



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

C-124043-2

C. 124.043 “M. S. M. G.
c/ F. M. V. s/ Restitución
Internacional de Menores”

Suprema Corte:

I) La Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro -Sala Tercera- confirmó la sentencia de fs. 281/291, que a su turno ordenó la restitución del niño I. M. de 7 años de edad a la comunidad de Madrid, España (fs. 422/439 vta.).

Contra ese decisorio la progenitora del niño interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

II) La recurrente sostiene que la sentencia en crisis no respetó el interés superior del niño, vulnerando la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 31, 75 inc. 22 Const. Nacional), aplicó e interpretó incorrectamente el Convenio de La Haya de 1980 en especial atención a las excepciones contempladas.

Refiere que se prescinde de pruebas esenciales que no estuvieron a la vista de la Alzada con menoscabo a la adecuada fundamentación y lesión al derecho de defensa en juicio.

En tal sentido hace alusión a un pen-drive que contendría material vinculado a una conversación mantenida entre I. y su padre, que transcribe.

Afirma que el decisorio atacado es una sentencia en su apariencia por no resultar consecuencia lógica de la aplicación del derecho vigente a la totalidad de las circunstancias relevantes debidamente acreditadas, incumpliendo los sentenciantes el deber de oficiosidad en la búsqueda de la verdad material; lo que se ve agravado debido a la breve entrevista que se mantuvo con el menor, quien por su condición es merecedor de especiales medidas de protección (art. 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos), criticando que la Cámara sostuviera que la prueba referida en el párrafo anterior no resultaba idónea ni indispensable para acreditar la cuestión debatida, “-grave

riesgo psíquico y oposición del menor a vivir en su lugar de origen-, teniendo en cuenta el informe del equipo técnico producido a fs. 218/222”.

Dice que se encuentra obligado a demostrar las excepciones que invoca a la restitución requerida, conculcándose su derecho de defensa al impedirle producir prueba. Agrega que la única prueba dispuesta para determinar el grave riesgo del niño y su oposición han sido incorrectamente descalificadas.

Sostiene que las sentenciantes al determinar que la prueba en cuestión no resulta idónea o indispensable para acreditar la cuestión debatida, incurre en incongruencia y contradicción.

Manifiesta que las contundentes conclusiones del equipo técnico no han sido tenidas en cuenta por las señoras juezas, pese a ser suficientes para demostrar el grave riesgo psíquico y la expresa oposición del niño a volver a España y dice que si hubiera quedado alguna cuestión a probar, duda o interpretación sobre el informe técnico, deberían las sentenciantes haber solicitado aclaraciones y ampliaciones a la pericia psicológica llevada a cabo para darle mayor solidez a la excepción de grave riesgo, la expresa oposición del niño y su fuerte arraigo al país.

Refiere que dado que el centro de vida del menor se encuentra en la ciudad de Pilar, provincia de Buenos Aires y que el Convenio de La Haya es de rango inferior a la Convención de los Derechos del Niño queda de manifiesto la incorrecta aplicación de aquél, en tanto va en contra de una norma constitucionalmente superior.

Asevera que no existe traslado y/o retención ilícita del niño, agraviándose que la sentencia en crisis hubiera *“incorrectamente”* indicado que su parte *“consintió la actuación de la justicia española (que ahora tacha de incompetente por no haber sido I. parte en las actuaciones donde se decidió su radicación), acatando su decisión cuando la sentencia le fue favorable (fallo del 4-6-18) y -en contradicción con dicha postura- pretende luego desconocer la competencia de esa misma jurisdicción, cuando la decisión resultó contraria a su pretensión/interés (fallo del 18/6/19), máxime*



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

C-124043-2

cuando también solicitó ante la misma justicia española una prórroga del plazo que le fue otorgado para retornar a España, tal como ella misma acreditó a fs. 154”.

Aclara que tal afirmación de la Alzada no constituye derivación de argumento jurídico, toda vez que su parte no cuestionó lo resuelto por el tribunal de primera instancia de Madrid por resultarle favorable, decisión que revertida con posterioridad mereció su reproche por causarle agravio.

Afirma la inexistencia de “retención ilícita” toda vez que previo a tener que cumplir con la sentencia de la alzada de España presentó *“ante el juzgado competente los planteos jurídicos que corresponden y que determinan la inexistencia de ilicitud. Como así también lo que se ha indicado en reiteradas oportunidades que el regreso a Madrid en septiembre de 2019...vulneraba inevitablemente los derechos y garantías del sujeto más vulnerable, I.”.*

En relación al tópico vinculado a la residencia habitual del niño dice que la sentencia en crisis resulta incongruente, arbitraria y carente de asidero jurídico (arts. 2601 y 2614 CC y C) cuando indica que la residencia de la madre y el hijo en Argentina no puede *“...considerarse estable y consolidada”* y que no se configuró *“jurídicamente un nuevo centro de vida”*, siendo una situación *“de hecho meramente provisoria y condicionada a la decisión final sobre el punto en cuestión, lo que se compadece con la vigencia de la competencia de la justicia de Madrid, en tanto el traslado no modificó hasta ese momento el centro de vida regular/histórico del niño”.* Agrega que existe confusión al afirmarse que no se encuentra controvertido que la residencia habitual de I. y sus progenitores con anterioridad al traslado, a los efectos de la Convención de La Haya, era la Comunidad de Madrid.

Indica que la residencia habitual es donde el niño tiene sus lazos más significativos y acontecen sus experiencias diarias, su mundo real y emocional. Refiere que el punto de conexión es fáctico y no jurídico, agregando que de la audiencia celebrada con la doctora Mauri se desprende que el niño no recuerda *“sus vivencias en el*

lugar donde vivió con anterioridad”, a excepción de su mascota y que la prueba aportada por su parte guarda relación con la noción de residencia habitual demostrando cabalmente cual es hoy su centro de vida.

Refiere que cuando se le consultó a I. en relación a su vida en Argentina (acta de fs. 175) sostuvo que su deseo era estar en este país con su madre, lugar donde vive la familia extensa. Aduna que ello también surge del informe del equipo técnico del juzgado de fs. 220/221.

Concluye con cita del artículo 2613 del Código Civil y Comercial de la Nación y partiendo de definiciones vinculadas a los conceptos centro de vida y residencia habitual, que esta última es en Argentina; afirmación que dice encontraría un límite en el traslado ilícito que pudiera haberse dado, supuesto que asevera no es del caso tal como fue indicado por ambas instancias inferiores.

Critica la interpretación efectuada sobre las excepciones previstas en la norma.

En tal sentido refiere que en la sentencia se deja de lado probanzas que concluyen que el reintegro del niño a España le causaría un grave perjuicio y daño, afirmando que las manifestaciones de las sentenciantes son contradictorias por cuanto por un lado refieren a informes que sostienen aquello (inf. de las Lic. M. E. F. terapeuta personal de I. -fs. 153- y Giselle Alejandra Majanovsky, psicóloga del juzgado -fs. 223-), para luego “*desacreditar*” las conclusiones, en especial la de la profesional que atiende al niño, a lo que suma que el equipo técnico del juzgado “*avala y sustenta lo mismo que indicó la Lic. F.*”.

Al respecto agrega que las magistradas luego de citar lo que surge de los informes antes referidos, concluyen y determinan arbitrariamente que “*no surge el peligro psíquico grave en los términos que exige la CH1980 (art. 13)*”, configurándose absurdo al desprenderse precisamente lo contrario de los coincidentes informes producidos por los profesionales intervinientes.



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

C-124043-2

Refiere que el interés superior del niño debe prevalecer, debiéndose tener presente que su parte ha ofrecido en reiteradas oportunidades al señor M. S. que I. viviera un tiempo con cada progenitor, resaltando que la modalidad escolar del colegio al que asiste el niño en Argentina lo permite.

Suma que no se le ha dado oportunidad de probar el arraigo de I. en Argentina, prescindiéndose de pruebas que pudieron resultar decisivas y que la única probanza que se produjo fue el informe del equipo interdisciplinario, del que precisamente se desprende dicho arraigo e integración del niño en este país, circunstancia que también surge de los dichos del menor en las dos audiencias que se llevaron a cabo con su presencia.

En orden al derecho del niño a ser oído, dice que las señoras juezas deberían haberse centrado en la voluntad expresa de I. de vivir en Argentina y su capacidad para entender y determinar ello, lo que manifiesta surge probado del informe del equipo técnico, por lo que entiende que negar y rechazar el expreso deseo del niño vulnera los principios, derechos y garantías del ordenamiento jurídico

Se agravia que en la sentencia en crisis se hubiera indicado que no se invocó, ni acreditó su imposibilidad de volver a España con I. Afirmo que no se tuvo presente el grave daño que puede causarle al menor la incertidumbre de la progenitora de no contar con recursos mínimos para sustentar las necesidades del niño, en especial cuando el progenitor hace más de seis meses no cumple el pago de alimentos y en *“todas las instancias se ha determinado que la mejor custodia es la de la madre”*, resultando la sentencia de imposible cumplimiento sin que se vean afectados los principios, derechos y garantías del menor.

Por último critica que en la sentencia se aseverara que *“el interés superior de I. se preserva restableciendo la situación de origen. Y si bien es cierto que esta regla debe ceder ante una situación extrema que imponga privilegiar el bien del niño desplazando en tal caso el beneficio que importa el cese de las*

vías de hecho; tal como se mencionó en los apartados anteriores, en las presentes actuaciones no se incorporaron elementos probatorios que permitan formular tal desplazamiento del interés superior que como regla general trasunta la Convención”.

En relación a tal afirmación dice que las sentenciantes no solo no han dado cumplimiento a la premisa de brindar fundamentos a la selección de la prueba que realizaron, sino que tampoco han tenido presente los informes de los especialistas que determinaron tres importantes cuestiones: la situación de vulnerabilidad por la que atraviesa el niño, el grave perjuicio y miedo que le causa pensar en viajar para vivir solo en Madrid con su padre; la expresa voluntad del menor de vivir en Argentina; y su capacidad de tener pensamiento propio. Todo lo cual -dice- surge del informe de fs. 218/222; así como también los de la Licenciada E. F. y la médica psiquiatra M. T., que atendieron y acompañaron al niño durante el proceso, constancias estas dos últimas que fueran agregadas por su parte.

Sostiene que la Cámara, a la luz del interés superior no ha analizado la cuestión en el caso particular, pues en el supuesto de I. tal premisa no se satisface con el retorno inmediato al statu quo anterior, resultando las formulaciones efectuadas apriorísticas y ajenas a la verdad. El interés superior del niño, dice, no es un principio vacío de contenido, sino que debe calificarse y redefinirse atendiendo a las particularidades de cada situación y la realidad fáctica, lo que no se ha dado en el caso.

Reitera conceptos ya vertidos en orden a la imposibilidad material de su parte de vivir con I. en Madrid, el deseo del niño de estar cerca de la familia extensa y afirma la importancia, para su total formación, de crecer junto a su madre.

Luego dice que en síntesis, la Alzada incurrió en falta de fundamentación suficiente en relación a la situación del menor, no obstante ser el sujeto de prevalencia para el plexo normativo nacional y supranacional; existieron defectos en la consideración de los extremos conducentes, al no haber tenido en cuenta constancias de



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

C-124043-2

causas conexas, como así tampoco la voluntad del niño; y se apartó de informes psicológicos ante el juzgado de familia, cometiendo errores inexcusables en la valoración de las circunstancias de hecho y prueba.

Afirma que por todo lo expuesto corresponde *“descalificar lo resuelto como acto jurisdiccional válido, ya que la solución acordada ha omitido la indispensable fundamentación y carece de fundación en las normas de máxima jerarquía que alumbra a la estructura especial que atiende a las personas que se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad”*.

También se agravia de la imposición de costas y se reserva la posibilidad de producir prueba.

III) 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 la apelante respecto de la absurda valoración de la prueba efectuada por el tribunal en oportunidad de determinar la residencia habitual de I.

Al respecto, adelanto mi opinión según la cual los agravios de la impugnante carecen de entidad para conmovir 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).

En particular y teniendo en cuenta las pautas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación al establecer que “en materia de desplazamientos,

retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en los convenios, asegurando el interés superior del niño” (art. 2642, 1er. párrafo, comparto los argumentos desplegados por la alzada para considerar aplicable a la especie el CH 1980 sobre la base de determinar que la progenitora modificó unilateralmente el statu quo del menor transformando a partir de su decisión de quedarse en Argentina, en septiembre de 2019, en ilícita la retención del niño en este país (art. 1 inc. a y 3 de la CH 1980).

Asimismo 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).

Concretamente, la cámara departamental argumentó: “...no se encuentra controvertido (y surge de las constancias que dan origen a este proceso) que el lugar de residencia habitual de I. y de sus progenitores, con anterioridad a su traslado y retención en este país (Argentina), a los efectos de la Convención de la Convención de La Haya, era el de la Comunidad de Madrid, España (residencia habitual en los términos antes referidos)”.

Dijo que tampoco “está en discusión que un juez de primera instancia español autorizó -por decisión recurrida- a la madre a fijar domicilio junto a su hijo en la República Argentina, por lo cual, como sostiene el apelante, su traslado resulto lícito, de conformidad con la sentencia dictada el 4-6-18; no obstante, lo cierto es que la Audiencia Provincial de Madrid modificó tal decisión y dispuso que para continuar con la custodia del niño debía la impugnante retornar a Madrid y fijar allí residencia a partir del mes de septiembre de 2019 -fecha del comienzo del ciclo lectivo en el país ibérico (fs. 19/24)”.



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

C-124043-2

Agregó que la progenitora conociendo dicha obligación, decidió quedarse en Argentina junto con “*I. modificando unilateralmente el statu quo del menor (en lo que hace a su régimen de vida), transformando a partir de esta última decisión, en ilícita la retención del niño en este país. De allí que resulte, entonces, plenamente aplicable al caso el Convenio del 25 de Octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores (conf. Art. 1 inc. a.”.*

En esa línea, puntualizó que no habiendo “*la recurrente, demostrado error en la calificación de la retención (ilícita) de I. en este territorio contra la decisión de la justicia española -devenida inclusive firme durante el transcurso del proceso-, el agravio al respecto debe ser desestimado (art. 260 del CPCC.”*

De las constancias de la causa se desprende que ambos padres fueron a vivir a España en el año 2010, I. nació el ... de ... de ... (fs. 45), la ruptura de la convivencia matrimonial fue a fines de 2014, la progenitora siguió viviendo en Madrid hasta que en febrero de 2017 se trasladó a Argentina con su hijo, iniciando el progenitor una acción de restitución internacional que tramito por ante el juzgado de Familia N° 2 de Moreno-General Rodríguez y en el marco del cual acordaron el retorno del niño al país ibérico que se efectivizó en agosto de 2017. En junio de 2018 el Juzgado de Primera Instancia N° 22 de Madrid autorizó a la madre a trasladarse y fijar residencia en Argentina, decisión que recurrida por el progenitor fue revertida por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo Segunda estableciendo -en lo que aquí interesa- que el niño permanecería bajo la custodia de la madre, siempre que ésta volviera a constituir su residencia en la Comunidad de Madrid en compañía de su hijo, antes del comienzo del mes del curso escolar (septiembre), disponiendo que para el supuesto de no hacerlo, la custodia se atribuía al padre. Luego durante el transcurso del presente proceso, con fecha 11/12/19 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de Justicia de España inadmitió los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por la señora F. contra la referida decisión y declaró firme la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (v. fs. 275/278 vta.).

Así, resulta claro que como sostiene la Alzada I. vivió en la Comunidad de Madrid, España desde su nacimiento hasta el año 2017, en que la señora F. lo trasladó a Argentina, decisión que obligó al progenitor a entablar demanda de restitución internacional que tramitó por ante la justicia del departamento judicial Moreno-General Rodríguez para lograr su retorno al país europeo y de cuya sentencia se lee que la residencia del niño es en España (fs 59 vta., volviendo a dicho país donde la conflictiva familiar fue ventilada judicialmente. Dicha jurisdicción fue aceptada por la aquí quejosa planteando frente al resultado adverso de la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid y antes del inicio de esta nueva causa de restitución aquí en análisis por parte del progenitor, una prórroga a la fecha impuesta para volver a España, ya que sostuvo su imposibilidad de encontrar inmueble para alquilar, carecer de trabajo en dicho país, estar el niño cursando el ciclo lectivo en Argentina y por cuanto la sentencia *“no indica, ni informa, como debería volver I. a Madrid, esto es, quien tiene que llevarlo, y demás cuestiones fácticas para que eso se lleve a cabo en la práctica...hasta que se resuelva el Recurso de Casación interpuesto...”* (ver fs. 154 y 160 vta.); remedio este último que finalmente confirmó la sentencia que la obligaba a regresar a España en septiembre de 2019 (fs. 275/279).

De ello se sigue que la retención de I. en Argentina implicó de parte de la madre sustraerse de la originaria competencia del juzgado que interviene en razón de la residencia habitual del menor, esto es España, consentida por la aquí quejosa a través de los procesos iniciados en el país ibérico y quien no solo pidió prórroga para su regreso, sino que además actuó los remedios a su alcance en pro de revertir la decisión que impuso pautas temporales y espaciales para el retorno del niño a Madrid, contrariando tanto lo dispuesto por la justicia española que decidió sobre el régimen de vida del niño, cuanto la voluntad del padre con quien de acuerdo a lo que se desprende de la documental anexada comparte la responsabilidad parental o la “patria potestad”.

Finalmente, según la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, la residencia habitual del niño no puede ser alterada por uno de los padres en fraude a



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

C-124043-2

los derechos del otro o por vías de hecho. Por ende, no puede adquirirse a partir de una retención ilícita.

En definitiva, la impugnante no ha logrado conmover los datos fácticos ni jurídicos reseñados como prueba y fundamento de la decisión que determinó que al momento del traslado del niño la residencia habitual de I. se hallaba en España (art. 279 CPCC).

ii. Verificada la ilegalidad del traslado o retención -que, en principio, habilitaría el regreso inmediato en procedimientos activados dentro del año (art. 12 primer párrafo del CH 1980)-, queda por analizar la configuración de las excepciones a las que los Convenios supeditan la operatividad del procedimiento de restitución del art. 13 CH. 1980, que la quejosa cuestiona en el entendimiento que ha sido erróneamente aplicado y cuya interpretación debe efectuarse rigurosamente a los efectos de no frustrar la efectividad del Convenio (Fallos 318:1269; 328:4511 y 333:604, entre muchos otros).

Ello así, me permito discrepar con la recurrente en cuanto considera el grave riesgo que podría sufrir I. de regresar a España, pues, los agravios traídos en su sustento, no resultan contestes con las pautas hermenéuticas desarrolladas por el Máximo Tribunal de la Nación en pos de guiar al intérprete hacia una correcta aplicación del texto convencional.

Así, en particular relación con la causal en análisis y contemplada en el artículo 13 inc. b) del Convenio de La Haya, la Corte Federal ha sostenido que "...Las palabras escogidas por los redactores de la norma (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico o cualquier otra situación intolerable) revelan el carácter riguroso con que debe evaluarse el material fáctico de la causa para no frustrar la efectividad del CH de 1980, quien se opone a la restitución debe demostrar con certeza, que existe un riesgo grave de que el reintegro exponga al niño a un serio peligro físico o psíquico, la facultad de denegar el retorno, requiere que el menor presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige la

conurrencia de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente...” (Fallos 333:604, sent. de 19-5-2010, entre muchos otros).

En la misma línea 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).

En la especie la recurrente plantea que debido al arraigo del niño en nuestro país, el reintegro a España le acarrearía un grave perjuicio.

Vale remarcar que 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).



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

C-124043-2

Así, la CH1980 ha establecido que la residencia habitual a la que debe recurrirse para determinar el derecho aplicable sea aquella inmediatamente anterior al traslado o retención (conf. Boggiano, Antonio, "Derecho Internacional Privado: en la Estructura Jurídica del Mundo", quinta edición, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008, pág. 170 y ss.), razón por la cual, la consecuente posible integración del niño en su nuevo lugar de residencia no impide su debido retorno (conf. art. 3º, CH 1980).

En el régimen convencional, la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquél, aún cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo, pues 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 (C.S.J.N., Fallos: 333:604; entre otras). Ello a excepción que la solicitud o demanda de restitución haya sido promovida con posterioridad al año desde ocurrido el traslado o retención ilícitos, situación no ocurrida en la especie (fs. 116 vta. y sus antecedentes).

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

Bajo tal hermenéutica, acierta la Alzada cuando analizando lo que se desprende del informe del cuerpo técnico de fs. 218/223 y de lo sostenido por la terapeuta personal del niño (fs. 153) refiere que más allá de lo informado, no se advierten

elementos que permitan aseverar la probabilidad de que ocurra un daño de carácter concreto, excepcional o intolerable hacia el menor de modificarse sus actuales circunstancias de vida, que trascienda los trastornos “*propios de la naturaleza de este tipo de causa que persigue la restitución internacional de un menor*” (fs. 431, 433 vta, 434), a la par que no surgen datos objetivos que el padre haya de proporcionarle un ambiente de hostilidad o amenaza (fs. 5/14, 19/24, 25/32, 100/115, 149/150, 176/177, 181/186, 218/222, 249/251, 275/278, 460).

A ello agrego que como se ha sostenido, la denegación del retorno bajo la cláusula de grave riesgo requiere que el niño presente una perturbación superior a la que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres (Fallos 318:1269; 328:4511; 333:604), la que no se logra advertir de las constancias de la causa, sellándose así la suerte adversa de este agravio en examen.

Por otro lado y en orden al cuestionamiento vinculado al derecho del niño a ser oído y el deber de las magistradas de centrarse en la voluntad expresa de I. , advierto que las señoras juezas sostuvieron “*que en la entrevista mantenida con el menor...se manifestó espontáneamente y con entusiasmo sobre las características de su vida y manifestó no recordar sus vivencias en el lugar donde vivió con anterioridad, excepto la extensa referencia que hizo respecto de la perra...Ninguna alegación negativa formuló en esa ocasión el niño respecto a España o a su padre*”. Agregaron que “*en cuanto a lo expresado ...ante la Magistrada de grado anterior (en relación a su papá y a los motivos que lo impulsan), cuadra reseñar que tal apreciación debe ser merituada considerando el grado de madurez del niño, su edad y las circunstancias a las que se ve expuesto (no pudiendo ignorarse que a los niños se les plantean habitualmente conflicto de lealtades...quedando muchas veces sujetos a las percepciones y emociones del padre conviviente)*. Recordaron ...*que en este proceso, lo que importa es determinar si el traslado provocará un trastorno excepcionalmente grave...y no con cuál de los padres ha de vivir el menor...vivir con uno u otro cónyuge en distintos países es una hipótesis contraria a lo establecido en la sentencia española (que prevé un modo de*



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

C-124043-2

contacto con ambos padres). De ello se deduce que la mentada opinión de I. no puede ser tomada como elemento de convicción para rechazar la restitución, pues ... la situación y edad del niño, resulta insuficiente para considerarlo un juicio determinante al respecto... tampoco surge de tal elemento que la medida de restitución genere el peligro de una amenaza inminente de graves daños o desgracias” (fs. 435/436 vta.).

Del acta de la audiencia celebrada por ante el señor asesor de menores, doctor Curti, surge que a I. *“le gusta pasar tiempo en Argentina, porque es donde vive su familia, sus amigos y el colegio. También cuenta que a su papá lo vio en Noviembre...y habla por teléfono con él. Consultado en relación a las condiciones que le agradarían existieran si tuviera que volver a Madrid, expresa “que le gustaría estar seis meses con cada uno...que podría viajar cuando es verano en España” (fs. 460).*

Así, respecto de la excepción contemplada por el art. 13 inc. b), parr 2° de la Convención de La Haya de 1980, vinculada a la oposición del niño a regresar al país de su residencia habitual, 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)”.

En la misma línea, esa 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).

Ahora bien, la opinión que el niño pueda poseer sobre el tópico (art. 13, 4º y 5º párr., CH1980) debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez, para lo cual es imprescindible al juez conocerlo y ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo 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).

En los presentes se ha dado cumplimiento a la manda constitucional por parte de los magistrados intervinientes, así como también por el Representante del Ministerio Público Tutelar, quien dictaminó en orden a la vuelta del niño a España (conf. 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 y su doctrina; 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).

Ello así, 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),



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

C-124043-2

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).

Así, a la luz de lo expuesto, a la hora de ponderar la opinión del niño para configurar la excepción contemplada en el artículo 13, inciso b, punto 2 de la Convención de La Haya, el decisorio no ha incurrido en absurda valoración de la prueba, ni ha aplicado erróneamente la Convención de La Haya, ni la Convención sobre los Derechos del Niño, valorando fundamentalmente su superior interés conforme su edad y grado de madurez (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. y 384 del CPCC), por lo que tampoco encuentro configurada -al igual que lo hizo la Cámara- la excepción en estudio, destacando que el regreso del niño a su lugar de origen también atiende al “interés superior” y al respeto por las relaciones familiares como aspecto que integra el derecho a su identidad -arts. 3 y 8 de la CDN-(SCBA, Ac 91561, sent de 20-8-2004).

Finalmente entiendo del caso mencionar que 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).

iii. Por último y para dar satisfacción a la recurrente cuando sostiene que la sentencia en crisis prescinde de pruebas que considera esenciales, diré que 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.).

Agrego que 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).

iv. En relación al agravio dirigido a cuestionar la forma en que fueron fijadas las costas, cabe recordar que es doctrina de esa 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).

IV) Sin perjuicio de la opinión dada y tal como ya he sostenido en otros dictámenes vinculados a la temática, dado que se hallan comprometidos derechos fundamentales de un menor -en particular el derecho a la protección de su integridad psico-física (art.19 y ccs. CDN)-, cuya consideración primordial impone la necesidad de potenciar el proceso hasta el máximo de su instrumentalidad (conf. art 4 y ccs. CDN y SCBA C. 104.149, sent. del 15-7-2009 e.o., estimo prudente propiciar a ese Alto Tribunal que en el marco de sus supremas atribuciones (SCBA, C. 90.868, sent. del 15-12-2004 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 (arts. 36 inciso 2, 471, 473 y ccs. CPCC) en la persona de I.



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

C-124043-2

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 (conf. 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), en especial atención al real y superior interés del niño, eje que, por imperativo legal, debe orientar la decisión judicial que se adopte (art. 3, 12 CDN, Ob. Gral. nº 12 del Comité sobre los Dchos. del Niño “El derecho del niño a ser escuchado”, 51º P. de sesiones, Ginebra, del 25 de mayo al 12 de junio de 2009, v. http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf, que fijó pautas interpretativas y claras recomendaciones, para dar efectividad al derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta).

V) Por último, es del caso mencionar que el objetivo de las convenciones radica en garantizar “...el regreso no sólo inmediato del niño sino también seguro (causa CIV 113978/2010/2/RH1, “Q.A.C. c/ C.,M.V. y otro s/ reintegro de hijo”, del 25/10/16, considerando 11, segundo párrafo)...” (Fallos: 339:1781), por lo que dadas las concretas circunstancias del caso aquí ventiladas, y de compartir esa Suprema Corte lo opinado en orden al regreso de I. a España, sólo resta expresar la preocupación de este Ministerio Público por la conducta de los adultos implicados y su incidencia o afectación en el menor (arts. 3, 19 y cc. de la CDN).

En ese entendimiento opino, 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 (arg. art. 34, inc. 5, C.P.C.C; CSJN, “B.S.M c/ P.V.A. s/ restitución de hijo”, sent. de 19-5-2010, S., D. c/ R., L. M. s/ reintegro de hijo y alimentos”, sent. de 2-7-2013; CSJN, H.102.XLVIII ‘H.C., A. c/ M.A., J.A.H, sent. de 21-2-2013; entre otros).

Asimismo, siempre teniendo en miras el interés superior del menor (art. 3 de la CDN) y a fin de resguardar sus derechos, entiendo del caso propiciar el dictado de otras medidas -más allá de las ordenadas por la señora jueza de familia (fs. 290 vta./291)- que coadyuven al efectivo y pacífico reintegro del niño para evitar que se lleve a cabo en forma traumática para él (arts. 3, 19 y cc de la CDN), las que dejo al elevado criterio de V.V.E.E. y entre las que me permito 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 (arg. art. 7 inc. h, CH1980).

Al respecto 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.3º, inc.1 y 2 de la CDN)], esta Corte Suprema ha destacado en reiteradas oportunidades el rol primoridal 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. 7º del CH 1980, causa CSJ 129/2012 (48-G)/CS1 y Fallos: 3341287 y 1445; 335:1559 y 336:97)”.

VI) Por todo lo hasta aquí opinado y con los alcances expuestos, propicio a V.E. se rechaza el recurso extraordinario interpuesto.

La Plata, 22 de diciembre de 2020

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

22/12/2020 10:37:48