

### Dictamen del Procurador General, Expte. N° C 124.043-2 “M. S. M. G. c/ F. M. V. s/ restitución internacional de menores”

**FECHA** | 22 de diciembre de 2020

**ANTECEDENTES** | La Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro -Sala Tercera- confirmó la sentencia, que a su turno ordenó la restitución del niño I. M. de 7 años de edad a la comunidad de Madrid, España.  
Contra ese decisorio la progenitora del niño interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

**CURSO LEGAL PROPUESTO** | El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, conforme lo opinado y con los alcances expuestos, propició se rechace el recurso extraordinario interpuesto.  
Para así dictaminar, entre sus consideraciones, sostuvo que, bajo el riguroso criterio que impone la jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional, así como también de la que emana de esa Suprema Corte provincial, los agravios traídos no alcanzan a demostrar el yerro de las afirmaciones de las sentenciantes en orden a la exigencia establecida para tener por configurada la excepción autorizada por el Convenio, para negar la restitución (art. 13 Convenio de la Haya), encontrándose la queja -en definitiva- relacionada a temas vinculados con cuestiones propias del conflicto de custodia que se encuentran vedadas a esta jurisdicción por corresponder a la competencia de los jueces naturales (arts. 16, 19 y ccs.CH 1980).  
Asimismo, sin perjuicio de la opinión que dio y tal como ya lo ha sostenido en otros dictámenes vinculados a la temática, ... estimó “prudente propiciar a ese Alto Tribunal que en el marco de sus supremas atribuciones ... y sin desmedro de la audiencia que se designe de conformidad con la práctica habitual de esa Corte a fin de tomar conocimiento personal y directo del niño, se ordene de estimarse, en su caso, pertinente y adecuado, como medida para mejor proveer la realización de pericia psicológica ... en la persona de I.”  
Además destacó, “ello con el objeto de profundizar su opinión, tomar conocimiento de su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resulta más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses puestos en juego ..., en especial atención al real y superior interés del niño, eje que, por imperativo legal, debe orientar la decisión judicial que se adopte ..., para dar efectivi-

dad al derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta).”

También, “... dadas las concretas circunstancias del caso aquí ventiladas, y de compartir esa Suprema Corte lo opinado en orden al regreso de I. a España”... expresó “ la preocupación de este Ministerio Público por la conducta de los adultos implicados y su incidencia o afectación en el menor ...”.En ese entendimiento opinó, “ que tal como sostuvo la Alzada, se deberá exhortar especialmente a ambos progenitores, a que colaboren con la etapa de ejecución a los fines de evitar al menor una experiencia conflictiva, así como al Juzgado de origen a fin que supervise las condiciones en las que se lleve a cabo la restitución del modo que resulte menos lesivo para I., minimizando eventuales riesgos ...”.

Asimismo, siempre teniendo en miras el interés superior del menor y a fin de resguardar sus derechos, entendió “del caso propiciar el dictado de otras medidas -más allá de las ordenadas por la señora jueza de familia...- que coadyuven al efectivo y pacífico reintegro del niño para evitar que se lleve a cabo en forma traumática para él ...,” las que dejó al elevado criterio de la Suprema Corte, y entre las que se permitió sugerir “una red de contención para el niño, en especial el acompañamiento psicológico por parte de expertos en la temática que lo ayuden a transitar las especiales circunstancias, debiéndose encomendar tanto al Juzgado de origen como a la Autoridad Central, la garantía de efectivización de las mismas ...”.

## SUMARIOS

**Restitución internacional. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Residencia habitual del niño. Convención de la Haya. Impugnación insuficiente.** Los agravios de la impugnante carecen de entidad para conmover la argumentación desplegada por la cámara departamental para determinar la residencia habitual del niño de conformidad con lo términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CH. 1980) 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, C 121958, sentencia del 27 de junio de 2018, C. 120761, sentencia del 24 de agosto de 2018, C 120328, sentencia del 19 de octubre de 201, C 119110, sentencia del 10 de junio de 2015, entre muchas otras).

**Residencia habitual.** Según el criterio sostenido por el Máximo Tribunal de la Nación, “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).

**Restitución internacional. Excepciones. Interés tutelado.** La doctrina ha señalado que “Solamente la prueba acabada de la configuración en el caso de alguna de estas excepciones podría haber justificado la denegatoria al retorno y es justamente esto lo que no se logró. Respecto de la excepción del art. 13.1 “b” la jurisprudencia comparada requiere que el riesgo sea grave, serio de probable acaecimiento. El bien protegido es la salud del niño, entendida no como ausencia de enfermedad sino como estado de armonía y bienestar psicofísico. Para que opere la causal, se requiere un grado acentuado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. [...]. Debe recordarse que la posibilidad de peligro o la exposición a una situación intolerable deben estar estrechamente vinculados con el retorno, sin que quepa confundir la excepción con la determinación de cuál es el padre más apto para el cuidado de los niños, materia ésta que atañe a la responsabilidad parental y escapa de la limitada jurisdicción atribuida al juez argentino por el Convenio...” (Herz Mariana, “Sustracción Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes”, Jurisprudencia Anotada a propósito de Fallos 334:913, Buenos Aires, Revista de Derecho de Familia, 2012-I, págs.18 y 19).

**Restitución.** La restitución de un niño a su residencia habitual con inmediata anterioridad al desplazamiento es al efecto de poner fin a una situación irregular y permitir la actuación dirimente de la judicatura respectiva, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la custodia por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícitos y ello no se extiende al derecho de fondo (conf. art. 16, CH1980)” (C.S.J.N., Fallos: 328:4511; 333:604; entre otras).

**Tratados internacionales. Restitución. Interés tutelado.** Ha sostenido el Superior Tribunal, “...el hecho de que la integración o aquerenciamiento del niño al nuevo medio no es motivo autónomo de oposición en la dinámica de los convenios, y ello [...] en exclusivo beneficio del niño que en caso contrario estaría expuesto al riesgo del constante desarraigo (Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:604); la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos, luego preserva el mejor interés de aquél -proclamado como prius jurídico por el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del Niño- mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violación debe ser, ante todo, res-

tablecida, en su situación de origen, salvo que concurren las circunstancias eximentes reguladas en el contexto convencional” (Fallos 318:1269; 328:4511 y 333:604).

**Tratados internacionales. Intervención del niño. Interpretación.** La Corte Federal sostuvo “Que con relación a la apreciación de la opinión del infante -con edad y grado de madurez suficiente- en el marco del CH 1980, esta Corte ha señalado que ella no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, a la vez que el convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de sus dichos. La posibilidad de negar el retorno solo se abre frente a una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar” (conf. Fallos: 333:604; 334:913; 336:97, 458 y 335:1559)”.

**Restitución internacional. Intervención del niño.** La Suprema Corte provincial señaló: “...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).

**Tratados internacionales. Interpretación.** La Corte Federal sostuvo que “ En coherencia con el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados procuran que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz, tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracción o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño; y a la vez persiguen que se convierta en una herramienta idónea para restablecer en forma inmediata, los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos”, insistiendo además, en la doctrina según la cual “la mera invocación genérica del beneficio del niño, no basta para configurar la situación excepcional que permitiría rehusar la restitución” (Fallos 318:1269; 328:4511 y 333:604, entre muchos otros).

**Demostración del agravio. Discrepancia del recurrente. Impugnación insuficiente.** A los fines de la revisión de cuestiones de hecho y prueba -como las traídas en esta pieza recursiva- mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal,

no constituye agravio idóneo la simple discrepancia con las motivaciones brindadas por los jueces en el decisorio que se cuestiona ya que es necesario algo más: la denuncia y acabada demostración del vicio de absurdo entendido como error palmario y fundamental en el discurrir del magistrado (conf. art. 279, C.P.C.C. y doct. causas C. 110.506, sent. de 9-10-2013; C. 110.372, sent. de 5-3-2014; C. 118.236, sent. de 8-4-2015; e. o.).

**Apreciación de la prueba.** La meritación de las pruebas recabadas, la selección de las mismas y la atribución de la jerarquía que a ellas les merece, es una facultad propia de los jueces de grado, quienes pueden sin incurrir en absurdo, inclinarse hacia unas y desechar otras, sin necesidad de expresar en la resolución la consideración de todas (conf. doct. C. 113.694, sent. del 16-IV-2014; C. 118.911, resol. del 4-II-2015; C. 118.280, sent. del 4-III-2015).

**Costas. Imposición.** Es doctrina de la Suprema Corte que su imposición y distribución es una típica cuestión de hecho, facultad privativa de los jueces de grado y como tal irrevisable en sede extraordinaria, salvo el supuesto de absurdo, esto es, que se haya alterado burdamente el carácter de vencido o exista iniquidad manifiesta en el criterio de distribución, vicios que no han sido alegados ni patentizados en autos (cfr. C. 116.847, sent. de 4/3/2015; C 119.397, sent. de 15/11/2016; entre otras).

**Restitución internacional. Interés superior del niño. Autoridades centrales de los estados requirentes y requerido. Obligación. Cooperación.** La Corte de la Nación ha sostenido “Que con el objeto señalado [el interés superior del niño como premisa, el compromiso de asegurar la protección y el cuidado necesario para su bienestar (art.3°, inc.1 y 2 de la CDN)], esta Corte Suprema ha destacado en reiteradas oportunidades el rol primordial que cumplen las Autoridades centrales de los estados requirentes y requerido en este tipo de procesos, la obligación que tienen de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio, y el deber de garantizar la restitución del menor sin peligro (conf. art. 7° del CH 1980, causa CSJ 129/2012 (48-G)/CS1 y Fallos: 3341287 y 1445; 335:1559 y 336:97)

## REFERENCIA NORMATIVA

Convención sobre los Derechos del Niño (art. 31, 75 inc. 22 Const. Nacional; Convenio de La Haya de 1980; art. 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; arts. 2601 y 2614 CC y C; artículo 2613 del Código Civil y Comercial de la Nación; CH1980 art. 13; art. 2642, 1er. Párrafo, Código Civil y Comercial de la Nación; art. 1 inc. a y 3 de la CH 1980; art. 260 del CPCC ; art. 279 CPCC; art. 12 primer párrafo del CH 1980; art. 13 CH. 1980; art. 13 inc. b), parr 2° de la Convención de La Haya de 1980;

art. 13, 4° y 5° párr., CH1980; arts. 3.1, 9.3. 12.1 y 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño; 13, Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; 14, ap. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos; 8, 19 y 25 de la 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 ccdtes., Const. nacional; 11, 15, 36.2 y ccdtes., Const. provincial; arg. análog. arts. 167, 264 ter, 314, 321 y ccdtes., Cód. Civil; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y ccdtes., ley 26.061; 4 y ccdtes., ley 13.298; 3 y ccdtes., ley 13.634; arts. 16, 19 y ccs.CH 1980; arts. 3 y 12 de la CIDN, 3, 24 y 27 de la ley 26.061, 4 de ley 13.298, 639 del C.C. y C. , 384 del CPCC; arts. 3 y 8 de la CDN; art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 11, 12, 13 y ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Constitución nacional; 1, 2, 5, 12, 13, 18 y ccdtes., CH1980; art. 3, 12 CDN, Ob. Gral. n° 12 del Comité sobre los Dchos. del Niño; art. 34, inc. 5, C.P.C.C.; art. 7 inc. h, CH1980.