdiccional**, es decir, dirimir el órgano jurisdiccional o la autoridad competente para la solución de la controversia; (ii) el **Derecho aplicable** que apunta a decidir la fuente jurídica aplicable por la autoridad (*forum*); (iii) el **reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros**, lo que se materializa a través del proceso de *exequátur*; y, (iv) la **cooperación judicial y/o administrativa internacional**<sup>6</sup>, por la cual se persigue que la medida de restitución o de protección dictada por una autoridad pueda tener efectos extraterritoriales, a través de las sinergias de las denominadas Autoridades Centrales.

Hoy, se anexan nuevas dimensiones jurídicas a la disciplina, comprendiendo (i) el estudio de la movilidad humana internacional a través de los flujos de personas que participan de las migraciones internacionales<sup>7</sup>; (ii) el intercambio de bienes y servicios a partir de la liberalización de los mercados y de los procesos de integración; pero también al (iii) combate de las actividades transfronterizas ilícitas<sup>8</sup> en un horizonte ampliado de víctimas, como

puede ser el caso de uno del hijo (menor y/o adolescente), progenitor, y ciertamente, la familia.

### III. LA RELACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL DE FAMILIA: LÍNEA DE TRASMISIÓN PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO TUITIVO

El régimen de familia en el Derecho Internacional Privado contemporáneo va más allá de la categoría “familia” cimentada sobre el matrimonio, el cual incluso no es de estructura única<sup>9</sup>. El modelo de matrimonio condiciona el concepto de familia y, así pues, de acuerdo a su evolución histórica observamos que éste pivotó en sus inicios en torno a los principios de dependencia, autoridad marital, jerarquía y subordinación.

En tiempos más cercanos, se deben reconocer más bien otros factores reorganizadores como la monogamia (y, en otros contextos incluso, la poligamia), la heterosexualidad y la exogamia, aunque sujetas empero a variaciones de acuerdo a los contextos sociales, culturales y económicos de cada región del mundo.

Es por ello que si, durante el siglo XIX, el matrimonio era la base de la familia y sustrato necesario para la paz social, en las dos últimas décadas del siglo XX se podrá observar más bien un proceso de **laicización**, por el cual la familia va perdiendo su carácter moralizante, produciéndose una crisis del modelo tradicional de familia. En ese sentido, los ordenamientos jurídicos, al decir de Pallarés, se “orientan por una línea protectora de la familia entendida como una agrupación libre de personas distintas e iguales”, es decir, en una categoría más amplia que la fundada en el matrimonio<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Convenciones, protocolos, leyes Modelo, guías legislativas, Documentos uniformes, entre otros. Ver: <http://www.oas.org>.

<sup>5</sup> DELGADO BARRETO; César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción al Derecho internacional privado”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2004. p. 26.

<sup>6</sup> VAN LOON, Hans. “The Protection of Children’s Rights – in particular from the point of view of private international law: summary of course”. En: “Derecho Internacional y Derechos Humanos. Libro conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José de Costa Rica, 24 de abril – 06 de mayo de 1995”. San José: Daniel Bardonnnet y Antonio Cancado Trindade (Editores).1996. p. 141.

<sup>7</sup> Categoría que contextualiza fenómenos como la sustracción internacional de menores.

<sup>8</sup> Ver: <http://www.oas.org> (Documento preparado por la Sub-Secretaría de Asuntos Jurídicos).

<sup>9</sup> PALLARÉS, Beatriz. “El régimen internacional del matrimonio en el derecho de los países del cono sur del continente americano”. En: Jornadas de derecho internacional – OEA, Secretaría General. 2002. p. 1.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

Así pues, el Derecho de Familia y el Derecho Matrimonial van perdiendo en determinadas parcelas su carácter imperativo, permitiéndose que los particulares autorregulen sus relaciones privadas, de suerte tal que el Derecho interviene cuando se produce la falta de acuerdo entre las partes<sup>11</sup>.

Resulta interesante no perder de vista que la construcción de los principios que rigen las relaciones de familia se inscriben en los instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos de carácter universal.

En efecto, el principio general de respeto a la dignidad de la persona humana y al desarrollo de su personalidad en cuanto organización social familiar<sup>12</sup> es reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Organización de Naciones Unidas (en adelante, la ONU), el 16 de diciembre de 1966 (artículo 23); la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, (artículo 17); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la ONU el 18 de diciembre de 1979, entre otros instrumentos jurídicos internacionales.

En clave de principios generales fundamentales para la configuración de cada sistema de Derecho de Familia, se pueden reconocer para el análisis dentro del eje para éste artículo, a los siguientes:

- Reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, a disolverlo y a volver a celebrar otro.
- Plena igualdad jurídica de los contrayentes, de los cónyuges y entre los hijos, cualquiera sea su filiación.

- Co-participación para regular las relaciones en el ámbito de la familia, dimanantes del reconocimiento a la libertad del individuo y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- Separación conceptual entre matrimonio y familia, atendiendo a que el núcleo de la familia es el hijo y no el matrimonio, el cual de constatarse sólo incide directamente entre los cónyuges.
- Pérdida del carácter único del modelo tradicional de familia.
- Mantenimiento del carácter fundamental de la familia<sup>13</sup>.

Los principios generales del régimen de familia en los sistemas jurídicos de las civilizaciones occidentales se cimentan sobre las bases de la **libertad, igualdad y no discriminación**, pero, asimismo, el concepto de familia que se protege no se enmarca solamente en la familia basada en el matrimonio, sino como una unidad donde los progenitores ejercen en forma paritaria, la autoridad y prerrogativas sobre los hijos menores<sup>14</sup>, núcleo duro del Derecho Internacional Privado de Familia.

En determinados sistemas jurídicos, parecería que se empieza a vislumbrar cierta **neutralidad social** en lo que respecta a los diferentes modelos familiares<sup>15</sup> dentro de un Derecho laico, donde el individualismo se ha llegado a desarrollar hasta el punto de afectar **la unidad** (ligada a la identidad familiar fundada sobre el matrimonio y determinada por la persona del varón y la mujer), condicionando, en definitiva, un pluralismo de estructuras familiares en algunos países occidentales<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Como ejemplo, hoy se permite la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento. *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibid.* p. 3.

<sup>14</sup> BURT, Robert. "La constitución de la familia". En: BELOFF, Mary (Compiladora). "Derecho, infancia y familia". Barcelona: Editorial GEDISA S.A. 2000. p. 38.

<sup>15</sup> Bucher sostiene que ésta aproximación se manifiesta igualmente en la manera de concebir la integración de la comunidad de parejas homosexuales. Observa que la homosexualidad aparece hoy en día, dejando siglos de reprobación moral oficial y deviene en objeto de protección social y jurídica que se sustenta con mayor o menor intensidad que en los otros modelos familiares. BUCHER, Andreas. "La famille en droit international privé" En: Recueil des Cours. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers. 2000. pp. 20-21.

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 21.

#### IV. LA RELACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL RESPECTO A LOS HIJOS MENORES

Se observa asimismo que, en las sociedades occidentales, el(la) niño(a) deviene en un(a) compañero(a) que se afirma en la familia hoy como sujeto de derechos. A lo largo de muchos años (y de una lenta evolución), el hijo era considerado como objeto de protección, representando una base alejada de los derechos civiles y políticos (cuya aplicación se reservaba a los adultos). Sobre la premisa del **derecho de protección**, se explicarán un conjunto de deberes de la humanidad con la infancia a efectos de preservarla, aunque también ha servido de cobertura para tratamientos represores y paternalistas<sup>17</sup>.

En ese sentido, bajo este esquema, se reconocía al padre, la madre y al Estado el rol de dominadores absolutos de la vida del niño.

Posteriormente, el **interés del niño** se constituiría en un principio rector y en un criterio autónomo para definir el lugar del niño en la familia y en el contexto internacional. Así, la Convención de la ONU del 20 de noviembre de 1989 sobre derechos del niño lo considera como **sujeto de derechos**<sup>18</sup>, constructor de su propia autonomía personal y jurídica.

Es por ello que el interés superior del niño se constituye en una categoría a ser ponderada por terceros, sean los padres o las autoridades estatales para graduar cada tipo de la intervención.

Este enfoque puede permitir comprender que la residencia principal del menor (aún en la hipótesis de domicilio múltiple), será el punto de confluencia y centro de gravedad para el ejercicio privado del vínculo paterno-filial bajo el marco de respeto de los derechos de los hijos<sup>19</sup>.

Desde esa perspectiva, el centro de gravedad de la relación paterno-filial deja de tener un enfoque paternalista.

El *status* de hijos va transitando hacia un enfoque “como individuos independientes, titulares de derechos subjetivos, merecedores no sólo de reconocimiento sino también de garantía y promoción”<sup>20</sup>, a partir de lo cual se reconoce la **legitimidad de su participación** en las decisiones que puedan afectarlos.

Es por ello que la autorización de relocalización de menores a otro país se otorgará cuando el desarraigo traiga a los menores ventajas que superen las mermas por su traslado<sup>21</sup>.

#### V. LA EVOLUCIÓN DE LOS ENFOQUE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El extenso período de tiempo y las mutaciones por las cuales el niño, niña o adolescente se encuentra en situación de indefensión y dependencia por su condición de minoridad, es ilustrado por Goldstein<sup>22</sup>, citando a Anna Freud, quien expone cómo “[...] este factor biológico, por un lado, carga a los padres con todo el peso de la responsabilidad por la supervivencia y bienestar de su dependencia y, por el otro, garantiza que las atenciones cotidianas a las necesidades múltiples del niño conviertan el lazo físico que las une en una unión mutua de vínculos psicológicos. Tales interacciones en proceso constante entre los padres y los niños se convierten para cada niño en el punto de partida inicial de desarrollo que conduce al funcionamiento del mundo de los adultos. La indefensión necesita del cuidado absoluto y el tiempo extra es transformado en necesidad o deseo por aprobación o amor. Esto favorece el deseo de agradar conforme a los gustos paternos. Provee una base de desarrollo sobre la cual

<sup>17</sup> AMICH ELÍAS, Cristina. “Los sistemas regionales de derechos del niño: Unión Europea y Brasil”. En: Revista de Estudios Europeos 46-47. 2007. p. 111.

<sup>18</sup> BUCHER. Andreas Op. cit. Loc. cit.

<sup>19</sup> BERMÚDEZ, Manuel. “La regulación de la tenencia compartida en el Perú (Ley 29269)”. En: Revista de Derecho de Familia 41. 2008. p. 263.

<sup>20</sup> TAMAYO, Silvia. “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”. En: Revista de Derecho de Familia 41. 2008. p. 37.

<sup>21</sup> CASADO, Eduardo. “La disyuntiva del niño frente al proyecto de vida de uno de sus progenitores en el extranjero. Sobre un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que autoriza a la madre que ostenta la tenencia a su hijo a radicarse en España con él”. En: Revista de Derecho de Familia 49. 2011. p. 87.

<sup>22</sup> GOLDSTEIN, Joseph. “¿En el interés superior de quién?”. En: BELOFF, Mary (Compiladora). Op. cit. p. 119.

se apoya la responsabilidad del niño en los esfuerzos educacionales. El amor hacia los padres los conduce a su identificación con ellos, sin la cual el control del impulso y la socialización resultarían deficientes. Finalmente, luego de años de infancia, llega la prolongada y en varios aspectos dolorosa lucha adolescente por obtener una identidad diferenciada, apoyada en la confianza en sí mismo física, emocional y moral”.

Desde el campo jurídico, sin embargo, ha existido un desfase para internalizar estas categorías del desarrollo de la personalidad, brindando a la minoridad el tratamiento de sujeto de derechos.

A la luz de los diversos enfoques **tradicionales** sobre niñez y adolescencia, se ha visto que ser menor supone ser dependiente y carecer de autoridad para tomar una decisión sobre lo que resulta siendo mejor para sí mismo, al margen del control de los progenitores o representantes legales. En cierta forma, se consideraba que por su condición los menores podían encontrarse en riesgo<sup>23</sup>.

Se asocia en cambio a la adultez, bajo este enfoque, la condición de ser jurídicamente libre para aceptar riesgos, con capacidad independiente y autoridad necesaria para resolver en forma individual qué es lo que resulta mejor para sí mismo<sup>24</sup>, o en el caso, para sus hijos.

En efecto, bien entrado el siglo XX, a los hijos menores no se les reconocía como titulares de libertades y **derechos de participación democrática**, sino básicamente de derechos sociales (educación, salud, trabajo, como protección frente a la explotación laboral; por ejemplo, algunos convenios de la Organización Internacional del Trabajo –OIT)<sup>25</sup>.

Será recién con la Declaración Universal de 1948 que se instala **en forma expresa una regla de equiparación**, en el discurso de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional, que parte del reconocimiento a la igualdad entre los hijos al margen

de su condición (de matrimoniales o extramatrimoniales), y por género, a partir del derecho a la igualdad entre niñas y niños.

Analizando la impronta de la perspectiva **tuitiva** en los instrumentos jurídicos internacionales, Amich<sup>26</sup> señala que “en 1959, las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, mas su formulación continuaba sin avanzar en el reconocimiento de derechos civiles y políticos, centrándose en una profundización del derecho de protección y de los derechos sociales de educación y asistencia social, los cuales, a su vez, serán progresivamente consolidados y desarrollados en diversos instrumentos parciales. No será diferente la perspectiva de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales o de la Carta Social Europea: Sólo el derecho a la igualdad, al nombre y a la nacionalidad, así como ciertos aspectos de los derechos penales y procesales, estarán presentes”.

Así pues, la Declaración de Derechos del Niño de 1959 servirá de marco y referente teórico para el desarrollo de políticas de **bienestar** del menor (propios del Derecho de Menores Clásico), con el fin de satisfacer los requerimientos de salud, afecto, comprensión, educación, esparcimiento y seguridad social, los mismos que encontrarán posterior desarrollo legislativo en los Códigos de Menores<sup>27</sup>.

Será recién con la Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989, que se adopta en el Derecho Internacional el reconocimiento de **derechos activos** del niño o **derechos de autonomía**, incluyendo entre otros, la libertad de expresión, de información, de pensamiento, de conciencia y de religión, así como la libertad de asociación, de reunión, el derecho a la intimidad y al honor.

En efecto, la interpretación exclusivamente tuitiva es matizada con una nueva concepción que postula que el niño es sujeto de derechos morales en las dimensiones de la libertad, la igualdad y

<sup>23</sup> Ibid. p. 118.

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> AMICH ELÍAS, Cristina. Op. cit. p. 112.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Ibid. p. 113-114.

la seguridad. En clave de esta perspectiva, se le considera sujeto de derechos no solo pasivos (por lo cual recibe prestaciones de los adultos), sino ante todo, **derechos activos** como la libertad de pensamiento, expresión, información, asociación, reunión y participación<sup>28</sup>.

La discusión respecto del ejercicio de los derechos activos ha girado en torno al factor de los derechos de los progenitores y el factor de la edad, en que debe reconocérseles aquellos. En este contrapunto, convenimos con quienes consideran que el debate mayoría-minoría de edad debe ser replanteado por un sistema de tramos que reconozca la incapacidad genérica para los infantes y más bien la capacidad genérica para los menores regulando por tramos los tipos de actos que el menor no pueda realizar autónomamente o aquellos en que su consentimiento y decisión demande los complementos (propios de la intervención paterna o de sus representantes legales). Así pues, la condición de la minoridad no debe apreciarse necesariamente como una persona totalmente incapaz sino, al decir de Díez Picazo, citado por Amich<sup>29</sup>, con una **capacidad especial**.

Encontramos entonces que el Derecho Internacional de los Derechos del Niño como sujeto activo con la condición peculiar de **persona en desarrollo** se reconoce con la Convención de las Naciones Unidas de 1989, la cual incorpora además el paradigma de la **protección integral**<sup>30</sup>, que se aleja del enfoque menor-problema social como justificante de la intervención estatal.

En ese sentido, los niños, niñas y adolescentes tienen derechos exigibles y oponibles, gozando de medidas de protección frente a la amenaza o lesión por el Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables.

Estas categorías serán ampliadas a través de otros instrumentos jurídicos propios de las especificidades regionales.

Desde el contexto regional europeo, los derechos de los menores han sido reconocidos por la Carta Europea de los Derechos fundamentales, en cuyo artículo 23, se establece lo siguiente:

Artículo 23.- "Protección de los niños

1. Los niños tienen derecho para su bienestar a la protección y a los cuidados necesarios. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y a su madurez.
2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial"<sup>31</sup>.

Más aun, en el espacio europeo se promueven actividades para que los niños intervengan directamente en el proceso y estrategias sobre los derechos de la infancia, configurándose en un tema con envergadura propia, no subsumidos únicamente en los derechos humanos generales.

Diversos factores afectan la **continuidad** de la unidad familiar, por ejemplo, la separación de los progenitores en que la autoridad judicial sustituye el entendimiento compartido entre los padres separados. Asimismo, en virtud de un mandato legal, cuando se impone la voluntad de uno de los progenitores sobre el otro, a partir de un régimen de visitas y órdenes de custodia conjunta<sup>32</sup>.

En efecto, los complejos procesos evolutivos para el desarrollo de la minoridad justifican que la intervención estatal sea mínima, comprendiendo las limitaciones existentes para sustituir en forma adecuada los vínculos de sangre y vasos comunicantes diversos entre los progenitores y sus hijos<sup>33</sup> que se sustancian entre otras, por las siguientes instituciones:

<sup>28</sup> *Ibíd.* p. 114.

<sup>29</sup> *Ibíd.*em.

<sup>30</sup> *Ibíd.* p. 117.

<sup>31</sup> *Ibíd.* p. 123.

<sup>32</sup> GOLDSTEIN, Joseph. *Op. cit.* p. 116.

<sup>33</sup> *Ibíd.* p. 120.

### A. La patria potestad

Supone un derecho natural reconocido por el Derecho positivo para ser ejercido sin implicar abuso del Derecho<sup>34</sup>. Al hablar del ejercicio conjunto de la patria potestad, ello supone que el conjunto de decisiones relacionadas con los hijos deben ser tomadas de común acuerdo, entre éstas, como el fijar la residencia de los hijos en el extranjero<sup>35</sup>.

### B. La custodia

A efectos de comprender por qué la continuidad de las relaciones parentales contribuyen al desarrollo normal de un niño, resulta ilustrativo citar la observación de Goldstein<sup>36</sup>, quien señala que “el crecimiento físico, emocional, intelectual, social y moral del niño no puede ocurrir sin ocasionarle dificultades internas inevitables. La inestabilidad de todos los procesos mentales durante el período de desarrollo necesita ser compensada por la estabilidad y el apoyo ininterrumpido proveniente de ámbitos externos. El crecimiento compensado se detiene o se interrumpe cuando los sobresaltos y cambios del mundo exterior se agregan a aquellos interiores”.

Desde la perspectiva de éste autor, la **continuidad** de las relaciones **paterno filiales psicológicas** asegura la unidad de la familia en armonía doméstica, sirviendo de sustento a la custodia conjunta para el desarrollo del niño<sup>37</sup>.

De modo tal que, en un proceso de custodia sobre los hijos, a la autoridad judicial sólo le corresponderá responder quién tendrá la custodia y no cómo o bajo qué condiciones el que tenga la custodia se relacionará con el niño y con el otro progenitor<sup>38</sup>.

El derecho a custodia comprende el derecho de cuidado del menor y en especial comprende

la facultad de decidir su lugar de residencia. La custodia puede ser ejercida en forma separada o conjunta y suele ser otorgada de pleno derecho por una decisión judicial, administrativa o un acuerdo válido y vigente conforme a la ley del lugar de otorgamiento.

La custodia compartida se podría dar en el caso que un progenitor tuviera la custodia atribuida pero requiriera del consentimiento del otro para poder abandonar el país con el hijo, pudiendo entenderse entonces que, en términos prácticos, por el hecho de estar supeditada la salida del menor al consentimiento del otro progenitor, no tendría el derecho de decidir la residencia del menor<sup>39</sup>.

## VI. EL OBJETO DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Es común que el progenitor al que se le afecta el derecho de tenencia o el régimen de visitas, debido a la sustracción, esté inclinado a invocar la restitución del menor, en tanto no contempla la posibilidad de movilizarse al lugar donde fue llevado el hijo. Por el contrario, cuando acepta movilizarse para reencontrarse con el hijo (al lugar donde aquél fue trasladado), no toma cuerpo por lo general, ninguna denuncia de sustracción<sup>40</sup>.

Asimismo, resulta claro que la sustracción se produjo porque el otro progenitor (sustractor), no toleró vivir en el lugar de residencia habitual del hijo.

Lo cierto es que, en los variados escenarios de la sustracción internacional o retención ilícita surgen alteraciones anímicas entre todos los involucrados en el conflicto familiar.

Así pues, se identifican estados de tensión emocional entre los padres, en la estación previa a la sustracción y que conducen a que uno de ellos opte por llevar a cabo la

<sup>34</sup> ORGEIRA, Mariano. “El padre como sujeto activo del delito de sustracción de menores”. En: Revista La Ley. 2007. p. 21.

<sup>35</sup> RAYA DE VERA, Eloisa. “Interpretación del derecho de custodia”. En: Revista jurídica La Ley. 2009. p. 615.

<sup>36</sup> GOLDSTEIN, Joseph. Op. cit. p.115.

<sup>37</sup> *Ibid.* p. 116.

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 122.

<sup>39</sup> RAYA DE VERA, Eloisa. Op. cit. Loc. cit.

<sup>40</sup> ORTEMBERG, Osvaldo Daniel. “Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctimas de sustracción ilegal”. En: LL Gran Cuyo. 2006. p. 359.

sustracción del hijo de la custodia o régimen de visitas, con la consiguiente desarticulación del grupo convivencial. Este tipo de alteraciones son percibidas y se impregnan en el menor generándole inestabilidad, en tanto que estas señales se originan en los núcleos que deben procurarle seguridad física y emocional.

Del mismo modo, la fragilidad emocional que aquel traía, previa a la sustracción, se acrecienta al producirse la misma, con la ausencia del otro progenitor y con los lazos de dependencia que se establecen con el progenitor aprehensor o retenedor, considerado, en palabras de Ortemberg<sup>41</sup>, “su único **sostén emocional y físico**” [El énfasis es nuestro].

Luego, la misma solicitud de retorno puede agregar nuevos estados de tensión emocional, en el progenitor aprehensor o retenedor y en el propio menor, por una orden de retorno, desarrollándole sentimientos de pánico.

Es por ésta razón que los dictámenes psicológicos que se practican a los menores, en la estación para decidir el retorno, determinan inestabilidad emocional, la cual debe llevar a valorar la sustracción o retención ilícita como un “un ataque al niño que sufre pasivamente una privación del vínculo emocional con su otro progenitor”<sup>42</sup>.

Desde la perspectiva jurídica, la sustracción es ilegal porque se produce sin la autorización del otro progenitor o de la institución que lo tuvo a su cargo. En ese orden de ideas, la restitución procura por ejemplo, restablecer el orden familiar alterado por la sustracción,

sin resolver los temas de fondo relacionados con la tenencia y el régimen de visitas.

## VII. COROLARIO: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTE

A partir del Convenio sobre Derechos del Niño se debe asumir qué hace al interés superior del niño el mantener vínculos con ambos progenitores.<sup>43</sup> Más aún, el interés superior se pondera no sólo por la situación del presente del menor sino en particular por la proyección hacia su futuro (que prevalece sobre el presente).

La realización de un informe psicológico sobre el menor, de encuestas de trabajo social sobre la residencia del menor y su familia, de estudios psicológicos sobre los padres y la composición familiar, así como la determinación de las condiciones socioeconómicas en el espacio familiar, suelen ser valorados como medios probatorios a la hora de discernir el interés superior del menor.

No obstante y por paradójico que parezca, en ocasiones incluso cuando se ha producido el **aquerenciamiento** o arraigo del niño, niña o adolescente con su nuevo entorno físico, parental, cultural o vivencial, puede resultar prudente mantener el *statu quo* de la sustracción para librar al menor de un nuevo trauma por el retorno al lugar del que fue sustraído, con las secuelas de desarraigo, depresión y dolor<sup>44</sup>. Esta posibilidad tiene siempre el inconveniente de privar al menor del progenitor dejado en abandono, y aquel (aquella) llevar a cabo un sublime sacrificio y objetiva racionalidad a la hora de tomar su decisión, por el interés superior del hijo.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.