

**PROYECTO DE LEY: CODIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACION**

**AUDIENCIA PUBLICA - PROVINCIA DE
CORDOBA - 04.10.2012**

Dr. Carlos E. Echegaray de Maussion

Mgter. Fabio Mastrangelo¹

Análisis del art. 2642

Restitución internacional de niños

ARTÍCULO 2642.- 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.

¹ Profesores de Derecho Internacional Privado - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

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, niña o adolescente.

Introducción

La concretización de los denominados fenómenos condicionantes del derecho internacional privado (DIPr)² demuestran a las claras que esta materia se encuentra en pleno apogeo; las situaciones jusprivatistas internacionales han dejado de ser un laberinto de inextricables fronteras para pasar a ocupar un sitio de privilegio en la arena cotidiana³.

Entre los sectores que han crecido en su realidad exponencial cabe señalar el significativo incremento (inimaginable hace sólo una década) de casos en materia de restitución internacional de menores⁴. La globalización⁵ trajo entre sus

² Sobre el punto véase D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavallia, 2002.

³ A. DREYZIN DE KLOR, "Familia, postmodernidad y derecho internacional privado", *Rev. Mex. DIPr*, n° 26, 2010, pp. 73 y ss.

⁴ Se debe destacar que el Instituto Interamericano del Niño (IIN) mediante Resolución CD/RES. 03 (82-R/07), ha dispuesto: Reconocer que el uso del término "menor" tanto en el texto del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, como en los documentos en

despliegues el desarrollo de la “familia internacional” cuyas particularidades culturales, religiosas y sociales, influyen en la modificación de la concepción tradicional del DIPr de familia.

Quizás porque la infancia es una etapa de la vida añorada con fuerza por los mayores; quizás porque el sentido de la paternidad o maternidad tiene algún elemento negativo en la historia de la humanidad que hace florecer en los padres un cierto sentido de propiedad hacia la persona por ellos procreada; quizás porque las relaciones humanas alcanzan a veces un grado de conflictividad tan elevado que las hacen insoportables; el hecho es que cuando un menor está bajo el cuidado de sus mayores y estos no logran ponerse de acuerdo sobre su labor protectora, es frecuente que alguno de ellos intente impedir o limitar el acceso y la relación directa del otro con el menor.

Cuando este propósito se consigue conduciendo al menor a un país distinto a aquel en que normalmente se deberían desarrollar las obligaciones protectoras del otro cuidador, estamos ante lo que se ha venido en llamar ***secuestro internacional***

estudio en esta materia, y que promueve el IIN en sus actividades, debe entenderse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, como sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Se alienta a la oficina del IIN a dejar explícito éste uso de términos en los diferentes documentos de trabajo que elabore citando esta resolución.

⁵ A.L. CALVO CARAVACA /J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización, Secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980), en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/international_law/revista_2/4.pdf; J. Basedow citado por lo autores entiende que: *la globalización se trata del hecho de que un creciente número de problemas sociales muestran una dimensión global que no puede ser abordado con soluciones nacionales.*

de menores.⁶

Art. 2462 del proyecto de Código Civil y Comercial

En el artículo en análisis el legislador ha querido reglamentar los principios generales de este instituto que tiene su correlato inmediato en la restitución del niño secuestrado y a su vez ha resuelto que en la materia en cuestión son de aplicación los tratados y convenciones en los que nuestro país sea parte⁷ y para los casos en que no hay tratado o convención para aplicar, los jueces están obligados a resolver la cuestión adaptando los principios contenidos en dichos tratados para garantizar el interés superior del niño.

La protección de los niños frente a los traslados transfronterizos ilícitos. Principios de cooperación internacional

Una de las características esenciales del momento actual del Derecho Internacional Privado es el paso de las normas neutrales a las normas materialmente orientadas, entre las que se destacan las que pretenden la protección de

⁶ Miralles Sangro, P.P., El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980. Ministerio de Asuntos Sociales. Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, pag. 3.

⁷ A la fecha la República Argentina ha ratificado además de la Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas, la Convención de La Haya de 1980 sobre pronta restitución de menores; la Convención Interamericana sobre pronta restitución de menores de México de 1994 y un Convenio bilateral argentino uruguayo sobre restitución de menores.

una categoría determinada de personas, bien a través de normas de competencia judicial o de autoridades, bien a través de normas de conflicto de leyes, bien facilitando el reconocimiento y ejecución de las decisiones.

En todo caso, se realiza una “localización” protectora para alcanzar una solución globalizadora que, en aras de la protección, abarque el derecho material interno y el derecho internacional privado. No cabe duda pues que el niño tiene la condición de “parte débil”, y de ahí el interés de la referencia específica en el derecho internacional privado actual.

Asimismo, el artículo 2642 hace referencia a la cooperación que deben prestarse los distintos órganos judiciales y/o administrativos de los distintos Estados para satisfacer en el caso concreto de un secuestro internacional de un niño de su interés superior.

En nuestros días la cooperación judicial es una herramienta imprescindible en el campo de las relaciones internacionales para evitar la discontinuidad de las relaciones jurídicas⁸. A tal efecto es preciso que los jueces conozcan los instrumentos normativos y que tomen conciencia de la importancia de la cooperación. De este modo, a la hora de su aplicación judicial se respetarán los principios subyacentes a las normas convencionales elaboradas, entre los que cabe destacar la celeridad, la inmediatez, el conocimiento por parte de sus jueces del acervo jurídico de la cooperación y de los profundos cambios que la asistencia va adquiriendo

⁸ Al respecto véase A. DREYZIN DE KLOR / A. PEROTTI, *El Rol de los tribunales nacionales de los Estados del Mercosur*, Córdoba, Advocatus, 2009, p. 29 y ss..

en la actualidad.

Si bien se ha manifestado que resulta de fundamental importancia la cooperación jurisdiccional de los Estados entre si, también es primordial la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico de que se trate a fin de proteger al niño, arbitrando las medidas y decisiones pertinentes con relación al fondo de la custodia en protección del interés superior de aquél⁹.

Por ello, entendemos que la redacción proyectada del artículo en comentario, sin lugar a dudas viene a satisfacer un vacío en el ámbito de nuestro derecho interno en la materia, coadyuvando a la tarea de los aplicadores del derecho con la inclusión de los principios señalados, sobretodo cuando no sea posible la aplicación del derecho convencional existente.

⁹ Ver N. RUBAJA, “Los criterios se unifican. Los Tratados se cumplen”, Jurisprudencia anotada, *Lexis*, N°0003/015191, pp.18.