



**La oposición del menor a su restitución internacional en el marco del
Convenio Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de
Menores de La Haya de 1980**

Estudiantes

Laura María Giraldo Botero

Andrés Felipe Vélez Montoya

Director

Gloria Estella Zapata Serna

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2020

Declaración de originalidad

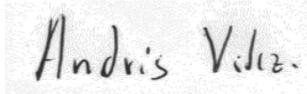
Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Firma del estudiante

Laura María Giraldo Botero



Firma del estudiante

Andrés Felipe Vélez Montoya

La oposición del menor a su restitución internacional en el marco del Convenio Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores de La Haya de 1980

Sumario. Introducción. 1. La oposición del menor según el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional del Menor de 1980 de La Haya. 1.1. Concepto de la oposición del menor y principios rectores del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional del Menor de 1980 de La Haya. 1.2. La autonomía del menor de edad desde la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 de las Naciones Unidas. 2. Análisis jurisprudencial sobre la valoración de la oposición del menor. 2.1. Jurisprudencia internacional del continente americano (INCADAT). 2.2. Jurisprudencia nacional. 3. Estándares para la valoración de criterios con el fin de determinar la validez de la oposición del menor a su restitución. 3.1. La edad y la madurez del NNA. 3.2. El contexto del NNA. Conclusiones.

Resumen

El Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 consagra el proceso de restitución internacional del menor sustraído. Dentro del marco de este procedimiento, y como mecanismo de defensa aparece para el padre sustractor la objeción del menor a su restitución. La oposición presentada por el NNA tiene una valoración heterogénea por parte de los jueces del continente americano. Siendo menester establecer cuáles son los estándares para valorar los criterios planteados allí: edad, madurez y contexto del menor, siempre con miras a proteger el interés superior del menor. Conforme doctrina y jurisprudencia relevante tanto nacional como internacional en América.

Palabras clave: interés superior del menor, restitución internacional de menores, derecho a ser escuchado, Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de La Haya de 1980, jurisprudencia.

Introducción

Con el presente artículo se pretende ilustrar al lector acerca del concepto de la oposición del menor en el proceso de restitución internacional de menores, establecido en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Haya de 1980 (en adelante el Convenio de La Haya). En aquellos casos en que ha sido perfeccionada una sustracción internacional de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA). A propósito, se entiende por dicho fenómeno aquella actuación que puede ser calificada como ilícita, en cuanto a que uno de los sujetos que comparte la patria potestad abusa de las facultades de custodia que esta le da, reteniendo al menor de edad en un Estado diferente al que constituye su residencia habitual, sin que medie la voluntad del otro acudiente (España. Ministerio de Justicia, 2018).

Excluyendo los supuestos en los que se abuse el derecho de custodia dentro del mismo Estado que configure la residencia habitual del menor. En este caso, no estamos frente al derecho de visita, aunque el mismo convenio traiga procedimientos para que este sea defendido, pero no tiene las mismas excepciones de la sustracción internacional de menores.

Actualmente, no se tienen estándares uniformes para evaluar los criterios por el ente juzgador para tomar en cuenta la oposición del menor como excepción propuesta por el progenitor sustractor. Lo que se aplica son juicios indistintamente por parte de los jueces para decidir si tener en cuenta o no la objeción del menor, generando así, inseguridad jurídica. En virtud de lo anterior, Scotti, (2013) resalta la discusión en torno a quién debe calificar si el menor cuenta con el grado de madurez suficiente para considerar su oposición, debido a que ningún instrumento internacional lo hace, debiendo ser determinado en cada caso particular (p.20).

En el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 se consagra la posibilidad de negar la restitución cuando hay oposición del menor. Sin embargo, esa objeción puede llegar a ser arbitrariamente valorada. Siendo menester encausar al operador jurídico por una vía que propenda por el respeto de los derechos del menor.

Disminuyendo el grado de vulneración de los mismos, en razón de la inseguridad causada por la ausencia de marcos de referencia valorativos para el juzgador.

Para analizar esta problemática, se encuentran una serie de posiciones diversas, que oscilan entre proteccionistas del derecho del menor a ser escuchado y quienes defienden principios procesales basándose en la incapacidad del NNA. Aunque de manera mayoritaria los entes estatales le dan primacía a la protección del menor, suelen desligar de esta protección el derecho de los NNA a expresar una voluntad que sea tomada en cuenta. Además, se encuentran posiciones que van más allá de lo jurídico y analizan esta situación (la voluntad del menor) como un fenómeno psicológico. En estas posiciones, se sostienen, que el menor para no verse enfrentado a constantes cambios en su cotidianidad decide sesgar su pensamiento y oponerse a la restitución, con aras a una estabilidad emocional. De ahí la necesidad de establecer como preminente, la prevalencia del interés del menor en todos sus sentidos, de conformidad a lo establecido en El Convenio de La Haya. Lo anterior será objeto de desarrollo del primer apartado del primer capítulo.

Así mismo, es necesario llegar a determinar herramientas para que en las instancias jurisdiccionales se den decisiones congruentes con la seguridad jurídica. Buscando que en los procesos de restitución internacional la voluntad del menor sea respetada en lo posible, dando cumplimiento efectivo a las disposiciones que regula el instrumento internacional que regula este conflicto, las cuales establecen tomar de manera seria la oposición del menor como una excepción.

Clarificando lo anteriormente expuesto, a través de la presente investigación se realizó un análisis normativo de los instrumentos internacionales que regulan el tema y un estudio jurisprudencial alrededor del continente americano, entre el año 2010 y 2020, lo cual se verá expuesto, en un primer capítulo profundizando sobre el concepto de la oposición del menor y su relación con la autonomía de este, a partir de: La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional del Menor de 1980 de La Haya. En un segundo capítulo, se realizará un análisis jurisprudencial del orden

nacional e internacional para identificar los criterios considerados en las distintas decisiones respecto la oposición del menor. En un tercer capítulo, se valorarán los criterios que deben considerarse para la evaluación de la voluntad del menor en los procesos de restitución internacional, como producto de la investigación realizada. Finalmente, cerraremos con un apartado donde se expondrán las conclusiones, junto con propuestas para evaluar razonablemente la objeción del menor.

Primer capítulo: La oposición del menor según el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional del Menor de 1980 de La Haya

Los derechos de los NNA han aumentado su trascendencia global. En Colombia la Constitución Política de 1991 consagró estos como prevalentes sobre los demás, en los siguientes términos: (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 44 inciso 2°). Desde ese momento, se ha venido llevando a cabo una lucha creando mecanismos jurídicos para proteger los derechos de esta población, como lo demuestra la promulgación de la Ley 1098 de 2006¹.

Así mismo, ha habido diferentes desarrollos jurisprudenciales y legales que cada vez dan más cabida a la voluntad del menor en el ordenamiento jurídico colombiano, principalmente en los procesos donde ellos se ven involucrados. Conforme lo anterior, se ha ratificado mediante ley diferentes instrumentos internacionales, pertinentes para lo que en este momento nos compete. Para efectos de este trabajo, cabe destacar en primer lugar el que servirá de base para el desarrollo del presente artículo, es decir, al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional del Menor de 1980 de La Haya. En segundo lugar, como fuente principal para el desarrollo de estos mecanismos, se resalta La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 de las Naciones Unidas.

¹ La ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, estableciendo normas sustantivas y procesales para la protección integral de los NNA.

En este orden de ideas, el artículo 13 del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, consagra las excepciones que podría proponer el padre sustractor para oponerse a la restitución solicitada. Entre ellas, está la oposición del menor a ser restituido, lo que conlleva a la salvaguarda de su interés y su derecho a ser escuchado.

1.1 Concepto de la oposición del menor y principios rectores del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional del Menor de 1980 de La Haya.

El Convenio de La Haya regula la situación en la que se ve envuelta el menor que es desarraigado de su lugar de residencia habitual. Partiendo de la base, de que el mismo ya posee una identidad cultural en ese país. En este mismo texto, se dictan también una serie de disposiciones que brindan al padre sustraído unas posibilidades de utilizar herramientas jurídicas para recuperar la custodia de su hijo.

El Convenio de La Haya tiene un ámbito de aplicación para aquellos supuestos en los que están implicados menores de 16 años, siendo los sujetos de protección de lo regulado en el mismo. Este instrumento internacional, busca de manera primordial asegurar el interés del menor en todo lo concerniente a su custodia y su contexto social. Teniendo en cuenta, que una retención ejecutada de manera ilícita podría causarle graves perjuicios físicos y psicológicos.

A través de un efectivo mecanismo defensivo frente a los graves perjuicios que podrían ser causados al NNA, es que se concibe el concepto de la protección primordial de la voluntad del menor. De esta forma, se tiene como objetivo principal el garantizar la restitución inmediata de los menores, en la medida de lo posible. Al mismo tiempo, hacer respetar los derechos de custodia y de visita, sin que esto prevalezca sobre la salvaguarda del menor.

La oposición como manifestación de voluntad del NNA, es aquella excepción que el demandado (padre sustractor) puede proponer, impetrando ante la jurisdicción el hecho de que el menor que se pretende restituir se niega a volver al

país donde se encuentra su residencia habitual. Al respecto, el artículo 13 del Convenio de La Haya estipula: “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.”

Siendo lo anterior razón suficiente para que la autoridad competente ordene la negación de restitución. Sin embargo, para que esta decisión se tome, el competente debe considerar el grado de madurez y la edad del NNA, y los principios fundamentales del Estado contratante. Tal como se ha sostenido por Rubaja, (2012) en cumplimiento con las obligaciones adquiridas internacionalmente en relación con la prevalencia del interés del NNA, los jueces deben de tener en cuenta la opinión del menor en sus decisiones, evaluando cada caso concreto, sopesando la madurez del NNA y si su negativa resulta suficiente para exceptuar la restitución (p. 507).

En cuanto a los principios que sirven como fundamentos a lo preceptuado en El Convenio de La Haya, se encuentran: en primer lugar, relacionado con el derecho internacional público, el principio de la soberanía de los Estados, el cual sirve como límite para los procedimientos establecidos. En segundo lugar, se encuentra el derecho al desarrollo de los menores, incentivando factores que contribuyan a impulsar su crecimiento íntegro. Con este principio se busca “asegurar un equilibrio adecuado entre el respeto al desarrollo evolutivo de los adolescentes y unos niveles de protección apropiados” (Comité de los derechos del niño, 2016, p 6).

Por último, está el principio sobre el interés superior del niño desde la presentación misma del Convenio de La Haya de 1980, declarando que, los Estados entienden la primacía de los intereses del menor, los cuales deben ser considerados en todo lo relacionado a su custodia (preámbulo). Al respecto, el artículo 12 del Convenio de La Haya, señala, que el NNA debe ser reconocido como sujeto de derechos, derivándose el deber estatal de garantizar que el menor sea escuchado y participe en el proceso, sin importar su edad, raza, sexo, religión, o nacionalidad.

Al tener en cuenta estos ideales, es posible dar una definición propia de manera restringida sobre la oposición del menor en el proceso de restitución internacional, entendida como la manifestación de voluntad a la que tiene derecho el menor para tomar participación directa en los asuntos que al mismo le competen, sin que por ello pueda violarse los fundamentos de los Estados involucrados. Y de ninguna manera, afectando su propia integridad en ningún sentido. Siendo valorada, no como una simple apreciación, sino como una manifestación racional, conforme al desarrollo de sus facultades.

1.2 La autonomía del menor de edad desde la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 de las Naciones Unidas.

Los NNA han sido sujetos calificados de especial protección considerando su presunta falta de madurez física y mental. Frente a esto, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (en adelante UNICEF), lo ha tratado de suplir, a través de la Convención de los Derechos del Niño de 1989. En este instrumento, la organización internacional reconoce la dignidad intrínseca del infante, que muchas veces se ha visto nublada por ser un sujeto que debe, por regla general, ejercer sus derechos por medio de un representante. Este instrumento, también reconoce al niño la dignidad que posee, junto con otra serie de derechos inalienables y en igualdad de condición. Constituyendo el fundamento del ejercicio correcto de la autonomía por parte del menor, como materialización de la dignidad que se pretende garantizar.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989, al igual que el Convenio de La Haya, reconoce la prevalencia del interés del menor. En ambos de preceptúa como esencial, que el NNA crezca en un ambiente de bienestar propicio para su desarrollo íntegro, dando cabida a un entorno inclusivo de su identidad cultural y familiar. Lo anterior, sin perjuicio del respeto por los derechos y deberes que ostentan quienes tienen la custodia del menor, como lo señala el artículo 11 de La

Convención de los Derechos del Niño de 1989², donde los Estados parte se comprometen a prevenir la retención o traslado ilícito del menor al extranjero.

Ahora bien, en lo referente a la autonomía del niño, en este instrumento internacional se quiere respetar ese derecho a su libre desarrollo. De esta forma, la Convención sobre los Derechos del Niño nos indica, que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (...)” (artículo 16). La autonomía que se le quiere otorgar al menor es de tal envergadura que nadie deba decidir sobre su vida privada más allá de lo que legalmente les es permitido. Entre las decisiones de su vida privada se encuentra el domicilio y la convivencia con sus padres, no debiendo de decidir arbitrariamente por el menor uno de sus padres o un juez.

Adicionalmente, con miras al respeto de los menores de edad, la Convención de los Derechos del Niño, resalta el derecho de los NNA a ser escuchados en procedimientos judiciales o administrativos, y de manera más general, a expresar su opinión y a que sea tomada en cuenta reconociendo la evolución de sus facultades (artículo 12). Es decir, se refiere al concepto de autonomía progresiva, la cual se desarrollará en el tercer capítulo de este artículo. Dirigida a comprender la edad y madurez del menor, y el contexto en que este se ha desarrollado. El artículo 12, también hace un requerimiento a los Estados a velar por esa formación del juicio propio del menor. De esta manera sería un equívoco separar la facultad que se le da de formarse un juicio y conciencia propios sobre sus decisiones, y que ante un eventual proceso judicial de restitución no sea tomada en cuenta su opinión.

El valor jurídico de esta norma se refuerza cuando el Comité de los Derechos del Niño (2009, citado en Silva, 2016) ha calificado al art. 12, no solo como un derecho en sí mismo, sino como un principio rector de La Convención de los

² Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes (Convención sobre los Derecho del Niño de 1989 de las Naciones Unidas, Artículo 11).

Derechos del Niño de 1989. Sosteniendo que si una decisión ignora o subestima el punto de vista del NNA transgrede su derecho de autodeterminación.

Con ello, se establece el espíritu proteccionista de La Convención de los Derechos del Niño de 1989. Ya que como nota diferenciadora establece en su artículo 41, que este instrumento internacional no prevalecerá sobre aquellas normas del derecho nacional o internacional vigente con respecto al Estado involucrado que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño.

A modo de conclusión del capítulo, destacamos cómo el afán proteccionista de los derechos de los NNA se ha venido incrementando desde 1989. No en vano, en esta fecha se promulgó La Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, y con esta, una cantidad de postulados que buscan la protección internacional de los menores. A pesar de esta intención de proteger a los NNA, los jueces en la resolución de sus casos, por temor, desconocen el derecho de autodeterminación o de poder manifestar su voluntad que los instrumentos internacionales mencionados les han reconocido a los menores. Esto, bajo el pretexto de evitar la desprotección de los demás derechos consagrados en este instrumento internacional, estableciendo así, una brecha entre la teoría y la práctica.

Segundo capítulo: Análisis jurisprudencial sobre la valoración de la oposición del menor

Para encontrar soportes fácticos sobre cómo actúa la objeción del NNA en el marco del Convenio de La Haya, es necesario estudiar algunas decisiones judiciales proferidas por jueces a lo largo del continente americano y en el Estado colombiano durante la segunda década del siglo XXI. La jurisprudencia como una de las principales fuentes del Derecho, es una herramienta esencial al momento de interpretar el instrumento internacional en cuestión, especialmente en su rol de uniformizar los criterios judiciales.

Sin embargo, respecto al tema de la oposición del menor a su restitución, existe discordancia entre las distintas valoraciones que se le dan a los criterios para que la misma sea tenida en cuenta. Siendo menester analizar ciertos supuestos que han sido resueltos judicialmente, reconociendo o ignorando el artículo 13(2) del Convenio de La Haya, basados en razones de carácter técnico al momento de escoger los casos referidos, puesto que demuestran la disparidad existente en el juicio aplicado en cada una de ellas, a la hora de estimar la objeción del menor.

2.1. Jurisprudencia internacional del continente americano (INCADAT).

Las providencias judiciales que serán tomadas en consideración son recuperadas de la Base de Datos del Secuestro Internacional de Niños (o según sus siglas en inglés INCADAT). Las cuales dan cuenta de las diferentes valoraciones judiciales, denegando una coherencia total entre los Estados americanos.

G.A.G.R. v. T.D.W.

Este primer fallo alude a hechos ocurrieron en Canadá en el año 2012. Se trataba de un NNA de 11 años de edad que fue retenido por su madre, cuyo domicilio era la provincia de Columbia Británica. Ante esto, el padre del menor, G.A.G.R, pidió que las autoridades Colombo Británicas respectivas ordenaran su retorno a El Salvador, país donde residía con él. Lo anterior fue con ocasión de la visita del NNA a su madre T.D.W., la cual fue acordada por ambos padres, estableciendo que el NNA volvería a su residencia habitual el 18 de enero de 2012. Ante la reclamación del padre, T.D.W. indicó que el NNA quería quedarse con ella.

La Corte Suprema de Canadá decidió rechazar la petición del padre, permitiendo que el NNA se quedara en Canadá con su madre. Lo anterior, fue decidido de conformidad a lo establecido en el artículo 13(2) del Convenio de La Haya, es decir, a la objeción del NNA. Según se extrae del fallo, el concepto del menor fue tenido en cuenta, gracias al dictamen pericial de un psicólogo infantil y al estudio de las circunstancias que rodearon el caso, que determinaron la madurez

del NNA. Determinando, que el NNA tenía la capacidad para formarse y expresar opiniones de manera independiente. Igualmente, que comprendía de manera completa para su edad las consecuencias y situaciones que rodeaban el proceso de restitución internacional en el que estaba implicado. Finalmente, fue necesario comprobar que la objeción del NNA era coherente con el bienestar del menor.

R.M. v. J.S.

El presente caso se refiere a un NNA de 9 años, quien desde su nacimiento vivió en Jerusalén, Israel, bajo la custodia y el cuidado personal de su madre, R.M.. Su padre, J.S., había inmigrado a Canadá. En el verano de 2011, el padre no permitió que el menor volviera al Estado de su residencia habitual en la fecha consentida por la madre. En respuesta a dicha retención ilícita, la madre desde 2012 pidió mediante un proceso de restitución del menor que este fuera devuelto a Israel.

Dos órganos jurisdiccionales (Corte Provincial de Alberta y *Court of Queen's Bench*, respectivamente), negaron la restitución solicitada, reconociendo que el actuar del padre fue reprochable, pero era válida la objeción del NNA para rechazarla. No obstante, el Tribunal de Apelación de Alberta el 18 de diciembre de 2013 decidió conceder la restitución a Israel, no dándole relevancia a la oposición manifestada por el NNA, basándose en la forma en que se obtuvo la objeción del menor. De esta manera, fue rechazada debido a que quien realizó las preguntas que sirvieron de prueba para afirmar la edad suficiente y madurez del menor fue el mismo abogado que atendía el caso, no siendo una persona con conocimiento técnico o con una labor directamente relacionada con menores de edad.

En este caso, la edad del NNA (9 años) no se tuvo en cuenta para considerar su oposición, argumentando en este sentido, que dependiendo de la mayor o menor edad del NNA la objeción puede o no tener peso en la decisión. El Tribunal de Apelación de Alberta rechaza tomar la oposición del NNA como suficiente para negar la restitución. Por esto, la autoridad que tomó la decisión debió tener en cuenta circunstancias externas a la objeción, sin incluir el interés superior del menor.

Marco A. García Pérez v. Jean Polet y Bert Polet; y Melinda J. Polet.

En 2013 un NNA fue trasladado ilícitamente de Hawái a Winnipeg, Canadá, por parte de sus abuelos maternos, Jean Polet y Bert Polet, con el consentimiento de su madre, Melinda Joy Polet, pero no con el de su padre, Marco Antonio García Pérez. El mismo mes que el NNA fue trasladado, su padre solicitó la restitución internacional del menor. La cual fue ordenada en junio de ese mismo año y posteriormente confirmada en 2014 por los jueces de moción (los cuales no se identifican en la sentencia estudiada). El Tribunal de Apelación de la provincia de Manitoba igualmente se adhirió al sentido del fallo previo.

Ninguno de quienes juzgaron el caso accedieron a considerar los intereses manifestados por el NNA. Lo anterior, bajo el argumento de que, para ese momento, el NNA tenía 8 años de edad. Por lo que, ni siquiera lo escucharon, ya que a esa edad no se puede presumir que un niño tenga la madurez suficiente o adecuada para formarse argumentos y puntos de vista lógicos. Adicionalmente, la discrecionalidad a favor de los jueces, jugó un papel importante en su decisión de no darle la oportunidad al NNA de ser escuchado³.

John Paul Balev v. Cataharine-Rose Baggott.

La madre de dos NNA, Catherine-Rose Baggott, los retuvo ilícitamente en Ontario, Canadá, aún después de haber perdido vigencia el consentimiento sobre la duración del viaje, emitido por el padre de los niños, John Paul Balev. Estos hechos motivaron al padrea solicitar la restitución de sus dos hijos a Alemania. En 2016, el Tribunal de Apelación de Ontario conoció del caso, ordenando la restitución de los menores al país determinado como su residencia habitual, es decir, Alemania.

³ “La Corte debatió el problema considerando los puntos de vista del niño y determinó que ni la jurisprudencia de la Convención de La Haya, ni los protocolos de Servicios de Conciliación en Familia, ni el Art. 12 de (...) *la Convención sobre los Derechos del Niño*, (...) la obligan a sondear las opiniones de una niña tan joven como 8 años.” (Tribunal de Apelación de Manitoba, García Pérez v. Polet, 2014, p.10)

Este proceso avanzó hasta la Corte Suprema de Canadá, donde intervino la Oficina de los Niños como parte actora, confirmando el fallo.

Ambos menores fueron escuchados, pero no se configuró la excepción del artículo 13(2) del Convenio de La Haya. Para llegar a esta conclusión, no fue objeto de análisis la edad de los niños. Únicamente se tuvo en cuenta las razones que los menores expresaron justificando su oposición a la restitución. Estas razones, no fueron consideradas por su contenido de fondo, quiere decir, que lo expresado por ellos fue calificado como carente de sustancia para que se configurara una oposición válida.⁴ Estableciendo, que la manifestación de un menor en estos casos debe contener y demostrar razones que vayan más allá de sus simples preferencias.

Además, se afirmó que la objeción del menor no puede ser determinante de si un tribunal debe rechazar la restitución. Lo anterior, porque se sostuvo que la protección del derecho de custodia, del derecho de acceso, y el concepto de residencia habitual prevalecen sobre la excepción de la objeción del menor. No pudiendo entenderse la excepción de una manera general, sino restringida (Corte Suprema de Canadá, *Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018, p.84).

En América Latina.

Respecto la forma en que los jueces han tomado la oposición del NNA, son menores las fuentes encontradas en Latinoamérica en el periodo temporal 2010-2020. Desde el INCADAT resultan dos sentencias relevantes para el tema de la objeción del NNA de esta parte del continente americano, las cuales son:

Casación, IUE 9999-68/2010.

Un NNA, nacido en Estados Unidos de América, fue retenido de manera ilícita por su madre en Uruguay. El padre del NNA había concedido un permiso por un lapso de 15 días para estar en dicho país, el cual no fue respetado. El 3 de agosto

⁴ “Las objeciones de los niños incluía temas como mucha tarea en Alemania, pérdida de amistades, pérdida de su perro, y que ‘Canada se siente como casa’” (Tribunal de Apelación de Ontario, *Balev v. Baggott*, 2016, p.26)

de 2012, la Corte Suprema de Uruguay denegó la restitución a Estados Unidos de América solicitada por el padre. Este organismo dio lugar a que el NNA involucrado pudiera oponerse a la restitución. Sosteniendo que la edad no era un limitante para considerar las objeciones del menor, aunque el mismo tuviera 4 años de edad. Si bien, el fundamento principal de la Corte Suprema de Uruguay no fue la objeción del menor, si comportó un papel relevante como complemento a la excepción del artículo 13(b) del Convenio de La Haya⁵, que fue protagonista de la decisión.

F. C. del C. F. c/ T. R. G. s.

Un NNA fue sustraído por su padre de México a Argentina. La Corte Suprema de Justicia de Argentina confirmó que debía darse la restitución, ya que el menor si bien expresó la preferencia de vivir con su padre, no demostró una negativa férrea de volver a México. Basándose en que la decisión del NNA no podía entenderse como oposición a la restitución: “debe fundarse en una voluntad calificada en referencia al regreso al país de residencia habitual, es decir, no debe consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar” (Rubaja y Rojas, s.f.).

2.2. Jurisprudencia nacional.

En lo que respecta a las decisiones judiciales proferidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, se encuentra equivalencia decisoria en el ánimo protector de la voluntad del NNA. A pesar de que no se ha hablado mucho de la oposición del menor en la última década, algunos de los jueces de rango inferior en el país desconocen los principios que consagra el

⁵ “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: (...)b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” (Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 1980, artículo 13).

Convenio de La Haya, aplicando los artículos de dicho instrumento de manera equivocada. A continuación, se revisan algunos de esos fallos.

T 202 de 2018.

Un menor de edad, de padre estadounidense y madre colombiana, fue sustraído de su residencia habitual (Estados Unidos de América) y es traído a Colombia por la madre. En principio, se da en virtud de un periodo de vacaciones para pasar tiempo con la familia materna. Cuando llegó el momento de retornar bajo la custodia y cuidado de su padre, el NNA no regresó. Los jueces de primera y segunda instancia (Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Bogotá y Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, respectivamente) ordenaron la restitución del menor, por la ilicitud del traslado. Así mismo, la Corte Constitucional amparó el derecho del NNA, revocando la restitución ordenada. Este mismo caso fue tratado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 75101 del 6 de septiembre de 2017, donde la decisión fue la misma, negar la restitución.

En la primera instancia el juez no se pronunció respecto de la objeción del menor. En la segunda instancia se argumenta que la edad del menor (6 a 8 años durante el lapso del proceso) impide que sea considerada por demostrar escasa madurez. La anterior postura, pese a que el NNA fue entrevistado en el proceso por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), a través de una profesional de la psicología. La profesional indicó que el niño tenía una alta calidad de vida, donde se le brindaba apoyo psico-afectivo y económico. Además, el NNA en sus declaraciones presentó fundamentos de verosimilitud y credibilidad.

La Corte Constitucional determinó que en virtud del Convenio de La Haya se podía negar la restitución si se configura la excepción del artículo 13(2), con el material probatorio suficiente. A este respecto se ha indicado que no solo debe de mirarse la edad, sino las circunstancias que rodean al NNA, dependiendo de cada caso en particular. En criterio de la Corte Suprema de Justicia se valoró la objeción

del menor, señalando que los juzgadores anteriores se limitaron a aplicar el texto del Convenio de La Haya, sin tener en cuenta los principios que lo rigen.⁶

Sentencia 85741 del 20 de agosto de 2019.

Un NNA de 7 años, hijo de padre nacional español y madre colombiana, pasó toda su vida en España. La madre decidió sustraerlo de allí para llevárselo a vivir a Barranquilla, Colombia. Decisión que no contó con la voluntad del padre del NNA. En primera instancia el Juzgado Noveno de Familia De Barranquilla ordenó la restitución y en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla decidió dejar al menor con su madre en el país requerido.

Este caso lo conoció la Corte Suprema de Justicia, dejando en firme la sentencia de segunda instancia. La Corte sostuvo que el menor en entrevista realizada por el psicólogo, y allegada por la parte accionada, demostró madurez suficiente para expresar su querer, el de continuar viviendo en Barranquilla. Además de esta prueba, la defensora de familia designada para el caso realizó otra entrevista al menor donde también demostraba sus deseos de permanecer en el país latinoamericano. Estas entrevistas fueron valoradas conjuntamente, dando lugar a que el ente juzgador negara la restitución del menor.

En suma, es importante dilucidar lo diversas que resultan las decisiones pronunciadas a lo largo del continente americano, aun cuando se antepone la existencia de una identidad cultural similar. La discrepancia es tanta, que en un mismo país pueden llegar a convivir diferentes estándares de valoración de los criterios para que sea tenida en cuenta su objeción a la restitución. Así es como se visibilizan decisiones judiciales muy proteccionistas del derecho del menor a ser

⁶ “El Convenio cuenta con tres principios rectores que orientan su interpretación y aplicación: (i) interés superior del menor, (ii) celeridad, y (iii) exclusividad en la materia” (Corte Constitucional, Sentencia T-689, 2012).

escuchado, al prevalecer la excepción presentada por el padre requerido a la restitución del NNA sobre pruebas distintas a la objeción del menor.

Así mismo, se encuentran decisiones que pretenden que la manifestación de voluntad del menor sea altamente cualificada. Al agregar exigencias interpretativas propias del juzgador, tal como, lo que debe decir el menor en su declaración y la manera en que debe ser rendida para dar por probada la excepción. Por último, se conocieron sentencias de jueces que desconocen totalmente el derecho del menor y la prevalencia de su interés. Por lo tanto, la falta de uniformidad se tradujo en la aplicación del texto del Convenio de La Haya desconociendo los principios que lo sustentan. Afectando así, los intereses que verdaderamente son objeto de los procesos de restitución internacional de menores.

Tercer capítulo: Estándares para la valoración de criterios con el fin de determinar la validez de la oposición del menor a su restitución

Por lo evidenciado en el capítulo anterior, es necesario definir la manera en que deben ser apreciados los parámetros para tener en cuenta la oposición del menor, de acuerdo con el artículo 13 inciso segundo y tercero del Convenio de La Haya⁷. Ahora bien, de conformidad con los hallazgos previamente expuestos, se considerará la vía por la cual un ente juzgador de un proceso de restitución internacional de menores debe decidir si atiende o no la objeción del menor.

⁷ La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor (Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículo 13, inciso segundo e inciso tercero).

3.1. La edad y la madurez del NNA.

La edad y la madurez del NNA es un criterio contenido en el artículo 13(2) del Convenio de La Haya. Se estudia en aras de otorgar mayor protección a los niños. Más aún, cuando en estos casos particulares de retención de menores, se les respeta su derecho a expresarse. Hecho que muchos jueces ignoran, aunque esté expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 de las Naciones Unidas. A esto se ha referido la doctrina al señalar que el derecho a ser escuchado del NNA, está directamente ligado con su reconocimiento como sujeto de derecho y conforme la autonomía progresiva que ostente (Aráuz, 2018, p.17).

Exaltando así la misma dignidad humana del NNA, el derecho que tiene este a ser escuchado está también amparado por el MERCOSUR en el marco de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de Infancia y Juventud, en la observación número 12 (2009), como lo indica Nieve Rubaja (2015): "(...) estos instrumentos imponen una clara obligación jurídica para los Estados de reconocer este derecho y garantizar su aplicación al escuchar las opiniones del niño concediéndoles la debida importancia" (p.506).

De esta forma, el conducto regular para velar por el cumplimiento de ese derecho sería siempre escuchar primero al menor, sin que el juez tenga ideas preconcebidas en cuanto a su edad o madurez. Para que luego de que haya rendido entrevista puedan ser calificados dichos criterios como suficientes para tener en cuenta aquello que dijo. No se trata de rechazar de plano su manifestación, puesto que la discrecionalidad propia del juez debe comenzar luego de que se ha determinado si tiene la edad y madurez adecuada para rendir una declaración, y se haya verificado que se le ha concedido su derecho de oposición. Así, se desglosa el derecho del NNA en dos aspectos fundamentales: ser escuchado y ser tenido en cuenta aquello que dijo. Frente a lo anterior, el juez solo podrá hacer ejercicio de su arbitrio respecto aquello que se dijo para orientar el sentido del fallo. Nunca en definir si se escucha o no al NNA.

Al proceder de conformidad al Convenio de La Haya, esto es oír la opinión del menor, salta a la vista que conforme va creciendo el NNA su opinión puede ser tomada con mayor rigurosidad. Sin embargo, con esto no se quiere indicar que la edad sea criterio diferenciador sobre si debe o no ser tenida en cuenta su opinión, como algunos jueces lo han sostenido (Corte Suprema de Columbia Británica, G.A.G.R v. T.D.W, 2013). Por el contrario, se está haciendo referencia a que el NNA a medida que va creciendo va siendo más consciente en la toma de sus decisiones, conforme el concepto de autonomía progresiva del menor, al respecto, Laino (2012), citado en Fernández (2017), sugiere que en la medida en que un NNA incrementa sus capacidades y conforme su edad, “toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado, es decir, adquiere una autonomía progresiva para el ejercicio de sus derechos” (p. 7).

Como indica Rubaja (2015) el reconocimiento del derecho a ser escuchado que tiene el NNA, no posee un límite de edad para ejercerlo, por ello, se desincentiva a los Estados sobre la adopción de estos límites, para no restringir el derecho del NNA a ser escuchado en asuntos que los afecten. En otras palabras, a cualquier edad que sea plenamente capaz de expresar la voluntad, siempre que tenga medios para hacerlo, el juez debe darle la oportunidad de ser escuchado.

Así, para determinar si se configura o no la excepción de su oposición, debe definirse quién debe de escuchar al NNA. No existe uniformidad en cuanto a quién es el organismo, autoridad, o profesional que debe de atender esa declaración. De igual manera, la formulación de las preguntas y cómo deben de ser analizadas las mismas. Al respecto, Rubaja (2015) ha manifestado la importancia que representa el aporte interdisciplinar por parte de profesionales expertos en relación con los NNA, más allá de la autoridad competente, “para interpretar su negativa, expresada verbalmente o no, o si ésta responde a su verdadero interés o a la inferencia que puedan surgir de alguno de sus progenitores” (p. 507). El aporte de otras disciplinas se materializa en la valoración que se hace del testimonio rendido por el menor. Tiene que ser objetiva y cautelosa.

Para así evitar la revictimización del menor, no trayendo a colación elementos que aun puedan ser difíciles de asimilar de la relación paterno – filial para el NNA, pues podría permear la imparcialidad de su respuesta. Debe de procurar una entrevista llevada desde la pericia propia de un psicólogo o trabajador social. Según Aráuz (2018) “(...) se procura que sea asistida técnicamente con ayuda de un psicólogo/a, en caso de ser necesario, con el fin de evitar preguntas inadecuadas que sometan al NNA a conflicto de lealtad en relación a sus progenitores” (p.18).

Solo los profesionales especializados en labores con menores son capaces de determinar técnicamente el grado de madurez del niño. La experiencia es fundamental en este aspecto, ya que comprender si el carácter del NNA es suficiente, dependerá de develar diversos factores que afectan el ambiente en que el menor se ha desarrollado (Herrera 2016, citado en Aráuz 2018).

Valorar la madurez del niño por su edad es común en estrados judiciales, llegando a ser violatorio de los derechos de la niñez. Luego del estudio de jurisprudencia relacionado en el capítulo anterior se aprecia como algunos jueces van en contravía del dictamen psicológico realizado al menor⁸, e infieren ellos su madurez. Ante esto, es importante recalcar el criterio de especialidad que debe regir en todo proceso. De esta manera se protege además del derecho al debido proceso, el derecho del menor a ser escuchado.

La evaluación también es hecha con el propósito de buscar en ella una serie de elementos⁹ que debe de contener. En primer lugar, esta oposición debe de ser auténtica, esto es, que sea la voluntad del menor y no la de un tercero. A propósito, El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 12 estableció que: “(...) el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás” (2009). Cuestión que debe verificarse por medio de las

⁸ Corte Suprema de Justicia, Colombia, Sentencia 75101 del 6 de septiembre de 2017

⁹ Corte Suprema de Columbia Británica, G.A.G.R v. T.D.W., 2013.

preguntas idóneas el encargado de realizar la entrevista, que como ya se ha dicho, debe ser un psicólogo o trabajador social.¹⁰

En segundo lugar, es pertinente verificar la fuerza de los argumentos que expresa el menor como negativa a su restitución. Referente al contenido de esa exteriorización de la voluntad del NNA. El rechazo debe de ser inequívoco, y expresado de manera vehemente a su regreso al Estado de donde fue sustraído. Un claro ejemplo de este elemento es el caso analizado en el capítulo anterior, llevado ante la Corte Suprema de la Nación Argentina (F. C. del C. F. c/ T. R. G. s/ Reintegro de hija), donde la menor expresó su voluntad de ser restituida siempre que se hiciera con el padre sustractor y volviera a la vida que antes tenía. Dicho cuerpo colegiado determinó que:

De las circunstancias del caso y de la declaración de la menor no era posible extraer una actitud interna intransigente de la niña dirigida a resistir el regreso. La Corte estimó que no se estaba frente a una negativa férrea de la niña de volver a México, pues la postura de la niña se refería a la mayor preferencia que tendría en cuanto a vivir con su padre (Rubaja y Rojas, s.f.).

En tercer lugar, debe de mirarse las razones en las que se fundamenta la objeción expuesta. La calidad de las razones debe de valorarse siempre en el caso concreto. No pueden ser argumentos superficiales, deben ser razones que a su vez den cuenta que el NNA comprende la realidad en que está inmerso y cuáles son las consecuencias de la oposición que está manifestando. De tal manera, que el contenido de dichos motivos pueda ser calificado como relevante, es decir, significativo por representar su negativa a ser restituido. En estas razones que se exponen, también se evalúa la credibilidad y verosimilitud del argumento. De lo que

¹⁰ Con lo anterior, es necesario contar con psicólogos y psicólogas, psicoterapeutas u otra clase de profesionales que puedan determinar y apreciar la madurez de los niños y niñas para poder conocer y evaluar su opinión. En la actualidad, se le da muy poca relevancia a esta clase de expertos, pero se hace necesario partir de que constituyen un elemento indispensable para determinar la madurez u otra circunstancia que pueda afectar la opinión de los niños y niñas (López-Contreras, 2015p.59).

se trata es de establecer, que no es un juicio formado a la ligera, sino que son el resultado de un proceso lógico del NNA, con fundamento en factores de la realidad.

Además, debe comprobarse que la oposición del NNA sea coherente con el principio del interés superior del niño, no tomado este en abstracto sino aplicado a cada caso en concreto. Entendiendo que el menor es consciente de lo que conlleva a su bienestar. De esta forma, la doctrina ha expresado que lo primordial es evaluar cada caso de manera particular, con miras al bienestar del NNA en cuestión, estableciendo su madurez “con independencia de una edad orientativa o de una edad predeterminada sugerida por la psicología” (López-Contreras, 2015, p. 59).

3.2. El contexto del NNA.

El siguiente criterio a tener en cuenta, encuentra su fundamento en el artículo 13(3) del Convenio de La Haya. Correspondiente a analizar el contexto en general que rodea al menor al momento de expresar su objeción. Con esto no solo se hace referencia al contexto social o cultural en el que está desarrollando su vida, sino que también se pretende referir a aquellos parámetros que pueden motivar la manifestación de voluntad del NNA. Así pues, el escenario en el que se mueve el menor resulta de suma importancia, cuando el juez comienza a realizar el ejercicio valorativo sobre la oposición del NNA a su restitución.

La expresión de voluntad no puede ser mirada de forma totalmente aislada, en el sentido en que esta puede ser afectada por fenómenos externos. Dichos supuestos, para que sean observados por el ente juzgador, tienen que ser el producto de las discusiones dadas dentro del mismo proceso. Adicionalmente, para que se pueda sostener que la expresión de intereses y opiniones del NNA es susceptible de ser estimada objetivamente, debe de apoyarse de los informes interdisciplinarios que evalúan la oposición del NNA.

Sin embargo, es en esta etapa que la discrecionalidad otorgada al juez comienza a jugar un papel importante. Siendo este funcionario quien tendrá que cerciorarse de que la objeción del menor no esté viciada. Teniendo como causa irregularidades que tienen la capacidad de tergiversar la forma en que el NNA percibe su realidad. Al juicio que llegue la autoridad judicial debe ser resultado de una observancia en conjunto de lo que se ha percibido por él mismo como el entorno de vida del menor. Especialmente, porque es destacable "la importancia de distinguir en las opiniones de los menores las presiones que puede ejercer el secuestrador" (Calvo y Carrascosa, 2005, citado en Diaz y Cubas, 2018)

Ante esto, puede suceder que la oposición del menor haya sido predispuesta por el padre sustractor, incluso estando involucrado el apoderado judicial del mismo. Por lo tanto, el juez no debe permitir que en las mismas etapas procesales se dé la influenciabilidad por parte de los progenitores al NNA. Entendida, según lo evidenciado en las sentencias estudiadas, como aquella incidencia causada en la voluntad del menor por aseveraciones de sus padres, correspondientes a un punto de vista grave sobre las consecuencias de la oposición. También, puede tener lugar por argumentos o imputaciones falsas respecto al otro padre.

Esta protección que debe brindar el juez ante la posible influenciabilidad del NNA, se evidencia en un caso que conoció el Tribunal de Apelaciones de California en el año 2010¹¹. En dicho proceso se debatía entre las partes que ambas trataban de influenciar la decisión final del menor. Ante esto, el juez determinó que no debían de seguir atacando el consentimiento ya rendido por el menor, pues iría en contravía del principio de la no revictimización¹² del NNA en estos procesos. Debido a que, cómo se expondrá, el NNA estaría expuesto a revivir supuestos familiares que lo afectan psicológicamente.

¹¹ Escobar v. Flores, 183 Cal. App. 4th 737 (2010)

¹² "La significación de revictimización puede ahora precisarse como reiteración de una victimización, según lo indica la palabra, y que apunta a la reproducción de una situación de victimización anterior" (Dupret y Unda, 2013, p. 103).

Otro fenómeno que puede comprometer la imparcialidad del menor al momento de rendir su declaración es el trauma post - ruptura. Es común que en los procesos de sustracción internacional de menores estén involucradas parejas cuya separación ha sido reciente. El rompimiento entre sus padres claramente afecta la mente del NNA, y más si no se le ha mantenido al margen de los conflictos que llevaron a la separación, como usualmente no ocurre. “Hay multitud de evidencias, pues, que la crudeza del sufrimiento que experimentan los componentes de una pareja tras la ruptura de la misma, marca emocionalmente al niño de forma indeleble” (Reyes, Sánchez-Barranco y Sánchez-Barranco, 2004).

El menor puede ver afectado su fuero interno en la medida que sienta aversión hacia uno de los progenitores, sobre todo por quién según él, desde su entendimiento exterior del problema, pudo haber dado lugar a la ruptura. Situación que debe tener en cuenta el juez al momento de apreciar la oposición del menor. Es así, como el NNA se ve inmerso en un conflicto de lealtades, al estar envuelto en un dilema donde debe de escoger a uno de los padres, lo cual afecta aún más su contexto. Este es un punto bastante complejo, puesto que El Convenio de La Haya no da flexibilidad en la decisión. Sobre el complejo panorama del proceso, el juez debe sopesar que “se ha asociado un mayor riesgo en el cambio de residencia post ruptura en niños de corta edad y adolescentes” (Austin, 2008, citado en Fábregas, Arch, García-Arch, Segura y Pereda, 2020).

A continuación, la autoridad judicial debe entender el contexto sociocultural que rodea al menor en su nueva realidad, pues es posible que exista una incidencia del entorno en la forma cómo se pondera lo expresado por el NNA. Debido a que en pro del principio del interés superior del menor, debe de ser considerado en el proceso aquello que expresa el NNA en concordancia con el ambiente que puede garantizarle más derechos y garantías en su desarrollo. Así, el juez debe “tomar en consideración las condiciones específicas del NNA y su interés superior para acordar su participación, según corresponda, en la determinación de sus derechos,

procurándose el mayor acceso, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso” (Silva, 2016, p. 2).

Se analiza entonces si la objeción presentada por el menor es objetivamente consonante con su bienestar. Cuando se procura la salvaguarda plena del NNA no debe ser restringido al sentido económico, sino en un sentido mucho más amplio. Lo cual no puede ser ignorado al momento de optar por fallar conforme la decisión del menor; puesto que como es preciso indicar que “aun cuando el menor estando con el padre sustractor pueda recibir alimentos, vestido y vivienda, las circunstancias de los niños que son sustraídos están en riesgo de serios problemas emocionales y psicológicos” (Estrada, 2011, citado en Aráuz, 2018).

Así pues, el juez para optar por considerar la objeción del menor debe analizar si el orientar su fallo al sentido de la manifestación del NNA, resulta en una decisión proteccionista del interés superior de este. Debe de dar cuenta que la decisión se traduzca en una protección del determinado principio. A este respecto la doctrina especializada en Derecho de Familia Internacional:

Ha destacado que el criterio inspirador del Convenio de La Haya es el resguardo del interés superior del niño. Cada etapa, cada decisión desplegada en la esfera del convenio internacional debe encontrarse impregnada, imbuida por la que inobjetablemente constituye su núcleo, su regla de oro (Feldstein de Cárdenas, 2000, citado en Scotti, 2014)

A manera de conclusión, se resalta la importancia del estudio interdisciplinar en los procesos que llegan a conocimiento de los jueces. Debido, a que en casos como el *sub examine*, debe de valerse el operador jurídico de conocimientos propios de ramas como la psicología y el trabajo social, o contar con todo un equipo interdisciplinario que le brinde este apoyo. Siendo significativo ese aporte en la valoración de la idoneidad de la manifestación de la voluntad, debiendo tener especial cuidado con el apreciar la madurez del NNA, y con la forma en que se

busca llegar a calificarla. Evitando a toda costa preguntas indebidas o que puedan ser contraproducentes en aras a la objetividad de la manifestación del menor.

Así mismo, la autoridad judicial debe tener unos estándares, que permitan una valoración ecuánime de la objeción expresada por el NNA. Esta valoración como se indicó no debe de sobrepasar los límites jurídicos, pues si bien debe apoyar su decisión en la madurez del menor, no se puede ignorar que el juez no es especialista en el tema. De igual forma, es imperativo que la misma oposición esté direccionada al bienestar del NNA para ser tomada en cuenta y que todo esto, se encuentre documentado y establecido claramente en un protocolo al servicio de los jueces.

Conclusiones

A la luz de la investigación realizada, resulta evidente la disparidad judicial que existe en el continente americano respecto a la aplicación de la oposición del NNA en caso de restitución internacional. Esta situación no obedece únicamente a los distintos sistemas jurídicos que interactúan en este territorio, sino a las diferentes posiciones respecto a la protección del derecho del menor a ser escuchado y a tener en cuenta su manifestación de voluntad para direccionar el sentido del fallo. Lo anterior, a pesar de que los instrumentos internacionales que reglamentan la materia califican como esencial el derecho a la autodeterminación del menor, particularmente, el Convenio de La Haya que otorga firmeza a la manifestación que el NNA realiza para negar su restitución internacional.

En los hallazgos, se identificó que, para contrarrestar esa discordancia de juicio, es menester que la idoneidad de la oposición del NNA sea apreciada con anterioridad por profesional de psicología o de trabajo social, quién a medida que va realizando la entrevista al menor de edad, bien sea ante un estrado judicial o por fuera de él, califique su madurez, según la autonomía progresiva que demuestre el mismo. Este profesional, por su conocimiento técnico, puede apreciar objetivamente

la fuerza de las razones dadas por el NNA como negativa a su restitución, verificando que las mismas no sean simples preferencias y evaluando su autenticidad. Permitiendo así, la valoración por parte del juez de las situaciones motivo de la oposición, su pertinencia y congruencia con el bienestar del mismo NNA.

De acuerdo a lo anterior, el sentir del menor se evalúa en forma conjunta entre los profesionales de la psicología, el trabajo social, y el juez de conocimiento, teniendo en consideración el contexto en general que rodea al NNA y las distintas situaciones que pueden viciar el consentimiento expresado por el menor, siempre bajo la óptica del interés superior del NNA.

Los análisis realizados condujeron a señalar lo necesario que es contar con la inclusión en los diferentes ordenamientos jurídicos, de normas que reglamenten con claridad la intervención de los profesionales que en estos casos apoyan y soportan las decisiones de los jueces. Por otra parte, la necesidad de un juez dispuesto a llevar a cabo un trabajo multidisciplinario, bajo el marco jurídico local e internacional, esto es, de conformidad a los principios establecidos en El Convenio de La Haya, logrando con ello decisiones más alineadas a este instrumento internacional.

Referencias

Colombia. Congreso de la República. Ley 174. (22, diciembre, 1994). Por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980. *Diario Oficial*. Bogotá.

Ministerio de Justicia de España. (24, octubre, 2018). Sustracción Internacional de Menores. Recuperado de

<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/tramites-internacionales/sustraccion->

[internacional#:~:text=Se%20entiende%20por%20sustracci%C3%B3n%20in
ternacional,menor%20de%2016%20a%C3%B1os%20desde](#)

Scotti, L. (2013). *Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Colombia. Congreso de la República. Ley 12. (22, enero, 1991). Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *Diario Oficial*. Bogotá.

Constitución Política de Colombia. (20, julio, 1991). 2ª. Ed. Gaceta constitucional.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1098. (8, noviembre, 2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. *Diario Oficial*. Bogotá.

Rubaja, N. (2015). *Restitución internacional de menores: una solución enfocada en el procedimiento*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Comité de los Derechos del Niño. (2016). Ginebra. Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, Diciembre 6 de 2016.

Comité de los Derechos del Niño. (2009). Ginebra. Observación general núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.

Silva, S. (2016). *Interés superior, derecho a ser oído y autonomía progresiva: algunas consideraciones sobre la oposición del niño a su propia restitución internacional*. Buenos Aires.

Corte Suprema de Columbia Británica. (2013). Caso G.A.G.R. v. T.D.W., 2013 BCSC 586. Sentencia del 5 de mayo de 2013.

Corte de Apelaciones de Alberta. (2013). Caso RM v. JS, 2013 ABCA 441. Sentencia del 18 de diciembre de 2013.

- Corte de Apelaciones de Manitoba. (2014). Caso García Pérez v. Polet, 2014 MBCA 82. Sentencia del 10 de septiembre de 2014.
- Corte de Apelaciones de Ontario. (2016). Caso Balev v. Baggott, 2016 ONCA 680. Sentencia del 13 de septiembre de 2016.
- Corte Suprema de Canadá. (2018). Wellington. Sentencia del 20 de abril de 2018. Exp. 37250. Jueces: McLachlin, Beverley; Abella, Rosalie Silberman; Moldaver, Michael J.; Karakatsanis, Andrómaca; Wagner, Richard; Gascón, Clément; Côté, Suzanne; Brown, Russell; Rowe, Malcolm.
- Suprema Corte de Justicia de Uruguay. (2012). Caso Casación, IUE 9999-68/2010. Sentencia del 3 de Agosto de 2012.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (2013). Caso F. C. del C. F. c/ T. R. G. s/ Reintegro de hija. Sentencia del 21 de mayo de 2013.
- Corte Constitucional Colombiana. (2018). Bogotá. Sentencia del 28 de mayo de 2018. Exp. T-6.438.838. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.
- Corte Suprema de Justicia. (2017). Bogotá. Sentencia del 6 de septiembre de 2017. Exp. STL14673-2017. Magistrado ponente: José Luis Quiroz Alemán.
- Corte Suprema de Justicia. (2019). Bogotá. Sentencia del 20 de agosto de 2019. Exp. STL11595-2019. Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Araúz, M. (2018). *De las excepciones en la Sustracción Internacional de persona menor de 16 años. Visión doctrinal y jurisprudencial, con énfasis en el proceso nicaragüense*. Managua.
- Fernández, W. (2017). *La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial*. (Trabajo de grado inédito). Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú.
- Rubaja, N. Y Rojas, A. (s.f.). Sumario del caso F. C. del C. F. c/ T. R. G. s/ Reintegro de hija. Recuperado de <https://www.incadat.com/es/case/1340>

- López-Contreras, R. (2015). *Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido*. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1), pp. 51 – 70.
- Cubas, J y Diaz, J. (2018). *Los convenios de restitución de menores de edad en el Perú dentro del marco del derecho internacional privado*. (Trabajo de grado inédito). Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú.
- Tribunal de Apelaciones de California. (2010). Caso Escobar v. Flores, 183 Cal. App. 4th 737 2010. Sentencia del 7 de abril de 2010.
- Dupret, M. Y Unda, N. *Revictimización de niños y adolescentes tras denuncia de abuso sexual*. Revista de Ciencias Sociales y Humanas, 19, pp. 101 – 128.
- Reyes, O. Sánchez-Barranco, F. Y Sánchez-Barranco P. *Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos*. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 92. Recuperado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352004000400006
- Fabregas, M. , Arch, M. , García-Arch, J. , Segura, J. y Pereda, N. (2020). *El Cambio de Residencia del Menor tras la Ruptura: la Importancia de los Criterios Valorativos*. Anuario de Psicología Jurídica, 30, 35 - 41.
- Scotti, L. (2014). *La protección de los derechos humanos en la restitución internacional de niños*. Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año II, N° 2, 141 – 170.