



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-123322-2

C 123.322 "A. G. L. I. c/ R. M. G. H.
s/ restitución internacional de menores."

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Quilmes con fecha 5 de octubre de 2018 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 (fs. 232/41).

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 obrante a fs. 277 /91.

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

El quejoso centra sus agravios en considerar que la decisión de la alzada fue adoptada sin haber escuchado adecuadamente a las niñas. Asimismo denuncia absurdo en la valoración de la prueba dirigida a determinar su residencia habitual y, en consecuencia, el carácter ilícito del traslado.

En sustento de su queja denuncia la violación de los artículos 16, 18 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 1, 8, 17, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 11 y 15 Constitución Provincial; 3, 9, 12, 27

y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; la Observación General nro. 12 y número 14 del Comité de Derechos del Niño; Opinión Consultiva nro. 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; 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 (fs. 278 y vta., 281, 283).

En particular, alega que la sentencia ha incumplido con la garantía de las niñas N. y A. a ser escuchadas de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 281 y vta.).

Concretamente sostiene “la resolución de Cámara es contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional y a los artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y además, resultaba arbitraria por no aplicar la ley vigente 26.061 en atención que la escucha de NN y A se realiza con asistencia letrada de un abogado del niño especializado, que es la garantía de debido proceso y la defensa en juicio, en atención que consta la opinión de las mismas en acta, el interés particular de las mismas” (fs. 281 vta.).

En la misma línea destaca: “Es claro entonces que la ley 26061 no establece ninguna restricción para que el niño sea oído en juicio. Ello es así pues la mención a la madurez y al desarrollo –artículo 24 inc. b) de la ley 26061– es solo para graduar el alcance de su opinión, pero de ninguna manera es un requisito para escucharlo... Como es sabido, una concepción integral y garantista del derecho de defensa no puede dejar de lado su aspecto técnico. La continua complicación de los procedimientos exige los conocimientos jurídicos de un abogado especializado a efectos de desarrollar una estrategia eficaz que pueda habilitar la participación de quien es parte ... Cuando hablamos de la participación activa de las niñas y niños en un procedimientos significa ‘hablar del reconocimiento de un status especial’ del niño al respecto, mediante el cual ‘en su carácter de parte dentro del procedimiento’, esta facultado para actuar en cualquier proceso e instancia y contra con una ‘representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores puedan asignarle’ (fs.284 y vta. y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-123322-2

285).

En virtud de ello, concluye que “De este modo se asegura la activa participación del niño en el proceso, a través de la defensa técnica de su abogado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño sin sustituir su voluntad...De manera tal que, el derecho a la asistencia letrada de los niños en cualquier procedimiento, hace a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las niñas, los niños y adolescentes por lo que toda norma que limite o impida la incorporación del defensor del niño al proceso contrariando los postulados de la doctrina de la protección integral, que establece una noción ampliada de legitimación procesal, deberán ser declaradas inconstitucionales en función del interés superior del niño” (fs. 285 vta. y 286).

En ese razonamiento, agrega que debió haberse oficiado al Registro de Abogados del Niño del Colegio de Abogados departamental a los efectos de proveer de asistencia letrada a las niñas de autos, de conformidad con lo establecido en la ley provincial de abogados del niño y su decreto reglamentario (fs. 287).

En definitiva, sostiene: “De todo ello se desprende que sin lugar a dudas, todo niño que se ve afectado por un proceso tiene derecho a designar un abogado de su confianza y en caso de no hacerlo el estado le deberá asignar uno de oficio. Es decir, el niño y adolescente puede elegir a su abogado defensor, como derecho personalísimo a la libre elección del profesional letrado, sin intervención de terceros” (fs. 288).

Cita, en sustento de su queja, los precedentes de la Corte Federal “G.M.S. c/ J.V.L. s/ divorcio vincular” y “M.G. c/ P.C.A” de fechas 26 de octubre de 2010 y 26 de junio de 2012 (fs. 288 y vta.).

En segundo término se agravia del tramo de la sentencia que establece que la residencia habitual de las niñas reside en P., B. y que la integración al nuevo medio no constituye motivo autónomo de oposición ya que el centro de

vida no puedo adquirirse a través de un ilícito art. 2614 in fine del CCyCN (fs. 289 vta.).

En particular señala que la cuestión vinculada con la residencia habitual de las niñas ha sido valorada absurdamente, toda vez que la Cámara omitió considerar que con anterioridad al tiempo que residieron en B. (Julio de 2014 a julio de 2016), a las niñas permanecieron en nuestro país, donde forjaron relaciones de amistad en el ámbito escolar (entre los años 2009 y 2014).

En ese sentido agrega que “P., B. donde residieron en abril de 2014 a julio de 2016 y los años anteriores de 2009 a 2014 todo el grupo familiar residió en la Argentina, entonces mal podría ser Barcelona su centro de vida, pasaron más años en la Argentina, sumado a que la progenitora se le vencerá su permiso de residencia en mayo de 2019, la misma no tiene ciudadanía española, que ha quedado demostrado la integración de A. y N. al presente ambiente en B., que es un lugar donde han pasado más tiempo, donde están sus abuelos, tíos, primos, amigos y sus colegios, art 13 Convención de la Haya art 13 inc. b-ley 23857-sumado a que ejerzo la custodia tal como lo expongo “ ut supra” que al ejercía antes de llegar a la Argentina con las niñas” (fs. 290).

En definitiva concluye: “al no cumplirse con el derecho a la escucha ‘per se’ es una sentencia arbitraria y nula, en violación a las garantías constitucionales y convencionales, en perjuicio del interés superior de N. y N., toda vez que no se ha ejercido el derecho a la escucha que gozan, no se ha cumplido con el artículo 12 CDN, art 24 ley 26061, en virtud de ello no pudieron ser escuchadas en las cuestiones relativas a su regreso a España y su opinión ser tenida en cuenta el cuál resulta esencial para resolución de la presente causa de marras (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 ... Por todo lo expuesto afirmo que, con lo indicado “ut supra”, per se, mis hijas A. y N. han hecho operativa la excepción prevista en el artículo 13 de la Convención de La Haya, ley 23857, por lo que, a mi entendimiento, ya sea por la vía de la nulidad de las resoluciones dictadas sin participación



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-123322-2

de las niñas, o por la excepción aludida, corresponde suspender la ejecución de la sentencia dictada en autos” (fs. 289 vta y 290 vta.).

II. El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

i. Razones de orden lógico me conducen a examinar, en primer término, los agravios vinculados con la legalidad del traslado o retención, en virtud de las críticas formuladas por el apelante respecto de la absurda valoración de la prueba efectuada por el tribunal en oportunidad de determinar la residencia habitual de las niñas A. (13) y N. (9) –v. fs. 14/17 y ccs. –.

Al respecto, adelanto mi opinión según la cuál 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, CH1 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).

En esa línea cabe recordar el criterio sostenido reiteradamente por el Máximo Tribunal de la Nación, según el cuál “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 el

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).

En particular, comparto los argumentos desplegados por la alzada para considerar aplicable a la especie el CHI 980 sobre la base de determinar que el traslado de las niñas A. y N. a nuestro país debe considerarse ilícito en los términos de los artículos 3 y 12 del Convenio por haberse producido en infracción al derecho de custodia atribuido con arreglo al derecho español—por considerar que era allí donde las niñas tenían su residencia habitual —y en virtud de la prescripción del artículo 12 que veda la posibilidad de admitir la integración al medio como motivo autónomo de oposición para el cumplimiento de la orden de reintegro en los casos en que se hubiera activado el mecanismo restitutorio dentro del plazo de un año a contar desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos (fs. 29, arts.3,4, 12 y ccs. CH1980, arts. 2614, 2642 y ccs. C. C.yC).

Concretamente, la cámara departamental argumentó: “En este sentido, resulta trascendente el relato efectuado por el propio apelante, quien manifestó que se conoció con la actora durante 1993, contrayendo matrimonio recién en el año 2013. Que en el año 2006 fueron a España, naciendo allí su hija mayor A. el día 5/6/2006 (12 años de edad a la fecha —ver fs. 82/3—) y en el año 2008 retornaron a la Argentina, naciendo aquí su hija menor N . el día 14/01/201 0’ (8 años de edad al presente —v. fs. 84—). Quienes permanecieron en Argentina desde 2009 hasta que “ ... en Abril de 2014 decidimos establecernos nuevamente en España ... Que nuestra relación llegó a su fin, en esta última etapa, y de común acuerdo decidimos que yo regresaría a Argentina y la Sra. A. permanecería en España y que las niñas viajarían conmigo para establecerse nuevamente en Argentina“ ... , más este pretense acuerdo al que alude el accionado no ha quedado debidamente acreditado en autos, y uno solo de los progenitores —a raíz de la responsabilidad parental regulada en la legislación española aplicable—carece de autoridad exclusiva para



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-123322-2

disponer un cambio de residencia definitivo de las menores hacia el extranjero” (fs. 234 vta.).

En la misma línea, puntualizó: “No abrigó dudas en torno a que la residencia habitual de las pequeñas inmediatamente anterior al cuestionado traslado a la Argentina junto a su progenitor a fines de julio de 2016, se encontraba en la ciudad de B., reino de España. Ello surge del propio relato del emplazado –como quedara expuesto– y de la documental remitida por la Autoridad Central Argentina, acompañada con el libelo inaugural...esto es: certificación del Ayuntamiento de P. acreditando – conforme padrón municipal vigente– el domicilio permanente de todos los miembros del grupo familiar en calle N., 0012, P., B.; certificación de la escuela “M. P.” donde acredita que las niñas A. y N . son alumnas de dicho centro educativo, cursando allí en 2014/2015, 2015/2016 y se encontraban matriculadas para el año 2016/2017; tarjetas “A.S.C.” de seguro de salud de las menores en España .. ; de modo que –concordantemente con lo dictaminado por la señora Asesora de Incapaces actuante y receptado en la sentencia en crisis ... – entiendo que el traslado de las niñas efectuado por su padre a la República Argentina a mediados de 2016, resulta ilícito en los términos del CH1980, pues a esa fecha ambos progenitores en ejercicio de la patria potestad son quienes debían determinar el domicilio de sus hijas, no pudiendo uno de los padres modificar por sí solo la residencia habitual de las niñas, salvo que cuente con el consentimiento del otro progenitor, recaudo que no puede tener por verificado en autos con la autorización en copia acompañada a fs. 92/6, de la que se desprende que la Señora L. I. A. G. autoriza al aquí demandado a viajar con las hijas de ambos, fuera del territorio español. Es que una mera autorización de viaje no conlleva la autorización para modificar unilateralmente el lugar de residencia habitual de las niñas; por lo que el último traslado de las mismas a la Argentina junto a su padre ha sido efectuado sin la correspondiente autorización materna, cuya manifestación deber surgir de manera inequívoca. De conformidad con la hermenéutica efectuada por la comunidad jurídica española, acreditada a partir de las certificaciones acompañadas por la Autoridad Central Requirente, es posible concluir que el cambio de domicilio de un menor, su traslado a un lugar distinto al de su residencia habitual o

al extranjero, constituyen decisiones de importancia en su vida y por tanto deberán ser adoptadas con el consentimiento de ambos progenitores con independencia de quien tuviera su custodia o, en su defecto, por previa autorización judicial, extremos no acreditados en el subexamine (v. fs. 31/34, conf. art. 39 Const. Española; arts. 154, 156, 158, 159, 160, 236 y concs. Cód. Civ. español; 14 y 15 del CH 1980; 2595 inc. "a" C.C.yC.N.)."(fs. 235 y vta.).

Por último, agregó: "En tanto que la solicitud de restitución internacional de las niñas fue efectuada antes de que venciera el plazo de un año previsto en el primer párrafo del artículo 12 del CH1980, pues basta con advertir que luego de obtener la progenitora la certificación de ilicitud del traslado de sus hijas a que alude el artículo 15 del CH 1980, presentó el pedido de restitución ante la autoridad central española, llegando el mismo a la Autoridad Central Argentina el día 24 de febrero de 2017. Sentado ello y en función del lamento esbozado en la memoria respecto del pretense arraigo de las niñas en la República Argentina por el tiempo transcurrido desde su ingreso al país a fines de julio 2016 a la fecha, creo oportuno recordar que el artículo 2614 del Código Civil y Comercial de la Nación en su último párrafo dispone que los niños niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente" (fs. 236).

Al respecto, se ha sostenido que "el artículo 15 dispone que las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase" (Scotti Luciana, "Las Garantías Fundamentales en el Procedimiento de Restitución Internacional de Niños", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia N° 62, Abeledo Perrot,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-123322-2

Buenos Aires, noviembre de 2013, pp. 125 – 156).

En síntesis, no sólo de la totalidad de las constancias detalladas en la sentencia impugnada se desprende que el quejoso y sus hijas residían en P., B., con anterioridad al traslado de las menores a la Argentina por parte de su progenitor y que el traslado a nuestro país fue realizado sin que exista norma ni decisión judicial ni acuerdo ni título o fuente equivalente que autorice al progenitor a decidir unilateralmente el lugar de residencia de las niñas o que acredite el consentimiento de la progenitora para ello –sin que resulte óbice la autorización notarial suscripta por la progenitora a fin de autorizar a sus hijas a viajar fuera del territorio español–, sino que ello surge de la propia certificación expedida por la autoridad judicial española de conformidad con el artículo 15 del CH1980 (fs.29,31/4, 92/6; arts. 3, 5, 15 y ccs .. CH1980, Rubaja, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia*, op.cit., pp.482-7op.cit).

Ninguno de estos extremos han sido cuestionados por el recurrente quien, en su lugar, se ciñó a denunciar que “la Cámara omitió considerar que con anterioridad al tiempo que residieron en B. (Julio de 2014 a julio de 2016), a las niñas permanecieron en nuestro país, donde forjaron relaciones de amistad en el ámbito escolar (entre los años 2009 y 2014)”.

Al respecto, resulta preciso recordar que “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).

En definitiva, el impugnante no ha intentado conmovier los datos fácticos 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 v. fs. 10-12– la residencia habitual de los menores de edad se hallaba en España (Fallos 341:2019).

ii. Analizada la cuestión vinculada con la acreditación del traslado o retención ilícitos, corresponde examinar los restantes agravios dirigidos a cuestionar 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 CH1980).

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, esta Corte ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980” (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:604; 336:638).

Entre las excepciones autorizadas, el artículo 13 tercer párrafo del CH1980 establece: “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse u ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opinión”(art. 13 CH1980).

Sobre esta particular excepción, 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).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-123322-2

En la misma línea, esa Corte señaló “Pero existe consenso en la comunidad internacional en que el menor no sólo debe oponerse a la restitución, sino que debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o deseo...Debe mediar un repudio irreductible a regresar al lugar de su residencia habitual, para lo cual resultan relevantes la naturaleza y solidez de sus objeciones, así como sus motivos sensatos...Y en este aspecto, una oposición a la vida con el progenitor solicitante debe distinguirse de una objeción a la vida en el país de su residencia habitual...Sólo un repudio irreductible de los menores a regresar al lugar de su residencia habitual autorizaría a tener por acreditada esta excepción a la restitución.” (SCBA, C 119986, sentencia del 20 de abril de 2016, entre otras).

Dichos extremos –sin perjuicio de las dificultades interpretativas planteadas respecto de la evaluación y del grado de injerencia que cabe reconocer a la ‘opinión’ del niño en el ámbito de aplicación de los convenios de cooperación en materia de restitución internacional– tampoco han sido cuestionados por el recurrente quien, en su lugar, se centró en impugnar la escucha de las niñas por haber sido llevado a cabo sin la presencia de un abogado de su confianza (Basset Úrsula, “Restitución internacional de menores: ¿Una crisis de paradigmas en torno a la protección de los niños”, AR/DOC/3963/2013; Goicochea Ignacio, Rubaja, Nieve, “Procedimiento de Restitución Internacional de Niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo convencional”, AR/DOC/2781/2015; Mizrahi, Mauricio, “Traslados ilegales de niños”, AR/DOC/1404/2016; Rubaja Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp.510-513; Scotti, Luciana, “Nuevos paradigmas sobre infancia y adolescencia en el marco de un caso de restitución internacional de niños”, DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017, 191).

De ello cabe concluir que los términos de los agravios traídos sobre este tópico tampoco resultan atendibles por resultar palmariamente insuficientes para configurar el supuesto de excepción autorizado por el artículo 13, tercer párrafo del

CH1980.

Sin perjuicio de ello, y en mérito a los delicados intereses en juego, diré que tampoco resultan ajustados los agravios planteados respecto de la afectación del derecho de las niñas a ser oídas por haber sido citadas sin debido patrocinio letrado.

En primer término, resulta preciso resaltar que las constancias de fs.143 y 231 dan cuenta de que los jueces de primera y de segunda instancia y el ministerio público han dado cumplimiento con el deber de tomar contacto directo con las niñas con carácter previo a resolver la restitución reclamada.

Al respecto, el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños elaborado por la Oficina Regional para América Latina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en coordinación con la Red Nacional de Jueces de Familia para la Protección y Restitución Internacional de Niños y la Jueza de la Red Internacional de Jueces de La Haya en el mes de diciembre del año 2016 establece que “Los niños tienen derecho a participar activamente y a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, conforme a su edad y grado de madurez y, de ser posible, con el auxilio de equipos técnicos especializados en niñez y adolescencia. Se debe dar al niño información completa, accesible y apropiada a la edad, respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar. Para ello, resulta fundamental, tomar precauciones tendientes a reducir el riesgo de posibles consecuencias negativas para el niño, a raíz de su participación en el proceso. Asimismo, debe darse al niño una respuesta clara acerca de cómo influirá su participación en la decisión y de las causales de excepción, entre las que cabe mencionar la oposición del menor a su restitución” (Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, p.3).

Es decir, el citado protocolo reproduce en su ámbito de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-123322-2

aplicación el estándar convencional que establece el derecho de todos los niños a ser oídos en todo procedimiento que los afecte y a que su opinión sea tenida en cuenta de conformidad con su edad y grado de madurez (arts. 3, 5 y 12 C.D.N., Observación General nro. 12/2009 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado y Observación General nro. 14/ 2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial; Corte Interamericana de Derechos Humanos, “AtalaRiffo vs. Chile” (2012), párrafos 199 y ss.; “Furlán vs. Argentina” (2012), párrafos 230 y ss.; “Gelman vs. Uruguay” (2012), párrafo 129; 3, 24 y ccs. Ley 26061; arts. 24, 25, 26, 639, 707 y ccs. C.C.y C; art. 4 y ccs. ley 13298 y sus modificatorias; SCBA, C. 78.728, sentencia del 2 de mayo de 2002; C100970, sentencia del 10 de febrero de 2010 ; C. 107.820, sent. del 11-8-2010 y C91622, sent. del 26-10-2010, entre otras).

En esa línea 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 C19986, sentencia del 20 de abril de 2016).

En este punto, y en mérito a los agravios planteados, considero 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 ccs. C.C.yC.; 27 ley 26061 y 27 dto. 415/06; 1 ley14568 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).

En efecto, 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.

Sobre este punto se ha señalado “Más allá de lo expuesto, cabe aquí formular una aclaración: en los procesos de familia que se dirimen entre los progenitores el derecho a participar activamente que recoge la ley 26061 es precisamente esto, un derecho, una facultad del niño o adolescente, no un deber. Ello implica que este tipo de juicios no resulta necesario integrar la litis con el traslado de la demanda al niño, puesto que no siempre éste desea verse involucrado en el proceso; de lo contrario cabría aplicarle las consecuencias de la rebeldía para el caso de no presentarse en juicio, cuestión que evidentemente resulta opuesta a la protección de su interés superior. Es él y sólo él quien decide si quiere participar. Si lo hace, tendrá derecho a ofrecer prueba, solicitar medidas cautelares, recurrir las resoluciones, etc. Si ello no ocurre, no se podrá extraer ninguna consecuencia adversa de su falta de participación...” (Famá, María Victoria, “Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de Familia”, SJA, 1/7/2009”).

Una interpretación diferente, no sólo confunde un deber –pasible de sanción de nulidad– con el ejercicio autónomo de un derecho, sino que se muestra reñida con el régimen legal de capacidad, asistencia y representación establecido para las personas menores (Famá, María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, AR/DOC/3698/2015; Highton, Elena I., “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial”, La Ley 13/04/2015).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-123322-2

En definitiva, entiendo 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 (fs. 143 y vta. y 231).

III. En virtud de estas consideraciones, entiendo preciso propiciar a VE el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, /0 julio de 2019.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General

