

PRONUNCIAMIENTO N° 20

Pautas mínimas de restitución interprovincial de niñas, niños y adolescentes.

Agosto 2023

La Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N°26.061) así como la Convención sobre los Derechos del Niño, en su reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como titulares de derecho, destacan la obligación que pesa sobre el Estado en la adopción de medidas que garanticen sus derechos y que velen por la protección especial que les asiste, particularmente en materia de administración de justicia, conforme al plus de protección por su condición de personas en desarrollo, que surge del Art 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica), de la propia Convención sobre los Derechos del Niño y de la Opinión Consultiva 17/2022 de la Corte IDH.

En ese marco, de la casuística trabajada por la Defensoría, se advierte la reiterada utilización del exhorto como medio para la restitución interprovincial de Niñas, Niños y Adolescentes. El exhorto es un oficio judicial que se confecciona en los términos de la Ley N° 22.172 (1980) y se utiliza para las comunicaciones entre tribunales de distinta jurisdicción territorial que ejercen la misma competencia en razón de la materia (art. 1) a partir del cual un juzgado requiere a otro la adopción de medidas para la ejecución de un trámite específico, debiendo cumplir con los requisitos formales establecidos en el art 3 de la referida ley¹.

Resulta evidente advertir que este acto procesal de comunicación interjurisdiccional refiere a requerimientos de otra naturaleza que no ha sido concebido para el traslado de personas en general, y mucho menos de niñas niños y adolescentes en particular. Se trata de una manda judicial que no tiene en cuenta las particularidades de un abordaje con niñas, niños y adolescentes que limita, anula y violenta, la garantía de protección especial que les asiste a niñas, niños y adolescentes.

¹ A saber: 1. Designación y número del tribunal y secretaría y nombre del juez y del secretario; 2. Nombre de las partes, objeto o naturaleza del juicio y el valor pecuniario, si existiera; 3. Mención sobre la competencia del tribunal oficiante; 4. Transcripción de las resoluciones que deban notificarse o cumplirse y su objeto claramente expresado si no resultase de la resolución transcrita; 5. Nombre de las personas autorizadas para intervenir en el trámite; 6. El sello del tribunal y la firma del juez y del secretario en cada una de sus hojas.

Ello, fundamentalmente porque no contempla posibilidad de evaluación del tribunal que recibe la manda. El art. 4to establece que *"El tribunal al que se dirige el oficio examinará sus formas y sin juzgar sobre la procedencia en las medidas solicitadas, se limitará a darle cumplimiento dictando las resoluciones necesarias para su total ejecución"*, de esta forma, no es posible, al no estar previsto en dicha ley, evaluar el estado actual de niñas, niños y adolescentes para considerar la procedencia o no de la medida y las condiciones del regreso seguro en su caso y asegurar las garantías mínimas que resguarden la integridad psicofísica del niño/a en cuestión, que deberá resolver el tribunal que cuente con competencia territorial.

Todos los principios, en particular el de especialidad, y garantías, deben de estar contemplados en la decisión del juez que ostenta la competencia originaria y solicita la colaboración de otro tribunal. Sin embargo, esta Defensora advierte que, en las decisiones adoptadas por jueces/zas en el marco de pedidos de restitución de niñas, niños y adolescentes, se han dictado resoluciones contrarias al derecho y su protección especial. Sin tener en cuenta, además, el principio de inmediatez y solicitando, en la mayoría de los casos, el uso de la fuerza pública, violentando su integridad psicofísica.

En adhesión, el exhorto no permite un "regreso seguro" de niñas, niños y adolescentes, garantizando el derecho a ser oído, su interés superior y el principio de protección especial, toda vez que la ejecución de la manda judicial de este tipo es compulsiva e incluso violenta, incluyendo el uso de la fuerza pública, teniendo un significativo impacto sobre la salud integral de niñas, niños o adolescentes y la de su grupo familiar.

En definitiva, una situación tan compleja como es un traslado interjurisdiccional, no puede resolverse mediante un exhorto cuando se trata de niñas, niños y adolescente, mecanismo previsto para otros objetos, tales como el secuestro de bienes, cuestiones relativas a documentos, inscripción de medidas en registros públicos, etc., es decir, todo lo relativo a objetos y no a titulares de derechos, mucho menos de niñas, niños y adolescentes.

Desde esta Defensoría verificamos la ausencia de un medio idóneo para la ejecución de medidas tan sensibles como es la restitución interprovincial de niñas, niños y adolescentes. Por lo tanto, consideramos necesaria la sanción de una **Ley Nacional de Restitución Interprovincial de Niñas, Niños y Adolescentes**, que brinde un marco de garantías y estándares para el diseño de mecanismos respetuosos sus derechos.

La norma debe brindar un marco capaz de contemplar tanto los supuestos en los que se configure un traslado o retención e incomunicación ilícita de niñas, niños y adolescentes en distinta jurisdicción, como también contemplar el contexto de violencias que rodean a muchos de estos casos.

En su ejecución se debe garantizar una aplicación armónica de los principios de la Ley 26.061 (Ley de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes) y la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales), así como de los Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes y de la mujeres y diversidad, con jerarquía constitucional, principalmente la CDN y la CEDAW, pero también instrumentos interamericanos de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Belén Do Pará. Asimismo, también debe tenerse en principal consideración las observaciones generales del Comité sobre los Derechos del Niño -la OG 12 y 14-, y las Recomendaciones Generales del Comité CEDAW, -en específico la RG 35-, y la realizada conjuntamente entre ambos Comités sobre prácticas nocivas (31 CEDAW y 18 Comité CDN), entre otros instrumentos destacados en la temática.

Cualquier proyecto de ley debe asegurar que en su redacción debe desestimar los estereotipos instalados socialmente, identificar y reformular manifestaciones que puedan resultar adultocentristas o sexistas y que profundicen, en definitiva, sesgos a la hora de ser interpretadas y aplicadas, sesgos que aún advertimos en fallos judiciales.

La ley, como toda normativa en materia de infancias y adolescencias, debe incorporar como ejes vertebrales, el **mejor interés** del niño involucrado, así como el respeto de la **tutela judicial efectiva** y la **inmediación** como principios generales que deben regir los procesos de familia. Así, instamos por un proyecto de ley que contenga:

- 1. Interés superior del niño**, teniendo en cuenta que el Comité sobre los Derechos del Niño se ha expedido en su OG Nro. 14 "*... 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 requieren 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 partes 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."

Para aquellos que administran justicia, la aplicación de la norma debe siempre tener en cuenta que frente a otras disposiciones y a otros intereses prevalecerá el de las niñas, niños y adolescentes.

2. **Derecho a ser oído** como disposición de carácter general, conforme el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y el correlativo derecho a que tales opiniones sean debidamente tomadas en cuenta, en función de su edad y grado de madurez (art 12 CDN). Debe entenderse que el derecho a ser oído es un proceso complejo, singular y continuo y que no se agota la escucha en un solo acto procesal (Cf art 27, inc. B Ley 26.061). En este sentido, se debe adaptar los procedimientos a las dinámicas, recursos y formas de expresión de niñas, niños y adolescentes. Al respecto, se sugiere ver la Recomendación 8 de la Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. El derecho a ser oído se relaciona también con la garantía procesal de la defensa técnica, consagrada en el art. 27 de la ley 26.061, la que del mismo modo se vincula con el concepto de autonomía progresiva, debidamente receptado en nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN). Se debe garantizar al niño la asistencia letrada gratuita y especializada, que le permite, en su caso, ser parte del proceso.

3. **Principio de inmediatez.** (Cf. Cap III, art 706 y 716 CCyCN; Art 3 inc.f Ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006) En todos los casos se debe resguardar a las niñas, niños y adolescentes priorizando el **principio de inmediatez e intermediación** como garantía de la tutela efectiva de sus derechos fundamentales, para lo cual se debe tener en cuenta qué órganos jurisdiccionales, judiciales y administrativos se hallan en mejores condiciones de alcanzar la protección especial de sus derechos, en los procesos que los involucran.

Esta Defensora considera que el tribunal de la jurisdicción donde efectivamente se encuentra el niño/a, es quien se encuentra en mejores condiciones de hacer efectiva esta garantía procesal.

En tal sentido, se han manifestado tanto el Ministerio Público de Defensa como el Ministerio Público Fiscal de la Nación en dictámenes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *"El juez local cuenta con mejores elementos para alcanzar la tutela integral en función de la inmediatez que garantiza efectividad y celeridad en la **actuación protectoria**"* (dictamen MPF en Expte. CSJ 695/2022/CS1 en los autos "G.C., G.M c/ V.C, M.D s/ incidente de competencia"); *"La inmediatez del juez contribuye a la eficacia de la actividad protectoria (...)* *El principio de inmediatez permite concretar la debida tutela judicial efectiva, la que tiene como uno de sus ejes esenciales el acceso a la justicia y el respeto a las normas del debido proceso legal"* (dictamen MPD en Expte. CSJ 695/2022/CS1 en los autos "G.C., G.M c/ V.C, M.D s/ incidente de competencia").

- 4. Condiciones de regreso seguro.** La norma debe contemplar que el juez competente que, luego de evaluadas las condiciones en las que se encuentra el niño, niña o adolescente, ejecute una restitución articuladamente con el juzgado de origen, convenir las condiciones de regreso seguro y supervisar que se cumpla con un procedimiento que resguarde su integridad psicofísica. Los juzgados intervinientes y los organismos administrativos locales de protección deben trabajar articuladamente y cooperar entre sí, a los fines de garantizar la restitución del niño, niña o adolescente sin peligro, debiendo continuar su labor articulada con posterioridad al retorno, para asegurar el cumplimiento de las condiciones.

Debe tenerse presente la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, el Tribunal ha señalado, que tales obligaciones deberían implicar, entre otras cuestiones: *a) la protección del bienestar del menor en el momento del retorno hasta que la competencia del tribunal apropiado haya sido invocada efectivamente; b) el aporte mutuo de información acerca de la asistencia jurídica, financiera y social -que debe garantizarse al*

padre sus tractor que desee acompañar a su hijo-, y de todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente; c) la implementación de "órdenes de retorno sin peligro" (safe return orders), que no es más que establecer procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la cual el menor es retornado, todas las medidas provisionales de protección necesarias antes de la restitución, y d) la ayuda para acudir a los tribunales locales lo más rápidamente posible (conf. Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, ptos. 3.18, 3.20, 4.23, 4.24 Y 6.3, págs. 41/43, 60/6).

Finalmente, el art 2642 del CCyCN establece que *"El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión."*

- 5. Prohibición del uso de la fuerza.** La norma debe prohibir explícitamente cualquier acción que implique la utilización de la fuerza física o violencia contra niñas, niños o adolescentes o la persona adulta protectora. En su caso, la ley debe contener estándares de garantía para los casos en los que, excepcionalmente, sea necesario el auxilio de la fuerza pública, la que de ninguna forma podrá llevarse a cabo sin la presencia del organismo local de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes. Dicho procedimiento debe llevarse a cabo un procedimiento con el menor impacto posible en la salud psicofísica de la niña, niño o adolescente, ponderando su interés superior y derecho a ser oído/a. (Ver Protocolo de actuación de las fuerzas de seguridad en presencia de niñas, niños y adolescentes Ministerio de Seguridad de la Nación.)

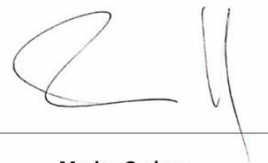
- 6. Intervención del organismo administrativo local de aplicación de la ley de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes.** La norma que se pretende debe contemplar la intervención de los organismos administrativos locales establecidos en el CCyCN y en la Ley 26.061, de la jurisdicción más próxima al niño que, por el principio de inmediatez, se encuentran en mejores condiciones de entrevistar, evaluar al grupo familiar, sugerir la adopción o no de medidas de protección y acompañar a la niña, niño o adolescente en todo el

procedimiento. Articulando con su par de la jurisdicción donde la niña, niño o adolescente vaya a ser restituido.

7. **Intervención del Ministerio Público de la Defensa.** Tal como lo establece el artículo 103 del Código Civil y Comercial de La Nación, la participación del Ministerio Público o del Defensor/Asesor de menores es garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes.
8. **Preferencia por el foro de la presunta víctima.** En los casos donde medie abuso, violencia o maltrato familiar en cualquiera de sus formas y se trate de un caso de restitución, los principios de inmediatez e intermediación resultan imprescindibles, tal como establece el dictamen MPF en Expte. CSJ 695/2022/CS1 (en los autos "G.C., G.M c/ V.C, M.D s/ incidente de competencia") *"sujetar a la víctima a cumplir en el foro del eventual agresor diligencias propias de este tipo de asuntos lo expondría a la revictimización"*. De este modo, en estos casos debe intervenir o continuar interviniendo el tribunal donde se encuentra la víctima, para llevar a cabo acompañamiento y eventual revinculación previo a cualquier orden de restitución. Esto guarda coherencia con los principios consagrados en el Art. 706 CCyCN que rigen los procesos de familia.
9. **Autoridad de coordinación.** La norma debe contemplar la creación de una autoridad de coordinación que, a criterio de esta Defensora, debiera estar bajo la égida del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con la debida intervención de los organismos competentes en los derechos de niñas, niños y adolescentes y que tendrá, entre sus principales funciones, implementar un mecanismo de comunicación directa entre las distintas jurisdicciones. (Anteproyecto de ley S-1926/2022).



Juan Facundo Hernández
Defensor Adjunto de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes



Marisa Graham
Defensora de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes