

Dictamen del Procurador General, Expte. N.º C 125.580-3 “F. M., C. R C/ G. A. J. M. s/ restitución internacional de menores”

FECHA 2 de mayo de 2022

ANTECEDENTES La Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Mar del Plata, confirmó el pronunciamiento de fecha 10 de marzo de 2021 dictado por la jueza de grado que había decretado la restitución internacional de la niña S. I. G. F. a N., M., E. Contra tal forma de decidir el progenitor de la niña, señor A. J. M. G., interpuso 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, tomando como premisa el interés superior de la niña como condicionante de la decisión en el cumplimiento de la Convención de La Haya de 1980, propició el rechazo del remedio extraordinario ya examinado.

SUMARIOS **Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Menores. Restitución internacional. Normativa convencional.** Los agravios del impugnante carecen de entidad para conmovier la argumentación desplegada por la Cámara departamental para determinar la residencia habitual de S. en E., de conformidad con los términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción internacional de Menores (en adelante, CH1980) 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; e.o; SCBA C 121.958, sent. de 27-6-2018, C 120.761, sent de 24-8-2018, C 119.110, sent. de 10-6-2015, entre muchas otras).

Restitución internacional. Procedencia. Tiene dicho la Corte que “*la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH1980) solo impone la obligación de restituir a los menores en aquellos casos en que se haya llevado a cabo un traslado o retención que deba ser considerado ilícito. Se hace referencia así a dos situaciones distintas: a) al traslado, que deviene en ilícito desde el mismo momento en que el menor es retirado de su residencia habitual en violación a un derecho de custodia efectivamente ejercido en dicho lugar, y b) la retención, que puede ser consecuencia de un traslado legalmente realizado pero que deviene en ilícito ante la negativa de restituir al menor a su centro de vida (conf. arts. 3 y 5)*” (SCBA C.123. 322 sent, 30-12-2020).

Restitución internacional. Residencia habitual del menor. Será entonces, el lugar donde se hallaba la residencia habitual del menor, la que determine *“la ilegalidad del traslado o retención, que constituye un requisito esencial para la admisibilidad de toda solicitud de restitución”* (SCBA C.123. 322 sent, 30-12-2020).

Persona menor de edad. 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”* y a mayor abundamiento agrega, es *“errónea la interpretación ... que hace depender la residencia de la niña a los fines del art. 3, párr. 1º, “a”, de la Convención de La Haya, del domicilio real de sus padres”* (CSJN. Fallos 318:1269). En el precedente antes citado, el mismo Alto Tribunal establece en este sentido que *“la residencia habitual del menor no puede reflejar un significado exclusivamente cuantitativo (v.gr. respecto del lugar en donde el menor haya vivido por más tiempo durante su corta vida, tal como propone el recurrente), sino que el concepto se expande e implica la definición del sitio en el que debe ser ubicado, de conformidad con la intención de quienes ejercen su custodia en términos convencionales, el centro de la presencia del menor, para lo cual también debe atenderse a su entorno familiar y social, sus afectos, su posible asentamiento e integración en el determinado medio, con cierto grado de estabilidad y proyección de permanencia, debiendo ponderarse todos los elementos con el debido criterio de actualidad”* (SCBA C.123. 322 sent. 30-12-2020).

Residencia del menor. Centro de vida. Tiene dicho esa Corte provincial, que *“la residencia del menor comulga con su centro de vida, ejerciendo -ambos conceptos- una suerte de mutua retroalimentación semántica”* (SCBA C.123. 322, sent. de 30-12-2020).

Preclusión. Efectos. Recién con el llamamiento de autos para sentencia -que se encuentre consentido- queda concluida la instancia y cerrada la discusión en virtud del principio de preclusión y tiene dicho la Suprema Corte *“produce el saneamiento de todos los vicios de actividad anteriores, providencia que hace así de compuerta tras la cual todos los eventuales defectos o vicios de actividad anteriores pierden virtualidad. Que tal sanatoria o convalidación reposa en dos de los principios básicos que campean en esta materia: el carácter relativo de las nulidades procesales y la necesidad de que éstas sean argüidas indefectiblemente en la misma instancia en que se hubieren producido (conf. “Códigos procesales...”, T. V.B, comentario al art. 482)”. (C 99748, sent. de 9/12/10).*

Proceso de familia. Normas. Principios. Jueces. Deberes y facultades. Garantías constitucionales. No debe dejar de tenerse en cuenta las normas y los principios generales que rigen los procesos de familia y en especial la facultades otorgadas al juez, que establecen determinadas pautas tendientes al cumplimiento de las garantías constitucionales y el ejercicio pleno de los derechos; tolerando tales directrices adaptaciones y flexibilizaciones según las circunstancias y particularidades de cada realidad, adquiriendo en la jurisdicción que se despliega en tales conflictos, una tutela judicial diferenciada, atendiendo a la complejidad de las situaciones y teniendo especialmente en cuenta que están en juego derechos esenciales de las personas y, en este caso puntual la satisfacción plena del derecho que asiste a la niña (art. 15 Const. Prov.; art. 3 CIDN; art. 706 sptes. y concs. Cód Civ. Com; ver tmb. SCBA, C. 122.255, del voto del Dr. De Lázzari (MI) en sent. de 24-2-2021).

Omisión de cuestión esencial. Tiene dicho la Suprema Corte que resulta inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley si la intención de la defensa era denunciar que el Tribunal revisor omitió dar tratamiento a determinadas cuestiones que fueron llevadas a su conocimiento, pues debió efectuar el planteo a través de la vía recursiva pertinente. La denuncia de eventual omisión de cuestión esencial es propia del recurso extraordinario de nulidad (causas C. 122.514, “R., J. A.”, sent. de 13-II-2019; C. 127.858, “M., V. O.”, sent. de 20-IX-2017; C. 89.527, “Negruzzi”, sent. de 30-XI-2011; C. 105.676, “Pérez”, sent. de 4-III-2009; e.o.).

Escucha de la niña. 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 Red Internacional de Jueces de La Haya, del 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...”.

Interés superior del niño. En palabras del Superior Tribunal, el interés superior del niño es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de las personas y

los bienes de un niño dado, entre ellos el que más le conviene en una circunstancia histórica determinada analizado en concreto, ya que no se concibe un interés abstracto” (Ac. 79.931, sent. de 22-10-2003 y Ac. 99.273, sent. de 21-5-2008).

**REFERENCIA
NORMATIVA**

Art. 75 inciso 22 de la Constitución nacional; los arts. 3, 9 inciso 1 y 12 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y los arts. 1 y 3 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; art. 8, inciso 1, 2 g, Convención Americana de Derechos Humanos; art. 75 inciso 22, Constitución nacional; art. 15, Constitución provincial; de la segunda parte, acápite 6.5.2 de la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de la Haya; de la Opinión Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 3 inciso f de la ley 26.061; art. 387 del Código Civil y Comercial; art. 239, 1er párr. in fine del código de forma; Código Civil y Comercial, art. 386; art. 56 y 57 CPCC; Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia (Segunda Parte, Medidas de aplicación, acápite 6.5.2.); art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño; ley nacional N.º 26.061 (cfr. art. 3º inc. f) y su decreto reglamentario (Dec. 415/16). Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción internacional de Menores (en adelante, CH1980); art. 267, inc. “d” de nuestro Código Civil y Comercial; art. 271 y cctes. CCN.