



**UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA**

Departamento de Ciencia Política y Estudios Internacionales

Maestría en Estudios Internacionales

**“Restitución internacional de menores,
en el marco del conflicto
entre soberanía y derechos humanos”**

Tesis para la obtención del título ‘Magister en Estudios Internacionales’

Presenta: **Gastón Matías Marano**

Director: **Alejandro Chehtman**

Abstract

A partir del aumento del fenómeno de la sustracción internacional parental, en 1980 surgió como instrumento de cooperación internacional el “*Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, que impuso la realización, a nivel local, de procesos judiciales expeditos y sumamente acotados, desde la perspectiva de la producción de prueba y participación de los niños objeto del ilícito. El objetivo central del convenio, era garantizar la soberanía estatal, y la jurisdicción de cada Estado sobre sus ciudadanos o habitantes, garantizando que las cuestiones referidas a los niños sustraídos de un Estado, fueran decididas por éste y no por otro. Con posterioridad, en noviembre de 1989, en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se adoptó la “*Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*”, un instrumento de derechos humanos que impuso la necesidad de que se escuche a los niños y se les permita participar en los procesos judiciales referidos a ellos, garantizando la protección de sus derechos por sobre los de cualquier otro, incluidos sus padres o los Estados. Esto dio lugar a una colisión normativa entre estos instrumentos.

El trabajo se propone abordar la actual dificultad en la cooperación internacional respecto a la restitución internacional de niños y niñas, postulando que el conflicto entre las dos normas descritas, se enmarca en uno mayor, que es de la oposición entre las normas de derechos humanos básicos y la soberanía.

La presentación se estructurará ponderando primero la cuestión de la cooperación internacional, e introduciendo brevemente la problemática oposición soberanía/derechos humanos. Luego, se analizará la contraposición de normas como una especificidad de dicha problemática, analizando luego los instrumentos internacionales pertinentes y los antecedentes judiciales internacionales. Por último, se propondrá un abordaje para comprender el diálogo normativo estudiado, y se reseñará cuál de los términos del binomio ha tomado primacía por sobre el otro.

Palabras clave: Derechos Humanos, Soberanía, Responsabilidad internacional, Restitución Internacional de Menores.

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN	1
Origen del Problema y Necesidad de Regulación	3
La Regulación Como Forma de Cooperación Internacional	5

SEGUNDA PARTE

OPOSICIÓN ENTRE NORMAS DE DERECHOS HUMANOS Y SOBERANÍA	9
Introducción al Conflicto entre Derechos Humanos y Soberanía	13

TERCERA PARTE

ANÁLISIS DE ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES	18
La Cuestión de la Responsabilidad Internacional	20
Estudio de Casos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	21
Estudio de Casos en el Sistema Europeo de Derechos Humanos	23
Presentación General de los Casos	24
La Evolución en la Postura Frente al Problema	29

CUARTA PARTE

INTENTOS DE RESOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	33
Reflexiones Finales	35

ANEXOS	38
--------	----

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42
----------------------------	----



**UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA**

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

Con el mejoramiento de las comunicaciones y los medios de transporte, durante la segunda mitad del Siglo XX, aumentó significativamente el número de matrimonios y uniones multiculturales y, con ello, el fenómeno de la sustracción internacional de menores por parte de alguno de los progenitores (generalmente con la intención de trasladar al niño al país de origen del padre o madre sustractores). En el pasado, esta problemática se resolvía exclusivamente con la legislación interna de cada Estado. El problema con esta metodología, era que las resoluciones judiciales resultaban inaplicables -o de aplicación muy dificultosa- en los territorios de los otros Estados. Esta situación ameritó la cooperación de gran parte de la comunidad internacional para prevenir o mitigar las consecuencias del fenómeno. Así, en 1980, en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, se originó el *“Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”* (de aquí en más, CH1980), ratificado actualmente por casi una centena de países.

El convenio incorporó una serie de mecanismos administrativos y judiciales, a aplicarse en cada país firmante, para facilitar el regreso de aquellos niños secuestrados por alguno de sus progenitores. También incluyó una disposición sobre el tiempo deseable de resolución de los casos, desde que se formaliza la petición de un Estado a otro, expresando que el plazo máximo que debiera tardarse en devolver a un menor a su país no debiera exceder de seis semanas, deviniendo en la necesidad de llevar adelante procesos judiciales brevísimos y altamente restrictivos en materia de prueba. En un principio, debido a la utilización de este tipo de procesos judiciales tan acotados, el rol de los niños en los mismos era inexistente, no consultándose nunca su opinión al respecto ni valorando sus posturas o intereses. Esto estaba, por supuesto, justificado en el hecho de que el objeto del tratado era la protección de la soberanía estatal y no de los derechos de los niños.

Unos nueve años después de la creación del CH1980, en el ámbito de la Asamblea General de la O.N.U., se elaboró la *“Convención*

Internacional sobre los Derechos del Niño” (de aquí en más, CIDN). Este convenio, busca lograr que los Estados actúen en todos los casos en que haya involucrado niños con miras a satisfacer su “*interés superior*”. Si bien hay autores que sostienen que el CH1980 es complementario de la CIDN¹, como veremos, su diálogo normativo resulta sumamente problemático.

Este conflicto de objetivos entre los dos instrumentos internacionales, coloca a los Estados parte en ambas convenciones frente a un dilema. O arriesgan incurrir en responsabilidad internacional al ejecutar órdenes de restitución en las que no se ha brindado participación a los niños y estudiado en profundidad su interés superior, o se arriesgan a incurrir en responsabilidad internacional por incumplir el plazo que el CH1980 impone, si decidieran brindar a las partes plena participación y admitir amplia prueba. Esta situación ha generado numerosos pronunciamientos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, condenando a los Estados por una u otra cosa.

Es importante establecer, en este punto, que el presente trabajo es de carácter analítico o descriptivo. En suma, se limita a presentar una tensión interna del Derecho Internacional (aquella entre soberanía y derechos humanos), para postular que la misma se manifiesta asimismo en planos concretos, tales como la proliferación de tratados internacionales contradictorios o de una jurisprudencia internacional inconsistente, siendo ambos fenómenos producto de aquella tensión.

En la primera parte del trabajo analizaré el surgimiento de los instrumentos internacionales en el marco de la cooperación internacional. En la segunda parte, introduciré la cuestión de la oposición entre soberanía y derechos humanos. Allí, expondré la colisión normativa entre los dos instrumentos internacionales analizados y postularé que en realidad es parte del conflicto generalizado recién referido. En la tercera parte analizaré jurisprudencia internacional en que se haya dictado condenas a Estados en este tipo de casos. Asimismo, examinaré las respuestas de los Estados frente a las condenas internacionales a raíz del

¹ FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia y BASZ, Victoria, “*El Derecho Internacional Privado y la restitución internacional de menores*”, en La Ley 1996-B, 611, y en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. (Dir.), “*Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*”, 1ª edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004. p. 156.

conflicto estudiado. Por último, concluiré que, en el área de las restituciones internacionales, ha existido un avance de los derechos humanos por sobre la soberanía nacional, de manera progresiva y sostenida.

Origen del problema y necesidad de regulación²

Se verifica en la actualidad una acentuada internalización y una dispersión internacional de la familia, que genera conflictos entre las cabezas de dicha familia respecto a los mejores lugares de residencia para los hijos comunes³. En el mismo sentido, se han considerado factores coadyuvantes, la multiplicación de parejas multiculturales e interculturales, el incremento de las comunicaciones, la celeridad de los medios de transporte, las migraciones laborales internacionales y el debilitamiento y flexibilidad de las fronteras del Estado posmoderno⁴. Se destaca también un crecimiento en las rupturas de las relaciones de pareja, en los tiempos actuales⁵. Desde una perspectiva antropológica y sociológica, este fenómeno atraviesa transversalmente a todas las latitudes, y ha sido caracterizado como parte de la globalización, no estando circunscripto a una cultura en particular. Así, se ha hablado de una segunda revolución individualista, en tanto se ha pasado de un individualismo limitado de la modernidad a un individualismo total, en la posmodernidad⁶. En este contexto, los sujetos ya no se sienten atados por compromisos (como los matrimoniales), si los mismos devienen contrarios al ejercicio de su libertad y optan más frecuentemente por separarse, en

² La información estadística presente a lo largo del trabajo, se obtuvo de la iniciativa "INCASTAT", una base de datos compuesta por la información provista por las Autoridades Centrales de los distintos Estados signatarios de la CH1980. Se utilizaron las cifras disponibles para el año 2015, publicadas en 2018, encargadas en el marco de la "Séptima Reunión de la Comisión Especial para la Aplicación Práctica del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 1996 sobre la protección de los niños". Disponible en www.hcch.net.

³ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, prólogo a *"Restitución Internacional de Menores. Aspectos Procesales y Prácticos. Derecho Comparado"*, Buenos Aires, Ed. Bien de Familia, 2014.

⁴ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y SCOTTI, Luciana, *"La restitución internacional de menores en el Mercosur"*, en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 23, Diario Jurídico El DIAL, Ed. Albremática, 29 de Septiembre de 2016.

⁵ MIZRAHÍ, Mauricio Luis, *"Familia, matrimonio y divorcio"*, págs. 62 y ss., y págs. 260 y ss., Ed. Astrea, 1998.

⁶ LIPOVETSKY, Gilles, *"La Era del Vacío"*, pág. 5 y ss., Ed. Anagrama, Madrid, 2006.

oposición a tolerar y sostener una situación que perciben contraria a sus deseos, con tal de mantener cierto crédito social, como fue el caso hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX.

La suma de todos los aspectos de carácter globalista apuntados, en particular el mejoramiento de las comunicaciones y la flexibilización de las separaciones personales, incluso aquellas legalmente inscriptas, ha tenido como consecuencia la mayor ocurrencia de traslados o retenciones internacionales de niños, aquí en estudio.

Para ser claro, la situación objeto de estudio es la que se produce cuando un progenitor de un niño menor de 16 años (acorde al cuarto artículo del CH1980), lo saca sin la autorización del otro progenitor del país en que este niño vivía (o lo retiene fuera de él), sin ánimo de regresarlo.

Las motivaciones para sustraer a un menor son variadas, pero normalmente el padre o madre que lo sustrae, considera que en el país en el que se relocaliza tendrá mejores chances de obtener resoluciones favorables en lo tocante a su tenencia⁷.

El tema resulta actual y relevante, según cifras oficiales, en el 2015, sólo en el marco de la aplicación de la CH1980, existieron unos 3000 casos⁸, en todo el mundo. Teniendo en cuenta que la población es uno de los elementos que constituyen a un Estado⁹, desde la perspectiva de la soberanía clásica, la existencia de este fenómeno implica que un Estado determinado puede perder la capacidad de ejercer su jurisdicción sobre uno de sus ciudadanos o habitantes, de manera repentina, resultando en un menoscabo a dicha soberanía.

⁷ Las estadísticas apoyan la postura esgrimida en el párrafo. Casi el 60% de los sustractores llevan a sus niños a un país del que ellos sean ciudadanos. El 73% de los sustractores son madres, mientras que el 24% son padres, y hay un número marginal de otras personas que participan en sustracciones (normalmente otros parientes). Datos extraídos de: “*A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report*”, parágrafo 11. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>

⁸ “*A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report*”, parágrafo 12. Disponible en el website citado en la nota al pie número 7.

⁹ Convención Sobre los Derechos y Deberes de los Estados, Art. 1, Montevideo, 1.933.

La regulación como forma de cooperación internacional

Antes de la existencia de convenciones que prevean la restitución de niños por vía de la cooperación internacional, el camino que debían recorrer los progenitores desplazados era tremendamente arduo. En el caso de una sustracción, por ejemplo, debía obtenerse un fallo judicial que habilitara el retorno en el país de residencia del niño. Hecho esto, si el menor no hubiese estado localizado, debía ocuparse el propio requirente de localizarlo, para luego viajar al país en que se encontrara y solicitar la homologación de la sentencia extranjera, lo que resultaba sumamente engorroso y, en ocasiones, imposible. Desde la perspectiva estatal, se terminaba solidificando la noción de que se podía retirar a un niño de la jurisdicción de un Estado (una extensión de su soberanía, como se ha dicho) y este nada podía hacer o reclamar al respecto.

Ese estado de cosas motivó a la comunidad internacional a la búsqueda de una solución, que se concibió en el logro de una rápida restitución de aquellos menores sustraídos o retenidos.

Como es sabido, el campo fértil para que se dé la cooperación internacional es aquel en el cual el accionar de un actor dificulta la consecución de las metas de otro. Ante esa realidad, se adecúan mutuamente políticas para revertir dicha situación. Si las mismas son efectivas, estamos frente a un acto de cooperación sustentable, que es exactamente lo que ocurrió en el caso.

Es fácil entender por qué en la temática analizada surgió la cooperación, desde un marco teórico como el provisto por Hedley Bull en su obra seminal. Bajo la mirada de este autor, la cooperación –como la que aquí se estudia– toma forma en el marco de una “sociedad de Estados”, en tanto los países signatarios de las convenciones referidas, se consideran obligados por las reglas comunes que aquellas contienen. Bull establece que: *“Una sociedad de Estados (o sociedad internacional) existe cuando un grupo de Estados, conscientes de ciertos intereses y valores comunes, forman una sociedad, en el sentido de que se conciben a sí*

*mismos atados por un conjunto común de reglas en sus relaciones recíprocas, y colaboran en la creación de instituciones comunes (...)*¹⁰.

En el caso de la cooperación que establece el CH1980, se dispuso la creación de órganos especializados denominados “Autoridades Centrales”, los que funcionan al interior de cada Estado contratante, estando encargados de velar por el cumplimiento de los fines del convenio, asistiendo a las partes y a las autoridades judiciales, y de mantener comunicación constante con las Autoridades Centrales de las otras naciones que hayan suscripto el instrumento. Su existencia, permite las comunicaciones judiciales directas –juez a juez– que, desde la perspectiva de la cooperación internacional, han significado una innovación importante en el campo del derecho internacional privado. Como remarca Bull, este tipo de cooperación, normalmente incluye la creación de órganos que la hacen posible: *“Al mismo tiempo cooperan en el funcionamiento de instituciones tales como la creación de procedimientos de derecho internacional, la maquinaria de la diplomacia y la organización general internacional (...)*¹¹”.

En el caso específico en estudio, la búsqueda de soluciones tomó tanto la forma de la celebración de convenciones internacionales, como de tratados bilaterales. Los mismos buscaban, desde su prédica, proteger a la infancia, que se ve ciertamente vulnerada al serle mutilada parte de su historia, identidad y capacidad de elección por el accionar de adultos (a punto tal que algunos autores han llegado a calificar la conducta como una forma de violencia doméstica¹²). Sin embargo, en realidad resulta claro que este tipo de tratados, busca garantizar la sujeción de los súbditos de un Estado a su poder, de modo similar a lo que ocurre con los tratados de extradición. En suma, se buscó que se garantice el respeto por

¹⁰ “A society of states (or international society) exists when a group of states, conscious of certain common interests and common values, form a society in the sense that they conceive themselves to be bound by a common set of rules in their relations with one another, and share in the working of common institutions (...)”

BULL, Hedley: *“The Anarchical Society, A Study of Order in World Politics”*, 1977, capítulo 1. Traducción propia.

¹¹ “At the same time they cooperate in the working of institutions such as the forms of procedures of international law, the machinery of diplomacy and general international organization (...)”

BULL, Hedley, op. cit., capítulo 1. Traducción propia.

¹² HERZ, Mariana: *“El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de la sustracción parental internacional”*, en *Revista de Derecho Procesal*, vol. 1, pág. 177, Buenos Aires, 2010.

la soberanía y la capacidad de cada Estado de decidir por sobre sus habitantes.

Podríamos destacar también que este tipo de cooperación entra dentro de la amplia noción de Finkelstein de gobernanza global, cuando al enumerar las categorías que engloba, destaca que la integran: “[los] esfuerzos para influir las normas y el comportamiento de los Estados”¹³.

Concretamente, en el plano convencional, la primera respuesta enérgica fue la Convención de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores. En el mismo plano, pero acotada territorialmente, en el marco de la Organización de Estados Americanos, surgió en 1989 la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. En el plano bilateral, algunos países tuvieron un rol sumamente proactivo, como el caso de Uruguay. La nación vecina suscribió acuerdos sobre la temática con Argentina (1982), Chile (1982) y Perú (1989).

Fueron entonces los Estados, entonces, quienes debieron asumir estrategias en defensa de los niños¹⁴, al tiempo que buscaban no premiar al progenitor infractor que llevó a cabo una acción ilegal¹⁵, pretendiendo desalentar prácticas indeseadas, como la obtención de derechos de tenencia por vías de hecho o el *forum shopping* internacional¹⁶, que es una clara afectación a la soberanía judicial de los Estados. Esto último resulta particularmente relevante desde el andamiaje teórico escogido en este punto –el delineado por Bull– ya que el autor afirma que: “Las reglas de la coexistencia también incluyen aquellas que prescriben el comportamiento que mantiene el objetivo de la estabilización del control de cada Estado de o su jurisdicción sobre su población y territorio”¹⁷.

¹³ “[the] efforts to influence the domestic rules and behavior of states”

FINKELSTEIN, Lawrence S.: “What is Global Governance?”, *Global Governance*, 1, 1995, pp. 367-72. Traducción propia.

¹⁴ MIZRAHÍ, Mauricio Luis: “Restitución Internacional de Menores”, Ed. Astrea, 2016, pág. 4.

¹⁵ PETTIGIANI, Julio: “Restitución internacional de menores”, *Revista de Derecho de Familia y las Personas*, año VII, n° 6, julio de 2015.

¹⁶ WEINBERG DE ROCA, Inés M.: “Sustracción y restitución internacional de menores”, Ed. La Ley, LL 1995-C-1281, Buenos Aires.

¹⁷ “The rules of coexistence also include those which prescribe behaviour that sustains the goal of the stabilisation of each state’s control or jurisdiction over its own persons and territory”

BULL, Hedley, op. cit., pág. 70. Traducción propia.

Durante la existencia en solitario del CH1980, la soberanía estatal en el sentido apuntado se vio pacíficamente garantizada. Sin embargo, en 1989, con la aparición de la CIDN, la doctrina de derechos humanos exigió que antes de considerar a los derechos estatales, se ponderara el interés de los niños, y la cuestión dejó de ser de resolución tan pacífica. Procederé ahora a profundizar en esta cuestión y fundar respecto a que se enmarca en una problemática aún más abarcativa que la de estas dos normas en particular.

SEGUNDA PARTE

OPOSICIÓN ENTRE NORMAS DE DERECHOS HUMANOS Y SOBERANÍA

En este apartado comenzaré analizando la colisión entre los dos tratados en cuestión, tanto en su letra como en su espíritu, para entender el contexto en el que se presenta. De sus propios términos se desprende que el CH1980¹⁸ y la CIDN¹⁹ tienen un abordaje diferente. Dado que el primero regula situaciones en que un niño menor de dieciséis años ha sido sustraído ilícitamente, mientras que la segunda se aplica a todos los menores de 18 años, ambos tratados apuntan a situaciones que se superponen²⁰.

La CIDN tiene como objeto la protección integral de los niños, deteniéndose a considerar las particularidades de cada caso específico, ocupándose de un tema de derechos reales y efectivos, más allá de cualquier procedimiento.

En cambio, el objetivo del CH1980 es la “restitución inmediata” a su país de origen de los sujetos que protege (niños), sin mayores consideraciones, y no contemplando cuestiones que hagan a la vida de ese niño o niña después de regresados al país del que fueron tomados²¹, ocupándose exclusivamente de una cuestión de procedimiento. A tal punto esto es así, que el CH1980 prohíbe a los jueces del Estado requerido avanzar sobre cuestiones de “tenencia” o “custodia”, o sea, analizar cuál de los progenitores sería mejor para estar al cuidado del niño, y en qué medida. En clave de análisis internacional, esta disposición puede leerse como la manera en que se resguarda, en última instancia, que no se afecte la soberanía del Estado requirente, a quien se reserva el derecho de decidir las cuestiones centrales sobre ese ciudadano o residente que le fue arrancado de su jurisdicción.

¹⁸ El texto oficial y completo del convenio puede consultarse en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

¹⁹ El texto oficial completo de la convención puede consultarse en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> .

²⁰ Un cuadro con el estado de ratificación de ambos instrumentos puede encontrarse en el “ANEXO” del presente trabajo, que establece en qué Estados la mencionada superposición se produce.

²¹ Esto no implica que el juez del Estado requerido no pueda solicitar o sugerir medidas a tomarse cuando el niño sea trasladado al territorio del otro Estado, pero las mismas jamás serán obligatorias.

Dicho de otra manera, uno es un tratado meramente procedimental, que busca garantizar la jurisdicción de un Estado como extensión de su soberanía, en tanto que el otro es un tratado de derechos humanos. Así, el CH1980 apunta todos los intentos en generar mecanismos para que rápidamente se restituya a un niño, en tanto que la CIDN se preocupa porque se garantice el mayor respeto por los derechos de un niño, sin importar cuánto tiempo lleve establecer sus condiciones personales y reales intereses, y tomar medidas al respecto.

Así, el principio rector del CH1980 es la celeridad. Como se ha reseñado antes, parte de la noción de que sólo una restitución rápida es conducente a cumplir sus fines. Goicoechea señala al respecto que “(...) sólo restituyendo al niño en esos brevísimos plazos lograremos alcanzar los objetivos de las convenciones de restitución”²². Así, el convenio postula que su objeto es la restitución inmediata de los niños, y habilita que le sean exigidas explicaciones al Estado requerido, en el caso de que el retorno lleve más de seis semanas. Si bien no se trata de un plazo vinculante en sentido estricto, marca un norte de expectativas que comienza a delinear desde cuándo puede comenzar a analizarse la actividad de un Estado contratante como incumplidora de sus obligaciones asumidas. Además, impone que cada Estado utilice exclusivamente los procedimientos más rápidos que tengan previstos, para cumplir el fin, actuando siempre con urgencia. El informe explicativo que acompañó al instrumento luego de su promulgación, es elocuente en este punto al afirmar sobre el artículo en cuestión que: “En resumen, la importancia de esta disposición no se puede medir por la exigibilidad de las obligaciones que consagra sino por el hecho mismo de que llama la atención de las autoridades competentes sobre el carácter decisivo del factor tiempo en las situaciones consideradas y porque fija el plazo máximo que debería tardarse en adoptar una resolución al respecto.”²³. La cuestión del tiempo es vital, porque cuanto mayor es la dilación en su cumplimiento, mayor será la afectación a la soberanía del Estado requirente de la cooperación.

²² GOICOECHEA, Ignacio, “Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* n° 30. Derecho de Familia, pág. 68, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, marzo/abril de 2005.

²³ Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, “*Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera*”, 1981, párrafo número 105. Disponible en <https://assets.hcch.net/upload/expl28s.pdf>.

En cambio, el principio rector de la CIDN es el llamado “superior interés del niño”, que no es otra cosa que afirmar que debe contemplarse la mejor situación para el niño, y que su derecho es superior al de sus padres o al de cualquier otro sujeto, incluso los Estados. Supone, además, la necesidad de oír a los niños en los procesos que los involucren²⁴. Hoy día, es práctica estatal generalizada la participación del niño en los procesos judiciales internos. La imprecisión terminológica del “interés superior del niño” es estratégica y responde a permitir que el concepto se adapte a las circunstancias específicas de cada caso²⁵, lo que requiere que se produzca prueba en los procesos judiciales para determinar la totalidad de sus circunstancias de vida, y se escuche al niño. De ese modo, han opinado numerosos órganos internacionales, como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos^{26 27} o el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados²⁸, y se han elaborado normas internacionales al respecto²⁹. A nivel internacional, es interesante destacar que no hay consenso respecto a la edad en que debe comenzar a escucharse de manera directa a un niño. Así, en Australia y Alemania se ha afirmado que no es posible considerar las opiniones de un niño de 8 años. En cambio, en Irlanda se sostuvo que un niño de 6 años tenía edad suficiente para formarse una opinión propia, y en Inglaterra y en Estados Unidos se tomó en cuenta la oposición de niños de 8 años para rechazar sendos pedidos de restitución. Por otra parte, en Escocia ni siquiera se recabaron las opiniones de un niño 9 años y medio.

²⁴ Lo cual aparece garantizado en el Art. 12 de la CIDN.

²⁵ HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter (editores): *“Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”*, Fondo de Naciones Unidas 1998, pág. 37. En la misma línea, el informe explicativo de la CH1980 afirma –en su párrafo 21– que el término en cuestión es “a primera vista, de tal imprecisión que parece más un paradigma social que una norma jurídica concreta”.

²⁶ Corte IDH, 28/08/02, opinión consultiva N°17/02, LL, 2003-B-312, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2>.

²⁷ En el caso “Atala Riffo e Hijas c/ Chile”, estableció que determinar el interés superior de un niño en cada caso implica indagar respecto de su opinión. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_29_11_11.pdf.

²⁸ “Guidelines on Determining the Best Interests of the Child”, Mayo 2008. Disponible en <https://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf>.

²⁹ En concreto, las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, aprobadas en Marzo de 2008 en el marco de la Cumbre Judicial Interamericana, y el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño”, aprobado en Diciembre de 2011, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas

En lo que nos importa, la determinación del interés superior significa una gran inversión en materia de tiempo ya que como destaca el Comité de Derechos del Niño, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, implica que:

“siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, 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 interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”³⁰.

Para resumir lo expuesto, a partir de 1989, los Estados están obligados a indagar en la opinión del niño –lo cual supone su escucha directa o a través de profesionales–, debiendo disponer del tiempo necesario requerido para lograrlo, lo que siempre resultará en una dificultad mayor en el cumplimiento de la celeridad a la que obliga la CH1980 y, por tanto, en una dilación en el ejercicio temporal de su soberanía sobre uno de sus súbditos. Esto es así porque el cumplimiento de todos los pasos previos, incluyendo aquellos impuestos por la CIDN, convierten en la práctica a la cooperación internacional analizada en un proceso judicial ordinario, lento y engorroso. Se ha dicho que: *“(...) este panorama normativo constituye un desafío para los jueces, quienes deben resolver apropiadamente el llamado “conflicto de convenciones”, sino que, además, deben interpretar los tratados internacionales respetando una doble orientación: el espíritu del tratado en cuestión y el interés superior*

³⁰ Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficheroisoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf.

*del niño*³¹. En el mismo sentido, se ha dicho sobre esta colisión normativa que: *“No es posible “aplicar” (mal) las convenciones que regulan las restituciones internacionales de niños desconociendo otros tratados; concretamente la Convención sobre los Derechos del Niño. En ese sentido, se ha expuesto la preocupación de que es indispensable lograr el equilibrio entre las obligaciones internacionales contraídas en abstracto por medio de un tratado y el principio del interés superior del niño individualmente considerado*³².

Cabe preguntarse ahora, si la colisión tanto en la letra de los instrumentos internacionales como en los principios que los inspiran, es sólo un síntoma de este caso o se enmarca en una tendencia mayor.

Introducción al conflicto entre derechos humanos y soberanía

Procedimentalmente, es importante destacar que no es el objeto del presente realizar un estudio exhaustivo respecto a si existe un conflicto entre las nociones de soberanía y derechos humanos. Como se notará en los autores citados, resulta claro que el conflicto no es sólo existente, sino que está bien documentado. Este trabajo toma como un hecho dado que dicho conflicto existe, y se propone analizar una de las cristalizaciones del mismo, en la oposición entre las dos normas en estudio.

Por soberanía estatal me refiero a la clásica noción que se ha sostenido desde Bodin a esta parte³³, como el poder absoluto y perpetuo de una república, de lo que resulta indudable que incluye el derecho de un Estado de que nadie interfiera en sus asuntos (tanto en los concernientes a su territorio, como a su población o su gobierno). Al referirme colectivamente al término “derechos humanos”, los concibo para este trabajo como una serie de garantías, libertades y valores, aplicables a toda persona, los cuales gozan de amplio consenso internacional, hayan sido o

³¹ NAJURIETA, María Susana: *“La restitución internacional de menores y el principio de interés superior del niño...”*, Buenos Aires, Editorial JA, 2006.

³² MIZRAHÍ, op. cit., pág. 29.

³³ Noción incluida en su texto *“Los seis libros de la república”*, 1576.

no legislados a nivel interno. Han sido lacónicamente definidos como derechos basados en la condición de humano, y no en la nacionalidad³⁴.

El CH1980 contiene una norma de primacía de los derechos humanos sobre la soberanía estatal, que aparentaba ser absolutamente inocua al tiempo de su redacción. Su vigésimo artículo admite la posibilidad de rechazar una restitución en caso de que la misma ponga en entredicho *“principios y libertades fundamentales en materia de derechos humanos existentes en el Estado receptor”*. Esta cláusula de reserva tuvo poca aplicación durante los primeros años de vigencia del convenio. Pero con la aparición de la CIDN, conceptos como el “derecho superior del niño” o “la escucha del niño”, pasaron a integrar los “principios y libertades fundamentales” que informan la categoría “derechos humanos”, y permitieron que se erosione la protección a la soberanía brindada por el CH1980, en pos de cumplir con la CIDN. Han existido numerosos planteos intentando que se aplique la excepción mencionada³⁵. Incluso, a nivel estatal existen algunos ejemplos de rechazos de restituciones por constituir violaciones a la CIDN³⁶. De todas maneras, la cláusula en cuestión también es de resguardo soberano, en tanto los “principios y libertades fundamentales” a los que apunta, son sólo aquellos que el Estado voluntariamente haya admitido. Pareciera una norma efectiva en presentarse dual, a decir de Koskenniemi: *“La ley se orienta a cumplir su doble tarea volviéndose formal: al no respaldar ni ideales comunitarios ni políticas soberanas particulares. O, a la inversa, una regla de derecho, argumento o doctrina aceptables, es el que puede explicarse tanto desde la perspectiva de mejoramiento de la comunidad (porque de otro modo parecería apologista) así como desde la perspectiva*

³⁴ DONELLY, J.: *“Human Rights”*, en *“Globalisation of World Politics: Introduction to International Relations”*, Oxford, Oxford: University Press, 2011.

³⁵ Hasta finales de Diciembre de 2018, la base de datos que mantiene reserva de la jurisprudencia en que se aplica el CH1980 (llamada “INCADAT”) relevaba 82. Todos los casos citados como obrantes en “INCADAT”, están disponibles en <https://www.incadat.com/es>, a través de la búsqueda por el nombre de las partes.

³⁶ Son ejemplo de esto, dos casos costarricenses: *“L.R.C., a favor de I.C.R., y E.C.R., contra el Juzgado de Niñez y Adolescencia y El Tribunal de Familia”* (Referencia INCADAT HC/E/CR 1320), y *“T. A. C. y E. K. A. C/ Dirección General de Migración, Extranjería y Otros S/ Habeas Corpus”* (Referencia INCADAT HC/E/CR 1304); y un caso español: *“Re S., Auto de 21 abril de 1997, Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1ª”* (Referencia INCADAT: HC/E/ES 244).

de protección de la soberanía (porque de otro modo sus implicaciones aparecerían como totalitarias)”³⁷.

En la misma línea de lo que se había comenzado exponiendo, el CH1980 tenía como objeto regular la cuestión de soberanía de la forma clásica, estableciendo pautas para la competencia nacional en un determinado asunto. Koskenniemi³⁸, trata esta cuestión y trae a colación un ejemplo sumamente similar: *“El derecho internacional moderno es un elaborado marco de referencia para diferir una resolución sustantiva a otra parte: a través de más procedimiento, interpretación, equidad, contexto, y demás. La Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 es un ejemplo típico: en lugar de una lista de lo que debe y no debe hacerse, establece un marco de referencia para delimitar poderes soberanos y distribuir jurisdicciones –asumiendo que los problemas sustantivos del uso del mar pueden ser tratados mejor a través de la asignación de poder de decisión en otra parte, en el contexto y usualmente refiriendo a “principios equitativos”. El éxito del derecho internacional depende de esta formalidad; este rechazo a establecer reglas determinadas o soluciones listas para conflictos futuros”. Sin embargo, la aparición de normas de derechos humanos puede impedir el cumplimiento de la posibilidad de delimitar poderes soberanos y alocar jurisdicciones –al decir de Koskenniemi–, como ocurre en el caso en estudio.*

Un efectivo abordaje del tema pasa por entender la contienda entre derechos humanos y soberanía, como una reedición de la disyuntiva de justicia contra orden. Nuevamente, Bull resulta sumamente valioso para el análisis: *“Existe primeramente la mirada conservadora u ortodoxa que*

³⁷ *“The law aims to fulfil its double task by becoming formal: by endorsing neither particular communitarian ideals nor particular sovereign policies. Or, conversely, an acceptable legal rule, argument or doctrine is one which can explain itself both from the perspective of enhancing community (because it would otherwise seem apologist) as well as safeguarding sovereignty (because its implications would otherwise remain totalitarian)”.*

Koskenniemi, Martii: *“The Politics of International Law”*, EJIL 1, 1990. Traducción propia.

³⁸*“Modern international law is an elaborate framework for deferring substantive resolution elsewhere: into further procedure, interpretation, equity, context, and so on. The 1982 Law of the Sea Convention is the typical example: in place of a list of do's and don'ts it establishes a framework for delimiting sovereign powers and allocating jurisdictions - assuming that the substantive problems of the uses of the sea can be best dealt with through allocating decision-power elsewhere, into context and usually by reference to "equitable principles." The success of international law depends on this formality; this refusal to set down determining rules or ready-made resolutions to future conflict”.*

Koskenniemi, Martii: op. cit. Traducción propia.

reconoce un conflicto inherente entre los valores de orden y justicia en la política mundial, y trata al primero como prioritario sobre la segunda. En segundo lugar, existe la mirada revolucionaria, que también se basa en la idea de un conflicto inherente entre el marco actual del orden internacional y la obtención de la justicia, pero trata a la segunda como el valor prevalente. En tercer lugar, está la mirada liberal o progresista, que siempre ha representado una importante vertiente de pensamiento sobre la política exterior occidental, que (posiblemente sin negarlo por completo) es renuente a aceptar que exista necesariamente un conflicto entre orden y justicia en la política mundial, y constantemente busca formas de reconciliar ambos”³⁹. Luego de ello, el autor agrega que el orden no es necesariamente la mejor opción: “(...) en tanto que el orden en la política mundial es algo valioso, y condición de realización de otros valores, no debiera ser tomado como un valor rector, y el demostrar que una institución o curso de acción en particular son conducentes al orden no implica haber establecido una presunción de que dicha institución es deseable o que ese curso de acción debe ser llevado a cabo”⁴⁰.

Retomando el argumento al caso concreto en estudio, en la interacción entre el CH1980 y la CIDN –representantes a su vez del binomio orden/soberanía en oposición a justicia/derechos humanos–, estamos frente a una norma que vino a garantizar el ejercicio soberano a través de una pronta devolución a un Estado, de niños que se hayan ido de su jurisdicción (similar a la salvaguarda que brinda la extradición en el caso de los adultos), y ante ella irrumpió una norma de derechos humanos que imposibilita en muchos casos que esa devolución se realice y, en

³⁹ “There is first the conservative or orthodox view that recognises an inherent conflict between the values of order and justice in world politics, and treats the former as having priority over the latter. Second, there is the view of the revolutionary which also is founded upon the idea of an inherent conflict between the present framework of international order and the achievement of justice, but treats the latter as the commanding value. Third, there is the liberal or progressivist view that has always represented one important strand in thought about foreign policy in the West, that (perhaps without denying it altogether) is reluctant to accept that there is any necessary conflict between order and justice in world politics, and is constantly seeking after ways of reconciling the one with the other
BULL, Hedley: op. cit. Traducción propia.

⁴⁰ “(...) while order in world politics is something valuable, and a condition of the realisation of other values, it should not be taken to be a commanding value, and to show that a particular institution or course of action is conducive of order is not to have established a presumption that that institution is desirable or that that course of action should be carried out”
BULL, Hedley: op. cit. Traducción propia.

todos los casos, que se realice en forma rápida. En la materia de estudio, no se logra el objeto que suele tener el derecho internacional, a criterio del autor antes indicado, cuando dice que: *“El imperio de la ley constituye un intento de lograr una vida comunitaria sin rescindir autonomía individual”*⁴¹. Con la aparición de la norma de derechos humanos referida, la CIDN, se volvieron más frecuentes los rechazos de las restituciones internacionales a partir de la escucha de los niños y se vio menos protegida la integridad de la soberanía estatal, en la medida en que la garantizaba la CH1980.

⁴¹ *“The Rule of Law constitutes an attempt to provide communal life without giving up individual autonomy”*
Koskenniemi, Martii: op. cit. Traducción propia.

TERCERA PARTE

ANÁLISIS DE ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES

Del desarrollo hecho hasta aquí pueden estructurarse tres niveles de análisis, que denuncian la contraposición entre distintos valores. Un primer nivel en que existe una contraposición, dada dentro de la política internacional pero de índole filosófica, entre la justicia y el orden. En otro plano, encontramos una contraposición normativa entre tratados y prácticas que sostienen el clásico principio de soberanía internacional, contra otros que cimentan la noción de la doctrina de los derechos humanos. Existe un tercer nivel, que es una suerte de campo de batalla de los dos anteriores: el de la resolución de los casos de oposición normativa en manos de tribunales supranacionales. En estos, se condena habitualmente a los Estados por inclinarse -en su funcionamiento interno- por la primacía de uno u otro valor, por una elección institucional entre soberanía o derechos humanos. Habiendo analizado los dos primeros niveles en las páginas anteriores, me aboco en este título al análisis de este tercer estamento de conflicto.

La responsabilidad en estos casos emerge entonces como un subproducto de la imposibilidad de resolución entre los dos principios en pugna. En el caso que nos ocupa, esa imposibilidad se traduce en el incumplimiento sistemático y generalizado del factor temporal que el CH1980 habilita para el trámite de las restituciones. Es que, con la mundialización de la CIDN, los Estados se vieron forzados a observar toda excepción al retorno de un menor de manera exhaustiva (desde la óptica de los derechos humanos o, concretamente, el interés superior del niño, que implica también su escucha). La cuestión de las dilaciones temporales es central, porque las mismas han conducido a la condena internacional de numerosos Estados. Sostengo que la imposibilidad de resolver en plazo estas cuestiones, es un síntoma de la enfermedad –hasta ahora no diagnosticada en la literatura especializada–, que no es otra que la pulsante disyuntiva entre soberanía y derechos humanos.

No puede afirmarse que la aplicación de los principios de la CIDN resulte siempre en restituciones rechazadas, pero contundentemente

surge del análisis de la situación, que en todos los casos los procesos demoran un tiempo prolongado, lo que se explica por la necesidad de verificar el cumplimiento de pautas de derechos humanos en el dictado de las resoluciones judiciales locales, lo que se ha realizado a través de diferentes argumentos judiciales.

Entre esos argumentos, es frecuente el relativo a la necesidad de escuchar a los niños, práctica que se ha solidificado de 1989 a esta parte. El efecto de esto sobre las dilaciones referidas, o incluso el rechazo de las restituciones, es sustancial. Si bien muchos Estados han optado por contextualizar los dichos de los menores en estos procesos y limitar su alcance, no dejan de ser sumamente relevantes. Por ejemplo, en Austria⁴², Bélgica⁴³, Canadá⁴⁴, Francia⁴⁵, Australia⁴⁶, Finlandia⁴⁷, Alemania⁴⁸, se ha afirmado en que la mera preferencia por uno u otro país, o por la vida con uno u otro progenitor, hecha en el marco de la escucha de un niño bajo el amparo de la CIDN, no es suficiente para constituirse en objeción válida a su restitución. Sin embargo, no resulta menor que aproximadamente un 15% de las solicitudes de restitución, a nivel global, sean rechazadas exclusivamente por la oposición de los niños involucrados⁴⁹. Por otro lado, son frecuentes las situaciones en que los tribunales locales han ido más allá de la letra del CH1980 y han resuelto en contra de pedidos de restitución, basándose en principios de justicia o de aplicación genérica de derechos humanos. En este grupo de casos, por ejemplo, están aquellos referidos al arraigo de los niños. El CH1980 sólo habilita que se rechace una restitución por el arraigo del niño cuando la misma se haya solicitado un año después de ocurrida la sustracción. Sin embargo, se han negado devoluciones de niños –en ocasiones incluso cuando hubieran sido solicitadas dentro del año de ocurrido el ilícito– por su arraigo. Los casos

⁴² Cita INCADAT: HC/E/AT 549, disponible en: <https://www.incadat.com/en/case/549>.

⁴³ Cita INCADAT: HC/E/BE 546, disponible en: <https://www.incadat.com/en/case/546>.

⁴⁴ Cita INCADAT: HC/E/CA 1028, disponible en: <https://www.incadat.com/en/case/1028>.

⁴⁵ Cita INCADAT: HC/E/FR 274, disponible en: <https://www.incadat.com/en/case/274>.

⁴⁶ Cita INCADAT: HC/E/AU 231, disponible en: <https://www.incadat.com/en/case/231>.

⁴⁷ Cita INCADAT: HC/E/FI 863, disponible en: <https://www.incadat.com/en/case/863>.

⁴⁸ Cita INCADAT: HC/E/DE 820, disponible en: <https://www.incadat.com/en/case/820>.

⁴⁹ “A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report”, párrafo 15. Disponible en el website citado en la nota al pie número 7.

son numerosos, y han acontecido en el territorio de diversos signatarios, como Suiza⁵⁰, Francia⁵¹ o Mónaco⁵², entre muchos otros.

En definitiva, y más allá del argumento judicial esgrimido en cada caso concreto, progresivamente y desde la aparición de la CIDN, comenzó a notarse un viraje –a nivel judicial– en la consideración estatal de los pedidos de restitución internacional. Pasaron de ser procesos casi automáticos y sumamente veloces, a transformarse en procesos largos y en los cuales la consideración a los diversos aspectos de los derechos humanos en juego, ganó progresivamente terreno.

La cuestión de la responsabilidad internacional

Desde la aparición de la CIDN, los Estados signatarios de aquella y del CH1980, se encuentran en la difícil encrucijada de poder incurrir en responsabilidad internacional si se apegan demasiado a uno u otro instrumento. Entiendo que una forma de comprender cuáles han sido los avances y retrocesos en el binomio soberanía/derechos humanos, puede pasar por el análisis jurisprudencial de la responsabilidad estatal por la violación de sus obligaciones vinculadas con cada uno de esos términos, en el marco de las restituciones internacionales.

Para analizar el establecimiento de responsabilidad estatal en la materia, la que sólo puede ser resuelta por órganos supranacionales que admitan denuncias de particulares, únicamente cabe examinar la jurisprudencia de dos de los tres sistemas regionales de protección de los derechos humanos, ya que el africano no se encuentra en funcionamiento y no cuenta con antecedentes en el tema examinado.

Debe aclararse que si bien, dado que la Comisión Interamericana y el Tribunal Europeo sólo entienden en materia de violaciones a los instrumentos que le dan origen (la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos –de aquí en más, el “Convenio Europeo”–), más allá de que invoquen cláusulas propias de

⁵⁰ Cita INCADAT: HC/E/CH 431, disponible en <https://www.incadat.com/en/case/431>.

⁵¹ Cita INCADAT: HC/E/FR 814, disponible en <https://www.incadat.com/en/case/814>.

⁵² Cita INCADAT: HC/E/MC 510, disponible en <https://www.incadat.com/en/case/510>.

los mismos para analizar la existencia de violaciones, el estándar de protección internacional al niño al que refieren, es siempre el de la CIDN, por lo que una violación a las cláusulas de aquellos instrumentos en materia de niñez es, necesariamente, una violación a esta última. Esta articulación referida queda absolutamente clara en uno de los fallos del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de aquí en más el “Tribunal” o el “Tribunal Europeo”), que establece: “(...) *En el área de la sustracción internacional de menores las obligaciones impuestas por el Artículo 8 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] debe ser interpretada en los Estados contratantes a la luz de los requerimientos de la Convención de la Haya [sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de Octubre de 1980] (...) y aquellos de la Convención de los Derechos del Niño del 10 de Noviembre de 1989 y las reglas relevantes y principios de derecho internacional aplicables en relaciones entre los Estados contratantes*”⁵³.

En concreto, la oposición entre soberanía y derechos humanos, genera tensiones al interior de los sistemas judiciales estatales, que terminan generando, a su vez, la responsabilidad internacional de los Estados.

Estudio de casos en el sistema interamericano de derechos humanos

En el sistema interamericano de derechos humanos, el tema objeto de estudio fue abordado en dos oportunidades.

A. “X y Z contra Argentina” (2000)⁵⁴

En este caso se aplicó a rajatabla el CH1980, y su principio de celeridad, ejecutando la restitución de un niño, sólo 24 horas después de haberse resuelto la misma. La madre sustractora se quejó por la violación a los derechos humanos de su hijo, en particular al debido proceso y a los contenidos en la CIDN.

⁵³ Caso: “X. contra Letonia” (Aplicación N° 27853/09), resolución de la Gran Sala, 26 de Noviembre de 2013, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138992> .

⁵⁴ Caso N° 11.676, Informe N° 71/00, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Argentina11.676.htm> .

La postura del Estado argentino fue que sólo se encontraba cumpliendo con las obligaciones del CH1980, que, en suma, imponían respetar la soberanía de su contraparte. La Comisión Interamericana tomó en este caso una postura absolutamente alineada con la noción de que el cumplimiento de las obligaciones del CH1980 prevalecían por sobre cualquier otra, resolviendo que la ejecución inmediata de una sentencia puede ser considerada una de las formas cabales de dar cumplimiento a aquello a lo que el Estado se ha obligado en virtud del instrumento internacional mencionado. El antecedente no deja dudas respecto a la primacía de la soberanía estatal por sobre el plexo de derechos humanos de los habitantes.

B. “Niño AR contra Argentina” (2017)⁵⁵

Aquí la Comisión debió dictaminar sobre un caso que llevaba judicializado unos ocho años. Sobre él había ordenado la Corte Suprema de Argentina su restitución, la cual era formalmente procedente e inapelable, pero al tiempo de ejecutarla se encontraba el niño internado por una descompensación psiquiátrica, producida por la prolongada pelea entre sus progenitores.

En ese contexto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió una Medida Cautelar, en donde entendió que los derechos a la integridad personal, identidad y vida familiar se enfrentaban a un riesgo de daño irreparable, por lo que en lo esencial requirió de la República Argentina que suspenda la ejecución de la orden de restitución “(...) *hasta tanto no se llegue a una nueva determinación de los derechos del niño, considerando sus circunstancias actuales, su opinión, en armonía con el corpus iuris internacional de protección de los derechos del niño*”. Para evitar incurrir en responsabilidad internacional, en el fuero local se resolvió –en dos instancias– la necesidad de cumplir con la recomendación de la Comisión Interamericana en este aspecto.

⁵⁵ Medida Cautelar N° 356-16, Resolución N° 26/17, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/26-17MC356-16-AR.pdf>.

En este caso se percibe como diecisiete años después, la Comisión Interamericana viró la postura que había sentado en “X y Z” respecto a la colisión normativa analizada. En este caso, entendió que debía dictarse una medida cautelar para impedir una restitución basada sólo en la consideración del CH1980, porque la misma iba a perpetrarse violando derechos humanos del menor.

La experiencia judicial interamericana es una buena muestra para abonar la hipótesis en estudio, es decir, para examinar en qué medida la colisión normativa CH1980/CIDN es hija de la antinomia soberanía/derechos humanos. Puede notarse esto porque la erosión que la doctrina de los derechos humanos ha realizado sobre la concepción clásica de soberanía ha sido progresiva. Del mismo modo, esta progresividad se demuestra en la resolución del conflicto normativo. El mismo órgano internacional que en 2000 había resuelto decididamente a favor de la primacía de la CH1980 –o sea, de la soberanía estatal–, en 2017, inclinó la balanza a favor de la preeminencia de la CIDN –o sea, de la agenda de Derechos Humanos–. Notaremos que algo semejante ha ocurrido en el caso europeo.

Estudio de casos en el sistema europeo de derechos humanos⁵⁶

A diferencia de lo acontecido con los órganos supranacionales interamericanos, el Tribunal Europeo, ha tenido una activa intervención en casos en donde se analizó la interacción entre los tratados en estudio. Al igual que en el caso del sistema interamericano, hubo una evolución en la postura de dicho tribunal, en favor de la doctrina de los derechos humanos.

El criterio de selección de casos respondió a los siguientes parámetros. Se analizó un total de cuarenta y nueve, resueltos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estos representan la totalidad de aquellas restituciones internacionales en que se hubieran debatido

⁵⁶ La totalidad de los casos pueden consultarse en forma resumida en INCADAT: <https://www.incadat.com/es>, a través del uso de los nombres de las partes. Las versiones completas de los fallos del Tribunal Europeo, están disponibles en su buscador de jurisprudencia, en el vínculo: <https://hudoc.echr.coe.int>, a través del uso de los nombres de las partes.

restituciones internacionales que pudieran enmarcarse en la CH1980. Más de la mitad de ellos, resulta inconducente para el presente trabajo, ya que versan sobre cuestiones de responsabilidad estatal, ajenas a la disyuntiva siendo analizada. Se han reseñado en este trabajo los veintidos casos (desarrollados entre los años 2000 y 2018) en que explícitamente se pone en juego la contraposición normativa entre la CH1980 y la CIDN y, por tanto, implícitamente se resuelve en torno a la priorización de los derechos humanos sobre la soberanía, o viceversa.

La presentación de los casos se desarrollará de dos formas. Todos serán en principio presentados en un gráfico sucinto, identificando si se ha dado primacía a la doctrina de derechos humanos o a la soberanía, en cada uno de ellos, consignando también el año de resolución. Por último, se desarrollarán en extenso tres *leading cases* en que el Tribunal Europeo varió su postura respecto a los derechos que debían tomar primacía, si los estatales o los individuales o, dicho de otro modo, si el componente de soberanía o de derechos humanos, como ha estado siendo trabajado.

Presentación general de los casos

Se identifica inicialmente a los casos con el nombre de las partes, esto es, el del denunciante y el del país denunciado. A continuación, se presenta el año en que fueron decididos por el Tribunal Europeo, y se han ordenado en forma ascendente cronológica. En las dos columnas siguientes, será indicado si en cada caso específico se hubiera dado prioridad a la protección de la soberanía (generalmente coincidente con la aplicación lisa y llana de la CH1980) o a la defensa de los derechos humanos del niño en disputa (aplicando prioritariamente los principios de la CIDN). Por último, se incorporaron unas breves notas destacando el aspecto más relevante de cada caso, a fin de justificar la elección de la priorización de uno u otro principio en las columnas inmediatamente anteriores. Se ha destacado con un grisado la existencia de tres *leading cases*, en los que el Tribunal Europeo varió su postura previa, los que serán analizados en extenso *a posteriori*, con el fin de desarrollarlos más adecuadamente.

	Año	Prioriza		Notas
		Der. Humanos	Soberanía	
Ignaccolo-Zenide vs. Rumania	2000		X	Establece la obligación de restituir rápidamente. Desarrollado en extenso en el próximo título.
Maire vs. Portugal	2003		X	Reafirma la necesidad de armonizar las normas, pero prioriza la CH1980.
Sylvester vs. Austria	2003	X		Admite que no se restituya si hubo un cambio de circunstancias.
Bianchi vs. Suiza	2006		X	Condena la existencia de largas demoras por la escucha del niño.
Iosub Caras vs. Rumania	2006		X	Condena la existencia de demoras por el análisis amplio de la situación.
Maumousseau y Washington vs. Francia	2007		X	Establece que puede prescindirse de escuchar al niño.
P.P. vs. Polonia	2008		X	Habilita medidas de fuerza sobre el menor para restituirlo.
Neulinger y Shuruk vs. Suiza	2009	X		Establece la obligación de analizar ampliamente el interés superior del menor antes de restituirlo. Desarrollado en extenso en el próximo título.
Šneersone y Kampanella vs. Italia	2011	X		Resuelve en igual modo que el antecedente "Neulinger y Shuruk".
Shaw vs. Hungría	2011		X	Reafirma posibilidad de utilización de medidas de fuerza sobre el menor.
B. vs. Bélgica	2012	X		Resuelve en igual modo que el antecedente "Neulinger y Shuruk".
Karrer vs. Rumania	2012	X		Resuelve en igual modo que el antecedente "Neulinger y Shuruk".
İlker Ensar Uyanik vs. Turquía	2012	X		Resuelve en igual modo que el antecedente "Neulinger y Shuruk".
X vs. Letonia	2013	X	X	Deben armonizarse los derechos humanos del niño con las obligaciones estatales de restituir. Desarrollado en extenso en el próximo título.
Raw vs. Francia	2013		X	Reafirma posibilidad de utilización de medidas de fuerza sobre el menor.
Blaga vs. Rumania	2014	X		Establece necesidad de atender las preocupaciones de los niños.
Cavani vs. Hungría	2015		X	Reafirma posibilidad de utilización de medidas de fuerza sobre el menor.
Adzic vs. Croacia	2015	X		Habilita la posibilidad de demoras por el análisis amplio de la situación.
G.S. vs. Georgia	2015	X		Habilita la posibilidad de demoras por el análisis amplio de la situación.
K.J. vs. Polonia	2016	X		Establece imposibilidad de restituir por el paso de tiempo prolongado.
G.N. vs. Polonia	2016	X		Establece imposibilidad de restituir por el paso de tiempo prolongado.
Tonello vs. Hungría	2018		X	Reafirma posibilidad de utilización de medidas de fuerza sobre el menor.

“Ignaccolo-Zenide (R.I.Z.) vs. Rumania” (2000)

Es el caso paradigmático en el sistema y el más frecuentemente reseñado en otros fallos. Ante el requerimiento hecho a Rumania, el país ordenó la restitución del niño en cuestión pero, al querer ejecutarla, las autoridades rumanas se encontraron con la firme negativa del niño y su familia. Esta situación llevó a una pasividad estatal total.

Este caso es sumamente relevante porque discute la interacción entre el CH1980 y el plexo de protección internacional de los niños, resolviendo la cuestión en lo que se consideró entonces una adecuada armonización: el Tribunal Europeo aceptó que el pedido soberano de que uno de sus habitantes sea devuelto a su territorio, puede ceder temporalmente ante garantizar la protección de los derechos humanos de este (en el caso, por supuesto, un niño), pero la restitución debe producirse y la demora ser acotada. Por tanto, se condenó internacionalmente a Rumania, por haber entendido que la demora fue mayor a lo esperable.

El Tribunal Europeo, sin dejar de remarcar la aparición de los derechos humanos entre las cuestiones a ser consideradas, sentó la postura de que el derecho soberano del Estado requirente está por encima de aquellos.

Esta postura pro-soberanía se solidificó en otros casos, condenando a Estados por su demora⁵⁷, o por su negativa a restituir por el resultado de la escucha del niño⁵⁸, o por la negativa a ejecutar restituciones utilizando la fuerza por considerar que era violatorio a los derechos humanos⁵⁹.

La tesitura de los argumentos de los Estados que se negaban a restituir era siempre la misma: afirmaban que el cumplimiento con los plazos y modos del CH1980 imponía violar obligaciones asumidas al amparo de la CIDN. Dicho de otro modo, afirmaban que la protección de derechos humanos imponía no restituir. En tanto que la postura del Tribunal Europeo, se mantuvo firme en condenarlos por ello.

⁵⁷ “Maire vs. Portugal”.

⁵⁸ “Bianchi vs. Suiza”

⁵⁹ “P.P. vs. Polonia”, “Raw vs. Francia”, “Cavani vs. Hungría”, “Tonello vs. Hungría”, entre otros.

Recapitulando, la primera postura asumida por el Tribunal y sostenida por un largo número de años implicaba que, sin negar la existencia de los derechos humanos del niño, la soberanía estatal debía respetarse y las restituciones llevarse adelante, sin demoras e incluso por la fuerza.

“Neulinger y Shuruk vs. Suiza” (2009)

Con el aumento de los incumplimientos por parte de Estados que se negaban a reafirmar la soberanía de los otros so pretexto de proteger derechos humanos, el Tribunal reevaluó su postura y dio un viraje de ciento ochenta grados, en lo que respecta a la relación soberanía-derechos humanos. Éste se ha convertido en un caso paradigmático, y sumamente citado por el propio Tribunal en muchos de sus fallos posteriores.

Formalmente, el órgano supranacional siguió sosteniendo que las dos normas son relevantes y deben armonizarse. En particular, dijo:

“132. En casos de restitución internacional de menores, las obligaciones (...) deben ser interpretadas tomando en cuenta, en particular, la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores del 25 de Octubre de 1980 (...) y la Convención Internacional de los Derechos del Niño del 20 de Noviembre de 1989”⁶⁰.

Sin embargo, pasó a dar total primacía a la protección de los derechos humanos por sobre cualquier reclamo soberano. Entendió que el análisis de la totalidad de la situación familiar del niño involucrado hacía a sus derechos humanos y debía ser realizada antes de considerar la petición estatal de su retorno (parágrafo 139 de la sentencia). De este modo, queda claro que las imposiciones temporales de la CH1980 y sus modos de ejecución, son secundarios a garantizar los derechos del niño. La nueva posición del Tribunal se mantuvo en otros casos similares⁶¹. Sin

⁶⁰ Traducción propia.

⁶¹ “Šneerson y Kampanella vs. Italia”, “Karrer vs. Rumania”, entre otros.

embargo, las continuadas críticas respecto a la vulneración de las obligaciones asumidas en el CH1980, llevó al Tribunal a una nueva revisión, y a la adopción de una tercera postura, la que aún se encuentra vigente que, como veremos, es algo más moderada, pero aún así tendiente a priorizar la consideración de los derechos humanos por sobre todo otro principio.

“X vs. Letonia” (2013)

Letonia fue demandada porque se postuló que, a raíz de haber aplicado a rajatabla el CH1980 y no haber admitido un análisis de prueba muy amplio, había violado los derechos humanos del niño cuya restitución se solicitaba.

Es interesante destacar que dos países hicieron opción de opinar sobre la cuestión, una alternativa que el Convenio Europeo les brinda. Tanto Finlandia como la República Checa opinaron que los análisis extensos en estos casos (o sea, un despliegue de la doctrina de los derechos humanos), era atentatorio de las soberanías estatales, y violentaba los compromisos asumidos (a través del CH1980). Es realmente notorio como la totalidad de los Estados sostienen la importancia del respeto de la soberanía y el cumplimiento de los tratados cuando se trata de causas que les son ajenas, pero al tiempo de resolver las cuestiones fronteras adentro, suelen hacer primar posturas mucho más inclinadas al cumplimiento de los derechos humanos.

En este caso, el Tribunal, estableció que debían armonizarse los principios para que uno no anulara al otro.

Respecto a lo estrictamente normativo, sintetizó la situación en afirmar que el interés superior del niño (componente de derechos humanos) en este tipo de casos respondía al retorno inmediato al país requirente (componente de defensa de la soberanía), salvo en casos excepcionales en donde objetivamente se corrobore que el retorno perjudicaría al niño.

Puesto en clave de la dicotomía en análisis, se propuso una armonización basada en que debe respetarse la soberanía del Estado requirente y devolver a su territorio al niño/habitante requerido, salvo que ese cumplimiento lo ponga en un peligro tan grave que el retorno sea una violación flagrante a los derechos humanos (de modo que el estándar debe superar el mero daño, y debe tratarse de uno particularmente grave). Con esta postura, que el Tribunal aún mantiene, se quiso resolver este pujante disyuntiva de una manera viable.

Este caso ha dejado un campo minado, en cuanto a que los Estados deben elegir entre cumplir sus obligaciones temporales bajo el CH1980 o sus obligaciones de fondo respecto a la CIDN, ante la imposibilidad de cumplir con ambas. O sea, pueden ser condenados tanto por no respetar la soberanía de otro Estado como por violar los derechos humanos, al actuar demasiado apresuradamente para garantizarla.

La evolución en la postura frente al problema

En la materia aquí estudiada, ha existido una evolución que, por momentos, tomó la forma de avances y retrocesos, marchas y contramarchas. No han existido señales claras a los Estados respecto a qué era esperable de ellos en materia del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Sin embargo, del análisis del cuadro de exposición de los casos surge que pueden delinearse tres etapas bien diferenciadas que la disyuntiva entre soberanía y derechos humanos ha atravesado, mirada desde la óptica de las restituciones internacionales de menores. Estas etapas comienzan, cada una, con los *leading cases* reseñados.

Primera Etapa (2000-2009):

En un primer momento, parecía claro que el sistema internacional (abordado desde las resoluciones del Tribunal Europeo), contemplaba únicamente la protección de la soberanía estatal desde la ejecución pronta, lisa y llana de las restituciones internacionales de menores, sin

que se admitan mayores dilaciones. En este período, salvo en el caso “Sylvester vs. Austria”, en que se admitió la posibilidad de no restituir cuando haya existido un cambio de circunstancias en la situación del menor, no han existido habilitaciones a contemplar el plexo de derechos humanos involucrado, a fin de contraponerlo con el de la soberanía estatal.

Segunda Etapa (2009-2013)

De una manera categórica, con la aparición del antecedente “Neulinger y Shuruk vs. Suiza”, el Tribunal Europeo cambió radicalmente su postura previa. Aquí afirmó, sin cortapisas, que era necesario –a fin de no incurrir en responsabilidad internacional– que cada Estado al que le fuera requerida una restitución internacional, analizara la situación del niño en cuestión a la luz de las normas de derechos humanos aplicables y, en particular, de la CIDN.

Desde la vertiente de la responsabilidad internacional, se destacó que podía generarla tanto demorarse en restituir, como apurarse en hacerlo, sin considerar acabadamente la situación. Así, calificada doctrina sostiene: “(...) *también podría generar la responsabilidad del Estado la aplicación del principio restitutorio con demasiada estrictez y sin evacuar acabadamente las dudas que puedan generarse en torno a la configuración de las excepciones o a la situación concreta del niño tras la restitución*”⁶².

Tercera Etapa (2013-Presente)

En un tercer momento, que aparece con “X. vs. Letonia”, no hay realmente un cambio de postura respecto a lo pergeñado en el segundo momento recién descrito, sino una leve morigeración de sus implicancias. Así, la Gran Sala de la Corte precisó que la profunda y amplia indagación que los tribunales locales deben hacer –según había sido

⁶² RUBAJA, Nieve: “Responsabilidad del Estado en procesos de restitución internacional de niños”. *Revista Derecho de Familia*, páginas 65-83, Buenos Aires, 2014.

delineada en “Neulinger y Shuruk”– no debe tener como objeto la totalidad de las circunstancias del caso, sino que simplemente implica el estudio minucioso del interés superior del niño en aquello que tenga estricta relación con la articulación de alguna excepción para oponerse al retorno, siempre y cuando fuera de las contempladas en el CH1980.

El Juez Pinto de Albuquerque, miembro del Tribunal, representa con claridad el difícil dilema actualmente reinante. Afirma que: *“Entre el Escila de la aplicación minimalista y automática de las excepciones de la Haya al retorno, que la tornarían vacía de cualquier contenido, y el Caribdis de la creación de nuevas y autónomas defensas del interés superior del niño, que se superpondrían con la disputa sobre la custodia, el Tribunal ha resistido ambos peligros y elegido una solución intermedia, que consiste en que en que las excepciones de la Convención de la Haya al retorno determinan cuál es el interés superior del niño. No obstante, estas excepciones incluyen los derechos humanos del niño. Y deben ser tomadas seriamente”*⁶³.

Sin embargo, si bien el fallo “X vs. Letonia” mantiene una postura muy equilibrada, que busca no inclinar la balanza hacia uno u otro principio –soberanía o derechos humanos–, en la práctica, se ha seguido habilitando una indagación profunda en la situación de los menores, a fin de no afectar sus derechos. Hay un solo área en el que el Tribunal, incluso con posterioridad al caso mencionado, se ha mostrado, y se sigue mostrando, inflexible: cuando en el Estado requerido se ha tomado la decisión judicial de restituir, el Tribunal Europeo ha afirmado que es posible, y hasta obligatorio si el caso lo amerita, que se proceda a la restitución incluso por la fuerza⁶⁴. Pero fuera de esa específica cuestión, la totalidad de las resoluciones del Tribunal Europeo en materia de

⁶³ “Between the Scylla of a minimalist and automatic application of the Hague defenses to return, which would render them void of any substantive content, and the Charybdis of creating a new, free-standing defense of the child’s best interests, overlapping the merits of the custody dispute, the Court has resisted both dangers and chosen the middle solution, which is that the Hague Convention defenses to return exhaustively determine what is in the best interests of the child. However, these defenses do include the human rights of the child. And they are to be taken seriously.”

Voto concurrente del Juez PINTO DE ALBUQUERQUE, Caso “X. contra Letonia”, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138992> . Traducción propia.

⁶⁴ Casos “Raw vs. Francia”, “Cavani vs. Hungría”, “Tonello vs. Hungría”.

restituciones internacionales, han hecho prevalecer el cuidado respecto a la no violación de los derechos humanos por sobre cualquier otro.

En suma, de los casos analizados en ambos sistemas –el interamericano y el europeo–, se observa con claridad un avance progresivo de la agenda de derechos humanos, que ha erosionado la noción de soberanía clásica, lo cual amerita analizar formas de resolución de esta disyuntiva que genera malestar e insatisfacción para los Estados inmersos en ella.

CUARTA PARTE

INTENTOS DE RESOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Algún tiempo después de la entrada en vigencia de la CIDN, los Estados comenzaron a tomar conocimiento, por sus prácticas judiciales internas, de su imposible armonización con la CH1980. En ese contexto, existieron algunos intentos por resolver la cuestión para garantizar la vigencia del CH1980.

A nivel global, un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, elaboró una “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”⁶⁵. No se trata de una verdadera ley, en el sentido de que no posee carácter vinculante, sino más bien de un instrumento de *soft law* que buscó dar a los Estados una base sobre la cual modificar su normativa interna, a fin de armonizar el CH1980 y la CIDN, habiendo alcanzado un nivel bajísimo de adhesión. Ha sido duramente criticada por no servir para los fines perseguidos, y no resolver adecuadamente la tensión normativa, producida por el binomio en estudio⁶⁶.

A nivel regional, la Unión Europea adoptó un reglamento específico⁶⁷, que se pretende de aplicación a todos los países que la integran. Sin embargo –como se ha visto reiteradas veces antes–, no ha impedido que sus Estados miembro violenten sus obligaciones internacionales en uno u otro sentido.

⁶⁵ Disponible en https://assets.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf. Desde el propio preámbulo del instrumento se nota su carácter pretendidamente armonizador de las normas involucradas. Dice: “Los plazos breves de decisión, en aplicación del interés superior del niño, contribuyen al cumplimiento del Convenio de la Haya de 1980 (...) y a la mejor preservación de los derechos a no ser trasladado o retenido ilícitamente de un Estado a otro (...)”

⁶⁶ Se ha dicho que, si: “(...) aplicáramos la Ley Modelo (...) de ningún modo se garantizarían procesos rápidos y veloces y en los que, a la par, se respete el derecho de defensa en juicio (...) lo que merece dejarse establecido es que no es posible soslayar el aspecto contencioso cuando se deducen algunas de las excepciones que regulan los mismos convenios. Para decirlo de otro modo, la urgencia y la celeridad no deben llegar al límite de eliminar la garantía del debido proceso, y he aquí el punto de tensión entre un objetivo y otro”.

MIZRAHÍ, op. cit., págs. 4 y 141.

⁶⁷ Reglamento N° 2201, del 2003.

A nivel local, una pequeña parte de los Estados signatarios han tomado medidas concretas, modificando su propia legislación, a fin de tratar de responder adecuadamente a los principios de ambos tratados, siendo ellos Panamá (2001), Suiza (2007), Uruguay (2012), España (2015), Chile (2015) y Argentina (2016). Sin embargo, estos intentos por armonizar las normas, no han rendido casi ningún fruto, como se ha visto en la jurisprudencia europea, habiéndose reseñado casos por el incumplimiento, ya fuera de los preceptos del CH1980 o la CIDN.

Proyectando la cuestión normativa al esquema más amplio de contraposición entre soberanía contra derechos humanos, se nota en el ámbito de las restituciones internacionales un retroceso del primer concepto, en favor del segundo.

Es innegable que la aplicación del CH1980 está en gran medida en crisis. En los últimos 15 años, a medida que se fue afincando en la comunidad internacional la importancia de la aplicación de la CIDN, aumentó un 5% la cantidad de solicitudes de restituciones rechazadas⁶⁸. Otros indicadores abonan la afirmación. El fracaso del cumplimiento estatal en cuanto a la celeridad, garantía del rápido retorno de un ciudadano a la esfera soberana del Estado del que fue retirado, es total. En la actualidad, absolutamente ningún país logra cumplir, en la generalidad de sus casos, con el plazo propuesto por el CH1980. Los más rápidos en resolver (Sudáfrica: 10 semanas; Dinamarca: 11 semanas; Noruega: 12 semanas)⁶⁹, casi duplican el plazo habilitado. El análisis de las estadísticas revela que el tiempo promedio que una restitución toma hasta la existencia de una sentencia es de más de 22 semanas en el caso de restituciones ordenadas, y de 35 semanas en el caso de las restituciones rechazadas, generando un promedio general de 26 semanas, el cual supera en cuatro veces el tiempo previsto por la normativa internacional. Y, debe considerarse además, que estos plazos contemplan únicamente el tiempo necesario para alcanzar una resolución definitiva,

⁶⁸ "A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report", parágrafo número 13. Disponible en el *website* citado en la nota al pie número 7.

⁶⁹ "A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report", parágrafo número 116. Disponible en el *website* citado en la nota al pie número 7.

mas no el necesario para ejecutarla que, como se ha visto, puede ser sustancial y dar lugar incluso a condenas internacionales.

Reflexiones Finales

El conflicto entre el concepto de soberanía clásicamente entendida y la doctrina de derechos humanos, tan estudiado en las últimas décadas, ha presentado numerosos frentes de batalla en que se ha exteriorizado. En el trayecto de este estudio, se ha presentado la dificultad imperante en el proceso de cooperación para resguardo de la soberanía, consagrado en el CH1980, a raíz de la aparición de un tratado internacional de derechos humanos, la CIDN.

Es digno de nota que ningún Estado, ni siquiera aquellos que introdujeron cambios a nivel interno, ha logrado una adecuada armonización de las normas. Es posible aventurar que esto ha sido así porque la cuestión normativa es tan sólo un síntoma de un fenómeno mayor, de carácter estructural. El aspecto más álgido del conflicto está dado por la condena internacional a distintos Estados por su accionar, ya fuera priorizando la norma pro-soberanía o aquella protectoria de los derechos humanos. Con la aparición de órganos supranacionales (como la Corte Interamericana o el Tribunal Europeo), como garantes de última instancia de la supremacía de los derechos humanos, y con capacidad de aleccionar y castigar a los propios Estados, parece claro que el concepto de soberanía como poder estatal omnímodo está en franco declive. El análisis objetivo de las condenas por responsabilidad internacional corrobora la existencia del conflicto normativo, entre una norma de distribución de competencias, típica de protección de la soberanía estatal, y una norma de protección de los derechos humanos, como así también corrobora que la defensa de la doctrina de los derechos humanos se ha estado imponiendo fuertemente en el último tiempo.

En muchos de los casos atendidos por órganos de justicia supranacionales, se relataban situaciones en donde los jueces nacionales habían decidido desechar el CH1980, y su principio de celeridad que busca una distribución de competencias soberanas veloz, so pretexto de aplicar

normas de derechos humanos (en particular, la CIDN). También se observa que cuando sus cancillerías u órganos ejecutivos realizaban su defensa ante los órganos supranacionales, habitualmente esgrimían argumentos tales como que por razones de soberanía sólo le es dado a cada Estado decidir sus leyes de procedimientos, o que le era obligatorio cumplir con los tratados suscritos (generalmente favoreciendo el cumplimiento del CH1980). Esto permite postular que, a nivel interno, los órganos judiciales y ejecutivos de Estados republicanos pueden –y habitualmente tienen– posturas diferenciadas sobre si la soberanía clásicamente entendida o la doctrina de los derechos humanos, deben tener primacía. Los constantes cambios de la jurisprudencia internacional en los parámetros de apreciación del cumplimiento estatal de obligaciones no ha colaborado, y el destino de muchos tratados de aseguramiento de la soberanía, como el CH1980, revisten un pronóstico reservado.

Ampliamente, lo que ocurre con el CH1980 respecto a la CIDN, también ocurre con otros tratados internacionales sobre derechos humanos, que han erosionado la aplicación de aquellos cuyo único foco estaba puesto en el Estado y su ejercicio de soberanía. Esta corroboración fáctica es evidencia del fenómeno que numerosos autores han estudiado, respecto a la existencia de un conflicto intrínseco entre esos dos conceptos. La presente tesis se ha focalizado en reseñar el conflicto normativo entre dos instrumentos, uno de reivindicación de la soberanía y otro de protección de los derechos humanos. Sin embargo, como se ha dicho y justificado, esta batalla es sólo una más de una guerra abierta entre el concepto de la soberanía clásica y la protección de los súbditos estatales, ahora empoderados con el reconocimiento de derechos propios y autónomos y que no les son derivados del Estado en que viven. En la batalla específica de las restituciones internacionales de menores, el avance de la defensa de los derechos humanos por sobre el principio de soberanía ha sido creciente y estable, habiéndolo relegado sustantivamente.

Los distintos componentes del Leviatán, quienes reivindican derechos individuales que se presentan como superiores a los del conjunto, paradójicamente han puesto en jaque la condición de

surgimiento del orden colectivo que originó el reconocimiento de los derechos humanos –la soberanía estatal–. Indudablemente, esta no es la primera ni será la última batalla entre estas dos cosmovisiones, la del Estado –titular de la soberanía– y la de los sujetos –titulares de derechos humanos–, pero se presenta como una en que estos últimos se han impuesto de manera que se avizora como irreversible.

ANEXO: ESTADO DE RATIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

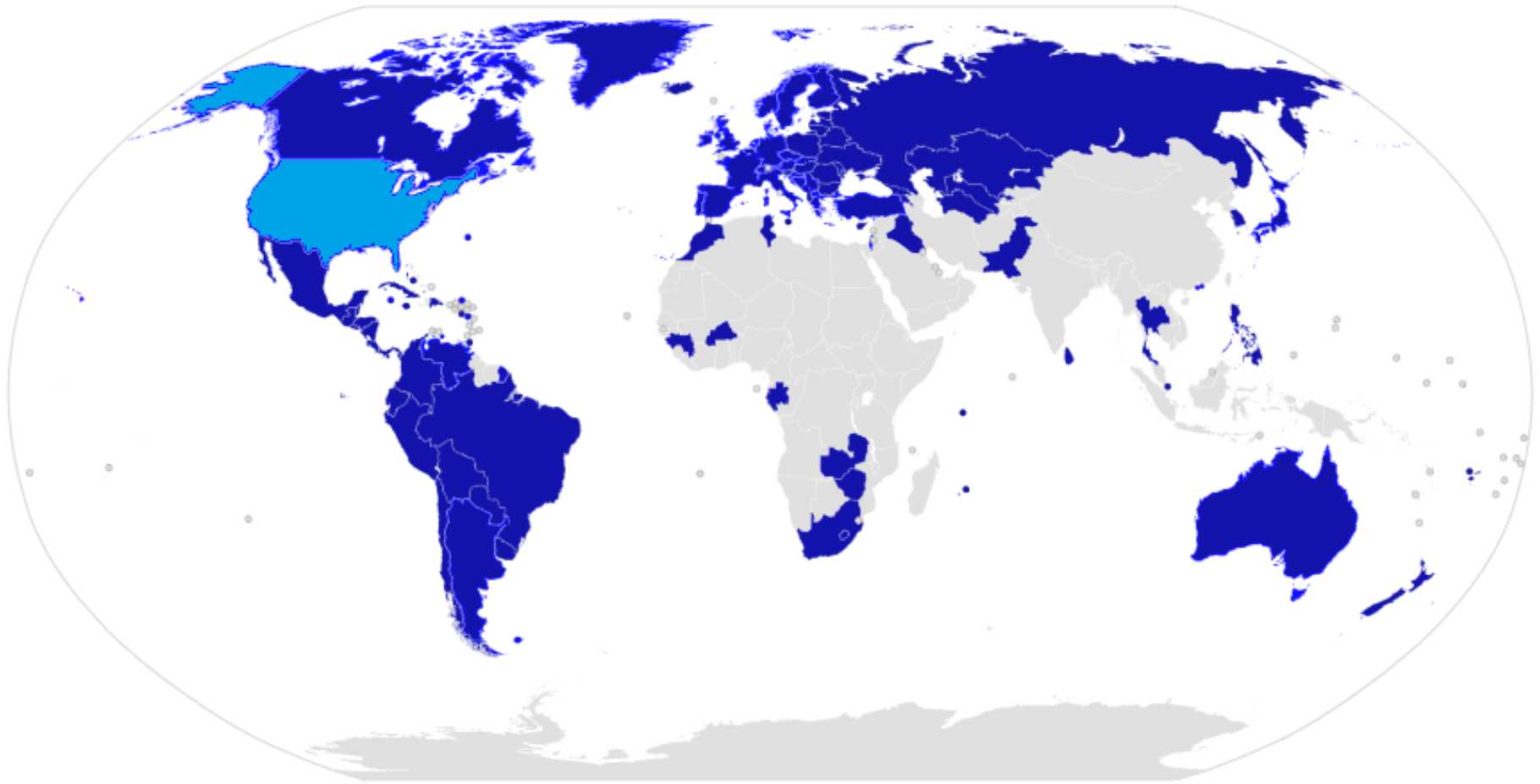
Estado	Fecha de Entrada en Vigor	
	CH 1980	CIDN
Albania	1-VIII-2007	28-III-1992
Alemania	1-XII-1990	5-IV-1992
Andorra	1-VII-2011	1-II-1996
Argentina	1-VI-1991	3-I-1991
Armenia	1-VI-2007	22-VII-1993
Australia	1-I-1987	16-I-1991
Austria	1-X-1988	5-IX-1992
Bahamas	1-I-1994	22-III-1991
Belarús	1-IV-1998	31-X-1990
Bélgica	1-V-1999	15-I-1992
Belice	1-IX-1989	2-IX-1990
Bolivia	1-X-2016	2-IX-1990
Bosnia y Herzegovina	6-III-1992	6-III-1992
Brasil	1-I-2000	24-X-1990
Bulgaria	1-VIII-2003	3-VII-1991
Burkina Faso	1-VIII-1992	30-IX-1990
Canadá	1-XII-1983	12-I-1992
Chile	1-V-1994	12-IX-1990
Chipre	1-II-1995	9-III-1991
Colombia	1-III-1996	27-II-1991
Corea, República de	1-III-2013	20-XII-1991
Costa Rica	1-II-1999	20-IX-1990
Croacia	1-XII-1991	8-X-1991
Cuba	1-XII-2018	20-IX-1991
Dinamarca	1-VII-1991	18-VIII-1991
Ecuador	1-IV-1992	2-IX-1990
El Salvador	1-V-2001	2-IX-1990
Eslovaquia	1-II-2001	1-I-1993
Eslovenia	1-VI-1994	25-VI-1991
España	1-IX-1987	5-I-1991
Estonia	1-VII-2001	20-XI-1991
Ex República Yugoslava de Macedonia	1-XII-1991	17-IX-1991
Fiji	1-VI-1999	12-IX-1993
Filipinas	1-VI-2016	20-IX-1990
Finlandia	1-VIII-1994	20-VII-1991
Francia	1-XII-1983	6-IX-1990
Gabón	1-III-2011	11-III-1994
Georgia	1-X-1997	2-VII-1994
Grecia	1-VI-1993	10-VI-1993
Guatemala	1-V-2002	2-IX-1990
Guinea	1-II-2012	2-IX-1990
Honduras	1-III-1994	9-IX-1990
Hungría	1-VII-1986	6-XI-1991

Iraq	1-VI-2014	15-VII-1994
Irlanda	1-X-1991	28-X-1992
Islandia	1-XI-1996	27-XI-1992
Israel	1-XII-1991	2-XI-1991
Italia	1-V-1995	5-X-1991
Jamaica	1-V-2017	13-VI-1991
Japón	1-IV-2014	22-V-1994
Kazajstán	1-IX-2013	11-IX-1994
Lesoto	1-IX-2012	9-IV-1992
Letonia	1-II-2002	14-V-1992
Lituania	1-IX-2002	1-III-1992
Luxemburgo	1-I-1987	6-IV-1994
Malta	1-I-2000	30-X-1990
Marruecos	1-VI-2010	21-VII-1993
Mauricio	1-VI-1993	2-IX-1990
México	1-IX-1991	21-X-1990
Mónaco	1-II-1993	21-VII-1993
Montenegro	3-VI-2006	23-X-2006
Nicaragua	1-III-2001	4-XI-1990
Noruega	1-IV-1989	7-II-1991
Nueva Zelandia	1-VIII-1991	6-V-1993
Países Bajos	1-IX-1990	7-III-1995
Pakistán	1-III-2017	12-XII-1990
Panamá	1-V-1994	11-I-1991
Paraguay	1-VIII-1998	25-X-1990
Perú	1-VIII-2001	4-X-1990
Polonia	1-XI-1992	7-VII-1991
Portugal	1-XII-1983	21-X-1990
R. U. de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	1-VIII-1986	15-I-1992
República Checa	1-III-1998	1-I-1993
República de Moldova	1-VII-1998	25-II-1993
República Dominicana	1-XI-2004	11-VII-1991
Rumania	1-II-1993	28-X-1990
Rusia, Federación de	1-X-2011	15-IX-1990
Saint Kitts y Nevis	1-VIII-1994	2-IX-1990
San Marino	1-III-2007	25-XII-1991
Serbia	27-IV-1992	15-III-2001
Seychelles	1-VIII-2008	7-X-1990
Singapur	1-III-2011	4-XI-1995
Sri Lanka	1-XII-2001	11-VIII-1991
Sudáfrica	1-X-1997	16-VII-1995
Suecia	1-VI-1989	2-IX-1990
Suiza	1-I-1984	26-III-1997
Tailandia	1-XI-2002	26-IV-1992
Trinidad y Tobago	1-IX-2000	4-I-1992
Túnez	1-X-2017	29-II-1992

Turkmenistán	1-III-1998	19-X-1993
Turquía	1-VIII-2000	4-V-1995
Ucrania	1-IX-2006	27-IX-1991
Uruguay	1-II-2000	20-XII-1990
Uzbekistán	1-VIII-1999	29-VII-1994
Venezuela	1-I-1997	13-X-1990
Zambia	1-XI-2014	5-I-1992
Zimbabwe	1-VII-1995	11-X-1990

Nota:

- China es miembro de la CIDN (fecha de entrada en vigor: 2-III-1992). Aunque no es miembro de la CH1980, la misma se aplica para las regiones de Macao (fecha de entrada en vigor: 1-III-1999) y Hong Kong (1-IX-1997).



Notas:

- Mapa en que se consignan los países que han suscripto los dos instrumentos (actualizado a Diciembre de 2018).
- Se destaca adrede (en celeste claro) la situación de Estados Unidos, que es el único signatario de la CH1980 que no ha suscripto la CIDN.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULL, Hedley: *“The Anarchical Society, A Study of Order in World Politics”*, 1977.

CLAPHAM, A: *“Human Rights Obligations of Non State Actors”*, Oxford, Oxford: University Press, 2006.

DONELLY, J.: *“Human Rights”*, en *“Globalisation of World Politics: Introduction to International Relations”*, Oxford, Oxford: University Press, 2011.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia y BASZ, Victoria: *“El Derecho Internacional Privado y la restitución internacional de menores”*, en La Ley 1996-B, 611, y en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. (Dir.), *“Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración”*, 1ª edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y SCOTTI Luciana: *“La restitución internacional de menores en el Mercosur”*, en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 23, Diario Jurídico El DIAL, Albremática, Septiembre de 2016.

FINKELSTEIN, Lawrence S.: *“What is Global Governance?”*, Global Governance, 1, 1995.

GOICOECHEA, Ignacio: *“Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores”*, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* n° 30. Derecho de Familia, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, marzo/abril de 2005.

GOICOECHEA, Ignacio: *“Derecho procesal de familia y funcionamiento de convenios internacionales”*, en DREYZIN DE KLOR, Adriana y ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos E. (directores), en *“Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional”*, Ed. Advocatus, Argentina, 2011.

HERZ, Mariana: *“El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de la sustracción parental internacional”*, en Revista de Derecho Procesal, vol. 1, Buenos Aires, 2010.

HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter (editores): *“Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”*, Fondo de Naciones Unidas, 1998.

KIELMANOVICH, Jorge y BENAVIDES, Diego: *“Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general”*, Ed. Jurídica Continental, Costa Rica, 2008.

KOSKENNIEMI, Martii: *“The Politics of International Law”*, EJIL 1, 1990.

LIPOVETSKY, Gilles: *“La Era del Vacío”*, Ed. Anagrama, Madrid, 2006.

MIZRAHÍ, Mauricio Luis: *“Familia, matrimonio y divorcio”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.

MIZRAHÍ, Mauricio Luis: *“Restitución Internacional de Menores”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016.

NAJURIETA, María Susana: *“La restitución internacional de menores y el principio de interés superior del niño...”*, Buenos Aires, Ed. JA, 2006.

PÉREZ-VERA, Elisa: *“Explanatory Report”*, Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, 1981.

PETTIGIANI, Julio: *“Restitución internacional de menores”*, *“Revista de Derecho de Familia y las Personas”*, Año VII, n° 6, 2015.

QUINTANA, Teresa Regina: *“Restitución Internacional de Menores”*, Ed. Dunken, Buenos Aires, 2018.

RUBAJA, Nieve: *“Responsabilidad del Estado en procesos de restitución internacional de niños”*. Revista Derecho de Familia, Buenos Aires, 2014.

SCOTT, S.: *“International Law in World Politics”*, London, Lynne Rienner Publishers, 2004.

SCOTTI, Luciana: *“Las Garantías Fundamentales en el Proceso de Restitución Internacional de Menores”*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 62 (Dir. Cecilia P. Grosman, Aida Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras y Marisa Herrera), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2013.

SCOTTI, Luciana: *“Restitución Internacional de Menores. Aspectos procesales y prácticos. Derecho comparado”*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2014.

SNYDER, Jack: *“One World, Rival Theories”*, Foreign Policy, No. 145, Nov.-Dec., 2004.

TEITEL, R.: *“Humanity’s Law: Rule of law for the new global politics”*, Cornell International Law Journal, 35.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo: Prólogo a *“Restitución Internacional de Menores. Aspectos Procesales y Prácticos. Derecho Comparado”*, Buenos Aires, Ed. Bien de Familia, 2014.

WEINBERG DE ROCA, Inés M.: *“Sustracción y restitución internacional de menores”*, Ed. La Ley, LL 1995-C-1281, Buenos Aires, 1995.