

La restitución internacional de menores en el Código Civil y Comercial

El conflicto de fuentes y diferentes finalidades entre los tratados internacionales y la legislación interna

Dr. Felipe Mariano Rougés[1]

1. Introducción y planteo del problema [arriba] -

Existen diferentes grados de cooperación internacional, así en la de primer grado encontramos las actividades de mero trámite, la solicitudes de información del derecho extranjero y todo lo relacionada a la actividad y producción probatoria; la de segundo grado comprende la ejecución de medidas cautelares; y por último, las de tercer grado comprenden el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Dentro de esta clasificación, la restitución internacional de menores se encuadraría en la cooperación internacional de segundo[2] y tercer grado.

La restitución internacional de menores consiste en un auxilio judicial internacional; el cual consta, en que el juez de un país solicite a un juez extranjero que lo asista en la tramitación o ejecución del proceso; y en el presente caso, tiene la finalidad de reconocer y ejecutar las sentencias que adjudican la tenencia al peticionante con el objeto de recuperar los menores sustraídos ilegalmente por uno de los padres.

En este contexto, cabe destacar que el Código de Vélez no contenía ninguna norma expresa sobre la restitución internacional de menores. No obstante, con relación a la restitución de menores y el auxilio jurídico internacional, nuestra jurisprudencia ha aplicado analógicamente lo dispuesto en el Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay[3]; es decir, utilizó el punto de conexión personal de la residencia habitual del menor, el cual es calificado como aquel donde tiene el centro de vida (art. 3).

En cambio, el actual Código Civil y Comercial en forma expresa regula la restitución internacional de menores y el ámbito espacial pasivo.

Al respecto, el art. 2642 del Código Civil y Comercial señala: “Principios generales y cooperación. En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. El juez competente para decidir la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente

ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño o adolescente”.

En este sentido, los jueces y autoridades administrativas argentinas deben acudir en primer término a los tratados internacionales u otras fuentes convencionales ratificados por nuestro país, en los casos que tengan jurisdicción internacional y competencia, y exista un punto de contacto con la República Argentina.

En el caso de no ser aplicable un tratado internacional por no existir un punto de contacto con otro país signatario, el Código Civil y Comercial dispone que los jueces deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.

En este orden de ideas, en el caso que no sea aplicable una convención internacional es cuando erigen las complicaciones, pues nuestro país se encuentra adherido a varios tratados internacionales con diferentes regulaciones.

A continuación analizaremos las diferentes soluciones brindadas por los convenios internacionales vigentes en la República Argentina, y cuál sería el problema y la solución para evitar contradicciones en la aplicación del derecho en la restitución de menores cuando no sean aplicables los tratados internacionales.

2. Fuentes internacionales aplicables a la restitución internacional de menores en la República Argentina ^[arriba] -

Actualmente, los convenios internacionales vigentes en la República Argentina sobre restitución internacional de menores son:

- a) Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay^[4];
- b) Convenio Internacional sobre sustracción de menores de 16 años de la Haya del año 1980^[5];
- c) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de dieciséis años^[6]; y
- d) la Decisión N° 6/92 del Consejo del Mercado Común.

Como podrá observarse, son numerosas las fuentes internacionales vigentes, y existen diferencias entre ellas.

Verbigracia, existe una diferencia sustancial entre el Convenio Internacional sobre sustracción de menores de 16 años de la Haya del año 1980 y el Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay; pues mientras; este último dispone que no se dará curso a las acciones previstas en este convenio, cuando ellas fueren entabladas luego de transcurrido el plazo de un año a partir de la fecha en que el menor se encontrare indebidamente fuera del Estado de su residencia habitual (párrafo primero del art. 10), el artículo N° 12 del Convenio Internacional sobre sustracción de menores de 16 años de la Haya del año 1980 estipula una excepción en los casos que no quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio, en estos casos se deberá proceder a la devolución del menor.

Asimismo, otra diferencia radical es que el Convenio Internacional sobre sustracción de menores de 16 años de la Haya del año 1980 dejará de regir cuando el menor cumpla los 16 años (art. 4); mientras que el Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay regirá hasta que la persona cumpla la mayoría de edad.

Respecto al problema de las calificaciones, no existen contradicciones en las definiciones entre los convenios ratificados por nuestro país.

Cabe destacar, que son prolíferas en calificaciones autárquicas; verbigracia, residencia habitual, traslado y/o retención ilícita, custodia, derecho de visita, entre otras. De este modo, prácticamente se encuentra todo el caso de restitución internacional de niños regulado.

3. Diferencia en los objetivos de los tratados y de la legislación de fondo [arriba] -

Del texto de los diferentes tratados internacionales de restitución internacional de menores mencionados anteriormente se puede observar que la finalidad principal es la restitución de los menores que fueron sustraídos en forma ilegal sin analizar las cuestiones de fondo (guarda y/o responsabilidad parental).

Además, los tratados internacionales conforman alianzas políticas entre los países signatarios, y por esta razón se conceden beneficios especiales recíprocamente.

En cambio, la legislación interna de fondo no tiene la finalidad inmediata de realizar alianzas políticas con ningún país, y por lo tanto debe analizar como cuestión previa las cuestiones de fondo (guarda, plan de parentabilidad y/o responsabilidad parental) y a posteriori determinar si correspondiese o no la restitución internacional del menor.

Como se puede observar, las finalidades y objetivos entre los tratados analizados y la legislación de fondo son totalmente diferentes; razón por la cual consideramos un error remitir nuestra legislación interna a lo regulado por los tratados.

Por lo tanto, consideramos que en los casos que no sea aplicable algún tratado internacional sobre la materia, los jueces argentinos deben analizar las cuestiones de fondo como cuestión previa (guarda, plan de parentabilidad y/o responsabilidad parental), y a posteriori determinar si correspondiese o no la restitución internacional del menor.

Respecto a la finalidad de los tratados internacionales de restitución de menores, nuestra Corte Federal en los autos "H. C., A. c/M. A., J. A. s/restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores" (21/02/13) señaló que no se podía pronunciar sobre el fondo de la cuestión, es decir, a quien le correspondía el ejercicio de la patria potestad, sino únicamente sobre la aplicación de lo establecido en el Convenio de La Haya. Así la CSJN manifestó: "Que asimismo, no puede dejar de reiterarse que el presente proceso no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido en autos trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia del menor por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo (conf. art. 16 del CH 1980 y Fallos: 328: 4511 y 333:604)".

4. Interés superior del niño [arriba] -

El interés superior del niño ha sido definido por nuestra doctrina como: "El conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos el que más conviene en una situación histórica determinada[7]".

La definición mencionada hace referencia a una construcción epistemológica ética que debe evaluar el juez en cada caso particular[8].

Por lo tanto, ninguna norma procesal ni de fondo de nuestro derecho interno, ni tampoco la ley extranjera en el caso que sea aplicable conforme a los métodos del derecho internacional privado, ni tampoco normas consagradas en tratados internacionales, podría entrar en colisión con el interés superior del niño incorporado por la Convención sobre los Derechos del Niño en nuestra legislación interna (art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna nacional).

De esta forma, los jueces están obligados a aplicar las normas procesales y de fondo más favorables al interés superior del niño, aun en los casos que deban apartarse de la *lex causae*[9].

5. Conclusiones [arriba] -

Desde la óptica dielógica, es correcta la postura del Código Civil y Comercial en avanzar sobre la cooperación internacional, y sobre todo en la integración política (Unión Europea o Mercosur), pues significa aceptar en mayor medida la teoría cosmopolita de la aplicación extraterritorial del derecho extranjero (extraterritorialidad pasiva[10]) a costas de la soberanía de cada país. En consecuencia, la cooperación internacional y la integración política tienen como objeto el respeto al elemento extranjero propio de nuestra materia.

Empero, consideramos que el Código Civil y Comercial debería haber regulado el caso de restitución de menores con algún punto de conexión, preferentemente el punto de conexión personal de la residencia habitual del menor, y no así dejar en manos del juez regular el caso conforme a los principios contenidos en los convenios internacionales; pues genera incertidumbre e inseguridad jurídica; colocando en riesgo los derechos fundamentales de los niños.

Por lo expuesto, consideramos que el Código Civil y Comercial debería haber regulado no tan solo la norma indirecta en los casos de restitución internacional de menores, sino también, el procedimiento de dicha restitución.

En este sentido, consideramos que en los casos que no sea aplicable algún tratado internacional sobre la materia, los jueces argentinos deben analizar las cuestiones de fondo como cuestión previa, (guarda y/o responsabilidad parental) y a posteriori determinar si correspondiese o no la restitución internacional del menor.

Desde la óptica dielógica, consideramos correcta la regulación estipulada en el Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay; el cual, utiliza el punto de conexión personal de la residencia habitual del menor, el cual además determinará: a) el derecho aplicable para determinar la mayoría o minoría de la persona (art. 4); y b) la competencia de los jueces para entender en la acción de restitución de menores (art. 5); no obstante, ninguna norma de forma o fondo podrá entrar en colisión con el interés superior del niño, debiendo los jueces en estos casos aplicar las normas procesales y de fondo más favorables al interés superior del niño, aun en los casos que deban apartarse de la *lex causae*.

Notas [arriba] -

[1] Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

Investigador del Centro de Investigación de la Universidad Nacional de Tucumán.
Magister en Derecho Privado (UNR).

[2] Las medidas cautelares también encuadran el caso de restitución internacional de menores. Verbigracia, el Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay dispone que las autoridades competentes de un Estado Parte que tuvieran conocimiento que en su jurisdicción se encuentra un menor indebidamente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas conducentes para asegurar su salud física y moral y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción

[3] En este sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", en los autos "P.H.M.C. c/ N.L.E.A. s/ REINTEGRO DE HIJO" (INTERLOCUTORIO del 26 de Septiembre de 1989) señalando: "La carencia de previsión expresa en nuestra ley positiva respecto de las medidas a adoptar para la restitución de menores en el ámbito internacional, permite utilizar como pauta orientadora las prescripciones del Convenio que sobre la materia se suscribiera con la República Oriental del Uruguay en la Ciudad de Montevideo el 31 de julio de 1981 y aprobada por ley 22.546, por plasmar normativamente los fundamentos que nutren este delicado tema de minoridad. Ello, sin perjuicio de señalarse que las resoluciones judiciales vinculadas a la guarda de los hijos pueden dictarse sin estricto sometimiento a todas las reglas procesales, habida cuenta que no causan estado y son susceptibles de modificación ulterior si la necesidad de proveer al interés de los menores lo aconseja, como asimismo que, tratándose de medidas cautelares, pueden decretarse y cumplirse sin audiencia de la contraria.". (Véase Sumario: C0005377 en www.infojus.gov.ar).

[4] Ratificado por la República Argentina por intermedio de la Ley N° 22.546 y por la República Oriental del Uruguay por Decreto-Ley 15.218.

[5] Ratificado por nuestro País por intermedio de la Ley 23.857, sancionada el 27 de Setiembre de 1990 y promulgada el 19 de Octubre del mismo año.

El presente Convenio se encuentra vigente entre: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Belarus, Bélgica, Bélize, Bosnia Y Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Canadá, Colombia, Costa Rica, Croacia, Chile, China, Hong Kong Región Administrativa Especial, China, Macau Región Administrativa Especial, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos De América, Estonia, Ex-República Yugoslava De Macedonia, Fidji, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Latvia, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Moldova, Mónaco, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Peru, Polonia, Portugal, Reino Unido De Gran Bretaña E Irlanda Del Norte (Isle Of Man, Cayman Islands, Montserrat, Bermuda), República Checa, Rumania, Saint Kitts And Nevis, Sri Lanka, Sud África, Suecia, Suiza, Trinidad Y Tobago, Turkmenistan, Turquía, Uruguay, Uzbekistan, Venezuela, Serbia y Montenegro, Y Zimbawe.

[6] La presente Convención se encuentra vigente entre Antigua y Barbuda, Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela (con reservas) y con la adhesión de Nicaragua; y fue adoptada en la Ciudad de Montevideo, Uruguay, en el año 1889 en el marco de cuarta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado.

[7] SOTO, ALFREDO MARIO; Temas estructurales del derecho internacional privado, Estudio, Buenos Aires, 2009, pág. 271.

[8] Véase NINO, CARLOS SANTIAGO; Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas, Doxa, 5, 1988, págs. 87-105. Recuperado de http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10869/1/Doxa5_05.pdf; ARIZA, ARIEL; El derecho civil y la "ciencia de la justicia (dikelogía)". vigencia de una obra clave en el derecho civil postmoderno, en revista del centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social, Rosario, N°. 32, 2009, págs. 53-62. Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1324/1465>; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL; "Lecciones de teoría general del Derecho", Investigación y Docencia, núm. 32, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, págs. 38 y

ss.; y PEZZETTA, SILVINA; El marco teórico del ritualismo de Werner Goldschmidt y su evolución. algunas ideas sobre los nuevos aportes teóricos, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 11, 2007/2008, págs. 245-255. Recuperado de <http://www.rtf.d.es/numero11/13-11.pdf> .

[9] En este sentido se ha pronunciado toda nuestra jurisprudencia. Verbigracia el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires señaló: “el principio debe ser considerado conforme las circunstancias de cada caso en particular, ya que, por sobre todo ritualismo, debe en todo caso necesariamente, primar la realización del bien o interés del menor, debiendo evitar a todo trance situaciones de inequidad, máxime en casos donde se encuentra en juego aquel superior interés” (APBA 2011-1-49 - ABELEDO PERROT N°: 45001230).

[10] Goldschmidt señala al respecto: “la extraterritorialidad pasiva consiste en que en un país no se aplica solamente el Derecho Privado propio, sino igualmente, en su caso, Derecho Privado extranjero, y en que .el DIPr. está indisolublemente unido al principio de la extraterritorialidad pasiva del Derecho” (GOLDSCHMIDT, WERNER; Derecho internacional privado, Novena edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 4).

Publicación: Revista de Derecho de Familia y Sucesiones

Número 5 - Septiembre 2015

Fecha: 07-09-2015 Cita: IJ-LXXXI-568