



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

C-125154-4

“B. B., L. c/C. ,S. J.
s/ Restitución Internacional de Menores”

Suprema Corte:

I. La Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, de San Martín, con fecha 3 de agosto de 2021 revocó la sentencia del Juzgado de Familia n° 1 de San Martín y, en consecuencia, rechazó la pretensión de restitución internacional incoada por la señora L. B. B.

Contra dicho decisorio la actora planteó recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal -arts. 161 inc. 3° a) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 278 y conchs. del CPCC-, el que fue concedido por la Excma. Cámara con fecha 24 de agosto de 2021.

II. Del recurso de inaplicabilidad de ley.

La quejosa centra sus agravios en considerar que en la sentencia impugnada se ha aplicado erróneamente la legislación y doctrina legal establecida por nuestro más alto tribunal. En particular menciona la violación de los principios rectores del ordenamiento en materia de Restitución Internacional de Menores, arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11, 12, 13 y cc. de la Ley Nacional 23.857; arts. 2, 3, 4, 5, 8, 12, 18 y cc de la Convención de los Derechos del Niño; arts. 8, 18, 19, 25 y cc de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 16, 24 y cc del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 10, 11, 15, 36 incs 2, 3 y 4, 57, 171 y cc de la Constitución Provincial y 14, 18, 28, 31 y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional.

Lo agravia, en primer lugar, que la Sentencia de la Cámara no ha realizado una correcta valoración de las constancias del expediente y ha aplicado erróneamente el artículo 13 de la ley 23.857 y la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia en este aspecto y ha interpretado equivocadamente el artículo 3° inc. “b” del Convenio de la Haya sobre Aspecto Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Sostiene al respecto que *“De las pautas hermenéuticas señaladas surge a las claras la insuficiencia del fundamento esgrimido por el Tribunal para considerar acreditada la excepción del “grave riesgo” a través de la remisión que efectúa al informe pericial de fs. 145/7 y 157 (fs. 300)”*. Plantea que la remisión sin más al informe pericial obrante en autos, evidencia la ausencia de tratamiento de la cuestión relativa a la verificación de los extremos fácticos necesarios para constatar la existencia de un grado acentuado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva de un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres.

Aclara que *“de la sentencia atacada tampoco se advierte una negativa férrea de los niños de volver a la República del Paraguay con las características exigidas por la doctrina del Máximo Tribunal Nacional para tener por configurada la eximente prevista en el artículo 13 penúltimo párrafo, sino que la opinión de las niñas [sic] manifestada en autos (conf. Fs. 300 y 238) se encuentra dirigida a expresar el deseo de no convivir con su madre, la preferencia de vivir con su progenitor, circunstancias que no alcanzan a configurar el extremo requerido por la norma de conformidad con los estándares interpretativos elaborados por la Corte Federal como para justificar la oposición al reintegro (fs. 238)”*.

Finalmente, menciona precedentes de esa Suprema Corte de Justicia y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, invocando violación a la doctrina legal.

III.- Adelanto que, en mi opinión, el recurso no puede prosperar.

En efecto, los hechos que han dado lugar a las presentes actuaciones son los siguientes.

L. B. B. y S. J. C. se conocieron en la República Argentina, mantuvieron una relación de pareja y asentaron su hogar familiar en la Provincia de Buenos Aires. De dicha unión nacieron dos hijos, B.



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

C-125154-4

G. C. B., el 08/01/2015 y A. S. C. B., el 03/08/2016. En el año 2019 decidieron de común acuerdo viajar a la República de Paraguay, a la ciudad de G. (según la actora en búsqueda de mejores posibilidades de vida y según el demandado de vacaciones).

En Paraguay se instalaron en la casa de los padres de L. B. B. Al poco tiempo se separaron y la actora viajó a la República Argentina (según la señora B. por razones laborales, según el señor C. haciendo abandono de la familia). En esas circunstancias, el demandado quedó viviendo en la República de Paraguay en una casa que alquiló y los niños quedaron al cuidado de sus abuelos maternos.

El 4 de diciembre de 2020 el demandado retira a los niños del domicilio de sus abuelos y el 12 de diciembre se traslada a la República Argentina con sus hijos -debido a presuntos malos tratos por parte de la familia de la señora B. B. y ante la falta de posibilidades económicas de establecerse con ellos allí-. A su vez, el mismo día la madre de los niños regresó a la República de Paraguay e inició los trámites para realizar la petición de restitución internacional que aquí se ventila. Tales hechos relatados sucintamente y con las diferencias apuntadas surgen del escrito de demanda y contestación.

Ahora bien, el Código Civil y Comercial de la Nación, ha dictado pautas para casos como el presente, disponiendo 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).

En el caso, por tanto, resulta de aplicación la ley 23.857, que aprueba el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado el 25 de octubre de 1980 por la 14° sesión de la Conferencia de La

Haya sobre Derecho Internacional Privado (Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV).

Dicha norma internacional establece en su artículo 12 que *“Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3º y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor”* (art. 14 de su par interamericana)

El referido artículo 3º que menciona, establece *“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.”* (art. 4 de su par interamericana).

Y el artículo 5 aclara que *“A los efectos del presente Convenio: a) El "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia...”* (art. 3 de su par interamericana).

A este respecto, tiene dicho ese Supremo Tribunal: *“se acepta que la residencia habitual se presenta como una noción de hecho que, diferenciándose de los conceptos jurídicos de domicilio, simple residencia o habitación,*



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

C-125154-4

conforma un término sociológico flexible que tiene en cuenta el lugar donde -en este caso- el menor posee efectivamente su centro de gravedad, su ubicación en el espacio como una situación de hecho que supone un apreciable grado de estabilidad y proyección de permanencia (conf. CSJN, in re "W. c/ O.", Fallos: 318:1269; e.o.). Así, la residencia habitual del menor comulga con su centro de vida, ejerciendo -ambos conceptos- una suerte de mutua retroalimentación semántica, tal como lo disponen la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/06.

De este modo, 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, "A. G., L. I. contra R. M., G. H. Restitución de menores", 30/12/2020).

Tal lo que surge de las constancias de autos, el traslado de los niños a la República Argentina, no resulta ilícito. Los niños nacieron en Argentina, transcurrieron aquí la mayor parte de su vida y sólo viajaron a Paraguay en el año 2019 con sus padres. Sin embargo, la actora regresó a la Argentina y al momento del viaje del papá con los niños a la Argentina llevaba aproximadamente un año viviendo en este país. Sólo el progenitor se encontraba en Paraguay y los niños vivían de hecho con sus abuelos maternos mientras el padre realizaba trabajo de peluquero a domicilio para poder sufragar su manutención.

En este sentido, en una de las vistas de la Asesoría interviniente de fecha 12 de marzo se expresa "*las especiales circunstancias de autos donde*

los niños no se encontraban bajo la custodia de ninguno de los progenitores con anterioridad al traslado, ya que de las presentaciones de ambos padres surge que estaban al cuidado de la abuela materna Sra. L. B. B. me llevan a considerar necesario contar con la contestación de los exhortos y el oficio librado por VS a la Autoridad Central para expedirme en definitiva”.

En este contexto, la decisión de regresar al país con sus hijos no puede considerarse ilícito. Ninguno de los padres convivía con sus hijos, teniendo mayor contacto con ellos el padre. En Argentina estuvo viviendo la madre de los niños durante aproximadamente un año hasta el día mismo del traslado de los menores. Esto ha sido debidamente evaluado por la Cámara al expresar: *“A mayor abundamiento, agrego que tampoco se ha probado en autos que alguno de los progenitores estuviese efectivamente ejerciendo un derecho de custodia respecto de los niños, en el tiempo inmediato anterior a producirse el traslado a este país, resultando razonable la decisión adoptada por el progenitor de regresar a la Argentina, lugar donde se encontraba la progenitora, al detectar los malos tratos y demás déficits a los que estaban expuestos los pequeños bajo el cuidado de la familia materna (ver en tal sentido el dictamen de la Sra. Asesora de Incapaces interviniente del 12/05/2021; arg. art. 384 del CPCC)”.*

Asimismo, respecto del centro de vida de los menores, afirma con acierto el fallo en crisis *“rescato, la prudente interpretación que cabe asignar a aquello que constituye para dos niños de tan corta edad (6 y 4 años) su residencia habitual, porque no se trata de un término que pueda definirse exclusivamente de modo cuantitativo (en función de cuánto tiempo permanecieron en un lugar), sino que también se expande e implica la definición del sitio en el que los niños deben ser ubicados, de conformidad con la intención de quienes ejercen su custodia en los hechos, el centro de las presencias significativas para los menores, para lo cual también debe atenderse a su entorno familiar y social, sus afectos, su posible asentamiento, contención 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 (en tal*



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

C-125154-4

sentido ver informe del 18/02/2021, dictamen del Fiscal General del 25/02/2021 y pericia del 18/03/2021)".

Por otra parte, resulta necesario analizar el artículo 13 de la Convención citada, en cuanto menciona excepciones concretas a la restitución, pues ha sido motivo de agravio también su aplicación. Dicha norma dispone que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:..."b) *existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*". Y aclara "La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones" (art. 11 de su par interamericana).

En tal sentido, ha sostenido ese Alto Tribunal: "dado que una fijación apriorística de su superior interés en los casos de sustracción internacional podría atentar contra su concepción más clara, se admite asimismo que en ocasiones, aquella presunción objetiva que manda a su inmediata restitución a su centro de vida anterior a la vía de hecho actuada en su contra, pueda ser revertida ante la verificación de ciertas circunstancias que excepcionalmente aconsejen una solución contraria, justamente en aras del concreto interés superior del niño involucrado (conf. Pérez-Vera, Elisa, "Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", 1982, en <http://hcch.net/upload/expl128s.pdf>, párr. 34). Ello así, pues el superior interés del niño, aún en este marco, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del menor y teniendo en cuenta su contexto y sus necesidades personales (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013], párr. 32), de modo que eventualmente pueden presentarse ciertos acontecimientos, sea vinculados con conductas atribuibles al solicitante del retorno, sea con riesgos o situaciones existentes en su residencia habitual,

sea con la propia opinión del menor sobre su destino, que justifican el rechazo a dicha restitución (SCBA LP C 120328 S 19/10/2016, autos “R. C. ,A. E. c/ G. ,a. A. s/ Exhortos y oficios”:

También en este aspecto, entiendo que en el caso -tal como ha concluido la Excelentísima Cámara de Apelaciones- se hallan configuradas las especiales y excepcionales causales que autorizan a negar la restitución solicitada. Por un lado, ambos menores han expresado su deseo de vivir en la República Argentina, concurren aquí al colegio y ha sido destacado el sentimiento de seguridad y contención que tienen actualmente (Informe de la perito Trabajadora Social María E. Osos del 18/2/2021, informe de la Fiscal General Adjunta del Departamento Judicial San Martín, Dra. Kaplis, del 25/2/2021 e informe del Perito Psicólogo del Juzgado, Luciano Sebastián Bedecarras, del 18/3/2021.

En efecto, del análisis de la prueba recabada en los presentes autos surge que la decisión a que se arriba en el fallo en crisis es la que mejor tutela el interés superior de los niños B. G. y A. S. C. B.

Del informe elaborado por la abogada encargada de la CODENI (Consejería por los derechos del niño, niña y adolescente de la Municipalidad de G. acompañado a la demanda, surge que el día 4 de diciembre de 2020 el señor S. J. C. se presentó a manifestar que se encontraba con sus dos hijos en Paraguay habiendo viajado su esposa a la Argentina hacía aproximadamente un año, encontrándose sus dos hijos con los abuelos maternos -L. y F. B.- y habiendo sufrido ambos supuestos maltratos, quedaban ambos bajo su cuidado y responsabilidad y volverían a la Argentina.

Del informe social elaborado por la Trabajadora Social María Eugenia Osos con fecha 18 de febrero de 2021, se desprende que *“Teniendo en cuenta la entrevista mantenida y lo observado en el domicilio, surge que el grupo familiar cuenta con condiciones habitacionales adecuadas y capacidad económica para garantizar las necesidades básicas de los niños B. y A. S. C.*



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

C-125154-4

B. Los mismo se encuentran en buenas condiciones generales de cuidados y es impresión de quien suscribe que se encuentran contenidos emocionalmente con el progenitor y su grupo familiar”.

Sumado a ello, resulta de la mayor importancia la pericia elaborada por el Perito Psicólogo del Juzgado de Familia interviniente, Luciano Sebastián Bedecarrasa, de fecha 18 de marzo de 2021. De la misma surge, que en la entrevista con B. G. B. B. *“Durante diferentes momentos del juego, G. pudo escenificar en varios momentos la conflictiva familiar en donde podría haber existido escenas de violencia por parte de sus cuidadores.... G. mencionó que le pegaron con un cinto sus abuelos maternos y tío. Se observaron indicadores de impulsividad, agresión contenida e inestabilidad psíquica al narrar los hechos de violencia vividos. En ningún momento hizo referencia a un posible abuso”.*

Asimismo, de la entrevista mantenida con A., surge que *“sus áreas socio afectivas se encontrarían conservadas exclusivamente en su hogar paterno”.* Concluye el perito que *“Ambos ponderan al Sr. C. como referente significativo y a su abuela paterna, denotando en sus deseos que se encontrarían en un ambiente contenido, donde las necesidades educativas, de alimentación y salud se encontrarían satisfechas al momento actual”* y que *“los pequeños manifestaron sus deseos de contactarse con su madre y residir en Argentina”.*

Por último, surge que ambos niños fueron escuchados (v. audiencia del día 12 de marzo de 2021 en presencia de la Asesora de Incapaces).

En la especie, entiendo que, a la luz de todo lo expuesto, el decisorio atacado no ha incurrido en absurdo ni ha aplicado erróneamente la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley N° 23.857), ni la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV) (ley 25.358), ni la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que ha valorado armoniosamente la prueba colectada y ha ponderado fundamentalmente el interés superior de

los niños B. G. y A. S. C. y su opinión conforme a su edad y grado de madurez (arts. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3, 24 y 27 de la ley 26.061; 639 incs. a) y b) del CCyCN y 384 del CPCC).

IV- En virtud de lo expuesto, considero que corresponde rechazar el recurso impetrado.

La Plata, 23 de noviembre de 2021.

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

23/11/2021 23:20:28