

Dictamen del Procurador General, Expte. N.º C 121.879-1 “B., M. V. c/. Z., A. D. s/ restitución internacional de menores”

FECHA 4 de diciembre de 2017

ANTECEDENTES La Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Quilmes, resolvió rechazar el recurso de apelación deducido por el demandado, y confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto hizo lugar a la restitución internacional del niño M. Z. a la ciudad de S. A. de G., Madrid, España.

Contra ese pronunciamiento, el señor A. D. Z., progenitor del niño, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denunciando la violación o errónea aplicación de los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional; artículo 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; artículos 3, 26 tercer párrafo, 1613 [sic], 1614 [sic] y 1642 [sic] del Código Civil y Comercial; artículos 3.1 y 12.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; artículos 2, 3, 4 y 13 inciso b) de la Convención Internacional de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; artículos 34 inciso 5) apartados b) y c), 163 inciso 5), 354 y 362 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires.

CURSO LEGAL PROPUESTO El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, propuso que se haga lugar al recurso y en caso de compartirlo la Suprema Corte, proceda a ordenar a la instancia de origen la impresión de un trámite ajustado a las garantías del debido proceso, en el marco de la sumariedad que la materia exige. Incluyendo la posibilidad razonable que el accionado alegue y pruebe las articulaciones que esgrimiera en torno a la residencia habitual de M. y la falta de ilicitud del traslado, cuanto a la causal de excepción al regreso prevista convencionalmente.

Asimismo, expresó que deberá posibilitarse al niño el ejercicio efectivo de su derecho a ser oído, del modo que corresponda atento su condición personal, como también practicarse las experticias adecuadas que completen el conocimiento y panorama de vida de M., a fin de evaluar las implicancias de la solución a adoptarse.

También expresó que lo propiciado es sin desmedro de la posibilidad de que la Suprema Corte ejercite -como en otras ocasiones y en resguardo del principio del superior o mejor interés del niño- sus exclusivas y excluyentes facultades disponiendo la producción de las diligencias y de las pruebas que resulten conducentes, atendiendo a la urgencia de

la materia y los mandatos y derechos constitucionales y convencionales en juego (conf. Causa 119.986, sentencia del 20/4/16, entre otras).

SUMARIOS

Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Restitución internacional. Ausencia de normas procedimentales internas específicas. Si bien lo tramitado cumplimentaría la urgencia y celeridad en los procedimientos que exige la Convención Internacional de Restitución de Menores de La Haya 1980, no abastece, la oportuna y adecuada operatividad de la garantía de acceso a la justicia en condiciones de igualdad (arts. 18, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Es posible que a este proceder especialmente expedito de la primera instancia, convalidado por la Alzada, pero con merma de derechos constitucionales del demandado, ha venido a contribuir la ausencia de normas procedimentales internas específicas, que regulen el trámite que cabe otorgar al pedido de restitución internacional de niños.

Menores. Restitución internacional. La Convención (ley 23.857) no contiene previsiones de tal naturaleza; solamente dispone, en su artículo 2º que los Estados contratantes adoptarán "...todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan".

Debido proceso legal. Garantías. "...por más sumariedad y urgencia que corresponda otorgarle [a la restitución], y aun cuando el objeto del juzgamiento no tenga que ver con el fondo de las cosas, sino con la reparación inmediata de un *statu quo* arbitrariamente alterado, salta a la vista la necesidad de que exista un proceso. Y al decir proceso, naturalmente se entiende, el proceso debido, en el cual se respeten todas y cada una de las garantías que integran el paradigma de debido proceso legal..." (conf. SCBA Causa 104.149 op. cit; Causa 107.623, sentencia de fecha 2/09/2009, entre otros precedentes).

Tutela judicial efectiva. Derechos de los niños. Responsabilidad estatal. Por tratarse de una tutela especial, pues se protegen derechos de los niños a nivel internacional, lo que compromete a su vez la responsabilidad estatal, se requiere de un tratamiento diferenciado, ágil y expeditivo, sin que ello implique que no deban respetarse las garantías del debido proceso judicial. Precisamente, la tutela judicial efectiva de estos derechos amparados internacionalmente se logra a través del debido proceso, donde el derecho de defensa y el derecho del niño a ser oído y su opinión tenida especialmente en cuenta, reviste singular importancia.

Proceso urgente. Derechos constitucionales. Tratados internacionales. El concepto de “proceso urgente” carente de las etapas que definen al proceso como tal, no puede tener cabida en aras de la celeridad; ya que el proceso concebido como garantizador de los derechos constitucionales, pretende el irrestricto respeto de la Constitución y de los Convenios internacionales que se encuentran en un mismo rango Jurídico, como en el caso la Convención Internacional de Restitución de Menores de La Haya 1980, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional de Derechos Humanos.

Interés superior del niño. Escucha adecuada del niño. En la materia específica del *sub examine*, sin duda el centro de atención y protección es el niño M.; quien, no surge de autos, haya tenido oportunidad de ser escuchado, en las condiciones que era menester, atendiendo su edad y particular situación de salud. Como tampoco se desprende que se hubiera indagado desde la interdisciplina acerca de su contexto y necesidades actuales y concretas, a fin de permitir al sentenciante medir con la mayor aproximación posible, el impacto de su decisión en la persona de M.. Esto así, comportaba brindar plena operatividad al mandato constitucional, convencional y legal de otorgar preeminencia al superior interés de M. (arts. 3, 12.2 CIDN, art. 26 C.C yC. de la Nación, art. 27 ley 26.061).

La escucha al niño. Derecho de la niña o niño. Celeridad del proceso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que, no obstante que los juicios que involucran a los niños “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional”, destacó al mismo tiempo que “la duración de los trámites judiciales debe extenderse lo suficiente como para garantizar que el niño o niña sea adecuadamente oído. En este sentido, no se puede afectar el derecho de la niña o niño sobre la base de justificaciones de celeridad del proceso” (v. Corte IDH 19/8/14, opinión consultiva OC-21/14, parra. 143, citada por Mizrahi, Mauricio, L. en “Restitución Internacional de Niños”, pág. 207/08).

Escucha adecuada del niño. Intervención de la interdisciplina. Y en orden a escuchar “adecuadamente” a un niño, también se ha dicho que es hacer referencia a su singularidad, entrando en juego el grado de discernimiento del menor, su estado intelectual y psicológico, el suficiente entendimiento y desarrollo alcanzado; resultando, la más de las veces, completa su escucha, con la intervención de la interdisciplina, clave, como herramienta, para desentrañar la opinión del niño.

Personas en Condiciones de Vulnerabilidad. Ha dicho nuestro Máximo Tribunal Nacional, en coincidencia con las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, que “El deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas

de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares” (v. CSIN, 14/9/10, “*V., M. N c/ S., W.F. s/ autorización” citado por Mizrahi, Mauricio, en obra citada).

Derecho del niño a ser oído. En la especie se ha privado al accionado y oponente a la restitución, del acceso efectivo a la Justicia, con las eventuales consecuencias en relación al niño, quien, a su vez por su parte, también ha visto cercenado su derecho a ser oído, con la consecuente afectación del debido proceso legal.

Debido proceso. Aplicación. Garantías constitucionales. El denominado derecho a la jurisdicción no se agota con la posibilidad irrestricta de comparecer ante el tribunal judicial para hacer valer sus derechos. La garantía del debido proceso —su día en la Corte— implica indudablemente oportunidad razonable de alegar y probar. Por tanto, esa posibilidad se frustra —con la consiguiente violación a la garantía del debido proceso— no tan sólo cuando se priva a los interesados de toda oportunidad para acceder a una instancia judicial sino también cuando por irrazonables consideraciones rituales el ejercicio del derecho de audiencia, o del derecho de prueba, es despojado de toda eficacia (conf. de Midón, Gladis E., “La Casación. Control del “juicio de hecho”, Rubinzal Culzoni, pág. 134; Mizrahi, Mauricio L., “Restitución Internacional de Niños”, pág. 233/234 y ss.; SCBA Causa 104. 149, op.cit.)

REFERENCIA NORMATIVA

Artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional; artículo 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; artículos 3, 26 tercer párrafo, 1613 [sic], 1614 [sic] y 1642 [sic] del Código Civil y Comercial; artículos 3.1 y 12.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; artículos 2, 3, 4 y 13 inciso b) de la Convención Internacional de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; artículos 34 inciso 5) apartados b) y c), 163 inciso 5), 354 y 362 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires; artículo 2º de la ley 23.857 (Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Conferencia de La Haya 1980); artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional de Restitución de Menores de La Haya 1980; arts. 18, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; Provincia de Buenos Aires, Código Procesal Civil y Comercial, art. 496, inciso 2º del artículo 321; art. 13 CIRM La Haya 1980; arts. 16, 17, 19 y conchs., C.H. 1980; arts. 3, 12.2 CIDN, art. 26 C.C y C. de la Nación, art. 27 ley 26.061; Corte IDH 19/8/ 14, opinión consultiva OC-21/14, parra. 143.