

**COMENTARIO AL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA EL
FUNCIONAMIENTO DE LOS CONVENIOS DE SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE NIÑOS¹**

Liliana Etel Rapallini²

I) *Introducción: Modalidad de Codificación. Ámbito de Aplicación.*

Insertos en ésta página, el lector podrá tomar conocimiento del acta de aprobación y del texto completo del documento que ocupa a la presente entrega.

La cuestión es novedosa en cuanto a su producción concreta, lo que no resulta novedoso es la necesidad en Argentina de contar con reglamentación específica relativa al procedimiento a emplear en materia de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes en procura de lograr un espacio uniforme de actuación hasta ahora sostenido por criterio jurisprudencial.

Desde el punto de vista de su naturaleza es de observar que se trata de un instrumento de “*soft law*” lo que implica su efecto sugerente para los Estados más no de efecto coercitivo, obligatorio. Empero, frente a la carencia de otra directriz seguramente habrá de ser acatado por los actores intervinientes en el proceso.

Ahora bien, resulta interesante analizar la posición de la CSJN en un fallo coetáneo al Protocolo.

Es así como en fecha 27 de diciembre de 2016 nuestro máximo Tribunal en el caso “G. L. s/ por su hijo G. P. T. por restitución s/ familia p/ rec. ext. de inconstit. – casación” expresa literalmente:

“... Que consecuencia de las consideraciones efectuadas y de la experiencia recogida en los últimos tiempos en oportunidad de intervenir en esta clase de asuntos, esta Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende imperioso exhortar al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del CH 1980 y permita cumplir con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribir dicho convenio.”

Esto significa que la Corte clamó al Legislativo por el dictado de una ley reglamentaria del procedimiento de restitución, que no es ni más ni menos que “*hard law*” equivalente al dictado de una ley que responda al procedimiento de formación y sanción de las leyes con todos los efectos que conlleva.

¹ Publicado en sitio web: www.catedradip1laplata.com

² Profesora de grado y de posgrado especializada en Derecho Internacional Privado. Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de La Plata. Investigadora externa de la Biblioteca de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

La conclusión es sencilla, a mi entender; es preferible contar con un instrumento que carecer de él, pero no se ha alcanzado el objetivo previsto de manera que coexisten en lo futuro las fuentes internacionales, las previsiones del CCCNA en la materia y el presente Protocolo; los primeros de índole “*hard*” y el último de ellos, “*soft*”.

En actitud optimista y sumatoria, el procedimiento de restitución internacional de menores por sustracción parental indebida es un mecanismo propio de cooperación jurídica internacional y ésta se expresa como *justicia de acompañamiento*, de manera que el empleo conjunto de fuentes y su armonización constituye un principio rector al cual ha de contribuir y porque no robustecer, el Protocolo en cuestión.

Este *conjunto armonioso* desde la óptica del Protocolo apunta en su ámbito espacial y con visión de unilateralidad, esto es tomando el espectro desde Argentina, a dos fuentes internacionales como son el Convenio de La Haya de 1980 y su par, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989. Lamentablemente no se extiende al bilateral firmado entre Argentina y Uruguay por interpretarse que ha resultado superado a raíz de la adhesión de ambos países a la Interamericana.

II) *Análisis de su contenido*

Cuenta con dos grandes áreas, una destinada a *Ámbito de aplicación* y Principios rectores y otra a *Procedimiento Judicial* iniciadas por una *Introducción*.

De su introducción surge la *demora de los procesos* como el principal obstáculo del debido desenvolvimiento de los Convenios. Considero que si señalamos un factor de peso sin duda, debieran haberse enunciado otros que son de interés y que, además, requerirían también del dictado de un Protocolo específico que reglamente la manera en que el niño será retornado al país de su residencia habitual cuestión de elevada complejidad y compromiso; pese a ello incursiona en el tópico al momento de abordar las comunicaciones judiciales directas.

El perfil del Protocolo es responder al objeto de la fuente internacional por ende, su consistencia es lograr el retorno del niño sustraído indebidamente al país de su residencia habitual.

Identifica con precisión a los *sujetos* que resultan destinatarios del instrumento. Desde ya, el primer eslabón lo ocupan los *niños, niñas y adolescentes* tomando como parámetro la edad de 16 años en consonancia con la considerada en las fuentes internacionales. Luego comprende a los *Operadores de la Justicia en todos sus estamentos y roles, a la Autoridad Central, a los Abogados de parte*.

También se enuncia prolijamente el marco normativo que otorga solvencia al tema incluyendo fuentes de *hard law* como de *soft law*. A través de ello y de la referencia expresa a nuestra CN y al CCCNA, se observa su acatamiento y armonía.

Convalida *principios rectores* tendientes a robustecer al niño como sujeto de derecho. El primero responde a la máxima del *interés superior, concepto jurídico indeterminado, todos sabemos en qué consiste pero definirlo agotando la extensión de su contenido es, diría, imposible de lograr. La recurrencia al bienestar del niño es un camino a seguir; mutable conforme a la “pequeña” persona sometida involuntariamente a un proceso judicial y adaptable a las características que el caso exponga. El segundo, afianza su participación procesal y el derecho a ser oído que será acorde a su edad y grado de madurez, preservando su integridad y rodeado de asistencia suficiente provista por expertos. Propende al empleo de un lenguaje claro tanto en las instancias informativas como en el efecto que ha de tener la colaboración del menor dentro del proceso.*

Aparece entonces, la figura del *Juez como Director del Proceso* y en ésta medida deberá instar no sólo a lograr un acuerdo entre las partes sino al empleo de procesos abreviados incluidas las etapas recursivas. En éste aspecto, el Protocolo recoge prácticas judiciales preexistentes de nuestros tribunales acogiendo al proceso sumarísimo. En relación y tendiendo a la celeridad, se insta a las notificaciones con habilitación de días y horas inhábiles y de contar con ellas, a las de modalidad electrónica. Del mismo modo, el Protocolo recomienda la habilitación de feria judicial, en pos de cumplir con la premisa de celeridad procesal y en resguardo del compromiso asumido por el Estado al ratificar los convenios internacionales.

Si bien, el objeto del proceso queda precisamente delineado, el caso requiere de su *abordaje integral* lo cual implica el respeto de todos los derechos del niño incluido el de contacto con el progenitor desasido. De igual forma, quedan también expuestas las *cuestiones excluidas* del proceso de restitución llevado ante el juez requerido siendo ellas, decidir el país de residencia del niño o decidir sobre el progenitor con quien haya de convivir toda vez que éstas cuestiones se entiende, deben ser tratadas ante la jurisdicción de la residencia habitual del menor siendo ésta la del requerido.

Ahondado en el *proceso en sí mismo*, una vez recibido por el Juez el pedido de restitución cuenta con tres días para pronunciarse sobre su admisibilidad; consiste en un análisis externo, formal pues ha de corroborar que la legitimación tanto activa como pasiva, se encuentre debidamente acompañada, y que el supuesto invocado tenga un encuadre preliminar acorde al objeto de la fuente normativa petitionada de aplicación.

Con los recursos que ofrece el CCCNA en el Título IV del Libro Sexto relativo a Disposiciones de Derecho Internacional Privado, el Juez dispondrá de ser necesario, las medidas cautelares tendientes a la protección del niño sustraído o retenido indebidamente.

En forma conjunta y de oficio, dará traslado de la demanda por el término de cinco días, comunicará a la Autoridad Central la activación del proceso y dará vista por el término de tres días al Ministerio Público y al Asesor de Menores. En la práctica y hasta el presente, nuestros jueces abreviaron el proceso convocando a la audiencia que este mismo Protocolo también exige, junto con la notificación de la demanda de manera que la parte “sustractora” al momento de comparecer a la audiencia pueda acompañar el escrito con el planteo de oposiciones. De ahora en más, la audiencia será en plazo de diez días como para condensar en ella a todos los actores del proceso, al “responde” de demanda y a la prueba ofrecida

En cuanto al *planteo de oposiciones* éstas se limitan a las previstas por los Convenios de La Haya e Interamericana, y a las cuáles el Protocolo les da el carácter de taxativas.

Toda audiencia tiene como finalidad no sólo un espíritu conciliador sino de abreviación del proceso como por ejemplo, desestimar el planteo de oposiciones fuera de contexto, eliminar prueba impertinente o reiterativa.

Sustanciadas las etapas, los Asesores deberán dictaminar en tres días y el juez en cinco días deberá, en lo posible, dictar sentencia.

Da por hecho aunque no expresamente, que garantiza las instancias recursivas manteniendo la brevedad de los plazos y la modalidad acotada de su concesión.

Como cierre de éste somero análisis del Protocolo cuya observancia y grado de acatamiento podrá verse en la nueva jurisprudencia, podemos inferir:

- preserva el contacto del hijo con el progenitor desasido de su derecho a consecuencia de la sustracción o retención indebida, mientras el proceso se sustancia;

- interpretación restrictiva de las oposiciones a restituir que se hubieren planteado, considerando que el Protocolo no se ocupa de interpretar el tenor de las mismas pero opera por decantación, al entender que restituir al niño al Estado de su residencia habitual no debe considerarse como un riesgo para su integridad física o psíquica;

- facilitar acuerdos amistosos en toda etapa del proceso que se evidencien como fructíferas, evadiendo aquellas que ameriten dilatorias;

- afianza los mecanismos de cooperación administrativa y jurisdiccional;

- afirma la importancia de la *Red Internacional de Jueces de La Haya* representada en los países como *Jueces de Enlace*, incluso en su función orientadora en cuanto a las directrices del caso;

- oficializa las comunicaciones judiciales directas tanto para verificación de extremos probatorios como para el dictado de la orden espejo o réplica en el Estado requerido;

-si bien no detalla exhaustivamente las medidas asegurativas, enuncia algunas de importancia al momento de restituir como, por ejemplo, la concesión de beneficio de gratuidad en el requerido aún para el progenitor sustractor y que tiene como evidente finalidad, facilitar el retorno o bien, el levantamiento de acciones penales instadas en el Requirente contra el progenitor sustractor velando una vez más por la continuidad del contacto entre padres e hijos;

-en suma, si consideramos que Argentina ha ratificado el Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental sumado a la Convención de los Derechos del Niño, a La Haya y a la Interamericana relativas a Sustracción, a las previsiones del CCCNA y en particular los arts. 2611, 2612 y 2642, el Protocolo elaborado otorga un marco interpretativo y complementario del espectro normativo vigente.

**Doctrina sugerida:*

All, Paula- Rubaja, Nieve (2017) "El Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños", L.L., 2017-C, cita on line: AR/DOC/1426/2017.