

Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Título: “Restitución internacional de menores: Conflicto de fuentes en el proyecto de reforma y unificación”.

DR. FELIPE MARIANO ROUGÉS¹.

E-MAIL: feliperouges@hotmail.com

¹ Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.
Becario e Investigador del Centro de Investigación de la Universidad Nacional de Tucumán.

1. Introducción y planteo del problema.

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 secuestrados por uno de los padres. 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. En este orden de ideas, la restitución internacional de menores se encuadraría en la cooperación internacional de segundo² y tercer grado.

Por su parte, cabe destacar que nuestro actual Código Civil no contiene 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 Uruguay³; es decir, el punto de conexión personal de la residencia habitual del

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

menor, el cual es calificado como aquel donde tiene el centro de vida (art. 3). En cambio, el actual proyecto de reforma y unificación en forma expresa regula la restitución internacional de menores y el ámbito espacial pasivo.

Al respecto, el artículo N° 2642 del proyecto de reforma y unificación 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,

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).

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 proyecto de reforma 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.

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 Uruguay⁴; b) Convenio Internacional sobre sustracción de menores de 16 años de la Haya del año 1980⁵; c) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de dieciséis años⁶; 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

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.

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. Conclusiones.

Desde la óptica dikeológica, es correcta la postura del proyecto de reforma y unificación 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 pasiva⁷) a costas de la soberanía de cada país. En consecuencia, la cooperación internacional y la integración

⁷ 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).

política tienen como objeto el respeto al elemento extranjero propio de nuestra materia.

No obstante, consideramos que el proyecto de reforma 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 proyecto de reforma y unificación debería regular no tan solo la norma indirecta en los casos de restitución internacional de menores, sino también, el procedimiento de dicha restitución. Desde la óptica dixelógica, 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).

En definitiva, recomendamos modificar el artículo N° 2642 del proyecto de reforma, y utilizar la norma indirecta y el procedimiento del Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay por cubrir mayormente los recaudos axiológicos.