

Dictamen del Procurador General, Expte. N.º C 123.322-2 “A. G .L. I. c/ R. M. G. H. s/ restitución internacional de menores”

FECHA | 10 de julio de 2019

ANTECEDENTES | La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Quilmes confirmó el decisorio de primera instancia que dispuso hacer lugar a la restitución internacional reclamada por la progenitora de las niñas N. y A. R. A. a la Ciudad de P., B., España.
Contra tal forma de decidir se alzó el progenitor de los niños, con patrocinio letrado particular, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal.

CURSO LEGAL PROPUESTO | El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, consideró que la garantía fundamental de conocer y oír a las niñas con carácter previo a resolver un caso de restitución internacional ha sido adecuadamente cumplimentada con la escucha personal y directa efectuada por los jueces y por el ministerio público en primera instancia y en la alzada departamental y, en virtud de esas consideraciones, entendió preciso propiciar a la Suprema Corte el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejó examinado.

SUMARIOS | **Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal. Restitución internacional. Residencia habitual.** Los agravios del impugnante carecen de entidad para conmover la argumentación desplegada por la cámara departamental para determinar la residencia habitual de las niñas A. y N. de conformidad con lo términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CHI 980) y con los criterios desarrollados por el Máximo Tribunal de la Nación y sostenidos por esa Corte (Fallos 318:1296;328:4511; 333:604; 333:2396; 334:913; 334:1287; 334:1445; 335:1559; 336:97; 336:658; 339:609, 339:849; 341:1136; 341:2019; SCBA, C121958, sentencia del 27 de junio de 2018, C120761, sentencia del 24 de agosto de 2018, C120328, sentencia del 19 de octubre de 201, C 119110, sentencia del 10 de junio de 2015, entre muchas otras).
Residencia habitual de un niño. Cabe recordar el criterio sostenido por el Máximo Tribunal de la Nación, según el cual “en reiteradas oportunidades esta Corte ha dejado en claro que ‘la residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia ...en

fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho' (conf Fallos: 318: 1269). La adaptación de las niñas a la vida en este país tampoco resultaría, prima facie, un obstáculo para ordenar su regreso ya que la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar e incumplimiento de aquel aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución (Fallos: 333:604; 334:1445; 336:97 y 339:609)" (Fallos 339:1534).

Residencia habitual. 'La residencia habitual es una cuestión de hecho, es distinta a la noción de domicilio, y tampoco es una cuestión matemática que simplemente surge de sumar el lugar en el que el niño tuvo mayor permanencia" (Goicochea, Ignacio, "Aspectos Prácticos de la Sustracción Internacional de Menores", AR/DOC/7199/2012).

Impugnación insuficiente. El impugnante no ha intentado conmovier los datos facticos ni jurídicos reseñados como prueba y fundamento de la decisión que determinó que al momento del traslado de las niñas -30 de julio de 2016- la residencia habitual de los menores de edad se hallaba en España (Fallos 341:2019).

Menores. Interés Tutelado. En cuanto al agravio que cuestiona la vulneración del derecho de las niñas a ser oídas sin contar con debido patrocinio letrado en el acotado marco de debate autorizado por el Convenio de La Haya (arts. 13 y 20 CHI 980). Al respecto, ha sostenido reiteradamente la Corte Federal que "el mencionado convenio determina como principio la inmediata restitución del menor y, en consecuencia, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar su finalidad ... En tal sentido, la Corte ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material factico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980" (conf Fallos: 3 18:1269; 328:4511 y 333:604; 336:638).

Intervención del niño. Procedencia. El Máximo Tribunal de la Nación sostuvo: "En el marco convencional la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores (...) En razón de su singular finalidad, el CH 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) sólo 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 puntual no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar" (Fallos 336:97, 336:849; 335:1559).

Menores. Intervención del niño. Ha sostenido esa Corte que "Emitir un pronunciamiento judicial en un caso de restitución internacional de menores sin conocer y oír previamente a los niños involucrados constituye una clara vulneración de sus derechos humanos básicos... La opinión que los niños puedan poseer sobre el tópico (art. 13, 4 y 5 párr., C.H. 1980) debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez., para lo cual es imprescindible al juez conocerlos y ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean, balanceándolas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole del derecho en juego (conf Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002)." (SCBA; C 19986, sentencia del 20 de abril de 2016).

Deber del juez de escuchar al niño. Derecho de los niños a participar. En mérito de los agravios planteados, consideró preciso destacar la distinción que corresponde efectuar entre el deber del juez de escuchar al niño de conformidad con los estándares citados, con el derecho de los niños a participar de forma autónoma y con asistencia letrada, de conformidad con su edad y grado de madurez (artículos 25, 26, 677 y ces. CCyC ; 27 ley 26061 y 27 dto. 415/06; 1 ley 14568 y decreto 62/2015; Fallos 333:2017; 335:1136; Dictamen de la Procuración General de la Nación en autos "B., C. R y otros c/ T., R E. s/ tenencia de hijos" de fecha 9 de agosto de 2018; SCBA, C 121733, resolución de fecha 27 de junio de 2018).

Escucha del niño. Derechos de los niños o adolescentes a participar. Mientras la escucha del niño es un deber insoslayable del juez, el derecho de los niños o adolescentes a participar por derecho propio con asistencia letrada es una facultad que podrán ejercer (o no) y que deberá reconocerse de conformidad con el principio de autonomía o capacidad progresiva que supone el establecimiento de una gradación evolutiva para el ejercicio de los derechos, en función de la edad y del desarrollo psicológico, físico y social de los niños y que, en el caso de los adolescentes, corresponde presumir.

REFERENCIA NORMATIVA

Artículos 16, 18 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; arts. 1, 8, 17, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 11 y 15 Constitución Provincial; arts. 3, 9, 12, 27 y ces. de la Convención sobre los Derechos del Niño; la Observación General N.º 12 y número 14 del Comité de Derechos del Niño; Opinión Consultiva N.º 17 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el artículo 13 del Convenio de la Haya; los artículos 25, 26, 638, 639, 646, 647, 706, 707 del Código Civil y Comercial; arts. 1, 2, 3, 27 y 29 de la ley 26.061 y 27 del dto. 415/06; la ley provincial 14568 y su decreto 62/2015; las Reglas de Brasilia y la Carta de Cancún; artículo 12 de

la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 18 de la Constitución Nacional y a los artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 24 inc. b) de la ley 26061; art. 2614 in fine del CCyCN; art 13 Convención de la Haya art 13 inc. b-ley 23857; artículo 12 CDN, art. 24 ley 2606 arts. 384 y ss CPCC; art 12 CDN, art 27 inc c) de la ley 26061; art 13 inc. a y b. Convenio de La Haya, ley 23857; CHI 980; artículos 3 y 12 del Convenio; arts.3,4, 12 y ces. CH1980, arts. 2614, 2642 y ces. CCyC; arts.3,4, 12 y ces. CH1980; artículo 15 del CH 1980; artículo 2614 del Código Civil y Comercial de la Nación; arts. 3, 5, 15 y ccs .. CH1980, arts. 13 y 20 CHI 980; párrafo 129; 3, 24 y ces. Ley 26061; arts. 24, 25, 26, 639, 707 y ces. CCy C; art. 4 y ces. ley 13298 y sus modificatoria; artículos 25, 26, 677 y ces. CCyC; 27 ley 26061 y 27 dto. 415/06; art.1 ley14568 y decreto 62/2015.