

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

LA OPINIÓN DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

por FEDERICO JOSÉ SOLSONA¹ & ANTONELLA PILAR CHIARRELLO²

Resumen: El presente trabajo consta de tres ejes de desarrollo. El primero, cumpliendo una función introductoria del tema que nos convoca, explica brevemente los dos paradigmas históricos en relación a los niños. Desde una concepción del niño objeto de protección a otra realidad distinta en donde el niño es sujeto de derecho. Por otra parte, se menciona normativa local e internacional haciendo especial hincapié en el proceso de constitucionalización del Derecho Privado que inspiró la reforma del Código Civil e implicó reformular sus normas según los principios de Derechos Humanos presentes en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. La segunda parte, se enfoca precisamente en la participación del Niño en los procesos, su derecho a ser oído, relevancia de su discurso y el vínculo estrecho con conceptos como autonomía progresiva, capacidad jurídica e interés superior del niño. Si bien, el tema parece zanjado, en los procesos de Restitución Internacional de los niños, la cuestión no está tan dilucidada ni resuelta, incluso la doctrina suele dividirse cuando hablamos de opinión del menor en esta clase de procesos. Finalmente se desarrollan una serie de fallos de esta temática, dando lugar a interpretaciones judiciales diversas respecto al artículo 13 de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ya que de la lectura gramatical del mismo,

¹ Abogado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Especialista en Magistratura (UNR). Docente universitario. Adscripto de las asignaturas “Derecho de Daños” y “Derecho de las Obligaciones” (UNR). Prosecretario del Juzgado Civil, Comercial y Laboral de la localidad de Firmat.

² Abogada (UNR). Especialista en Abogacía Pública (ECAE). Especialista en Magistratura (UNR). Docente de la asignatura “Derecho Privado – Parte General” (UNR).

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

se comprende que los magistrados pueden negar la restitución en aquellos casos en que se compruebe que el propio niño o adolescente se opone a regresar al país del que ha sido sustraído, pero que esto sólo funciona como una excepción a la obligación de restituir. Por lo tanto, se trata de una interpretación restrictiva por parte del juez que puede lesionar derechos del niño sino se realiza una interpretación global con los restantes Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Palabras Claves: Infancia – Derechos de los Niños – Autonomía Progresiva.

Abstract: This paper consists of three development axes. The first, fulfilling an introductory function of the subject that summons us, briefly explains the two historical paradigms in relation to children. From a conception of the child as an object of protection to a different reality where the child is a subject of rights. On the other hand, local and international regulations are mentioned, with special emphasis on the process of constitutionalization of Private Law that inspired the reform of the Civil Code and implied reformulating its rules according to the principles of Human Rights present in our Constitution and in the International Treaties with constitutional hierarchy. The second part focuses precisely on the participation of children in the proceedings, their right to be heard, the relevance of their speech and the close link with concepts such as progressive autonomy, legal capacity and the best interests of the child. Although the issue seems to be settled, in international child restitution proceedings, the question is not so elucidated or resolved, even the doctrine is usually divided when we talk about the child's opinion in this kind of proceedings. Finally, a series of rulings on this subject are developed, giving rise to different judicial interpretations with respect to Article 13 of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, since from the grammatical reading of the same, it is understood that the magistrates can deny the return in those cases in which it is proven that the child or adolescent is opposed to returning to the country from

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

which he/she has been abducted, but that this only functions as an exception to the obligation to return. Therefore, this is a restrictive interpretation on the part of the judge that can harm the rights of the child if a global interpretation is not made with the remaining International Human Rights Treaties.

Keywords: Childhood – Children's Rights – Progressive Autonomy.

Sumario: I. Un cambio de paradigma 1. Un verdadero cambio de paradigma en los derechos de los niños, niñas y adolescentes. 2. Derecho Interno: herramientas con las que contamos. II. El accionar de los Niños, Niñas y Adolescentes. 1. Autonomía progresiva y capacidad jurídica. 2. El derecho a la participación en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño. Análisis del artículo 12 y el debido proceso. III. La opinión de los Niños, Niñas y Adolescentes en procesos judiciales. Su relevancia. 1. La importancia del interés superior de un/a niño/a en el marco de un proceso judicial. 2. Procesos en particular: Restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. 3. Diversos fallos sobre la ponderación judicial de la opinión del niño/a y su consecuente encuadre con el art. 13 de la Convención de la Haya. IV. Consideraciones finales.

I. UN CAMBIO DE PARADIGMA

1. Un verdadero cambio de paradigma en los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Una breve revisión histórica nos da lugar a plantear la afirmación de que hasta no hace mucho tiempo la incapacidad de los niños y niñas era una regla indiscutible que desconocía e ignoraba por completo sus derechos³.

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Dignidad y Autonomía Progresiva de los niños” en *Revista Rubinza Culzoni*, p.113.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

En el transcurso del tiempo los conceptos de menor o niño se han ido modificando y adaptando a los momentos históricos. Ya en el año 1960 los pedagogos, psicólogos, pensaban en niños/as/adolescentes, mientras que los juristas, pensaban en “menores”. Habiendo muchas definiciones de niños/as y adolescentes, casi ninguna era de menor, ya que los juristas lo definían por lo que no es. La definición es una operación lógica que proporciona las notas esenciales de un objeto de conocimiento. Sin embargo, esto no se cumple cuando se define un objeto o sujeto diciendo lo que no es. En efecto, en esta temática se decía que “menor es aquél que no es mayor”.

Este inconveniente en la forma de definir refleja el vacío de su contenido. Ese vacío generó un sistema de exclusión social, políticas para menores, jueces para menores, institutos para los mismos, desde una perspectiva tutelar. Cuando se habla de menores se habla de lo que las personas no son, jamás de su esencia como sujeto. Aparece una característica típica de las leyes en 1920-30: las sociedades organizadas en Estado reflejaron esa incapacidad o inconveniencia propia de la ideología de aquellos tiempos en reconocer en los/as niños/as y en los adolescentes la sustancia, la identidad, la esencia del sujeto de Derecho, la esencia de tener, por sí mismo, sus derechos, en definitiva, la máxima de la Dignidad Humana.

Las sociedades establecen que por esa condición de minoría de edad (condición no definida o mal definida, por incapacidad o inconveniencia ideológica) los niños/as y adolescentes (condiciones discriminatorias e infamantes – abandonados, carentes, delincuentes, callejeros) pasan a ser, como individuos, tutelados por el Estado. La autoridad absoluta del Estado que encarna esa tutela en tal sistema es el Juez de Menores.

La persona biológica, psicológica, social, cultural, ética de un niño/a /adolescente pasa a ser tutelada por un agente o autoridad del

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

Estado, que delega funciones a burocracias. Todo eso en nombre de una concepción ficticia.

En una formación jurídica hablamos de menor, de la capacidad del menor, de sus derechos. El término menor es jurídicamente válido como herramienta del mundo jurídico, pero hay “cosificación” en este ámbito; además subyace la conciencia de que es “menor” aquel que no tiene en plenitud su capacidad de hecho⁴.

La historia nos indica que surgen dos tipos de paradigmas que son fundamentales para comprender el rol que se les da a los niños. Por un lado, tenemos el paradigma de la situación irregular y por otro el paradigma de la protección integral. El primero hace referencia a una situación de fragmentación de la infancia, políticas dirigidas a la misma, institucionalización, exclusión de la pobreza, negando sus derechos incluidos los derechos humanos. Por otro lado, el paradigma de protección integral implica el reconocimiento del niño, niña y adolescente como sujeto de derechos, ya no en el concepto vacío de “menor”.

El siglo XX ha sido testigo de un profundo y dinámico proceso de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuya máxima expresión ha sido la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en 1989.

En 1924 la Sociedad de las Naciones adopta en su V Asamblea el primer texto formal, conocido como la Declaración de Ginebra; posteriormente en 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptará la Declaración Universal de Derechos del Niño.

Siempre nos parecen un gran logro los avances legislativos y normativos que amplían derechos, imponiendo al Estado el deber de promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. La CDN es un

⁴ CARRILLO BASCARY, M “La protección legal de la vida: reflexiones sobre el concepto de “niño” y sus implicancias normativas”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, p. 866.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

instrumento destinado a la no discriminación, a la reafirmación del reconocimiento de los niños como personas humanas, y responde a la necesidad de contar con instrumentos jurídicos idóneos para proteger sus derechos⁵.

2. Derecho Interno: herramientas con las que contamos

En la reforma constitucional de 1994 se da la recepción en nuestro derecho interno de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos; aquí es cuando la Convención de los Derechos del Niño adquiere jerarquía superior a las leyes integrando el llamado bloque de constitucionalidad del artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. Dicha jerarquía generó que la legislación interna por entonces vigente se vuelva obsoleta frente al requerimiento de congruencia constitucional, de aquí que la ley nacional 26.061, sancionada en nuestro país en el año 2005, recepta y sistematiza los principios de la Convención.

La ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes reconoce que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos, cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos, que tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés⁶.

Además, establece la obligación de garantizar a aquéllos el derecho de ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o

⁵ CILLERO BRUÑOL, M. “Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios” en *Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez, Adolescencia y el grupo familiar*, p.1.

⁶ TORRENS, M. & RAJMIL, A. B., "Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Capacidad Jurídica y autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista n° 8 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos 2ª Circunscripción*. pp. 31-32.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

administrativo y que, ante la omisión de poseer recursos económicos, sea el Estado el que deba otorgarle un letrado que lo patrocine.

Compartimos las palabras de la Dra. Silvina Andrea Alonso, quien menciona que el derecho del niño a ser oído establece la posibilidad de que el niño se exprese en cualquier especie de proceso en el cual esté en juego la afectación a sus intereses. Esto último se daría a través de instancias de diálogo entre los niños, niñas y adolescentes y la autoridad judicial o administrativa, respetándose los derechos fundamentales, con un procedimiento especial atento al carácter de menor de edad, que evite consecuencias estigmatizantes para el niño, niña y/o adolescente⁷.

El artículo 707 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente, y que su opinión sea tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

Tanto la CDN como la ley nacional 26.061 receptan una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio, que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas⁸.

En cuanto al artículo 26 podríamos decir que donde se trata el “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad” dispone que:

“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En

⁷ ALONSO, S. A., “Derecho del niño a ser oído: ¿Derecho irrenunciable o carga procesal?”.

⁸ MINYERSKY, N & HERRERA, M, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061” en GARCIA MENDEZ, E. (comp) *Protección Integral de Derechos de Niños Niñas y Adolescentes Análisis de la Ley 26.061*, p. 54.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. 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. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

La legislación civil y comercial adoptó un criterio flexible y se determinó tratamientos invasivos y no invasivos a los fines de poder dilucidar determinados actos que repercuten en la vida de los niños, niñas y adolescentes. Esto nos permite velar para que se cumpla con la protección del más débil, uno de los valores subyacentes en el CCyC; en variados supuestos, especialmente los que comprometen la salud de esas personas vulnerables, esa protección requiere autorizar a la persona menor de edad la realización de ese acto y evitar la judicialización⁹.

Para finalizar con este punto, no podemos dejar de mencionar el proceso de constitucionalización del Derecho Privado que inspiró la reforma del Código Civil e implicó reformular sus normas según los

⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. & HERRERA, M & LAMM, E. y otros. “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación” en Sistema Argentino de Información Jurídica, 19/08/2015.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

principios de Derechos Humanos presentes en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

Se configura así una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado, de modo que implica repensar la agenda iusprivatista en cuestiones tradicionalmente alejadas del sistema, tales como los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos¹⁰.

II. EL ACCIONAR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

1. Autonomía progresiva y capacidad jurídica

La edad y el grado de madurez son dos cuestiones a tratar a los fines de dilucidar el actuar de los menores de edad, y en la toma de decisiones en lo que a ellos les concierne. A los fines de comprender su importancia partimos de la denominada capacidad progresiva, la cual se manifiesta a través del ejercicio de los derechos que van adquiriendo los menores de edad a medida que avanza su edad y su grado de madurez.

Todo ello no se podría poner en práctica en nuestra sociedad ante los casos concretos si no tuviéramos instrumentos internacionales y legislación local que nos acompañen y amparen para su efectivización en miras de respetar el interés superior del niño.

Ahora bien, es de larga data que estos instrumentos internacionales tales como la CIDN, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los

¹⁰ CIURO CALDANI, M. A. & NICOLAU, N. L & FRUSTAGLI, S. “Derecho Privado del siglo XXI. I”, p. 169.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

Jóvenes privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad), son los instrumentos jurídicos (entre otros) que, acompañados por jurisprudencia y doctrina de gran alcance, constituyen la llamada Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia, los cuales han cambiado la percepción del menor como objeto de tutela y represión ahondando en reconocerlos como sujetos plenos de derechos¹¹.

Si entendemos que la infancia es una época de desarrollo efectivo y progresivo, tanto personal como social y jurídico, podemos comprender los objetivos que traza la Convención de los Derechos del Niño, en particular cuando afirma que los niños y las niñas tienen iguales derechos que todas las personas. Asimismo, busca regular los conflictos jurídicos, determinar los derechos propios, orientar las políticas públicas en relación a la infancia; y limitar las actuaciones de las autoridades¹².

La CDN incorpora el principio de la autonomía progresiva, indicando a los Estados parte que deberán respetar los deberes y derechos de los padres, siendo la responsabilidad de estos la de guiar a los niños en la medida de su desarrollo, para que puedan ir aprendiendo y concretando el ejercicio de los derechos que la CDN titulariza¹³.

Asimismo, nos resulta interesante mencionar lo explicitado por la Dra. Torrens en su libro “Autonomía progresiva. Evolución de las

¹¹ LORA, L. N., “El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, pp. 479-488.

¹² CILLERO BRUÑOL, M., “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del niño* n° 9, UNICEF, p. 31.

¹³ CAVAGNARO, M. V. & COLAZO, I. I., “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo materno: Una mirada a partir del interés superior del niño y de la capacidad progresiva”, en *Sistema Argentino de Información Jurídica*, p. 3.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

facultades de niñas, niños y adolescentes” cuando cita a Lansdown al hablar de la importancia de la CDN, en tanto intermediación entre la realidad de la niñez y el respeto del ideal contenido en el concepto de autonomía, y así sostiene:

“El art. 5° de la Convención no cancela totalmente la presunción de incompetencia en el caso de los niños, pero sí impone a los Estados partes la obligación de asegurarse de que sean respetadas las facultades del niño. De ese modo concede al principio de autonomía la capacidad potencial de extenderse más ampliamente a los niños, sin por ello dejar de proporcionar el marco protector necesario para evitar que padezcan explotación, daños o abusos”.

2. El derecho a la participación en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño. Análisis del artículo 12 y el debido proceso

En primer lugar, desde el punto de vista de la Convención, el Comité resaltó como principio concerniente a los NNyA el derecho a la participación, al que ya hemos hecho referencia, encontrándose previsto en el artículo 12. Este principio resulta clave y como bien lo ha señalado el Comité, es uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño¹⁴.

El derecho a la participación se consagra como la potestad del niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan. La Corte ha establecido que, con el objeto de atender primordialmente al interés del niño, y con el propósito de que este último sea escuchado con todas las garantías a fin de que pueda hacer efectivos sus derechos, se debe solicitar al juez de la causa que designe

¹⁴ NACIONES UNIDAS, Observación General n° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, p. 5.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

un letrado especializado en la materia para que lo patrocine¹⁵. La convención señala que debe tenerse en cuenta dicha opinión en función de su edad y madurez. Esta regla no es absoluta y tampoco es una imposición, en el sentido de que el niño tiene derecho a no ejercer ese derecho.

Junto a esta idea, el niño puede expresar libremente sus opiniones sin presiones - en cuestiones de familia esto se torna muy dificultoso - por tanto, es importante detectar que el niño no sea manipulado ni esté sujeto a una influencia o presión indebida. La contracara es lograr que el niño no sea entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos¹⁶. El proceso de "escuchar" a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en este. Todo ello lleva a la necesidad de asegurar que el niño cuente con toda la información y asesoramiento suficiente para la toma de decisiones, todo ello en miras de alcanzar una que favorezca su interés superior¹⁷.

Asimismo, reafirma la idea de su participación en el procedimiento judicial o administrativo, en donde tiene la oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Esta idea de expresar su opinión debe correlacionarse con la plena aplicación del artículo 12, en dónde se exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación tales como el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura, que conforman un canal de comunicación primordial dependiendo la edad de los niños. Es importante la precisión del artículo 12 de la Convención en lo que refiere al derecho a ser escuchado a todo niño “...*que esté en condiciones de formarse un juicio propio*”. En este caso los Estados partes deben dar por supuesto que el

¹⁵ CSJN, “B., C. I. c/ S., A. N. s/ cuidado personal del hijo (tenencia)”, 09/09/2021.

¹⁶ Ibid., p. 10.

¹⁷ Ibid., p. 8.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

niño tiene capacidad para formar sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas¹⁸.

La oportunidad de ser escuchado es indispensable en todos los procedimientos judiciales que afecten al niño. A modo de ejemplo podemos nombrar aquellos procesos en donde se discute cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, restitución internacional de niños, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de conflictos armados.

En líneas anteriores se ha mencionado la participación que tienen los niños en los procesos que los atañen, y esto nos lleva a la necesidad de destacar dos cuestiones sumamente ligadas a la idea de una efectiva participación del niño en la esfera judicial. Por un lado, podríamos decir que la intervención del Ministerio Pupilar resulta clave, atento a que la falta de intervención para ejercer la representación promiscua cuando la resolución compromete en forma directa los intereses del menor de edad, no sólo menoscaba su función institucional, sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones. En este sentido, en “Carballo de Pochat” se resolvió declarar la nulidad de lo actuado desde el dictado del fallo de primera instancia y disponer que el Ministerio Pupilar tome intervención en el juicio¹⁹.

En este caso la figura del Defensor Oficial asumió la representación y se adhirió a la demanda interpuesta por la madre a los fines de que el Estado pague una indemnización por la muerte del progenitor. Sin embargo, pese a ello, no había tenido intervención alguna en dicha causa a partir del dictado de la sentencia de grado.

¹⁸ Ibid., p. 9.

¹⁹ CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios”, 19/05/2009.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

En “Rivera” se mencionó que el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio. En este caso se advierte que no se dispuso la participación del Ministerio de Menores y tampoco se le confirió intervención en aquellas decisiones que podían causar un gravamen de insusceptible reparación ulterior, y por tanto se decidió declarar la nulidad de las resoluciones dictadas sin esa participación previa²⁰.

La jurisprudencia y la legislación nacional e internacional nos dejan entrever que aquella decisión judicial que no tenga en consideración primordial el interés superior del niño resulta por ello contraria a la Convención, y para que la misma no sea catalogada como arbitraria y discrecional debe erigirse sobre la base de un proceso que propicie la participación del niño, niña o adolescente y garantice su derecho a ser oído²¹.

Retomamos en este punto una clasificación que realiza la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien da cuenta de que la intervención de los niños, niñas y adolescentes como parte procesal es la manifestación más compleja del derecho a participar, sin embargo, no debe circunscribirse a la calidad de parte en el sentido estrictamente procesal. Para esto es importante reconocer que en la gran mayoría de los casos existe una esfera de actuación directa de parte del niño/a ejerciendo su "derecho a ser oído". En otras palabras, es preciso no quedarse con la idea de la participación del niño en el proceso como la única forma de ser parte

²⁰ CSJN, “Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. s/ daños y perjuicios - ordinario”, 06/07/2010.

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “A.C.M y otros s/ Divorcio (art. 214 inc. 2 Cód. Civil)”, 30/03/2010.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

en el mismo. Su peculiar condición impone al sistema jurídico habilitar, y, en algunos casos promover, otras posibles formas de intervención²².

III. LA OPINIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN PROCESOS JUDICIALES. SU RELEVANCIA

1. La importancia del interés superior de un/a niño/a en el marco de un proceso judicial

A los fines de determinar la implicancia que tiene este principio en el proceso judicial podemos determinar previamente que el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño consagra que este principio, “el interés superior del niño”, será “una consideración primordial” en todas las medidas que le afectan. Ahora bien, entendemos que puede resultar compleja una definición del mismo y por tal motivo buscaremos una idea que nos lleve a acercarnos a la mayor aplicación que podemos hacer de él en las decisiones cotidianas que deben y pueden tomar los menores de edad.

Sin ánimos de redundar, recordemos que el concepto del interés superior del niño fue recogido del artículo 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959 que dispone que este debe ser “la consideración fundamental” únicamente en cuanto a “la promulgación de leyes” destinadas a la protección y bienestar del niño.

El art. 3 de la ley 26.061 establece que:

“Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión

²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. & MOLINA DE JUAN, M. “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, en *Revista RCCyC*, p.3.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.

Este principio de especial relevancia permite resolver conflictos de derecho a través de la ponderación de los derechos en conflicto. Se evitaría un uso abusivo estableciendo en la legislación nacional requisitos para que se utilice el principio cuando haya conflictos entre derechos como, por ejemplo, la reserva judicial, y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta²³.

En consonancia con lo expuesto, hay que destacar los efectos positivos de una correcta aplicación de este principio, especialmente en sede judicial. Como mencionamos con anterioridad, se requiere que siempre se tome aquella medida que asegure la máxima satisfacción integral de los derechos que sea posible, tanto en su aspecto cuantitativo como en la calidad de los mismos²⁴.

El Comité, a través de la Observación General n° 14 define el concepto de “interés superior del niño” como un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

En primer término, como un derecho sustantivo, y manda precisamente a que su interés sea una consideración primordial, que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho

²³ CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior...”, p. 11.

²⁴ CILLERO BRUÑOL, M. “El interés superior del niño...” p. 69.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños, concreto o genérico, o a los niños en general. Por otro lado, un principio jurídico interpretativo fundamental: que esta interpretación siempre sea la que satisfaga de forma más efectiva este interés. Por último, menciona como una norma de procedimiento y esto quiere decir que, el proceso de adopción de decisiones, deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados²⁵.

Ahora bien, como hemos adelantado, la cuestión se encuentra enmarcada en establecer cuál es el interés superior en el caso concreto de cada NNyA, y cuál es la repercusión que puede producir la resolución respecto de sus derechos fundamentales y la posibilidad de aquel de participar de las decisiones que se tomen en relación a su vida. Para esto es primordial ponderar las consideraciones del caso, en particular teniendo en cuenta el contexto en el que suscitaron los hechos. Todo ello acompañado por los máximos principios que rigen en materia de familia y, fundamentalmente, los que se encuentran consagrados constitucionalmente²⁶.

2. Procesos en particular: Restitución internacional de menores

Creemos que cada proceso tiene sus peculiaridades cuando se trata de la opinión del NNyA y la valoración que el juez debe efectuar a la misma. En efecto, no será lo mismo un proceso penal que un proceso enmarcado dentro del Derecho de Familia, atento a que cada uno tiene diversos principios que rigen la propia materia. En este sentido, el proceso que decidimos desarrollar y ahondar en el presente

²⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAD, Observación General n° 14, aprobada por el Comité en su 62 período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3°, párr. 1°).

²⁶ MENDEZ, R., “La participación del niño, niña o adolescente en los procesos de familia.”, en *Revista Interdisciplinaria de Familia*.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

trabajo posee ciertas características que hacen que la doctrina suela dividirse cuando hablamos de opinión del menor.

Para la síntesis de lo que venimos hablando nos parece relevante citar algunos fallos que suelen encontrar opiniones encontradas en los juristas del Derecho Internacional Privado sobre esta temática. En este sentido, la jurisprudencia como fuente del Derecho nos ayuda a comprender cuáles son los aspectos conflictivos de una aplicación tajante de la normativa, o más bien de una interpretación meramente gramatical.

En este análisis es necesario anticipar que los procesos de restitución internacional se inician generalmente cuando se efectúa un traslado de un niño/a de modo unilateral a un lugar diverso de su residencia habitual, y deviene de un ejercicio abusivo de los derechos de guarda o custodia de un progenitor en perjuicio del otro. La autora Zacur menciona que se inicia un proceso de estas características cuando se configuran dos conductas ilícitas: el traslado (si un niño es desplazado a un Estado distinto al de su residencia habitual sin autorización alguna del otro progenitor) y la retención (configurada por el desplazamiento a un Estado diferente al de su residencia habitual con autorización del otro progenitor, pero vencido el término estipulado en la misma, el niño no es regresado)²⁷. Por consiguiente, ante esta situación el progenitor afectado tiene por objeto asegurar la restitución inmediata de los niños/as trasladados o retenidos en forma ilícita.

Las fuentes para resolver conflictos de este tenor son la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Una mención especial merece el artículo 2642 de nuestro Código Civil y Comercial indicado en el

²⁷ ZACUR, A., “Breves consideraciones en torno a la restitución internacional de niños.”, en *Revista de Abogacía de la Universidad Nacional de Jose C. Paz.* p.14.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

caso de los supuestos en que no resulta aplicable ninguna de las convenciones enunciadas. Este artículo establece que fuera del ámbito de aplicación de los instrumentos vigentes en la materia, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño²⁸. Otros principios que deben aplicarse y respetarse en esta clase de procesos son el derecho del niño/a a tener contacto fluido con ambos progenitores, al juez natural en todos los procesos relativos a este (teniendo en cuenta su residencia habitual), y a obtener una rápida resolución del pedido de restitución, pues lo que está en juego es su centro de vida, su estabilidad, bienestar, y arraigo.

En algunos casos del Derecho Internacional Privado se ha dado lugar a la restitución internacional del menor teniendo en cuenta su residencia habitual, sin embargo, este concepto ha tenido diversas connotaciones y los fallos no han sido unánimes sobre la extensión de este concepto. Como mencionamos anteriormente, nunca debe perderse de vista el interés superior del niño, que puede no coincidir con que su lugar sea su residencia habitual.

En este sentido, en el artículo 13 de la Convención mencionada expresa:

“La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de

²⁸ Ibid.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.

A su vez, el artículo 20 también establece que se podrá denegar la restitución “...cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

Sin perjuicio de lo expuesto, la posibilidad de exceptuar la restitución inmediata del niño, como principio general en el ámbito de las convenciones en estudio, también cede cuando el interés concreto del niño, consagrado mediante su derecho fundamental a ser oído, así lo amerite en función de su edad y grado de madurez. Incluso la última parte del artículo 13 de la Convención de la Haya lo habilita, y además menciona que la autoridad judicial o administrativa “...podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones”. Esto implica, como adelantamos en la primera parte de este trabajo, que el juez debe evaluar la capacidad del niño para formarse una opinión autónoma -sin injerencias externas- en la mayor medida posible; sin embargo, al ser una facultad, esta oposición no es directamente vinculante.

En definitiva, este reconocimiento universal ha traído aparejada la necesidad de precisar su alcance y unificar su interpretación, siendo de extrema necesidad los aportes doctrinarios y jurisprudenciales. Así, ha sido elaborada en el marco de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de Infancia y Juventud la Observación General n° 12, en la que se analiza este derecho y se arriba a conclusiones que pueden servir de sugerencias a la hora de resolver planteos de restitución internacional de niños²⁹. Entre algunos puntos de relevancia se sostiene que el

²⁹ RUBAJA, N., “Restitución Internacional de Menores: una solución enfocada desde el procedimiento”, en *Revista SJA Jurisprudencia Argentina*, p.25.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

reconocimiento del derecho del NNyA a ser escuchado, establecido en la Convención de los Derechos del NNyA, no impone ningún límite de edad para ejercerse y, por lo tanto, desalienta a los Estados parte a introducir límites de edad, ni en derecho ni en la práctica, que puedan limitar el derecho del niño a ser oído en todos los asuntos que lo afecten. Ello resulta extensivo a los procesos de restitución internacional de niños. Especialmente, en el marco de la Convención de la Haya en análisis, en tanto debe tenerse en cuenta que si bien autoriza a negar la restitución en aquellos casos en que se compruebe que el propio niño o adolescente se opone a regresar al país del que ha sido sustraído, ello funciona como una excepción a la obligación de restituir y, como tal, debe ser interpretada restrictivamente³⁰.

En resumen, puesto que los procesos de restitución de menores afectan primordialmente el interés de éstos, los magistrados tendrán el deber de tener en cuenta la opinión de estos al fundamentar sus decisiones. Para ello evaluarán y apreciarán en cada caso concreto, en función de la madurez del niño de que se trate, si este se niega a retornar al país de su residencia habitual y si tal negativa resulta suficiente para exceptuar la obligación de restituir. En esta evaluación, además del vínculo que posea la autoridad competente con el niño o adolescente, será de palmaria significación el aporte interdisciplinario que puedan brindar otros profesionales expertos en la temática³¹ para interpretar su negativa, expresada verbalmente o no, o si ésta responde a su verdadero interés o a la influencia que puedan sufrir de alguno de sus progenitores.

3. Diversos fallos sobre la ponderación judicial de la opinión del niño/a y su consecuente encuadre con el art. 13 de la Convención de la Haya

A modo de ejemplo, en el fallo “D.,H.A c/ L., EM s/ Restituc Internac de Menores”, se suspendió la orden de restitución a España de

³⁰ Ibid., p. 15.

³¹ Ibid.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

dos hermanos de 15 y 13 años, otorgando especial relevancia a las opiniones formadas y fundadas de los jóvenes con posterioridad al dictado de la restitución, alegando la necesidad de aplicar los principios de capacidad progresiva que deben observarse en la materia.

Se resalta del fallo que, si bien escuchar y tener en cuenta las opiniones del adolescente no significa, necesariamente, hacer caso absoluto a lo que requiera, dado que las decisiones a tomarse deben tener como objetivo su interés superior, su parecer debe ser necesariamente considerado al momento de decidir, ameritando cada caso en su justa dimensión. Se dijo que *“El juez debe tener en cuenta sus manifestaciones y deseos, pero siempre que éstos sean el producto de una autonomía y libre expresión, pues el límite se encuentra en la configuración de un interés contrario que válidamente justifique el apartamiento de la voluntad del adolescente”*³².

Por otra parte, se marca que los niños no deben ser objeto de la controversia que se genere entre padres, y que para constituirse en auténticos sujetos cuya opinión sea debidamente valorada se debe habilitar su participación activa en el proceso.

Asimismo, en el fallo mencionado se hace una debida ponderación de las Convenciones que entran en juego, mientras la Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional, la Convención De la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no la tiene, reconociendo de todos modos que la misma prevé en su artículo 4 que el Convenio no se aplicará cuando el menor alcance la edad de 16 años.

De esta lectura también se advierte cómo la ponderación de la opinión del niño no está estrictamente vinculada a la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, sino que está supeditada a la concurrencia de una verdadera oposición del niño,

³² Juzgado Nacional Civil n° 4, “D., H. A. c/ L., E. M. s/Restitución Internacional de menores”, 10/07/2017.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

entendida como una negativa tajante a regresar al lugar de la residencia habitual, lo que, de verificarse, no daría lugar al mecanismo reparatorio. Y esto es sumamente importante, porque no está vinculado a un simple arbitrio o capricho del menor, o al menos no debería ser así.

En esta línea, se encuentra presente el fallo “A. G., L. I. c/ R. M., G. H. s/ restitución internacional de menores”, donde la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Quilmes, que no habían hecho lugar al pedido de restitución internacional de las niñas A.R. y N.R. a España, bajo el fundamento de tomar en consideración sus dichos y sus preferencias³³.

En este sentido, la madre apelante de estos decisorios menciona en el recurso extraordinario que *“...lo manifestado por las niñas no tiene virtualidad para rechazar la restitución internacional solicitada, ya que trasunta una mera preferencia por el lugar donde se han acostumbrado a vivir, pero no un rechazo que importe un grave riesgo para las niñas”*.

La Corte, en este caso, ratifica que la regla es la inmediata restitución de la persona menor de edad al país de su residencia habitual, por lo tanto, la negación a esta debe ser una excepción de carácter taxativo e interpretada de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del convenio. En ese contexto, la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, citando al fallo Wilner³⁴, sólo procede cuando el traslado les irrogaría a las personas menores de edad un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un cambio de lugar de residencia o de la ruptura de la convivencia con uno de los padres.

³³ CSJN, “A. G., L. I. c. R. M., G. H. s. Restitución internacional de menores”, 28/10/2021.

³⁴ CSJN, “Wilner Eduardo Mario c. Osswald María Gabriela”, 14/06/95.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

La Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, parte VI, artículo 13(1)(b), realizada en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado celebrada en el año 2020, establece pautas interpretativas para la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, y entre ellas señala que el riesgo debe ser real y alcanzar cierto “grado de seriedad” para ser calificado de “grave”, y debe representar una “situación intolerable”, esto es, una situación que no se debería esperar que un niño tolere (punto 34).

Con todos estos argumentos, el tribunal revoca la sentencia apelada y, en los términos señalados, hace lugar a la demanda de restitución internacional iniciada por la progenitora. Entre los considerandos exponen que

“...no consta agregada a la causa acta o registro que dé cuenta de las manifestaciones concretas de las niñas en la audiencia celebrada ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia y por lo tanto, no es posible determinar la existencia de una verdadera oposición en los términos requeridos por la Convención para la procedencia de la excepción”³⁵.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar el fallo “M. S. G. contra F. M. V.s/Restitución Internacional de Menores”, donde el criterio de la Suprema Corte de Buenos Aires cambia. En el caso se rechazó la restitución solicitada, basándose en los deseos del niño de 11 años de quedarse en este país, en contra de toda la doctrina nacional e internacional en este punto.

Si bien las críticas a este fallo pasan por la excesiva demora de los tribunales en resolver, sin respetar la urgencia que debe otorgarse a este tipo de procesos conforme el compromiso internacional contraído

³⁵ Ibid.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

por nuestro país al ratificar el mencionado Convenio de La Haya, otra de las críticas es la que realiza la Dra. Quaini al analizar el fallo, donde expone que un niño de 11 años divisa un grado de madurez suficiente que lo hacía capaz de entender perfectamente la conflictiva que estaba padeciendo.

Esta situación hizo que el magistrado tenga la convicción de que el traslado reunía los requisitos necesarios para habilitar la vía de excepción contemplada en el penúltimo párrafo del art. 13 de la citada Convención.

Es así que el magistrado se apartó de la posición de la CSJN en cuanto a lo que veníamos exponiendo de que la excepción prevista en el artículo 13, cuarto párrafo, de la Convención de La Haya que se refiere a la opinión de los niños, solo procede frente a una verdadera oposición, entendida como un repudio tajante. Por lo que esas palabras que dijo el niño se consideraron como una debida justificación para negar la restitución.

La Dra. Quaini menciona que, si bien es real que los jóvenes de hoy en día no pueden ser obligados a subir a un avión a determinada edad, dar lugar a la simple preferencia de un niño de 11 años de edad pone en riesgo toda la aplicación del Convenio de 1980 y transmite una notable inseguridad jurídica a los padres que viven en otros países y que inician este tipo de procesos³⁶.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En el presente trabajo ratificamos que no hay incompatibilidad o contradicción entre el citado Convenio de La Haya de 1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño, en razón de que ambas

³⁶ QUAIANI, F. M., “Un fallo controvertido de una restitución internacional por la ley 23.857 a España”, 31/07/2023.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

propenden a la protección del interés superior del niño. Sin embargo, destacamos que hay diversa jurisprudencia en relación a la interpretación del artículo 13 del Convenio y el valor respecto a la opinión del niño en este tipo de procesos que genera cierta inseguridad jurídica. Esto en razón de que la regla general en dicho convenio viene a ser la autorización de la restitución internacional de los niños en casos descriptos en su artículo 3. Pese a ello, la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la restitución del menor si se comprueba que el propio menor se opone.

Dicho esto, parece de fácil lectura, pero cuando vemos los casos concretos devienen ciertos problemas. En la práctica nos encontramos con situaciones conflictivas en donde el niño, en muchas ocasiones, se encuentra en disputa por los intereses personales de sus padres. Las respuestas normativas y judiciales nos vienen a garantizar el resguardo de los derechos fundamentales de los niños logrando una protección integral en lo que respecta a su vida. Cada caso particular con múltiples entramados y conflictos subyacentes nos ubica en un escenario en donde actúa el Derecho Internacional Privado y la garantía y protección de los Derechos Humanos, constituyéndose los mismos en un pilar fundacional y a la vez una exigencia de ineludible cumplimiento.

La constitucionalización del Derecho Privado nos exige romper con los esquemas divisorios tradicionales de los códigos decimonónicos entre Derecho Público y Privado, haciendo especial hincapié en la interpretación. El modelo de “protección integral de derechos” que proclama la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente contiene un real desafío vinculado a lograr el equilibrio entre las nociones de autonomía y protección que debe ser conferido al niño, niña y adolescente. Estas nociones no resultan excluyentes entre sí, sino que se retroalimentan siempre y cuando el juez que intervenga en el caso pueda realizar una adaptación entre las fuentes aplicables, los principios generales de Derechos Humanos y las Convenciones aplicadas al efecto.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

No obstante la legislación pertinente, consideramos de un gran aporte doctrinario los estudios e investigaciones al respecto sobre el Derecho Internacional Privado en relación a los Niños y Niñas, que se pueden ver a través de fallos. Los casos mencionados con anterioridad generan una contradicción de opiniones e interpretaciones que han dado lugar a mencionar que el Convenio de La Haya no es compatible con la Convención de Derechos del Niño; sin embargo, nuestra opinión es que esto no es así.

En el caso de la opinión del niño/a en los procesos judiciales consideramos que siempre se debe tener en cuenta, mas no quiere decir que la misma sea estrictamente vinculante, ya que se pueden tomar decisiones que no sean las más favorables al niño/a. Es necesario entender cuál es el fundamento de la normativa, y por qué en los casos que hemos descripto la norma es estricta en cuanto a la excepcionalidad del rechazo de la restitución internacional.

A nuestro entender, es necesario brindar una seguridad jurídica y estabilidad a los padres, pero también a los niños. Por esto es que no puede negarse una restitución internacional porque el niño solo expresa meras preferencias, sino que habrá que escucharlo, intentando compatibilizar sus intereses con la normativa que, en definitiva, lo protege.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, Silvina Andrea, “Derecho del niño a ser oído: ¿Derecho irrenunciable o carga procesal?”, URL: http://www.terragrijurista.com.ar/doctrina/derecho_ni.htm, consultado el 18/12/2023.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “A.G., L.I. c. R.M., G.H. s/ restitución internacional de menores”, 28/10/2021.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios”, 19/05/2009, Fallos 332:1115.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. s/daños y perjuicios – ordinario”, 06/07/2010, Fallos 333:1152.

- CARRILLO BASCARY, Miguel “La protección legal de la vida: reflexiones sobre el concepto de “niño” y sus implicancias normativas”, URL:

http://derechoarchivos.weebly.com/uploads/2/0/4/5/20459918/unidad_1_la_construccion_historico_social_de_la_infancia.pdf, consultado el 11/09/2023.

- CAVAGNARO, María Victoria & COLAZO, Ivana Inés, “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo materno: Una mirada a partir del interés superior del niño y de la capacidad progresiva Su abordaje desde la legislación vigente y proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la República Argentina”, URL: <http://www.saij.gob.ar/maria-victoria-cavagnaro-ninas-ninos-adolescentes-como-sujetos-derecho-frente-figura-usufructo-paterno-materno-una-mirada-partir-interes-superior-nino-capacidad-progresiva-su-abordaje-desde-legislacion-vigente-proyecto-reforma-codigo-civil-comercial-republica-argentina-dacf130019-2013-01-04/123456789-0abc-defg9100-31fcanirtcod>, consultado el 18/12/2023.

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio & BELOFF, Mary A. (compiladores) en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis, Depalma, 1ª edición, 1998, Buenos Aires.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención” En *Revista Justicia y Derechos del niño* N° 9, UNICEF, URL:

[http://www.iin.oea.org/Cursos a distancia/el interes superior.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos%20a%20distancia/el%20interes%20superior.pdf), consultado el 11/09/2023.

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios” en *Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez, Adolescencia y el grupo familiar*, Delta, N° 10, 1999, Paraná.

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel & NICOLAU, Noemi Lidia & FRUSTAGLI, Sandra. “Derecho Privado del siglo XXI. 1”, Astrea, 2019, Buenos Aires.

- Juzgado Nacional Civil N° 4, “D., H. A. c/ L., E. M. ‘Restitución Internacional de menores’”, 10/07/2017.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & HERRERA, Marisa & LAMM, Eleonora y otros, “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”, URL: <http://www.saij.gob.ar/principio-autonomiaprogresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-principioautonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacionnv12411-2015-08-18/123456789-0abc-114-21ti-lpssedad Devon>, consultado el 18/12/2023.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & MOLINA DE JUAN, Mariel “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, en *revista RCCyC* 2015, URL: [AKC-MMJ-La-participación-del-niño-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf](http://www.akc-mmj.com.ar/la-participacion-del-nino-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf) ([colectivoderechofamilia.com](http://www.colectivoderechofamilia.com)), consultado el 18/12/2023.

- LORA, Laura N., “El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales*, X

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

Jornadas de Investigadores y Becarios, Ediciones Suarez, 2006, Mar del Plata.

- MINYERSKY, Nelly & HERRERA, Marisa “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061” en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. (comp), *Protección Integral de Derechos de Niños Niñas y Adolescentes Análisis de la Ley 26.061*, Editores del Puerto, 1ª edición, 2006, Buenos Aires.

- Organización de las Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009), “El Derecho del niño a ser escuchado”, GE.09-43702 (S) 051009 071009, 2009, Ginebra.

- RUBAJA, Nieve, “Restitución Internacional de Menores: una solución enfocada desde el procedimiento”, en *Revista SJA Jurisprudencia Argentina*, 2011.

- QUAIANI, Fabiana, “Un fallo controvertido de una restitución internacional por la ley 23.857 a España” en *Al día Argentina*, 2023, URL: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2023/07/31/101074/>, consultado el 12/09/2023.

- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “A.C.M y otros s/ Divorcio (art. 214 inc. 2 Cód. Civil)”, 30/03/2010.

- TORRENS, María Claudia & RAJMIL, Alicia, "Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Capacidad Jurídica y autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista N° 8 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos 2ª Circunscripción*, 2008, Santa Fe.

- ZACUR, Ana, “Breves consideraciones en torno a la restitución internacional de niños”, en *Revista de Abogacía de la Universidad Nacional de José C. Paz*, N° 2, mayo de 2018.