

Dictamen del Procurador General Expte. N.º C 121.958-1 “R. L. M. L. c/ E. L. A. s/ restitución internacional de menores.”

FECHA | 5 de diciembre de 2017

ANTECEDENTES | La Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca, revocó la sentencia de primera instancia que ordenó el reintegro de la niña M. M. E. al estado de Paraguay que fue requerido por su progenitora.

Contra dicho resolutorio se alzó la actora representada por la señora Defensor Oficial, doctora Patricia Alejandra Marin, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

CURSO LEGAL PROPUESTO | El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, teniendo como premisa que el interés superior del niño debe orientar y condicionar las decisiones judiciales en el cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 y de la Convención Interamericana de 1989 que éste se resguarda -esencialmente- con una solución de urgencia y provisoria que cese la vía de hecho, estimó pertinente que la Suprema Corte ordene la restitución de la niña a Paraguay.

SUMARIOS | **Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Restitución internacional.** Esas condiciones fácticas y sobre todo el sentimiento de pertenencia esgrimido por la niña M. no fueron consideradas por el ad-quem a los fines de determinar la residencia habitual de la niña, asistiendo razón a la recurrente en cuanto se agravia por la errónea aplicación e interpretación que hace la Alzada de las normas imperantes en la materia.

Residencia habitual. Naturaleza. Es dable señalar que la doctrina ha coincidido en señalar que la residencia habitual es una situación de hecho, que no puede ser definida en abstracto y que tiene naturaleza sociológica, en tanto supone estabilidad y permanencia. Afirma el Dr. Mizrahi que la residencia habitual “...constituye el lugar donde se encuentra el centro de los afectos y vivencias del niño, la escuela a la cual asiste, y en el que despliega sus relaciones, tanto familiares como sociales. Representa, por lo tanto, el espacio donde el niño tiene los lazos más significativos y acontecen sus experiencias diarias; vale decir, su mundo real y emocional” (Mizrahi, Mauricio Luis, “Restitución Internacional de niños”, Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 88).

Residencia habitual. La Corte Suprema de Justicia de la Nación subrayó que “la expresión ‘residencia habitual’ que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores” (CSJN, 14/06/1995, “W.,E.M. c/ O.,M.G.”, Fallos 318:1269; La Ley, 1996-A-260; DJ, 1996-1-387; ED, 164-21).

Derecho aplicable. A la luz de las Convenciones Internacionales (art. 3, apdo. “a” de la Convención de La Haya de 1980 y el art. 4 de la Convención Interamericana), el derecho aplicable en el sub-lite es el Código de la Niñez y la Adolescencia paraguayo (ley 1680/01).

Responsabilidad parental. Alcance. El traslado de la niña -y consecuentemente su retención- en nuestro país resulta ilícita por haberse producido en infracción al derecho de custodia con arreglo al derecho paraguayo, puesto que nunca la progenitora de la niña (quien ejercía de hecho el cuidado personal de la menor) otorgó autorización alguna para que M. egresara del país.

Menores. Interés tutelado. La sede habitacional constituida tras la ilegalidad, como en el caso, no podrá ser tenida en cuenta. Ello es así, porque el derecho no puede avalar conductas que son contrarias al ordenamiento jurídico. Igual temperamento sigue el art. 2614 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación, que si bien hace referencia al domicilio también es aplicable al concepto de “residencia habitual” en cuanto establece que: “...los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenido ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente”.

Restitución internacional. Intervención del niño. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló que “...el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario la posibilidad del artículo 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas sino al reintegro al país de residencia habitual; y dentro de esta área específica no ha de consistir en una mera preferencia o negativa sino en una verdadera oposición entendida como un repudio irreductible a regresar (dictamen de la Procuración General, en CSJN “F.C. del C. c/ G.R.T. S/ reintegro de hijo”, sent. del 21 de mayo de 2013). En definitiva, la Corte Suprema sostiene que la posibilidad del artículo 13 penúltimo párrafo solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia sino al reintegro al país de residencia habitual (CSJN, “S.D. c/ R.L.M. s/ reintegro de hijos y alimentos”, sentencia del 2 de julio de 2013).

Restitución internacional. Intervención del niño. Oposición. Convenio de la Haya. Dictámenes profesionales. En esta misma línea, se ha resuelto que: “Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la restitución internacional de los menores si no se ha acreditado una verdadera oposición en función del art. 13, penúltimo párrafo del Convenio de La Haya de 1980 sino que, como surge en forma consistente de los dictámenes profesionales, la postura de los menores de edad no importa una resistencia cerrada a retornar sino una preferencia a permanecer en Argentina y una negativa al regreso bajo el cuidado de su padre” (dictamen de la Procuración General al que la Corte remite, CSJN, “B. D. C., G. E. c/ D. C., M. R. s/ RESTITUCION INTERNACIONAL”, sentencia del 27 de diciembre de 2016).

Restitución internacional. Intervención del niño. De la sentencia recurrida no se advierte una negativa férrea de la niña de volver a Paraguay con las características exigidas por la doctrina del Máximo Tribunal Nacional para tener por configurada la eximente prevista en el artículo 13 penúltimo párrafo del referido Convenio, sino que la opinión de la niña manifestada ante la Alzada (conf. fs 164/vta. y 167/vta.) se encuentra dirigida a expresar el deseo de la preferencia de vivir con su progenitor, circunstancia que no alcanza a configurar el extremo requerido por la norma de conformidad con los estándares interpretativos elaborados por la Corte Federal como para justificar la oposición al reintegro.

REFERENCIA NORMATIVA

Artículos 3 y 12 de la CDN; arts. 1, 2, 3, 4, 12 y 13 párrafo 4 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; arts. 26, 645 y 707 del Cód. Civ. y Com.; art. 3 de la ley 26.061; Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 (en adelante, CH1980); Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, C.I.R.I.M); artículo 3 de la CH1980; artículo 4 de la C.I.R.I.M; art. 3 inc f. de la ley 26.061; (art. 3, apdo. “a” de la Convención de La Haya de 1980 y el art. 4 de la Convención Interamericana); Código de la Niñez y la Adolescencia paraguayo (ley 1680/01), arts. 70, 100; art. 2614 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación; art. 13, penúltimo párrafo del Convenio de La Haya de 1980.