

**El Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción
Internacional de Niños y el Código Procesal Civil y Comercial
de la Provincia de Santa Fe.**

Por: Milton C. Feuillade*

Sumario: I.- Introducción. II.- El Protocolo. III.- El Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe. A.- Juicio sumarísimo. B.- Vías recursivas. IV.- Conclusiones.

I.- Introducción.

En la reunión anual de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia, realizada el 28 de abril de 2017 fue aprobado el Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los Convenios de sustracción internacional de niños.

Lo que queda pendiente es el antecedente jurisprudencial de la CSJN¹ a fines de 2016 donde se establecía la necesidad que el poder legislativo dicte una ley reguladora del procedimiento interno que cumpla con las finalidades de las Convenciones de las que Argentina es parte en la materia, así como la aplicación del art. 2642 del Código Civil y Comercial en los casos de situaciones en los que no hay Tratado con un Estado.

Se han presentado proyectos que perdieron estado parlamentario² y actualmente hay proyectos que deberían ser tratados³. Remarcamos la importante labor de grupos de investigación con propuestas que se desarrollan en la Universidad de Buenos Aires en conjunto con el Delegado para Latinoamérica de la Conferencia de la Haya.

Un tema clave es la facultad no delegada de las Provincias en el dictado de leyes rituales⁴. Desde ya creemos que este protocolo es de suma utilidad, pero no es suficiente.

* Investigador del CONICET. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario – UCA.

¹ Caso “G., L. si por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ rec. ext. de inconstit. – casación”, del 27 de diciembre de 2016.

² En el año 2014 se presentó un Proyecto de Ley en el Congreso de la Nación a los fines de regular los procesos de restitución internacional de niños, el cual ha perdido estado parlamentario (Expediente 5903-D-2014, trámite parlamentario 95, 05/08/2014).

³ Actualmente se encuentra en trámite un Proyecto de Ley en la Cámara de Diputados (Expediente Senado: 4738-S-2016, trámite parlamentario 239, 02/12/2016).

⁴ Conf. arts. 75 inc. 12) y 121 de la CN.

Destacable es la iniciativa de provincias como las de Córdoba⁵, Misiones⁶ y Entre Ríos⁷. Ello no ha ocurrido en la Provincia de Santa Fe, por ello este trabajo pretende hacer un análisis del procedimiento actual para estos casos en la provincia y realizar proposiciones para futuras iniciativas legislativas.

El Derecho comparado ya ha brindado varias soluciones⁸ y es importante tener en cuenta la Ley Modelo desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño⁹.

II.- El Protocolo.

El Protocolo de actuación para el funcionamiento de los Convenios de sustracción internacional de niños ámbito de aplicación y principios rectores del Protocolo, está orientado a todo operador jurídico, para el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente permitiendo dar: “...una respuesta adecuada, oportuna y eficiente a los casos de sustracción internacional, facilitando el acceso a la justicia de los niños víctimas”.

La falta de respuesta en tiempo oportuno ha sido una de las grandes falencias de la Argentina en esta materia¹⁰.

⁵ Desde el 27 de enero de 2017, está vigente la ley 10419 sobre Procedimiento para la aplicación de los Convenios Sobre Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional. En Internet: <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/0/C6ED95553644A560032580B5004D66F3?OpenDocument&Highlight=0,10419> , 31/07/2017.

⁶ Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar, Capítulo IV “Proceso de restitución de menores y restauración del régimen de visitas” (arts. 679 al 695).

⁷ Proceso de restitución internacional de menores, Acuerdo Gral. N° 13/15 de 19/05/15, En Internet: <http://www.jusentrerios.gov.ar/resolucion/procedimiento-de-restitucion-internacional-de-menores/>, 13/7/2017.

⁸ Chile: Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia del 3 de noviembre de 1998, República Dominicana: Resolución 480/2008 de la Suprema Corte de Justicia, Panamá: Decreto Ejecutivo 222/2001, Uruguay: Ley N° 18.895 Restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente. En Internet: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/latin-america#procedural> , 31/07/2017.

⁹ En Internet: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/latin-america> , 10/08/17.

¹⁰ Feuillade, Milton C.; “Restitución de Menores y el factor tiempo. Urgente necesidad de legislar un procedimiento para las Convenciones vigentes en la materia”, Microiuris – www.microiuris.com – Ref: MJD6246; Buenos Aires, 2013 y “Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes”; Tomo III; págs. 1151 a 1199; en “Tratado de Derecho de Familia”; Adriana Krasnow (dir.); ed. La Ley; Buenos Aires, 2015.

No pretendemos hacer un análisis descriptivo del Protocolo, por lo que nos remitimos a su texto y nos centraremos en los aspectos procesales que al tema específico del trabajo nos interesa.

En los marcos normativos, además de la Convención de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989, se menciona el Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, que fue aprobada por ley 27.237, pero que al momento está pendiente de ratificación, sería importante que el Poder Ejecutivo otorgue el último paso a este Tratado.

El punto quinto establece los principios rectores, en primer lugar se enuncia el interés superior donde se deja claro la naturaleza jurídica de la institución de proceso especial autónomo por lo que el interés superior: *“...debe ser entendido como el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a que se dilucide ante el Juez de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia, el derecho a tener contacto fluido con ambos padres y a obtener una rápida resolución del pedido de restitución”*, la celeridad es fundamental y tal vez el centro de este Protocolo.

Posee concordancia con el art. 3 inc. f) de la ley 26.061, de las condiciones legítimas del centro de vida, para declarar posteriormente que se aplica a los casos de restitución y el art. 2614 del Código Civil y Comercial, cuando in fine establece que ante el traslado o retención ilícita no opera el cambio de domicilio para los niños, niñas o adolescentes.

En segundo término se incorpora el derecho de audiencia con consentimiento informado, en concordancia con el art. 595 inc. f) y 639 inc. c) del Código Civil y Comercial, 2 y 3 inc. b) y 27 de la ley 26.061.

El tercer punto toca específicamente a nuestro tópico, porque la Provincia de Santa Fe no posee un procedimiento específico, solicita un Juez director del proceso: *“...con impulso del procedimiento, fijando plazos breves y admitiendo solamente prueba tendiente a acreditar los presupuestos de los convenios y demostrar las excepciones expresamente previstas en los mismos. Estos procesos están caracterizados por la urgencia. El Juez*

*procurará que las sentencias se dicten y se ejecuten en tiempo oportuno, de conformidad con los artículos 2 y 11 del Convenio de La Haya. Tal como lo establece el art. 706 CCyCN*¹¹.

Cuando se habla de los principios que rigen el proceso, es tarea fundamental de los jueces como directores, ser rápidos, acotar los plazos y evitar que los abogados utilicen las vías recursivas para generar dilaciones que eviten la restitución actuando de mala fe.

En caso de llegarse a la fase judicial, el procedimiento debe tener celeridad y traslado seguro del niño.

Un punto que no incorpora el Protocolo, que a nuestro criterio es una falencia y sí se encuentra en el punto 12.2 de la ley Modelo¹², es el mandamiento de restitución al momento de la admisión de la demanda y la oposición de las excepciones, sin vías recursivas incidentales, al momento de la audiencia.

Es claro en la reiteración de no inmiscuirse en la cuestión de fondo, por ello el énfasis en que el juez no debe decidir en qué país el niño está mejor y con qué progenitor vivirá.

Para la celeridad y cumplimiento del proceso en un máximo de seis semanas, se recomienda la habilitación de días y horas inhábiles, así como la notificación por secretaría, o en su defecto justificar la demora.

Sobre las Autoridades Centrales el Protocolo establece lo que dicen las Convenciones.

El punto diez, recomienda dar intervención desde el inicio de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal, debemos decir que no estamos de acuerdo con ello, es agregar otro actor que genera más dilaciones en el proceso, sin que nos quede claro qué función cumplirá que ya no se esté cumpliendo por el juzgado de familia y los intervinientes.

¹¹ El art.706 del C.P.C.C.N. establece: *“Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”*.

¹² Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios Sobre Sustracción Internacional de Niños, En Internet: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/latin-america> , 16/08/17.

Creemos que debería intervenir si se tuviera sospecha de la comisión de delito, pero allí ya nos salimos del plano civil del que trata este proceso.

Pensamos que será el juez, de forma restrictiva, el que en su caso dará intervención y de ser necesario. Es de destacar que la ley modelo no da intervención al ministerio público¹³.

En el punto once, se recomienda dar intervención al Defensor/Asesor de Menores, en los términos del art. 103 del Código Civil y Comercial y 43 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa¹⁴.

El punto doce aconseja que se otorgue el trámite sumarísimo al proceso, tomando como referencia el establecido en el C.P.C.C.N.

Se establece acorde a las Convenciones que se podrá disponer de las medidas cautelares que resulten pertinentes, en concordancia con el art. 2641 del Código Civil y Comercial.

Respecto a las formas en que se determina el procedimiento probatorio, a nuestro criterio, el Protocolo parte de plazos excesivos.

El punto quince establece una nueva vista por tres días, dilatando más el proceso, nuevamente a los que ya hemos considerado innecesario en principio, Ministerios Públicos.

Sobre las instancias superiores, se limita a decir que “procurarán” seguir los plazos de las inferiores, lo cual significa que pueden dilatarse más. A nuestro criterio debería fijar claramente un procedimiento con plazos inferiores y los criterios de admisión de recursos en la alzada.

III.- El Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe.

¹³ Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios Sobre Sustracción Internacional de Niños, En Internet: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/latin-america> , 16/08/17.

¹⁴ La actuación en específico está orientada a: 1) la participación del niño en el proceso, 2) el contacto con el progenitor no conviviente (mientras tramita la causa y luego, en oportunidad de definir las medidas para el regreso seguro), 3) instar soluciones amigables entre los progenitores, en beneficio del niño, 4) su restitución inmediata, 5) el regreso seguro del niño. Evaluará si corresponde o no el planteo de las excepciones previstas en el art. 13 Convenio de La Haya, y en su caso, deberá aportar las pruebas conducentes a demostrar su existencia, respetando las limitaciones probatorias que deben regir en la materia.

Tal como ya hemos dicho, no existe un procedimiento específico para la restitución de niñas, niños y adolescentes en la Provincia de Santa Fe. Plantaremos las soluciones actuales y las posibilidades de aplicación del Protocolo.

Por una parte y según la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en la Provincia de Santa Fe hay circunscripciones¹⁵ judiciales que poseen Tribunales Colegiados de Familia, como Rosario y Santa Fe y en otras son unipersonales.

La competencia material de los Tribunales Colegiados de Familia está establecida en el art. 68 de la LOPJ, específicamente nada dice sobre restitución de menores. A nuestro criterio la norma analógica más cercana es el inciso 4) que establece: “*Por la vía del juicio sumarísimo, de los litigios que versan sobre tenencia incidental de hijos, guarda, suspensión y limitación de la patria potestad y sobre tutela y curatela*”, el cual es llevado adelante por el juez de trámite y no por vía de juicio oral.

Respecto de los Jueces de Familia, en la misma línea y considerando la norma analógica más cercana, establece el art. 108 bis inc. 3) de la LOPJ que establece en la competencia territorial: “*...por la vía del juicio sumarísimo, de los litigios que versan sobre pretensión autónoma de alimentos y litisexpensas; tenencia incidental de hijos, guarda, suspensión y limitación de la patria potestad, tutela y curatela, venia para contraer matrimonio y divorcio no contencioso*”.

A.- Juicio sumarísimo.

En la Provincia de Santa Fe el procedimiento sumarísimo posee el siguiente trámite¹⁶: “*a) Con la demanda, el actor ofrecerá toda la prueba de que pretenda valerse. Acompañará los documentos que obraren en su poder; si no los tuviere, los individualizará indicando su contenido y el lugar donde se encuentren. b) El demandado será emplazado para que conteste la demanda dentro del término de diez días, o de tres si se tratare de incidente. Con la cédula de emplazamiento se le entregará copia de la demanda, bajo apercibimiento de que si no la contesta se dictará sin más trámite y conforme a Derecho la*

¹⁵ Puede consultarse la guía judicial en Internet: <http://www.justiciasantafe.gov.ar/js/index.php?go=g&a=5> , 01/08/17.

¹⁶ Conf. al art. 413 del C.P.C.C.S.F.

sentencia que corresponda. Esta será notificada en la forma ordinaria o, en su caso, de acuerdo con el artículo 77”.

Un primer aspecto que requiere “ajuste” es que se establece que si el domicilio del demandado no fuere conocido se lo emplazará únicamente a estar a Derecho, Para decir el mencionado art. 77 del C.P.C.C.S.F. que: *“La rebeldía será decretada sin otro trámite que el informe del actuario, y se notificará por cédula si el rebelde tuviere domicilio conocido dentro de la Provincia; si el domicilio fuere desconocido, se notificará por edictos, que se publicarán dos días”.*

En el escrito de responde deberá el demandado oponer todas sus defensas y excepciones y ajustarse en cuanto a la prueba¹⁷, a los mismos requisitos previstos para el actor, luego dice el inc. e): *“Contestada la demanda, el juez fijará una audiencia para la vista de la causa, dentro de treinta días, plazo que sólo podrá ampliarse en el caso del artículo 403, siempre que se lo solicite en los escritos constitutivos del proceso. En aquel decreto se dispondrán las medidas conducentes a recibir antes de la audiencia toda la prueba admitida. A las partes incumbe urgir los trámites pertinentes para que aquélla se produzca en su oportunidad”.*

El momento de la oralidad es en la audiencia de vista de causa establecida en el inc. f) donde se dice que: *“...las partes informarán sobre el mérito de la prueba. A este fin, el juez concederá la palabra al actor y al demandado, respectivamente, o a sus procuradores, representantes legales o patrocinantes. La exposición de cada parte no podrá durar más de veinte minutos. La sentencia será dictada en la misma audiencia o dentro de cinco días”.*

Finalmente: *“Cuando después de dictada la sentencia se produjere prueba pericial o de informes, ofrecida en tiempo, se agregará a los autos y se tendrá como prueba de segunda instancia, sin necesidad de nuevo ofrecimiento”.*

B.- Vías recursivas.

¹⁷ El inc. d) establece: *“d) Fuera de los momentos indicados, no se admitirá ninguna otra prueba, como tampoco la de confesión o documental. El actor podrá, sin embargo, proponer la que fuere pertinente y relativa a los hechos nuevos que adujere el demandado en su respuesta, dentro de tres días de notificada ésta”.*

Contra los decretos y autos dictados sin substanciación, traigan o no gravamen irreparable se puede interponer recurso de reposición, a fin de que el juez los revoque¹⁸, se interpone dentro de los tres días, se corre traslado y el juez dicta posteriormente resolución¹⁹.

A partir de aquí se abren dos vías. Si el tribunal es colegiado, es posible interponer recurso de revocatoria ante el pleno, conforme al art. 66 de la L.O.P.J. El plazo para el pronunciamiento del tribunal colegiado es de cinco días de presentado el recurso.

En los casos de tribunales unipersonales, se acudiría a la Cámara.

Contra el recurso ante el pleno en los casos de tribunales orales, existe el recurso de apelación extraordinaria. Establece el art. 564 del C.P.C.C.S.F.: *“Contra la sentencia definitiva pronunciada por el tribunal colegiado, las partes y, en su caso, el ministerio público podrá interponer ante aquél recurso de apelación extraordinario, que se substanciará ante la sala del Superior Tribunal que corresponda, en los casos siguientes: 1ro. Inobservancia manifiesta de las formas substanciales prescriptas para el trámite o decisión de la causa. 2do. Violación de la ley o doctrina legal”*.

La violación de las formas sustanciales conforme al art 565 del C.P.C.C.S.F., procederá cuando: *“haya influido directamente, restringiendo o anulando la defensa y siempre que la transgresión no se hubiere consentido”*.

La violación de la doctrina legal, conforme al art. 566 C.P.C.C.S.F. procederá cuando: *“...la sentencia se fundare en una interpretación de la ley que haya influido substancialmente en su decisión y que sea contraria a la hecha por otro tribunal colegiado de segunda instancia de la provincia dentro de un lapso no mayor de cinco años”, o “...la resolución recayere sobre cosas no demandadas o respecto de distinta persona de aquélla contra la cual se interpuso la demanda. 3ro. Cuando la sentencia adjudicare más de lo que fue pedido o no contuviere declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito. 4to. Cuando el fallo contuviere disposiciones contradictorias. 5to. Cuando la sentencia fuera contraria a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio”*.

¹⁸ Conf. al art. 344 del C.P.C.C.S.F.

¹⁹ Conf. al art. 345 del C.P.C.C.S.F., que posteriormente agrega: *“Si el recurso fuere notoriamente infundado, el juez podrá desecharlo sin ningún trámite. Si la resolución dependiere de hechos controvertidos que no consten en autos, el juez podrá dar a la revocatoria el trámite del juicio sumario”*.

El recurso se deduce por escrito dentro de los diez días y en el supuesto de que lo que se invoque es por resolución contraria de otro tribunal colegiado el plazo es de treinta días²⁰.

Contra la decisión definitiva del juez de trámite es dable interponer recurso de revocatoria ante el pleno, en las condiciones formas y plazos explicados.

Como es sabido cuando primera instancia deniega la apelación, puede recurrirse en queja²¹. Posteriormente: *“Concedido el recurso, se elevarán los autos. Las partes podrán, dentro del término de quince días de notificada la providencia que acuerda el recurso, presentar ante la sala un memorial. Vencido el plazo, la causa quedará conclusa para sentencia; que se dictará dentro de los veinte días siguientes”*²².

A ello se le debe agregar que en su caso corresponderá el recurso extraordinario por ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia²³ y en su caso el Recurso extraordinario federal por ante la CSJN.

Lo primero que resulta evidente es que con el actual procedimiento nunca se llega a las seis semanas.

Es claro que los recursos se deben conceder con efecto suspensivo, porque una vez que el niño ha viajado se terminó la cuestión.

IV.- Conclusión.

Más allá de críticas o ser perfectible, el Protocolo es un avance. Es una realidad la necesidad de dictar un procedimiento uniforme para los procesos de restitución.

Recordamos dos experiencias respecto a necesidades legislativas y facultades no delegadas por las provincias. Una de ellas fue la reglamentación de los requisitos para la

²⁰ Conf. al art. 367 del C.P.C.C.S.F.

²¹ Conf. al art. 356 del C.P.C.C.S.F. que dice: *“Si el juez denegare la apelación, el apelante podrá recurrir directamente ante el superior pidiendo la concesión del recurso. El recurrente interpondrá la queja dentro de tres días si el superior residiese en el lugar del juicio o dentro de diez días en caso contrario, acompañando copia de las resoluciones apeladas y su notificación del escrito de apelación y su cargo del auto en que se le hubiere negado el recurso y su notificación”*.

²² Conf. al art. 369 del C.P.C.C.S.F.

²³ Ley 7055, en Internet <http://www.saij.gob.ar/7055-local-santa-fe-recurso-inconstitucionalidad-lps000044-1973-11-30/123456789-0abc-defg-440-0000svorpyel?> , 14/08/17.

apertura de sucursales de sociedades extranjeras, donde tras la Inspección de Justicia Federal, replicaron las Inspecciones de justicia de las Provincias.

Otra posibilidad es que se dicte una ley federal, tal como se hizo con la ley 22.172, que aprueba un Convenio celebrado entre el Poder Ejecutivo Nacional y la Provincia de Santa Fe sobre oficios entre jueces de diferentes provincias y a la cual han adherido todas las provincias, se haga lo mismo con el procedimiento de restitución.

En alguna oportunidad hemos sugerido el procedimiento de amparo, sea federal o el provincial que corresponda²⁴, por ser el más expedito y rápido, junto con el protector de garantías, adecuándole los parámetros de las Convenciones, lo cual a nuestro criterio sería compatible con el art. 2642 del Código Civil y Comercial.

La Provincia de Santa Fe, necesita de modo urgente regular el procedimiento para la Restitución de niños, ya que como se ha demostrado, a efectos de esta materia hoy sus normas rituales son inadecuadas.

²⁴ Feuillade, Milton C.; “Restitución Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes”; en: “Tratado de Derecho de Familia”; Krasnow, Adriana (dir.); ed. La Ley; Buenos Aires, 2015, págs. 1151 a 1199.