

Dictamen del Procurador General, Expte. C 125.596-3 “L. O., L. C. c/ A. S., E. F. s/ Rest. Internacional de Menores”

FECHA 4 de julio de 2022

ANTECEDENTES La Excelentísima Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial -Sala II- del departamento judicial Bahía Blanca, confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la restitución internacional solicitada por la progenitora del adolescente E. A. L. a la ciudad de B., República de Colombia.

Contra dicha decisión se alzaron el señor E. F. A. S., por sí y en representación de su hijo y el adolescente E. A. L. a través de sendos recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley.

CURSO LEGAL PROPUESTO El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, advirtiendo que se pretende ingresar en esta sede extraordinaria temas y alegaciones que no se expusieron ante la Cámara en el marco de recurso de apelación alguno contra la sentencia de la juez de grado, que contenga materia de agravio que hubiere sido llevado a conocimiento de la Alzada como manda la norma procesal (art. 242, 260, 266, 272 y concordantes del C.P.C.C.), es que postuló el rechazo de los remedios extraordinarios articulados por el joven, sin perjuicio de lo antes expuesto, en aras al interés tutelado y la trascendencia de las circunstancias que rodean el caso, habrá de ingresar en el fondo de la cuestión al tratar los agravios esgrimidos por el progenitor del adolescente, los que no solo resultan, como se expusiera, de similar tenor, sino que además de la pieza recursiva traída por el señor A. S. se desprende que los cuestionamientos a la sentencia en crisis, son articulados por sí y en representación de su hijo menor.

Asimismo, propuso el rechazo del recurso extraordinario de nulidad interpuesto por el progenitor. Consecuentemente, en virtud de todo lo expuesto, tomando como premisa el interés superior del joven como condicionante de la decisión en el cumplimiento de la Convención de La Haya de 1980, propició se haga lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejó examinado.

SUMARIOS **Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos por el adolescente E. A. L.**

Cuestión no planteada. Resultando por tanto lo aquí traído cuestiones que, de manera extemporánea se introducen ante la instancia extraordinaria y que por lo tanto resultan

ineficaces para habilitar los remedios articulados en tanto constituyen el fruto de una reflexión tardía (cfr. doct. causas C. 116.986, sent. de 11-XII-2013; C. 117.762, sent. de 1-VII-2015; C. 116.447, sent. de 30-X-2013; C. 107.799, sent. de 30-X-2013; C.S.J.N., Fallos: 306:111; 307:770; 311:770; 311:2247; 321:1052; entre muchos otros).

Recurso extraordinario de nulidad interpuesto por el progenitor. Procedencia. Es doctrina reiterada de esa Corte, que *“el presente canal recursivo sólo puede fundarse en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, en la falta de fundamentación legal, en el incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (arts. 168 y 171, Const. prov.)”* (SCBA C. 120.303; sent. de 6-11-2019, entre otros).

Cuestión no planteada. Resulta *“improcedente el recurso extraordinario de nulidad interpuesto por la defensa cuyo planteo no fue sometido a consideración de la Cámara en la expresión de agravios, por lo que la cuestión está excluida de la competencia de esta Corte”* (SCBA, C. 62964; sent de 13-07-1999).

Cuestión esencial. *“...lejos de evidenciar la preterición de cuestiones esenciales, versa sobre típicas definiciones circunstanciales y probatorias cuya eventual falta de consideración por los sentenciantes de grado podrá, en todo caso, importar la consumación de un error de juzgamiento, más de ningún modo generar su nulidad...”* (SCBA. L 120.300; sent. de 13-10-2020).

Cuestión de hecho. *“los agravios vinculados a la consideración de cuestiones de hecho y prueba resultan ajenos al ámbito del recurso extraordinario de nulidad, toda vez que su equivocado o infundado análisis es materia propia del de inaplicabilidad de ley”* (SCBA. L 120.300; sent. de 13-10-2020).

Fundamentación legal. De conformidad con jurisprudencia que emana de ese Alto Tribunal, es improcedente el remedio extraordinario de nulidad en que se alega la falta de fundamentación legal, si de la lectura del fallo se advierte a simple vista su basamento en norma legal, más allá de la apropiada o no aplicación normativa a las circunstancias del caso.

Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el progenitor. Restitución internacional. Interés superior del Niño. Ha sostenido el Alto Tribunal: *“dado que una fijación apriorística de su superior interés en los casos de sustracción internacional podría atentar contra su concepción más clara, se admite asimismo que en ocasiones, aquella presunción objetiva que manda a su inmediata restitución a su centro de vida anterior a la vía de hecho actuada en su contra, pueda ser revertida ante la verificación de ciertas circunstancias que excepcionalmente aconsejen una solución contraria, justamente en aras del concreto interés superior del niño involucrado (conf. Pérez-Vera, Elisa, “Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles*

de la Sustracción Internacional de Menores”, 1982, en <http://hcch.net/upload/exp128s.pdf>, párr. 34). Ello así, pues el superior interés del niño, aún en este marco, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del menor y teniendo en cuenta su contexto y sus necesidades personales (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013], párr. 32), de modo que eventualmente pueden presentarse ciertos acontecimientos, sea vinculados con conductas atribuibles al solicitante del retorno, sea con riesgos o situaciones existentes en su residencia habitual, sea con la propia opinión del menor sobre su destino, que justifican el rechazo a dicha restitución (SCBA C 120.328, sent. de 19-10-2016, autos “R. C., A. E. c/ G., a. A. s/ Exhortos y oficios”).

Restitución internacional. Interés superior del niño. Negativa del menor a ser restituido.

Excepciones. Interdisciplina. Al respecto la doctrina destaca: “...siendo que el niño es también interprete de su mejor interés, se deberá evaluar y apreciar en cada caso concreto, en función de la madurez del niño de que se trate, si este se niega a retornar al país de su residencia habitual y si tal negativa resulta suficiente para exceptuar la obligación de restituir. En esta evaluación será de fundamental importancia el aporte interdisciplinario que puedan brindar otros profesionales expertos en la temática de modo que puedan interpretar su negativa, ya sea que se exprese verbalmente o no, y si esta responde a su verdadero interés o a la influencia que pueda sufrir de sus progenitores” (Rubaja, Nieve, “Restitución Internacional de Niños”, Capítulo 7, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos Precedentes, Derecho de Familia, Tomo III, p. 75).

Opinión del menor. “...al decidir respecto de la procedencia de la restitución internacional de un menor, no puede prescindirse de recabar la opinión que este posee sobre el tópico (conf. arts. 3.1, 9.3, 12.1 y 12.2, CDN y la Observación General n° 12, Comité de los Derechos del Niño; 13, CH1980 y su doctr.; 14 apdo. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General n° 13, Comité de Derechos Humanos; 8, 19 y 25, Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23 y concs., Const. nac.; 11, 15, 36.2 y concs., Const. prov.) (del voto del Dr. Pettigiani, en el precedente de esa Corte, C 123.322, sent. de 30-12-2020).

Interés tutelado. Menores. Derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta.

La opinión que pueda poseer el niño al respecto “debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez (art. 13, CH1980), para lo cual le es imprescindible al juez conocerlo y ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, balanceándolas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole de los derechos en juego (conf.

causa AC. 78.728, "S. de R., S. R.", sent. de 2-V-2002; e.o.). Es que se admite -en estos casos- que la opinión del menor pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y un grado de madurez tal que resulte apropiado tener inexorablemente en cuenta sus opiniones, convirtiéndose así en intérprete de su propio interés (conf. Pérez-Vera, Elisa, Informe Explicativo..., cit. Párr. 30)" (del mismo voto del Dr. Pettigiani, en causa SCBA, C 123.322, sent. de 30-12-2020).

Los derechos de la infancia. Interés superior del niño. De acuerdo al plexo normativo que rige específicamente los derechos de la infancia, todas las decisiones y medidas relacionadas con un niño deben ser resueltas y disponerse con miras a satisfacer su actual y mayor beneficio. Tal es el propósito que debe guiar la labor jurisdiccional que se despliega cuando pueden verse afectados sus derechos.

REFERENCIA NORMATIVA

Artículos 161 inciso 3 b, 168 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; artículo 296 del Código Procesal Civil y Comercial provincial; Convención de la Haya en sus arts. 13 y 20; reglas 29, 31, 53 y 65 de "Las Reglas de Brasilia"; artículos 16, 18, 75 inciso 22 y 23 de la Constitución Nacional; los artículos 1, 2, 8, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; los artículos 3, 9 apartados 3, 10, 12 apartados 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; los artículos 11, 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; las Observaciones Generales N.º 5, 12 y 14 del Comité de los Derechos del Niño; la Opinión Consultiva N.º 17 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; las Reglas de Beijing; la Declaración de Cancún; los artículos 25, 26, 638, 639, 646, 647, 706, 707, 2613, 2614 del Código Civil y Comercial; artículos 1, 2, 3, 24, 27, 29 y 31 de la ley 26.061; el artículo 27 del Decreto 415/06, la ley provincial 14.568 y su Decreto 62/15; artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial provincial; art. 242, 260, 266, 272 y concordantes del C.P.C.C.; artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980; artículo 2614 del Código Civil y Comercial; artículo 13 de la Convención de La Haya; artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, C.I.R.I.M.; artículo 3 de la Convención de La Haya 1980; artículo 4 de la C.I.R.I.M.; Comité de los Derechos del Niño, Observación General N.º 14 [2013], párr. 32; arts. 3.1, 9.3, 11, 12.1. y 12.2, CDN; 1,2, 13 y concs., CH1980; arts. 1,18,31,33,75 incs. 22 y 23 y concs., Const. Nac. 11, 15, 36.2 y concs., Const.prov.; arts. 3, 5 y 12 CDN; párrafo 129; 3, 24 y ccs., ley 26.061; arts. 24, 25, 26, 639, 707 y ccs., Cód. Civ. Com; art. 4 y ccs., ley 13.298 y sus modificatorias.