

APOSTILLAS PROCESALES

ANOTACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

por **JORGE W. PEYRANO**

Resulta ser que el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores aprobado por ley 23.857, es extremadamente parco en lo tocante a la regulación de la oposición formulada a la restitución reclamada de un menor. Sin embargo, su artículo 13 (1) permite inferir del régimen de excepciones contemplado que, efectivamente, ha instaurado una suerte de mecanismo procedimental de oposición. En las líneas que siguen pondremos de resalto algunas particularidades y falencias de dicho procedimiento.

En primer lugar, el artículo 11 de la referida Convención (2) posibilita afirmar que se trata de un procedimiento signado por la “urgencia” y donde el factor “tiempo” debe ser tenido en cuenta insoslayablemente (3). Dicha característica debe reflejarse en el diseño de las soluciones procedimentales que pretorianamente deberán pergeñar los jueces ante la carencia de textos legales que les ahorren perplejidades.

Habida cuenta de lo apuntado es que, necesariamente, se deberá tratar de un proceso “acotado” y que de alguna manera deberá montar el juez caso por caso, ínterin el legislador local (que puede y debe hacerlo) se decida a regularlo en consonancia con la letra y el espíritu del referido Convenio de La Haya. No creemos que la vía adecuada sea, automáticamente, la del proceso sumarísimo que, al fin y al cabo, no es otra cosa que un proceso de conocimiento abreviado.(4) Aquí, en cambio, se está frente a un proceso “acotado” que no sólo debe ser acelerado, sino que también debe estar presidido por restricciones en el debate, severas limitaciones probatorias (5) y un régimen recursivo más simplificado que el corriente. En los estrados judiciales, se ha declarado lo siguiente: “El procedimiento de restitución instrumentado por el artículo 13 de la Convención de La Haya sobre Aspectos

Civiles de la Restitución de Menores (que rige el caso) es acotado y signado por la necesidad de que sea prontamente dirimido dado que con la demora en la restitución se corre el riesgo del arraigo del niño en su nuevo hábitat. Ello justifica que el referido procedimiento judicial constituya una “medida urgente” con producción de pruebas limitada, debate reducido y repulsa a admitir incidencias retardatarias porque su finalidad es volver al estado anterior para que se discuta la cuestión de fondo ante la jurisdicción originaria y combatir las “vías de hecho” en la materia” (6). En definitiva, debe ser un”proceso práctico, inmediato y despojado de todo artilugio” (7). Además debe recordarse que la enumeración de las excepciones admisibles previstas por el artículo 13 del Convenio es de carácter taxativa y que su procedencia debe ser interpretada de manera estricta y restrictiva (8); quedando la prueba de sus presupuestos fácticos a cargo del excepcionante.

Entendemos que en el seno del proceso “acotado” del que venimos hablando no debe en cualquier supuesto procederse a la designación del “abogado del niño” previsto por la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sobre el particular, se ha declarado judicialmente lo siguiente: “Que a la luz de lo expresado, se interpreta que en el caso es improcedente el nombramiento de un “abogado del niño”; debiendo recordarse que doctrina autoral especializada considera improcedente dicha designación en todos y cualesquiera procesos y/o procedimientos que de algún modo afecten a niños o adolescentes. Sobre el particular, Mauricio Mizrahi dice “entendemos que la figura del abogado del niño no será rigurosamente indispensable en todo proceso que lo involucre, pues la naturaleza del diferendo planteado podría no ameritar esa designación” (“Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061”, obra colectiva compilada por Emilio García Méndez, Editoriales Fundaciones del Sur y del Puerto, p.80). En igual sentido, se manifiesta “ Ley de protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia”, obra colectiva de Andrés Gil Domínguez, María Victoria Famá y Marisa Herrera, Ediar, ps.472 y ss) (9)

Que hartamente conocido es que el medio típico normal de extinción del proceso es el dictado de la sentencia de mérito (10). En la especie, dicho dogma requiere algunas consideraciones especiales porque se estima que únicamente la ejecución material (restitución efectiva del niño) de la sentencia restitutoria da finiquito al procedimiento “acotado” correspondiente.

Igualmente, tampoco un acuerdo conciliatorio homologado extingue el procedimiento de restitución de menores sustraídos hasta tanto no se efectivice materialmente el reintegro pertinente. De ahí que se haya considerado que en el caso, la mera celebración de un acuerdo conciliatorio homologado no implica una “sustracción de materia”(11),

Asimismo, debe subrayarse que la sentencia restitutoria dictada se enrola entre las resoluciones judiciales “con seguimiento”. Cuáles son éstas? Pues aquellas en las cuales el juez arbitra todo lo conducente a la concreta ejecución de lo imperado y, llegado el caso, actúa “sobre la marcha” en demanda de que el cumplimiento efectivo de lo ordenado se materialice de la mejor manera posible. De ahí que, recientemente, la Corte federal haya efectuado detalladas recomendaciones al juez de grado encargado de ejecutar una sentencia restitutoria del menor sustraído (12). Es más, no faltan pronunciamientos de nuestro tribunal cimero que le reconocen al juez ejecutante un cierto “margen de maniobra” a la hora de efectivizar lo ordenado en instancias superiores. (13) Se advierte, entonces, claramente, que en la materia el juez ejecutor deberá echar mano, ponderada y ampliamente, a sus “poderes de hecho” . Memoramos respecto de estos últimos que “se trata del cúmulo de previsiones que debe adoptar un juez para obtener una ejecución eficiente de su mandato. Vaya como ejemplo el siguiente. No es suficiente con que el magistrado decreta un embargo sobre bienes muebles del demandado, sino, además de facultar al oficial de justicia interviniente a allanar los domicilios que fuera menester y a cambiar cerraduras (si previera que tal necesidad pudiera presentarse). Es preciso subrayar que tales importantes cuestiones de detalle pueden también ser objeto de un mandato judicial posterior y complementario” (14) En el terreno de la ejecución propia de la sentencia restitutoria del menor poseen gran relevancia las tareas de colaboración que se encuentran a cargo de las autoridades centrales (15) de los países requirente y requerido.

Finalmente, consignamos que el régimen recursivo de la

sentencia restitutoria de menor sustraído, deberá correr, lamentablemente, por los carriles corrientes que no condicen con la urgencia propia del procedimiento “acotado” que nos ocupa .Cuando se decida el legislador a salir de su mutismo , convendría, quizás, que montara una suerte de elevación en consulta a la Alzada (con el correspondiente ahorro de expresiones y contestaciones de agravios, traslados, etc.), siempre y cuando el vencido manifestara su disconformidad dentro de un plazo muy breve. En la Alzada no se registraría otro trámite que la noticia de sus integrantes (para posibilitar la insoslayable facultad de recusar o de excusarse algún juez) que deberá ir acompañada de un “autos para resolver”.

De lo que estamos seguros es acerca de que el actual procedimiento de oposición al reintegro de un menor sustraído internacionalmente que debe usarse en el plano local, no se encuentra en condiciones de cumplir con la letra y el espíritu del Convenio de La Haya de 1980 dictado en la materia y aceptado por nuestro país.

J.W.P.

—

NOTAS-

(1)Artículo 13 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: “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: a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención, b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a otorgar la restitución si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya

alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales o 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”

(2)Ibídem, artículo 11: “Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis (6) semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos el demandante o la autoridad central del Estado requerido por iniciativa propia o a instancias de la autoridad central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Si la autoridad central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha autoridad la transmitirá a la autoridad central del Estado requirente o, en su caso, al demandante”

(3)RAYA de VERA, ELOISA, “El factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores”, en La Ley 2011-C página 411 y siguientes

(4)ORTEMBERG, OSVALDO, “Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores, víctima de sustracción ilegal”, en La Ley Gran Cuyo, año 2006, abril.

(5)Protocolo de Resoluciones de la Sala Tercera Integrada de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, interlocutorio N° 3340/11 emitido en “PURCELL BRETT s. Pedido de restitución del menor DANTE PURCELL”: “Todo ello revela que se trata de un procedimiento atípico que si bien reconoce contradicción -que en el caso fue escrupulosamente observada -no admite el despliegue de un derecho probatorio irrestricto que venga a colisionar con la celeridad que le es inherente. Por ello es que entiendo que sólo pueden proponerse en su seno pruebas demostrativas per se, sin perjuicio de las que pueda despachar el órgano judicial, a título de medida para mejor proveer, y cuyo diligenciamiento no importe una compleja y extendida en el tiempo tramitación; pudiendo, también, proveer algunas de las pruebas ofrecidas por las partes que no sean demostrativas per se, siempre y cuando se encuentren exentas de toda duda acerca de que no se trata de una vía para obtener el no deseado alongamiento de la causa”

(6)Protocolo de Resoluciones de la Sala Tercera Integrada de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, interlocutorio N° 145/12 emitido en “PURCELL BRETT s. Pedido de restitución del menor DANTE PURCELL”

(7)RAYA DE VERA, Eloisa, ob.cit. página 413.

(8)Vide precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en La Ley 2011-C, página 410 y siguientes.

(9)Conf. precedente citado en nota 6.

(10)PALACIO, Lino, “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires 2011, Edición actualizada por Carlos Camps, Editorial Abeledo Perrot, Tomo 1, página 319:

“Normalmente, la pretensión procesal se extingue mediante el pronunciamiento de la sentencia que la actúa o que deniega su actuación. En tanto la declaración de voluntad que dicho acto decisorio contiene viene a satisfacer la pretensión, es obvio que él también provoca la extinción del proceso, pues entonces éste pierde su razón de ser en virtud de la desaparición de su objeto”

(11) Protocolo de Resoluciones de la Sala Tercera Integrada de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, interlocutorio N° 218/12, emitido en “PURCELL BRETT s. Pedido de restitución del menor DANTE PURCELL”: “Que esta Alzada ha tomado conocimiento de que se ha celebrado por ante el tribunal de origen un acuerdo conciliatorio homologado que proporciona una solución autompuesta, pero que todavía se encuentra pendiente de ejecución material; debiendo subrayarse que en actuaciones judiciales como las sub litem los procedimientos sólo pueden considerarse finiquitados una vez que se produce el referido cumplimiento material merced al reintegro del menor involucrado al lugar de origen.”

(12) Conf precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, espigado en La Ley 2011 F página 713: “Corresponde hacer saber al señor juez a cargo de la causa que al momento de efectuar la ejecución del presente fallo, proceda a realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos, permitiéndole para ello adoptar las medidas que estime conducentes, ponderando la realidad y circunstancias en que se desarrollan las relaciones entre las partes para concretar las pautas de restitución, como así también evaluar los requerimientos que se le formulen en tanto respeten la decisión adoptada y no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar sin causa su cumplimiento”

(13) Conf. precedente de la Corte Suprema de la Nación, espigado en La Ley 2011-D, página 339: “Que sin perjuicio de que esta Corte coincide con el criterio expresado en el punto V del citado dictamen, en cuanto a que es la madre quien debe viajar con el menor, a los efectos de que dicho trámite pueda realizarse de la manera menos lesiva y en condiciones de minimizar los posibles riesgos, corresponde hacer saber al juez interviniente que podrá evaluar los eventuales requerimientos que se le formulen respecto del mencionado procedimiento de restitución en tanto respeten las decisiones adoptadas y no importen planteos dilatorios que tiendan a demorar sin causa su ejecución”

(14) PEYRANO, Jorge W., “Las medidas de apremio en general y la conminatoria en particular. Poderes de hecho de los jueces. Su contribución a la eficacia del proceso civil” en “Procedimiento Civil y Comercial” Rosario 1992, Editorial Juris, tomo 2, página 24.

(15) Artículo 7 del citado Convenio de La Haya: “ Las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración ante las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del

presente Convenio"... La autoridad central argentina es la Dirección General de Asuntos Jurídicos-Dirección de Asistencia Judicial Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.