

**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL  
-A.A.D.I-**

**VI JORNADAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**En homenaje al Profesor Dr. Alberto Juan Pardo**

**Tema de convocatoria:**

**COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL EN CONFLICTOS  
RELATIVOS A LOS NIÑOS**

**Tema de ponencia:**

**“EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMO HERRAMIENTA  
ACTUALIZADA DE PROTECCIÓN A LA NIÑEZ”**

**Ponente:**

**LILIANA ETEL RAPALLINI\***

- Profesora Titular Ordinaria de la Cátedra I de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.
- Profesora Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la UCALP.
- Docente de Posgrado en la U.N.A., en la U.B.E. y en la U.C.A. .
- Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del C. A. L. P.

**Calle 12 n° 1091 1° “B”- (1900) La Plata- Argentina**

**T/F: (0221) 424-3274**

**[sol-luna@uol.com.ar](mailto:sol-luna@uol.com.ar)**

**Mendoza, agosto 4 y 5 de 2006**

## **I) PLANTEO DE LA CUESTIÓN**

Desde el emblemático caso “Boll” resuelto mediante Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 28 de noviembre de 1958, que marcara un antes y un después en cuanto al alcance del Derecho Internacional Privado para legislar en función de protección de la niñez, mucho se ha crecido como así también es cuantioso lo que resta por hacer bien sea conservando, modificando o creando.

La conexión nacionalidad, opción tomada por el primigenio Convenio de La Haya de 1902 para regular la tutela de los menores, subsiste durante varias décadas; empero la segunda guerra Mundial demuestra una vez mas que la doctrina de Mancini no resultaba suficiente. Episodios de la posguerra que llevaban a penosas separaciones del grupo familiar eran hábilmente utilizadas por “progenitores escapistas” encubiertos en la tragedia político- social de la época.

Situaciones como la evocada sumadas a la sentencia aludida, arrojan como resultado profundas modificaciones en la futura codificación pudiendo enunciarse como cambios medulares al alejamiento en el tratamiento de las cuestiones de fondo y la búsqueda de procedimientos efectivos de restauración o recomposición, a la aparición de la “residencia habitual” como elemento de configuración fáctica de tenor sociológico por sobre jurídico y al surgimiento de las denominadas Autoridades Centrales. A ésta lectura se le puede agregar que a partir del caso “Boll” quedó patente la importancia de dos extremos: la progresiva e inevitable incidencia de la acción de los poderes públicos en los asuntos relacionados con el establecimiento de mecanismos de protección internacional de los menores y por otra parte, la insuficiente eficacia del método conflictual centrado en la ley nacional del menor cuando ésta se emplea con espacio de exclusividad.

Es así como el centro de gravitación en la legislación internacional tuitiva de la niñez, se desplaza de los tópicos propios atinentes a los derechos subjetivos de la infancia a aquellos acuerdos de tenor específico por ocuparse su objeto con una medida, un derecho protegido y hacerlo a través de un procedimiento expeditivo que lo torne eficaz. Se avanza entonces, en el logro de la compatibilidad entre la regulación de la materia mediante normas de conflicto y la aplicación de medidas protectoras de carácter público.

El documento ha crearse será entonces un acuerdo “pragmático” bajo la modalidad típica de convenio o convención en suma, un tratado internacional con función de dirimir jurisdicción a intervenir y de distribuir ley aplicable; dada la especificidad de su objeto esto es expresar cooperación jurídica internacional, serán entonces acuerdos de CIA sigla que hoy día identifica a los mismos como Acuerdos de Cooperación Internacional entre Autoridades y de los que precisamente la niñez ha contado desde antaño, como se observó antes, y cuenta en la actualidad. La trascendencia de la cooperación jurídica internacional llega al extremo de que la negativa a cooperar puede frustrar el interés de los particulares a obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos en el ámbito internacional.

La Convención de los Derechos del Niño culmina el arduo camino de abandonar al “menor objeto” por el protagonismo del niño como “sujeto de derecho”.

La subjetividad de la niñez supera el ámbito nacional cobrando espectro transnacional dando así perfil totalizador al “estatuto jurídico del menor” entendido como el conjunto de normas dogmáticas y pragmáticas, internas como internacionales encomendadas a la protección del niño en el entorno doméstico como en el externo.

El aludido desplazamiento del objeto redundó en que éste “peculiar” sujeto del derecho está amparado desde la óptica internacional privatista sustancialmente en cuatro tópicos: sustracción ilícita parental, percepción de alimentos, adopción y tráfico aún éste de sustento penal. La aspiración ha sido y se afianza, que normativamente el menor tuviera reconocida autonomía desprendido de las figuras emergentes de la representación.

De allí en más pueden observarse fenómenos nacionales que penalizan los supuestos civiles que enervan los derechos de la niñez.

En suma, la Cooperación Jurídica Internacional en manos de las Autoridades Competentes Nacionales sean estas administrativas como jurisdiccionales son las convocadas para enarbolar los derechos del niño.

Si bien la pretensión puede ser acceder a aquel acuerdo internacional modélico en su especie, el caso en sí, el niño del que se trate, los mayores involucrados y las autoridades que lo ejecutan pueden hacer “temblar” a cualquier conjunto normativo.

Incluso la variabilidad o mutación del concepto de “orden público” aplicado a la niñez es una realidad tangible e ineludible, véase sino el caso de merituar adopciones de niños por parejas con identidad de sexo. Otro extremo lo ofrece las

“cláusulas paraguas –umbrella-” fortalecidas a partir de la Convención de los Derechos del Niño que observa aún hoy vacíos normativos en los propios ordenamientos nacionales tal como ocurre en las acciones de filiación. Y tanto es así que el interés superior del menor, concepto complejo por su magnitud y por la dificultad de su vuelco expreso en una norma, desciende a la realidad concreta entendido como “bienestar del menor” señalando con ello una situación puntual y tangible.

Y los supuestos fácticos contemplados pueden ser tanto nacionales como internacionales y a ambos estamentos por igual les corresponde dar respuesta normativa o perfeccionar la existente.

## II) PROPUESTAS DE CAMBIO

Entonces, cabe preguntarnos si hoy día frente a países de inmigración que se vieron modificados en su estructura y pasaron a enrolarse en países de emigración como el caso de Argentina sumado a la multiplicidad de factores que hoy día favorecen a la protección del niño frente al agravio a sus derechos, qué es necesario modificar, qué incorporar o en su caso, a qué elemento retornar.

Ameritan estamentos o aristas a rever y que entre otras sintetizo en:

- **aplicación de la conexión “residencia habitual” como opción única o en alternatividad con la nacionalidad del niño dado que en todas las medidas de cooperación está presente la “revinculación” del mismo con sus lazos afectivos y las responsabilidades que los mayores tienen sobre él;**
- **inclusión de instancias alternativas desde la óptica procesal considerando que en la actualidad los medios de resolución alternativos de conflictos exceden en su preferencia a los aspectos patrimoniales extendiendo su quehacer a las áreas necesarias del derecho ocupadas por el estatuto personal;**
- **reducción del ámbito espacial de los “grandes convenios” a bilaterales firmados en su entorno pues con ello se permeabiliza aún mas la cooperación entendiendo que la idea no es otra que crear espacios jurídicos uniformes en el sentido de convocados por una única fuente, que a su vez vuelva a unir a aquellos de mayor afinidad y armonía.**

No he de especificar la materia, si sustracción o alimentos o adopción, sino rasgos distintivos de tenor general; y sobre las mentadas “necesidades” legislativas de la niñez, el Derecho Internacional Privado observa marcado crecimiento en cuanto a sus técnicas al momento de codificar.

### III) PUNTOS DE PONENCIA

**Conforme al desarrollo dado a la presente comunicación los puntos de ponencia que a mi entender propenden a la actualización del “estatuto jurídico de la niñez” a través de la cooperación jurídica internacional se centran en:**

- 1. Presencia de la Residencia Habitual como conexión única o alternativa de la Nacionalidad:** es indudable que se trata de la conexión razonable e idónea de aplicación a la niñez pero cabe preguntarnos si el espacio de la “residencia habitual” es ilimitado, si se autoabastece, si su cobertura es suficiente. En paralelo, las normas alternativas o disyuntivas son valiosa herramienta a los fines de delimitar o precisar “alcances”, no sólo como incita opción; ellas junto a la especie “uniformes” permitirán conservar y a su vez innovar en pos del bienestar del niño. **Por ello propongo:**
  - a. Permanencia de la Residencia Habitual del niño como conexión idónea para precisar o definir la internacionalidad del supuesto fáctico habilitando con ella la jurisdicción convocada para intervenir;**
  - b. Calificar bajo la modalidad autónoma (normas uniformes) la acepción jurídica del derecho “eje” del convenio, v.gr. custodia, sustracción ilícita, prestación alimenticia; así como de la conexión empleada tópico hoy ausente en la normativa vigente refiriéndome a la residencia habitual.**
  - c. Incorporar a la nacionalidad del niño como opción de derecho aplicable al derecho eje objeto del acuerdo en cuestión, cuando la nacionalidad del menor sea de pertenencia a un tercer Estado diferente al de su residencia habitual, si ésta opción favorece al**

**niño en cuanto al derecho pretendido.** Sobre éste extremo deseo precisar que la adhesión aunque fuere parcial, a la conexión nacionalidad no es igual a reagrupamiento familiar pues no es la reconciliación de sus padres lo que se busca o pretende. Sí es menester observar que su inclusión también encuentra lógica al evaluarse estadísticamente que la gran mayoría de secuestros parentales interculturales se efectivizan al país de la nacionalidad del progenitor que sustrae y que, en ocasiones, aleja al niño totalmente o bien desnaturaliza el vínculo con el derecho aplicable.

2. **Incorporación de la mediación como instancia previa obligatoria:** es de hacer notar que las partes involucradas en un requerimiento de restitución o en un cobro alimentario se someten u optan en la gran mayoría de los casos por la vía jurisdiccional y así lo demuestra el testeo mundial. Empero, la intervención de la Autoridad Administrativa incluso con papel de “amicus curiae” del tribunal es relevante y a veces decisiva; pero ésta misma “actitud procesal” instaurada bajo la modalidad de la mediación reforzaría la actuación administrativa tanto como la judicial, habilitaría a un mayor y mejor diálogo y también otorgaría permeabilidad al momento de evaluar resultados, y por ello propongo su inclusión. Además, la idea medular de la cooperación jurídica aplicada a la niñez es “**revincular**” al niño o adolescente con su entorno familiar y afectivo no sólo se pretende obtener en restitución, lograr la percepción de una cuota alimenticia o la medida y razón de la que se trate.
  
3. **Propiciar la firma de Acuerdos Bilaterales:** en función del parámetro otorgado por el Acuerdo Marco debe ponderarse la bondad de la concertación de Acuerdos Bilaterales no sólo por la mayor depuración del contenido o minimización del mismo sino por la incorporación del factor intercultural así como por la viabilidad de la penalización de los supuestos protegidos pues la unión de Estados cuyos ordenamientos contienen tipos penales reconocidos posibilitará en casos extremos, el empleo del instituto de la extradición. Y sin aludir a la materia penal, lo satisfactorio de la firma de acuerdos bilaterales lo ha demostrado el Convenio de La Haya atiente a Adopción que cuenta, para

los países que la han ratificado, con innúmeros bilaterales firmados en su consecuencia.

Finalmente y **como corolario sostengo la necesidad de replantear en determinadas medidas o acciones, las facultades de la Autoridad Competente Requerida.** Vale decir, preguntarnos cual de las dos, si requirente o requerida es la Autoridad de la Acción Principal. Remodelar y equilibrar las facultades creo que debe ser también un punto en mira de futuros estudios tópico no abordado en ésta propuesta dado que exhibí a la misma como de tenor general por sobre lo específico, consecuentemente la revisión de las facultades brindadas a la Autoridad Requerida sería un extremo a ponderar con especial énfasis en el supuesto de la sustracción ilícita de niños y su paralelo proceso de restitución.

**Liliana Etel Rapallini**

**Julio de 2006.**