



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

563

C-121879-1

C. 121. 879 "B., M. V. c/
Z., A. D. s/ restitución
internacional de menores"

Suprema Corte:

I. La Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Quilmes, resolvió rechazar el recurso de apelación deducido por el demandado, y confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 70/73 vta., en cuanto hizo lugar a la restitución internacional del niño M. Z. a la ciudad de S. A. de G., Madrid, España (v. fs. 185/188).

Contra ese pronunciamiento, el señor A. D. Z., progenitor del niño, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denunciando la violación o errónea aplicación de los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional; artículo 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; artículos 3, 26 tercer párrafo, 1613 [sic], 1614 [sic] y 1642 [sic] del Código Civil y Comercial; artículos 3.1 y 12.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; artículos 2, 3, 4 y 13 inciso b) de la Convención Internacional de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; artículos 34 inciso 5) apartados b) y c), 163 inciso 5), 354 y 362 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires (v. fs. 200/221).

Argumenta -en síntesis- que la Alzada ha convalidado la sustanciación de un proceso en el que su parte no tuvo oportunidad adecuada de ser oído, ofrecer, producir y controlar la prueba de autos, pretendiendo tener por resguardado el debido proceso con la concurrencia de su parte, y su letrado, a la audiencia del 4 de mayo de 2016, donde exclusivamente se le brindó conocimiento del trámite de restitución internacional. Que la celeridad y limitación cognoscitiva del proceso de restitución, no habilita a la omisión del traslado formal de la demanda y la

documentación respectiva a fin de posibilitar el análisis y debida réplica para el esclarecimiento de los hechos.

Suma a esta vulneración de la defensa en juicio, la infracción al principio de igualdad y bilateralidad efectiva, que se puso en evidencia con la descalificación de la prueba presentada a la Cámara con el recurso de apelación, y que permitía descartar el valor probatorio de toda la documentación aportada por la demandante. Que el "a quem" ha incurrido en exceso ritual, al privilegiar la conocida limitación cognitiva de los recursos concedidos en relación -que impide el replanteo de la prueba y la adjunción de documentación sobreviniente ante la Alzada-, por sobre la verdad en un proceso de especial sensibilidad y trascendencia como el sub lite. Que la prueba que no pudo incorporarse era demostrativa de cuestiones fundamentales como la legitimidad del traslado, y de la inconveniencia del regreso del niño por poderosas razones médicas, o sea pertinentes y conducentes para la correcta solución del litigio.

Considera que el fallo padece de arbitrariedad, dogmatismo y absurda valoración de los presupuestos configurativos de la retención ilícita, concluyendo erróneamente sobre la residencia en España como centro de vida de su hijo M., previo al traslado, y la falta de intención de ambos progenitores de que el niño permanezca en Argentina.

Por la grave indefensión en que se colocó a su parte -continúa- el proceso se vio privado de la explicación detallada del contexto en el que las partes de este juicio desplegaron su plan familiar, ya que pese a estar separados desde poco después del nacimiento del niño, los tres, como familia, viajaron reiteradamente a España, por razones laborales y por períodos variados, pero en ningún momento fue intención de ninguno desplazar el centro de vida hacia ese país. Ambos son argentinos y en más de una oportunidad sostuvieron que como padres, el eje vital era Argentina. Prueba de ello, lo constituye el haber mantenido domicilio en este país para



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

C-121879-1

todos los efectos legales y las autorizaciones conferidas por la señora B. a su parte, para salir de Argentina con el niño entre los años 2014 y 2015, entre otros elementos. De modo tal, que resulta absurda la conclusión de la existencia de un traslado o retención ilícita, en la medida que el centro de vida de M. siempre fue Argentina.

Prosigue con la denuncia de absurdo en la determinación de ausencia del grave perjuicio psíquico que el traslado dispuesto ocasionara en el menor -lesivo de su superior interés- atento las condiciones de salud que padece; pues no se ha tenido debidamente en cuenta que M. ha sido diagnosticado con TEA (autismo); y que como dan cuenta los informes, omitidos de apreciación, el trastorno precisa de un abordaje intensivo e integral que se encuentra realizando con excelentes resultados en Argentina, y que en España no estaba recibiendo.

Finalmente, aduce la falta de escucha adecuada del niño en los términos exigidos por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en punto a la exigencia de personal especializado que pueda comunicar al niño, de acuerdo a sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial; y en el caso, ningún especialista siquiera vio ni oyó a M., y mucho menos en presencia de los jueces de la Cámara. Deja planteado caso federal.

II. Los postulados sobre los que se plantea la resolución de cuestiones como las del *sub lite*, coloca en tensión los paradigmas de la urgencia y celeridad que debe imprimirse a los requerimientos internacionales de restitución de niños, con el inevitable respeto a las garantías de debido proceso y defensa en juicio. A lo que debe naturalmente sumarse, la prevalencia del superior o mejor interés del niño, traducido en decisiones que sopesen las repercusiones sobre su vida de forma individual, y con arreglo a su situación y necesidades.

A fin de verificar en el contexto de autos, el cumplimiento de tales premisas, paso a reseñar las circunstancias del trámite.

a. Formulada por la señora B demanda de restitución internacional de su hijo (11 de abril de 2016, fs. 52/54), el Juzgado dispuso -con fecha 14 de abril-, la radicación directa ante el magistrado descartando la apertura de la instancia previa, con fundamento en el artículo 2º de la ley 23.857 (Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Conferencia de La Haya 1980).

Con la misma invocación legal, y en el mismo acto: a) ordenó mandamiento de constatación de residencia y domicilio del niño; b) designó audiencia a fin de que comparecieran ante los estrados, la señora asesora de incapaces, el progenitor junto al niño o quien se encontrara a su cuidado, con patrocinio letrado; c) dispuso para idéntica fecha, una entrevista psicológica del progenitor y del menor, y para luego de practicada, d) cumplimentar la diligencia de oír al menor en los términos del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En el mismo proveído resolvió que en caso de oposición, el señor Z. o la persona a cargo del menor, alegue y ofrezca prueba dentro del marco previsto por la Convención (fs. 55/56).

Seguidamente, a fs. 64 consta acta de la audiencia del 4 de mayo de 2016, desprendiéndose la oposición del señor Z. a la restitución pretendida, alegando la inexistencia de traslado o retención ilícita, dada la conformidad de la madre, cuanto el peligro o riesgo psíquico que el regreso a España ocasionaría a su hijo, considerando la patología del espectro autista que padece. Acompaña prueba documental y solicita producción de informativa, intentando acreditar los extremos de improcedencia aducidos.

En misma fecha a fs. 65, obra constancia de la presencia de la señora B. ante S.S. indicando que el niño M. se encuentra viviendo con ella en la C. A. B. A.; que el



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

C-121879-1

menor no concurre a la escuela, pero sí que está siendo tratado con fonoaudióloga y terapeuta ocupacional. Asimismo brinda explicación acerca de sus varios domicilios en Argentina.

A fs. 66, el señor Juez, teniendo presente que el niño se encontraría viviendo con su madre la señora B. en la C. A. B. A., decide dejar sin efecto tanto la pericia psicológica oportunamente ordenada como la escucha del niño, y dispone correr vista a la señora asesora de incapaces, la que se expide a fs. 67 /69 .

Inmediatamente se llega a la sentencia que obra a fs. 70/73 vta., donde se resuelve hacer lugar al pedido de restitución internacional del niño M. Z. efectuado por su madre, con quien se encuentra viviendo en la C. A. B. A., y con la que deberá regresar a S. A. de G., Madrid, España.

Frente al conocimiento de tal solución, el Sr. Z. efectúa una presentación espontánea, explayándose sobre los extremos de improcedencia de la restitución conforme lo hubo esbozado en la audiencia y solicita agregación y producción de prueba.

A esto, se dispone estar a lo ya resuelto en la sentencia; por lo cual el demandado Z. recurre en apelación ante la Cámara, argumentando –básicamente- violación a la garantía de la defensa en juicio, desnaturalización del proceso, con privación de oportunidad cierta de contestar las pretensiones y alegaciones de la demanda y de producir prueba, y falta de escucha del menor.

La decisión de la Alzada refrendó todo lo actuado por el *a quo*, considerando que "...la pretendida admisión, producción y ponderación de prueba, basada en la falta de traslado de la misma, resulta en principio inaudible, en atención a que el demandado ha comparecido con asistencia letrada a la audiencia del día 4 de mayo de 2016 (fs. 64), tomando

conocimiento del trámite de restitución internacional de su hijo, acompañando documentación...sin armar nueva documental hasta la presentación del memorial". "Que en la orientación señalada, implícitamente quedó notificado... de la promoción del juicio...mas cuando del contexto de la audiencia puede extraerse una manifestación plena evidente y categórica de su conocimiento". "Consecuentemente...la ponderación de la prueba acompañada...con el memorial de agravios ha de ser desestimada...máxime cuando no existe una negativa expresa, concisa y contundente de los documentos adunados por la actora, como para controvertirlos" (v. fs. 186 vta.).

b. Entiendo que si bien lo tramitado cumplimentaría la urgencia y celeridad en los procedimientos que exige la Convención Internacional de Restitución de Menores de La Haya 1980, no abastecer, a mi modo de ver, la oportuna y adecuada operatividad de la garantía de acceso a la justicia en condiciones de igualdad (arts. 18, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Es posible que a este proceder especialmente expedito de la primera instancia, convalidado por la Alzada, pero con merma de derechos constitucionales del demandado, ha venido a contribuir la ausencia de normas procedimentales internas específicas, que regulen el trámite que cabe otorgar al pedido de restitución internacional de niños.

Como es sabido, la mencionada Convención (ley 23.857) no contiene previsiones de tal naturaleza; solamente dispone, en su artículo 2º, que los Estados contratantes adoptarán "...todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan".

En la República Argentina, no existe un procedimiento fijado para estos casos, por lo que corresponde utilizar el más



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

C-121879-1

breve previsto por cada regulación local, en tanto la materia procesal ha sido una competencia no delegada por las provincias al gobierno federal. Por lo que, dependiendo de cada normativa provincial, el trámite restitutorio puede ser encauzado a través del proceso de conocimiento sumarísimo, el juicio ejecutivo o algún procedimiento autosatisfactivo que asegure al mismo tiempo la bilateralidad del trámite (ver Pettigiani, Eduardo J. y Skratulia, Esteban, “Restitución internacional de menores”, en DFyP 2015 del 13/07/2015).

Agrego a ello, lo expresado recientemente por la Corte Suprema de la Nación en cuanto a la necesidad de “... poner en conocimiento de las autoridades correspondientes que la ausencia de una ley procesal específica en materia de restitución internacional de menores constituye, sin lugar a dudas, un factor decisivo en la prolongación del trámite de este tipo de causas judiciales (...) entendiendo imperioso exhortar al Poder legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del CH 1980 y permita cumplir con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribir dicho convenio” (CSJN, “G.,L. s/ Por su hijo G.P., T. por restitución s/ Familia p/ rec. ext. de inconstit.-casación”, sent. del 27/12/2016).

Respecto de la Provincia de Buenos Aires, ha establecido V.E., que “La remisión a la legislación interna más apta para obtener el fin perseguido (por el Convenio), en el marco de nuestro Código Procesal Civil y Comercial, resulta ser el procedimiento sumarísimo (art. 496), en función de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 321 (en los demás casos previstos por este Código u otra ley)” (conf. SCBA Causa 104.149, sentencia del 15/07/2009).

En estos términos, y conforme la regulación legal antedicha, correspondía en los presentes actuados brindar -en las etapas y plazos fijados- a quien se le ha imputado haber trasladado o retenido ilícitamente a su hijo, la posibilidad de oponerse a la petición, y de probar que no se encontraban reunidos los requisitos de procedencia (residencia

habitual y traslado o retención ilícitos), como acordarle también, la oportunidad de alegar y acreditar la existencia de alguna de las excepciones que el convenio prevé expresamente para evitar el reclamo (art. 13 CIRM La Haya 1980).

“Esto hace al abecé de la Constitución, del acceso a la justicia, de la garantía de la defensa y de la tutela judicial continua y efectiva...”, de modo que “...por más sumariedad y urgencia que corresponda otorgarle [a la restitución], y aún cuando el objeto del juzgamiento no tenga que ver con el fondo de las cosas, sino con la reparación inmediata de un *statu quo* arbitrariamente alterado, salta a la vista la necesidad de que exista un proceso. Y al decir proceso, naturalmente se entiende, el proceso debido, en el cual se respeten todas y cada una de las garantías que integran el paradigma de debido proceso legal...” (conf. SCBA Causa 104.149 op. cit; Causa 107.623, sentencia de fecha 2/09/2009, entre otros precedentes).

Puntualizo, también, “... que es mediante el debido proceso judicial que se logra la concreción de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y en tiempo razonable...que amén de la urgencia, asegure indefectiblemente, las garantías de defensa en juicio y el derecho del niño de ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana” (conf. Scotti, Luciana B., “Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños, en Rev. Derecho de Familia n° 62, pág. 125 y ss.).

De modo que, por tratarse de una tutela especial, pues se protegen derechos de los niños a nivel internacional, lo que compromete a su vez la responsabilidad estatal, se requiere de un tratamiento diferenciado, ágil y expeditivo, sin que ello implique que no deban respetarse las garantías del debido proceso judicial. Precisamente, la tutela judicial efectiva de estos derechos amparados internacionalmente se logra a través del debido proceso, donde el derecho de defensa y el derecho del niño a ser oído y su opinión tenida especialmente en cuenta, reviste singular importancia.



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

C-121879-1

El concepto de “proceso urgente” carente de las etapas que definen al proceso como tal, no puede tener cabida en aras de la celeridad; ya que el proceso concebido como garantizador de los derechos constitucionales, pretende el irrestricto respeto de la Constitución y de los Convenios internacionales que se encuentran en un mismo rango jurídico, como en el caso la Convención Internacional de Restitución de Menores de La Haya 1980, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional de Derechos Humanos.

En esta línea de pensamiento, ha sostenido V.E. que “...deben resguardarse las garantías del debido proceso y el demandado tener la posibilidad de oponerse a la restitución, debiéndose proveer la prueba por él ofrecida (conf. Scotti, Luciana, “LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN UN CASO DE Restitución Internacional de menores”, RDFyP, La ley, Año III, N°8, pág. 76), cuando ello no sea así, la credibilidad de las alegaciones respecto de las características personales del solicitante debe ser investigada más adecuadamente en el estado de la residencia habitual del menor, que es el foro para la determinación de las cuestiones vinculadas con su custodia (conf. arts. 16, 17, 19 y concs., C.H. 1980; y en “S96/2489” [1996], INCADAT HC/E/FI 360; entre otras).

En la materia específica del *sub examine*, sin duda el centro de atención y protección es el niño M.; quien, no surge de autos, haya tenido oportunidad de ser escuchado, en las condiciones que era menester, atendiendo su edad y particular situación de salud. Como tampoco se desprende que se hubiera indagado desde la interdisciplina acerca de su contexto y necesidades actuales y concretas, a fin de permitir al sentenciante medir con la mayor aproximación posible, el impacto de su decisión en la persona de M.. Esto así, comportaba brindar plena operatividad al mandato constitucional, convencional y legal de otorgar preeminencia al superior interés de M. (arts. 3, 12.2 CIDN, art. 26 C.C y C. de la Nación, art. 27 ley 26.061).

Para que se advierta la envergadura que tiene la escucha al niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que no obstante que los juicios que involucran a los niños “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional”, destacó al mismo tiempo que “la duración de los trámites judiciales debe extenderse lo suficiente como para garantizar que el niño o niña sea adecuadamente oído. En este sentido, no se puede afectar el derecho de la niña o niño sobre la base de justificaciones de celeridad del proceso” (v. Corte IDH 19/8/14, opinión consultiva OC-21/14, parra. 143, citada por Mizrahi, Mauricio, L. en “Restitución Internacional de Niños”, pág. 207/08).

Y en orden a escuchar “adecuadamente” a un niño, también se ha dicho que es hacer referencia a su singularidad, entrando en juego el grado de discernimiento del menor, su estado intelectual y psicológico, el suficiente entendimiento y desarrollo alcanzado; resultando, la más de las veces, completa su escucha, con la intervención de la interdisciplina, clave, como herramienta, para desentrañar la opinión del niño.

Ha dicho nuestro Máximo Tribunal Nacional, en coincidencia con las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, que “El deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares” (v. CSJN, 14/9/10, “V., M. N c/ S., W.F. s/ autorización” citado por Mizrahi, Mauricio, en obra citada).

En tales condiciones, la escucha del niño ha adquirido una importancia vital en el tema conforme la Convención de La Haya de 1996, de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (ley 27.237), estableciendo que su falta de audición, es causal que permite no



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

C-121879-1

reconocer en un Estado contratante las decisiones adoptadas en otro, si la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimientos del Estado requerido” (art. 23).

Sobre esta base, estimo que en la especie se ha privado al accionado y oponente a la restitución, del acceso efectivo a la justicia, con las eventuales consecuencias en relación al niño, quien a su vez por su parte, también ha visto cercenado su derecho a ser oído, con la consecuente afectación del debido proceso legal.

Nótese que se ha sostenido que “El denominado derecho a la jurisdicción no se agota con la posibilidad irrestricta de comparecer ante el tribunal judicial para hacer valer sus derechos. La garantía del debido proceso –su día en la Corte- implica indudablemente oportunidad razonable de alegar y probar. Por tanto, esa posibilidad se frustra –con la consiguiente violación a la garantía del debido proceso- no tan sólo cuando se priva a los interesados de toda oportunidad para acceder a una instancia judicial sino también cuando por irrazonables consideraciones rituales el ejercicio del derecho de audiencia, o del derecho de prueba, es despojado de toda eficacia (conf. de Midón, Gladis E., “La Casación. Control del “juicio de hecho”, Rubinzal Culzoni, pág. 134; Mizrahi, Mauricio L., “Restitución Internacional de Niños”, pág. 233/234 y ss.; SCBA Causa 104. 149, op.cit.).

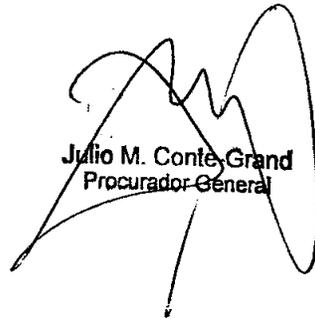
III. Consecuentemente, en virtud de lo expuesto, propongo que se haga lugar al recurso y en caso de compartirlo V.E., proceda a ordenar a la instancia de origen la impresión de un trámite ajustado a las garantías del debido proceso, en el marco de la sumariedad que la materia exige. Incluyendo la posibilidad razonable que el accionado alegue y pruebe las articulaciones que esgrimiera en torno a la residencia habitual de M. y la falta de ilicitud del traslado, cuanto a la causal de excepción al regreso

prevista convencionalmente.

Asimismo, deberá posibilitarse al niño el ejercicio efectivo de su derecho a ser oído, del modo que corresponda atento su condición personal, como también practicarse las experticias adecuadas que completen el conocimiento y panorama de vida de M., a fin de evaluar las implicancias de la solución a adoptarse.

Lo propiciado es sin desmedro de la posibilidad de que V.E. ejercite -como en otra ocasiones y en resguardo del principio del superior o mejor interés del niño- sus exclusivas y excluyentes facultades disponiendo la producción de las diligencias y de las pruebas que resulten conducentes, atendiendo a la urgencia de la materia y los mandatos y derechos constitucionales y convencionales en juego (conf. Causa 119.986, sentencia del 20/4/16, entre otras).

La Plata, *LP* de diciembre de 2017.


Julio M. Conte Grand
Procurador General