



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

C-125580-3

Suprema Corte:

I. La Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Mar del Plata, confirmó el pronunciamiento de fecha 10 de marzo de 2021 dictado por la jueza de grado que había decretado la restitución internacional de la niña S. I. G. F. a N., M., España.

Contra tal forma de decidir el progenitor de la niña, señor A. J. M. G. , interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal.

II. El impugnante denuncia como normas erróneamente aplicadas por la Alzada: el art. 75 inciso 22 de la Constitución nacional; los arts. 3, 9 inciso 1 y 12 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y los arts. 1 y 3 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Igualmente enuncia como normas no aplicadas, las previsiones que emergen: del art. 8, inciso 1, 2 g, Convención Americana de Derechos Humanos; art. 75 inciso 22, Constitución nacional; art. 15, Constitución provincial; de la segunda parte, acápite 6.5.2 de la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de la Haya; de la Opinión Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 3 inciso f de la ley 26.061 y el art. 387 del Código Civil y Comercial.

III. Inicia el recurrente su queja aduciendo que la sentencia puesta en crisis no abordó los agravios que planteara relativos al proceso ni los vinculados con la sentencia en sí.

En lo atinente al proceso, asevera que se ha violentado la garantía del debido proceso por utilización de prueba nula. Al respecto, explica que el principal argumento que tuvo en cuenta la Alzada en su decisión, gira en torno a los dichos vertidos en la audiencia de fecha 17/11/2020 de la cual, en su oportunidad, solicitó fuera declarada nula por no contar el acta en cuestión con ninguna firma, ni con el acompañamiento de su asistencia letrada en el acto. No obstante, la nulidad articulada fue desestimada por extemporánea.

En el mismo contexto, observa que de la normativa invocada por la Alzada para *“rechazar el planteo, surge la arbitrariedad de lo postulado”* y agrega, *“Nótese que se cita el art. 239, 1er párr. in fine del código de forma, dando a entender que esta*

*parte debió haber interpuesto recurso de reposición verbalmente en la misma audiencia” [sic].*

Ante ello, el recurrente afirma que siendo un lego y no habiéndosele permitido participar de un acto con su abogado, no puede serle reprochado que no haya deducido un recurso técnico, que por definición requiere de un abogado.

Sobre la argumentada ausencia de vicios manifiestos en el acto judicial que sostuviera la Cámara, dice que un acta sin firma *“directamente no tiene entidad de acto jurídico, deviniendo inoficiosa para producir efecto jurídico alguno, entre ellos, el servir como fundamento de una sentencia”*.

En dicha inteligencia, también indica que *“el a quo esgrime otro razonamiento, que estriba en que la propia parte consintió tácitamente el acto y no puede ahora entonces cuestionarlo”* y expresa que esa postura *“yerra jurídicamente en establecer la consabida diferencia entre una nulidad relativa y una nulidad absoluta. En el caso estamos frente a una nulidad absoluta, en tanto los actos que dan lugar a las mismas son definidos por nuestro Código Civil y Comercial en su Art. 386 al decir: ‘Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres’”*.

Afirma que de tal modo el acto infringe el orden público, porque la falta de la firma del funcionario judicial interviniente implica grave incumplimiento de sus funciones y además por cuanto es necesaria la participación letrada en todo acto de relevancia para la justipreciación de derechos *“es absolutamente obligatoria, bajo pena de nulidad (cfr. Art. 56 y 57 CPCC)”*.

*“Por tanto, estando frente a un acto que dio lugar a una nulidad absoluta, el a quo yerra gravemente al sostener que la misma pudo ser subsanada por la posterior “convalidación” de la parte. Es que, por propio imperio de nuestro código de fondo, eso no es viable, en tanto así lo estipula su art. 387, el cual transcribe a continuación.*



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

C-125580-3

En segundo término, postula que en desmedro de la garantía del debido proceso se ha ponderado erróneamente la prueba, y en particular el acta antes referida ya que de los dichos volcados en ella derivaron en considerar, ambas instancias, la existencia del domicilio habitual de la niña en España exclusivamente y que allí habría manifestado que *“existía un plan pre-coordinado para instalarnos los tres en Europa, lo que no fue así”*.

Refiere que la sentencia atacada no abordó el tratamiento de la crítica que esbozara sobre la interpretación de la prueba que surgía de la audiencia en cuestión y siendo que la Alzada tomó como base la prueba surgida de dicho acto para fundar el cambio de residencia habitual, es esta *“innegablemente una cuestión conducente a la resolución del asunto”*.

Continúa señalando los elementos principales del citado agravio a fin que sean analizados como debieron serlo en la instancia anterior. Al efecto brinda sus argumentos y concluye en que *“Sin titubeos, resulta un atropello a los límites de la sana crítica, y un auténtico absurdo, dar mayor entidad a un acto que ha tenido menor calidad jurídica que otro, en tanto adoleció de debido control del abogado de la parte (y, dicho sea de paso, ni siquiera cuenta con firma de la parte acreditando que dijo textualmente lo que dicen ha dicho). La sentencia se aparta, por cierto, de las recomendaciones de la propia Conferencia de la Haya en torno a cómo debe ponderarse la prueba. Así, la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia (Segunda Parte, Medidas de aplicación, acápite 6.5.2.) establece como regla para la apreciación de los extremos atinentes al Convenio de La Haya de 1980 que, salvo en casos excepcionales, debe darse una mayor importancia a las pruebas documentales y menos relevancia a las pruebas orales”*.

Puntualiza como cierre, que la situación descripta resulta violatoria del derecho de defensa en juicio y del debido proceso, tornando arbitraria la resolución.

Por otra parte, sobre la denunciada violación del debido proceso por falta de producción de la prueba ofrecida de su parte -aunque acotada, pero pertinente-, refiere que la Alzada no hizo referencia alguna a la violación de la mencionada garantía.

Adiciona a lo dicho, que de haberse producido la prueba que había ofrecido, *“podrían haberse desarticulado con facilidad afirmaciones sin sustento fáctico de la sentencia de primera instancia, luego validada por la alzada”*; cita ejemplos.

*“Por todo ello, se derivó agravio de que no se hizo ponderación ni siquiera de ninguna de las piezas de documental adjuntada, que contenía audios de la niña, así como fotografías del lugar en que estuvo viviendo en España, lo cual deja a las claras que su estadía allí no la realizó en un lugar de ninguna permanencia, sino que se encontraba en un hostel, de paso.*

*De esta cuestión oportunamente introducida, ninguna mención hizo el a quo en su sentencia, ni siquiera para justificar por qué podría haber sido pertinente o no la prueba ofrecida. Se habría podido probar que había boletos de ida y regreso de Europa, que la niña seguía teniendo matrícula escolar en Argentina, se habría podido ponderar por las fotografías el lugar en que vivía (y quizás vaya a vivir) en España, su voluntad de no estar en España -expresada en audios-, se habría podido acreditar que fue con un subterfugio que se obtuvo un pasaporte italiano para mi [su] hija, entre otros puntos. En suma, habría podido construir una defensa efectiva ante la petición, lo que no se me permitió hacer”.*

Prosigue señalando, lo afirmado por esa Suprema Corte a este respecto donde sostuvo en lo esencial las pautas que rigen la prueba en este tipo de procesos.

Con base en las premisas allí expuestas hace notar que en definitiva fundó su oposición a la restitución de su hija afirmando que el traslado no había sido ilícito, en tanto la niña se encontraba ilegalmente retenida, y en que ninguna de las pruebas que ofreció se produjo *“y, sostenido que fuera el agravio a este respecto, nada dijo la Cámara Departamental”.*

*“Con ello, solicita se declare la nulidad de la sentencia de primera instancia, o de aquella aquí en crisis dando instrucción de que se produzca una nueva en que se trate la orfandad probatoria a que se sometió a esta parte”.*



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

C-125580-3

Entiende que se ha establecido incorrectamente la residencia habitual de la niña.

En tal sentido sostiene que la Alzada debió analizar si la tesis del consentimiento de ambos progenitores era suficiente para mudar la residencia habitual y examinar cómo sopesaban las otras pruebas aportadas que -dice- jamás fueron evaluadas en ninguna instancia. Afirma que ello no fue tratado por la Cámara y lo que se requirió era se determinara *-aún dando validez a dicha audiencia-* si la postura respecto a que se fijara M. como residencia habitual, era jurídicamente correcta.

Insiste que lo antes aseverado no fue abordado por los sentenciantes, entendiéndose corresponde a esa Corte evaluar *“si se trata de aquellas cuestiones que puede dejar de tratarse o, por el contrario, de aquellas otras `cuestiones oportunamente propuestas y conducentes` que deben tratarse obligatoriamente”*, sosteniendo estar frente a una cuestión nodal que de ser equívoca conduciría a otorgarle a la cuestión una solución distinta a la que entiende corresponde.

Refiere la absoluta falta de tratamiento del agravio de su parte, manifestando que la sentencia resolvió *“que la niña habría tenido residencia habitual en un lugar en donde pasó menos de tres meses de su vida, en contraposición al lugar en que nació y pasó todo el resto de su existencia”* y que para *“llegar a ello entendió que la residencia habitual de un niño puede fijarse exclusivamente con la existencia de un consenso de los progenitores al respecto. Agrega que el “agravio interpuesto estribó en torno a la utilización de un concepto ficto para establecer la residencia habitual, en desconsideración del centro de vida de la niña”*.

Afirma que la Alzada convalidó la postura que sostiene que la residencia habitual puede fijarse exclusivamente con la existencia de un consenso de los progenitores, manifestando que el principio de interés superior del niño se alza como una barrera a la utilización de ficciones en materia de determinación de derechos durante la infancia.

Aduce que *“la residencia habitual resulta una atribución jurídica a un sitio, incluso divorciada de los hechos (como cuando se trata de sostener una postura como la de la sentencia en crisis, que postula que es posible tener por residencia habitual a un lugar, aunque un niño no haya residido en él más que momentos, siempre y cuando sus progenitores hayan decidido establecerse allí). Y que por otro lado “el concepto de centro de vida, si bien también se trata de una atribución jurídica, siempre estuvo íntimamente atado a lo fáctico, a la realidad vivencial y afectiva de un niño, durante un tiempo prolongado. Afirmando que “Hoy en día, nuestra jurisprudencia, doctrina y nuestra normativa los consagran como conceptos inescindibles”.*

Cita doctrina, jurisprudencia local y foránea, haciendo mención además al concepto de centro de vida adoptado en la ley nacional N° 26.061 (cfr. art. 3° inc. f) y su decreto reglamentario (Dec. 415/16).

Manifiesta que el concepto de residencia habitual no resulta una fría aplicación de una atribución jurídica y requiere elementos reales -y no fictos- de la habitualidad de la vida del niño o niña, entendiéndose que la validación de la postura que hace la sentencia en crisis debe repudiarse.

En tal inteligencia dice que la sentencia desconoce la doctrina, jurisprudencia, y normativas aplicables a la determinación del concepto, al sostener que M. es la *“residencia habitual”* de la niña, toda vez que ella pasó allí un plazo efímero, -menos de tres meses-, no tolerando, en el contexto de las restituciones internacionales, divorciar la aplicación de la noción de residencia habitual de la de centro de vida, como la sentencia ha hecho, siendo altamente -dice- relevante determinar en dónde tiene un niño o una niña sus afectos, en dónde ha pasado la mayor y más significativa parte de su vida.

Suma que en base a lo antes expuesto de ningún modo puede afirmarse que en el caso de S., su centro de vida fuera aquella ciudad, afirmando que la niña no ha pasado en la misma ni un solo día en condiciones lícitas. Agrega que aún asumiendo que hubiera



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

C-125580-3

estado allí en forma lícita, el efímero período de tiempo que estuvo “*palidece*” frente a los más de cuatro años que vivió en Argentina, en la ciudad de ....., sin que ello se reduzca a una mera cuestión matemática de ponderación respecto a en qué lugar “*vivió más tiempo*”, sino al lugar de nacimiento, vivencias, escolarización, amistades, afectos y relaciones familiares, sosteniendo que es el medio donde se encuentra plenamente arraigada. Así entiende que la ponderación jurídica realizada para establecer la residencia habitual en M. es errada.

Alega que el decisorio en crisis resuelve contrariamente a la recta aplicación de la ley de protección integral y su decreto reglamentario, norma por la que corresponde armonizar el concepto de centro de vida con el de residencia habitual, ya que al “*aceptar que la residencia habitual puede fijarse por el mero consenso de los adultos con prescindencia de la realidad de la niña, se la objetiva, convirtiéndola en un elemento adhesivo de la vida de los padres, sin una entidad propia*”. Agrega que pese a haberse agraviado de ello, los sentenciantes no se expidieron al respecto.

Por otro lado refiere que existió una errónea convalidación del estándar de prueba aplicado para determinar la existencia del consenso entre los progenitores respecto a la residencia habitual, inaplicando la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal federal que -dice- es conteste en señalar que se reclama un alto estándar probatorio en torno a la acreditación de dicho consenso, habiendo sostenido la Corte Suprema de la Nación que “*para tenerlo por jurídicamente relevante...debe traducir una “clara intención compartida de trasladar la residencia”, la que se debe probar cabalmente, superando la simple posibilidad y no admitiendo ambigüedades*”.

Reseña la prueba tenida en cuenta por la Alzada para convalidar lo decidido por la decisión de grado, la que indica que de ningún modo trasunta la relocalización permanente de la niña.

Así, insiste en el déficit probatorio del acta que viene cuestionando al contrastarla con otras evidencias. Critica el contenido de la misma en especial atención a

frases que se desprenden de ella, las que, dice, son atribuidas al señor G. Cuestiona la redacción, sosteniendo no estar frente *“a textuales verdaderos, sino frente a anotaciones de un tercero -que no se tomaron en simultáneo a la entrevista puesto que nadie se encontraba tipeando ni grabando lo dicho-, con las imprecisiones, vaguedades y ambigüedades esperables para esa forma de recolección de un testimonio”*.

Aduce que se intenta extraer del acta como *“indicio de la voluntad de instalarse definitivamente en Europa la supuesta venta de ciertos bienes (en particular, un automóvil), afirmando que es de toda lógica que se proceda a enajenar bienes para pagar pasajes y estadía en Europa.*

Dice que la progenitora y la niña no emprendieron el viaje munidas de bienes, ni de dinero como para mudarse definitivamente, cuestiones que no fueron ponderadas. Agrega que tampoco se prestó atención al hecho que el señor G. adquiriera un auto con el producto de la venta de otro, *“al igual que continúa viviendo en el bien inmueble asiento del hogar conyugal, el cual habían dejado reservado para su regreso programado a Argentina”*, así tal es -afirma- el déficit probatorio para sostener un consenso previo.

Se agravia de lo manifestado por el sentenciante que abre el acuerdo, quien expresó que de la demanda en la causa N° 171107 surge que por dichos de su parte tenían *“pensado viajar para ver el panorama y establecerse y, más allá de que relata que **pensaban volver**, lo cierto es que existió una suerte de acuerdo/plan familiar para establecerse en Europa (...)*”. Al respecto dice que no se recoge, lo que expresamente se dijo allí en orden a que se pensaba volver a Argentina. Suma que, si un viaje se hizo habiendo acordado volver y no con el fin de establecerse en forma permanente, no se produce un cambio de residencia habitual, más allá del tiempo que ello insuma.

También critica que la Cámara hubiera considerado el informe del licenciado en psicología Laborde para abonar el consenso previo, el que asevera, por el contrario, da cuenta que no se está frente a una *“clara intención compartida”*, afirmando que *“viajar*





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

C-125580-3

*para 'probar suerte en el extranjero' denota precisamente que la decisión de permanecer no se había tomado. Por el contrario, el 'probar suerte', coloquialmente entendido, habla más bien de viajar temporalmente y luego decidir qué hacer, si quedarse en Europa o volverse a Argentina. Y si ese fue el caso, el consenso de permanecer no llegó a existir nunca en el caso, en tanto A. G. no llegó a viajar a tiempo para integrarse en el núcleo familiar y cumplir el plan de 'probar suerte' entre los tres".*

Menciona otras probanzas que entiende dan cuenta de la indefinición respecto del lugar para instalarse y el tiempo de permanencia en Europa -captura de la red social Facebook, pasajes con fecha de retorno para la madre e hija, la matrícula escolar de S. en Argentina, la existencia de un permiso de viaje que no contemplaba la radicación en el extranjero, el intento fallido de obtener el pasaporte italiano-, las que dice demuestran que el viaje en cuestión, si bien autorizado por el padre, lo era por un periodo claramente limitado.

Concluye que al “*aceptar que se aprobó un consenso entre los progenitores, la Cámara de Apelaciones distrital ha inaplicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en fallos: 334:1445 y 341:1136. Del mismo modo, admitiendo que se puede producir un cambio de residencia habitual a pesar de que se haya pautado un retorno, o sea, que un viaje sea por tiempo limitado, ha inaplicado copiosa jurisprudencia internacional, siendo que hay absoluto consenso jurisdiccional en torno a que una mudanza familiar transnacional temporaria, que posea un término, aunque sea por un período extenso, permite sostener que la residencia habitual existente en el primer estado se mantiene. En este caso, la sentencia en crisis inaplicó la jurisprudencia dimanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular de "Ø.L.K." [2002], INCADAT HC/E/DK 520 y "Re H. [Abduction: Habitual Residence: Consent]" [2000], INCADAT HC/E/UKE 478, entre otros".*

Se agravia el recurrente que no se hubiera considerado la existencia de un vicio en la voluntad al momento de brindar el consentimiento.

En sustento de ello dice que la sentencia en crisis convalidó otra decisión que utilizó como único pilar para decidir, el hecho de que el recurrente hubiera prestado su consentimiento -concurrente con el de la madre de S.- para que la familia se instale en Europa y que habiendo su parte planteado en forma subsidiaria la existencia de un ese consentimiento, el tribunal no se expidió al respecto.

Reitera lo sostenido en el agravio llevado ante la Cámara manifestando que *“aún asumiendo la hipótesis que traza la sentencia -la cual se desmiente por no reflejar como ocurrieron las cosas-, y aún admitiendo que el accionado hubiera prestado su consentimiento para un traslado permanente “en familia”, viviendo los tres juntos, no puede más que afirmarse que dicho consentimiento estuvo viciado. El vicio en cuestión es aquel descrito en el Art. 267, inc. “d” de nuestro Código Civil y Comercial, destacando que se trata del tipo de error (esencial) que causa la nulidad del acto. En la misma línea, y dependiendo de cuánto crédito se dé al accionar de la Sra. F. M. , pareciera más viable pensar en realidad que el vicio en cuestión es el dolo (cfr. Art. 271 y cctes. CCN), en tanto estaríamos frente a una clara maquinación para que una persona acepte un acto que de otro modo no aceptaría, teniendo también, como consecuencia, la nulidad del acto”*.

Aclara que más allá *“que el vicio alegado hubiere sido error o dolo esencial, o la coexistencia de ambos, no puede desconocerse en lo concreto que el consentimiento prestado -presuntamente y siempre según la sentencia- para radicarse la familia como unidad en Europa, no es el mismo que aquel a prestarse ante una propuesta en que la niña y la madre se radicaran solas en aquel continente (en el cual, por cierto, el suscripto sólo podía residir como miembro de esa familia, ya que no posee ciudadanía europea aunque su esposa sí)”*.



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

C-125580-3

Dice que “*se lo indujo a error haciéndole creer*” que los tres mudarían a Europa pero que finalmente no estaba incluido en dichos planes, por lo que entiende el consentimiento prestado al traslado y permanencia está claramente viciado de error o dolo, ya que de habersele propuesto que solo la niña y la progenitora se mudaran, no habría prestado el consentimiento y que aún admitiendo la existencia de consenso entre las partes -que afirma no existió- su voluntad estaba viciada por lo que mal puede tenerse al consentimiento como otorgado, haciendo consideraciones respecto del actuar de la progenitora.

En la misma línea, considera que el pretendido consentimiento no tuvo principio de ejecución para que el cambio de residencia habitual se produzca, ya que no llegó a acontecer por exclusiva voluntad de la señora F. M. al romper la relación que tenían en forma unilateral y hasta telefónica con su esposo, antes de que aconteciera la mudanza de este al viejo continente. Asevera que al no hacerse cargo de este planteo la Alzada “*ha omitido cumplir con su función revisora y, por tanto, ha conculcado el derecho al debido proceso y al acceso a la justicia que asiste a esta parte*”.

En otro agravio plantea que no ha sido considerado la existencia de una retención ilícita por parte de la actora.

Arguye que en base a lo expuesto en el agravio anterior, la negativa de la actora a que su hija regrese a ..... fue constitutiva de una retención ilícita, en los términos de la Convención de la Haya de 1980, entendiendo a la par que no habría existido una sustracción ilícita de su residencia habitual por parte del señor G. por ser ..... la residencia habitual de la menor.

Aduce que los sentenciantes no abordaron tal tópico en el entendimiento que tal modificación de la residencia habitual había ocurrido, resultando ello de una incorrecta aplicación de los principios y cláusulas del convenio internacional aplicable, en especial de su artículo tercero.

Así, dice que la retención ilícita llevada adelante por la señora F.

M. motivó el planteo judicial inicial del suscripto, en el sentido de que se restituya a su hija al país y, sólo frente a la inacción judicial en el marco de ese pedido, procedió a viajar a España, resultando que frente a la verificación de una situación concreta de peligro de la niña, procedió a trasladarla a Argentina.

Afirma que una aplicación recta de los criterios del art. 3 de la Convención, conduce a afirmar que no existió un traslado ilícito de la niña S., en tanto, insiste su residencia habitual -por los argumentos esgrimidos en previos acápites- seguía siendo ....  
....., concluyendo que la progenitora incurrió en una retención ilícita en los términos de la Convención de la Haya de 1980, en tanto mantuvo a una niña fuera de su residencia habitual y contra la voluntad explícita de alguien con derechos de custodia sobre la misma.

Refiere que la postura convalidante de la sentencia en crisis respecto a que M. es la residencia habitual de la niña y no ....., se sostiene sólo sobre argumentos meramente aparentes y es, por tanto, arbitraria.

Concluye que su accionar no constituye, desde ninguna perspectiva, una sustracción ilícita en los términos del Convenio. Ello por cuanto tal accionar requiere forzosamente que el menor en cuestión sea llevado fuera de su residencia habitual, aseverando que por el contrario el actuar del señor G. no implicó sacar a S. de su residencia habitual, sino exactamente lo contrario, devolverla a la misma, sin que ello implique, aclara, justificar las vías de hecho para resolver problemáticas jurídicas, ya que destaca ocurrió previamente a la justicia para solicitar el retorno de su hija a su residencia habitual, aseverando que este -incluso extrajudicialmente-, no puede habilitar jamás el absurdo de ordenar su retorno al lugar que no era su residencia habitual, en los términos de la convención que se ha pretendido aplicar.

Insiste que trasladar la niña de España a Argentina no implicó retirarla de su domicilio habitual, sino llevarla a este. Por tanto, no ha existido sustracción ilícita de su parte,



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

C-125580-3

por lo que el intento de restitución de la niña desde la convención pretendidamente aplicable no puede prosperar, en los términos de sus arts. 3° y 12°, los que requieren la existencia de una sustracción o retención ilícitos para tornar operativa a la Convención.

Entiende que el absurdo radica en que, de haberse continuado con el trámite iniciado originalmente por el señor G. pidiendo el regreso de su hija, su resultado hubiese sido afirmativo, por cuanto entiende no caben dudas que la niña se encontraba en España siendo ilícitamente retenida, solución que dice no puede variar por el hecho “*que G. haya viajado y precipitado el retorno de su hija*”.

Denuncia la existencia del mencionado vicio en la sentencia en crisis al decir que se actúa en pos del interés superior de la niña y que el mismo se alcanza con su restitución.

Manifiesta que la madre de la niña actuó por vías de hecho reteniéndola y que el bienestar superior de S. se alcanzaba a la luz de la convención, volviendo al “*statu quo*” anterior al acto -en este caso- de retención ilícita en España, lo que ejecutó el aquí recurrente, resultando un despropósito jurídico pretender que haber restituido la niña a Argentina -por más desacierto con que puedan cargar las vías de hecho- no es retornar al estado anterior del lícito, sino un ilícito.

Expone que la sentencia en crisis aplica erróneamente la Convención de la Haya de 1980, toda vez que no nos encontramos ante la sustracción de una niña desde su residencia habitual porque la misma fue, es, y no dejó de ser nunca, ....., afirmando que tal cuestión sella la suerte del caso, en tanto si su residencia habitual no era España, sino Argentina, el traslado realizado por el padre de la niña no fue ilícito en los términos del art. 3 de la Convención aplicable.

Por otro lado denuncia que se aplicó una vara inequitativa para ponderar la actitud de la señora F. M. y del señor G. , criticando que la Alzada sostenga que partes de la cuestión llegan ‘*firmes*’ a su conocimiento por no haberlas su parte

incluido en el remedio intentado ante la Cámara; en particular, las cuestiones referidas a la presunta existencia de violencia de género por el accionar del recurrente, en torno a traer a su hija a la República Argentina.

En tal inteligencia sostiene que no tratar detalladamente partes de una sentencia *“no implica...la admisión de aquellas cosas que no se dedicó a refutar explícitamente”*. Pues a su entender la *“mención pasajera por parte de un profesional de la salud mental que, a su criterio habría sido una cuestión de violencia de género el traslado de la niña, no resulta de las cuestiones centrales para la resolución de este litigio”*.

Dice que lo que aquí importa es que estamos frente a una cuestión técnica, de atribuciones jurídicas y estándares probatorios, *“a la que nada suma ni resta entrar en consideraciones de género”*.

Agrega que el *“thema decidendum”* es si la niña tenía residencia habitual en ..... o M. y, por tanto, si fue ilegítimamente sustraída en sentido técnico.

Por otro lado aduce que existe una incorrecta ponderación de la escucha de la niña.

Sostiene que *“son insuficientes para enervar la solución de un caso las opiniones de niños o niñas, salvo cuando trasuntan un absoluto rechazo al retorno de la jurisdicción. Mutatis mutandis, lo mismo puede extraerse para ser aplicado al caso”*, es decir se debió analizar si S. se opone en forma rotunda a permanecer en este país, afirmando que ello no se desprende de sus dichos; no obstante la Alzada consideró sus expresiones como determinantes, inaplicando así, los estándares establecidos por nuestro Máximo Tribunal, que tiene dicho en orden al sentido que debe darse a la opinión del niño -en el marco de las excepciones de la Convención de la Haya de 1980- que, *“sólo un repudio irreductible a regresar a la residencia habitual puede justificar el rechazo de una restitución (dictamen de la Procuración General de fecha 18/03/2013 al que la*



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

C-125580-3

*Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “F.C., C. C. c/G., R. T. s/reintegro de hijo”, S.C. F. N° 354; L. XLVIII, y Fallos 333:694; 333:913; y 334:1287)”. Por el contrario -refiere- debió la Alzada haber indagado sobre la posible existencia de un ‘repudio irreductible’ a quedarse, lo que -sostiene- no se verificó en ninguno de sus dichos.*

*Agrega que en línea con lo expresado, también se ha afirmado que “(...) la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores (F. C., C. C. c. G., R. T. s/ reintegro de hijo”, S.C. F. N° 354; L. XLVIII, y Fallos: 333:694; 334:913; y 334:1287), por lo que manifiesta que su referencia a su preferencia por estar con su madre tampoco es de trascendencia al “*thema decidendum*”.*

*Cuestiona que no se ponderó prueba dirimente como los dichos de los abuelos maternos en el marco de la entrevista con el psicólogo (informe del 18/11/2020) en el que dice estos reconocen que S. “no quiere volver a Europa”, transcribiendo partes de la misma cuando se sostiene que ‘Manifiestan que le han preguntado a la niña si volvería a Europa, que dijo que no, pero que sí lo haría si ellos (los abuelos) la acompañan. En su entendimiento dice que esta última aclaración “parece más bien una frase empática para no generar desprecio a la compañía de sus abuelos, que una real intención de volver a aquel continente, en tanto su primera respuesta al respecto es, concretamente, que no volvería”.*

*En tal sentido refiere no fueron considerados una serie de audios de la niña, obtenidos durante las visitas que el señor G. hizo en un ámbito que sostiene de imparcialidad, ya que S. se encontraba bajo la mirada y escucha de sus abuelos maternos, descartando de ese modo -dice- la posibilidad de manipulación alguna. Afirma que de uno de ellos se desprende que “la niña prácticamente implora a su padre que la lleve a su casa (a la casa paterna) y, sin embargo, ninguna referencia se hace a este deseo expresado” por ella.*

Además dice que no se llevó a cabo una pericia psicológica apropiada a la niña, ni se indagó respecto al retorno a España sin el padre, con lo cual concluye *“no puede establecerse la existencia o no de grave daño que, invocado o no por las partes, debe siempre ponderarse en virtud del principio de la realidad que debe primar en este tipo de procesos”*. Suma con transcripción de parte de la pericia llevada a cabo que *“no pudo realizarse, o no fue adecuada, y se basó únicamente en observaciones externas”*.

Asimismo sostiene que *“la combinación de una indagación en los deseos de la niña omitiéndole información necesaria para que comprenda mejor el sentido de sus preferencias, combinado con la no ponderación de la prueba en torno a los audios, habilita afirmar que la niña S. no ha sido debida y profundamente escuchada, en los términos del Art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, generándose con esto, otra seria afectación del proceso, y una incorrecta aplicación de normativa específica”*.

Por último refiere no fue considerado el retorno seguro de la niña, que debe contar con la garantía del respeto a sus derechos, y a una forma y calidad de vida que no la ponga en riesgo, así dice que *“no se ha evaluado que S. , aún de regresar, se encuentre en condiciones de residir legalmente en España”*, ya que *“no cuenta con pasaporte europeo debido a que su documentación italiana fue revocada al dar cuenta de que había sido obtenida a través de la falsificación del consentimiento parental. Por otro lado, si bien la actora es ciudadana italiana, no sabemos si cuenta con tarjeta de residencia en España, en tanto no lo ha acreditado”*. Cita jurisprudencia de esa Suprema Corte y del Máximo Tribunal de la Nación, concluyendo que debe estarse al rechazo de la restitución en análisis, en pos de no someter a la niña a una situación de vulneración de sus derechos.

Hace reserva del caso federal.





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

C-125580-3

IV. 1 Frente a la naturaleza de la materia en tratamiento y por una cuestión de orden lógico examinaré, en primer término, los agravios vinculados a la legalidad del traslado o retención en virtud de las críticas formuladas por el recurrente al respecto, en atención a las consideraciones efectuadas por el Tribunal en oportunidad de determinar la residencia habitual de la niña.

Al respecto adelanto mi opinión, según la cual los agravios del impugnante carecen de entidad para conmover la argumentación desplegada por la Cámara departamental para determinar la residencia habitual de S. en España, de conformidad con los términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción internacional de Menores (en adelante, CH1980) y con los criterios desarrollados por el Máximo Tribunal de la Nación y sostenidos por esa Corte (Fallos 318:1296; 328:4511; 333:604; 333:2396; 334:913; 334:1287; e.o.; SCBA C 121.958, sent. de 27-6-2018, C 120761, sent de 24-8-2018, C 119.110, sent. de 10-6-2015, entre muchas otras)

Estimo necesario precisar que la mencionada normativa convencional resulta aplicable a la especie sobre la base de entender que el traslado de S. I. G. F., a nuestro país, debe considerarse ilícito por no resultar éste el estado de su residencia habitual en los términos del CH1980 (arts. 3, 4, 12 y ccs. CH1980; 2614 y 2642 del CCyC).

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

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

Aún cuando la Convención no define lo que ha de entenderse por residencia habitual, la Corte Suprema de Justicia de la Nación subrayó: *“Que la expresión ‘residencia habitual’ que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores”* y a mayor abundamiento agrega, es *“errónea la interpretación ... que hace depender la residencia de la niña a los fines del art. 3, párr. 1º, “a”, de la Convención de La Haya, del domicilio real de sus padres”* (CSJN. Fallos 318:1269).

En el precedente antes citado, el mismo Alto Tribunal establece en este sentido que *“la residencia habitual del menor no puede reflejar un significado exclusivamente cuantitativo (v.gr. respecto del lugar en donde el menor haya vivido por más tiempo durante su corta vida, tal como propone el recurrente), sino que el concepto se expande e implica la definición del sitio en el que debe ser ubicado, de conformidad con la intención de quienes ejercen su custodia en términos convencionales, el centro de la presencia del menor, para lo cual también debe atenderse a su entorno familiar y social, sus afectos, su posible asentamiento e integración en el determinado medio, con cierto grado de estabilidad y proyección de permanencia, debiendo ponderarse todos los elementos con el debido criterio de actualidad”* (SCBA C.123. 322 sent. 30-12-2020).

Sabido es que la residencia habitual y el centro de vida corresponde que sean evaluados desde una perspectiva temporal, pero sin desconocer las circunstancias fácticas que acontecieron. De ese modo, no hay que interpretar en su literalidad el art. 3, inciso “f” de la ley 26.061, en cuanto dice que el centro de vida del niño será donde hubiese transcurrido *“la mayor parte de su existencia”*.



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

C-125580-3

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

Siguiendo ello, la Alzada tuvo por acreditado que la residencia habitual de la niña S. I. G. F., es la ciudad de N., M., España.

En dicho sentido señala la sentencia en crisis, que *“surge en verdad que el propio Sr. G. manifiesta que tenían ‘pensado viajar para ver el panorama y establecerse’ y, más allá de que relata que pensaban volver, lo cierto es que no escapa al suscripto que de algún modo existió una suerte de acuerdo/plan familiar para establecerse en Europa”* [sic], y agrega, *“También iría en esa dirección el informe del Lic. en Psicología Laborde, en el que se expone que el Sr. G. le manifestó que ‘tenían proyectado probar suerte en el extranjero, motivo por el cual la Sra. F. y su hija van a Europa y que pasado un tiempo le comunica su deseo de finalizar la relación y de quedarse a vivir allí (ver informe del 18/11/2020 en causa N° 172107)”*.

En ese contexto, y sin perjuicio de la somera referencia efectuada por la Alzada en torno a la construcción argumental que hiciera la juez de grado para determinar la residencia habitual de la niña, entiendo procede advertir sobre situaciones ocurridas que conducen a la consolidación de dicha circunstancia.

Así y conforme ha sido reseñado por la juez de grado, en el marco de los autos conexos que tramitan por ante el Juzgado de Familia N° 4, caratulados *“G. A. J. M. c/ F. M. C. R. s/ Medidas Precautorias (art. 232 del CPCC)”* se desprende que: i) el señor G. y la señora F. M. suscribieron una autorización de viaje recíproca; ii) que la señora F. M. viajó junto a su hija, S. I. G. F. a Europa; iii) que posteriormente lo hiciera el señor G.; iv) que al momento de la llegada del señor G. a Europa, la señora F. M. y su hija residían en N., M., España; v) que el señor G. regresó al país junto con su hija S. I. G. F. sin dar aviso de ello a su progenitora; vi) que S.

I. G. F. se encontraba matriculada en una institución infantil en M.; vii) que la niña no tenía conocimiento que su mamá no estaría en Argentina.

Adunase a lo expuesto lo que se desprende del acta de audiencia de fecha 17 de noviembre de 2020, celebrada en el marco de los autos referidos, por ante el señor secretario del juzgado, el señor juez a cargo, integrante del cuerpo de magistrados suplentes, la participación del señor G. conjuntamente con su letrada, todo ello en presencia de la señora titular de la Asesoría de Incapaces N° 1, doctora Silvia Fernández, en donde el aquí quejoso *“Señala que todo comenzó en el marco de un proyecto familiar para instalarse en Europa, ya que el hermano de la Sra. F. M. vive hace varios años en dicho continente, considerando que la demandada y su hija podrían obtener rápidamente la ciudadanía Italiana, por ello decidieron vender parte de sus bienes y avanzar con su objetivo”*.

Así las cosas, más allá de la crítica que efectúa el señor G. a la interpretación que la Alzada le otorga a sus dichos sobre *“probar suerte”* por cuanto según expresa ello *“habla más bien de viajar temporalmente y luego decidir qué hacer, si quedarse en Europa o volverse a Argentina”*, se advierte, la existencia de un consenso en torno a trasladar el hogar familiar a Europa.

En dicho sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que *“para que dicho consenso pueda adquirir la concreción propia de una decisión jurídicamente relevante, debe tratarse de una clara intención compartida de trasladar la residencia, que debe ser demostrada cabalmente. La prueba debe superar el plano de una simple posibilidad, no bastando un panorama de ambigüedad”* (CSJN, V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños, 22-10-2020).

Que en el caso, el quejoso alega que nunca existió la intención de mudarse a España como así tampoco el referido consenso que *“el a quo convalidó”*. Sin embargo, de sus propias manifestaciones se evidencia que la radicación en España originalmente existió como un *“proyecto familiar”*, dejando sin respaldo la tesis sostenida por el recurrente; en



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

C-125580-3

consecuencia la niña dejó nuestro país lícitamente e ingresó y radicó en España con el mismo carácter.

Lo cierto es, que, a la luz de la interpretación del concepto de residencia habitual, y acreditada la existencia de una decisión de mudar el hogar familiar a Europa, conducen a considerar a N., M., España, como la residencia habitual, en relación a la niña S. I. G. F., tal como fuera confirmado por la Alzada.

IV. 2 Ahora bien, siguiendo el mismo orden, y en función de los argumentos esbozados en la queja en análisis, procedo al abordaje de la denunciada violación de la garantía del debido proceso fundada en la utilización de una prueba nula como base de la sentencia recurrida, cual es los dichos que fueron vertidos en la audiencia celebrada el día 17 de noviembre de 2020, en los autos “G., A. J. M. c/ F. M. s/ Medidas precautorias”.

En tal sentido, encuentro acertado el rechazo que de la cuestión efectuó la Alzada, al estimar que *“el planteo resulta extemporáneo desde que al haber formado parte de aquel acto trascendental del cual ahora predica su nulidad, tenía cinco (5 días) para plantear formalmente la misma o cualquier otra clase de recursos; lo que no hizo y por imperativo de los efectos preclusivos de los actos, tales vicios -de haber existido-han sido convalidados por el propio quejoso (argto. arts. 125, 126, 169, 239 ter 1 er. Párr. in fine, 241, 242, 245, 253, sptes. del CPC)”*.

De tal manera, siendo el acta de la audiencia un instrumento público -art. 289 inc. b del Código Civil y Comercial de la Nación-, hace plena fe no sólo en cuanto a que se ha realizado el acto sino también en cuanto a la fecha, lugar y hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él, hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal (art. 296 inc. “a” del citado cuerpo legal–Id SAIJ: SU 33025951, 29-5-2019-.

Además, dijo la Alzada: *“No es óbice para adoptar tal decisión la circunstancia de que no se planteó con antelación porque recién fue en la sentencia*

*recurrida cuando se hizo mérito y que de haberla planteado en aquel momento hubiese sido requerir la nulidad por la nulidad misma”.*

Agrego a lo expresado, que tanto la alegada ausencia absoluta de firmas en el acta que cuestiona el impugnante, como la inexistencia del acompañamiento de su letrada en el acto no resultan corroboradas, pues teniendo a la vista dicho instrumento se constata que el señor secretario del Juzgado de Familia interviniente la suscribió, además de verificarse en el cuerpo del acta que: *“Presentado el Sr. G. A. J. M. ..., con el patrocinio letrado de la DRA VALERIA PAULA LUCCIONI...”.*

IV. 3 Asimismo sostuvo el señor G. que se violentó la garantía del debido proceso por no haberse producido prueba ofrecida que postula conducente, agravio que entiendo no se encuentra acreditado.

Ello así pues entiendo que tuvo oportunidad para expresar su disconformidad al respecto, pero no la presentó en tiempo oportuno.

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

Sin perjuicio de las consideraciones vertidas precedentemente no debe dejar de tenerse en cuenta las normas y los principios generales que rigen los procesos de familia y en especial la facultades otorgadas al juez, que establecen determinadas pautas tendientes al cumplimiento de las garantías constitucionales y el ejercicio pleno de los derechos; tolerando tales directrices adaptaciones y flexibilizaciones según las circunstancias y particularidades de cada realidad, adquiriendo en la jurisdicción que se despliega en tales conflictos, una tutela judicial diferenciada, atendiendo a la complejidad de las situaciones y teniendo especialmente



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

C-125580-3

en cuenta que están en juego derechos esenciales de las personas y, en este caso puntual la satisfacción plena del derecho que asiste a la niña (art. 15 Const. Prov.; art. 3 CIDN; art. 706 sgtes. y concs. Cód Civ. Com; ver tmb. SCBA, C. 122.255, del voto del Dr. De Lazzari (MI) en sent. de 24-2-2021).

Para concluir, sobre este tópico se ha dicho que *“Las convenciones vigentes no contienen normas sobre medios probatorios admisibles ni sobre su valoración. En la República Argentina, no existiendo aún reglas procedimentales especiales al respecto, el juez tiene amplias facultades para fijar cuáles son las pruebas que resultarán admitidas y cuál será su apreciación. Sin embargo, el juez deberá tener en mira en todo momento la brevedad y urgencia del procedimiento, dada su especial naturaleza. La Guía de Buenas Prácticas de la HCCH (Segunda Parte, Medidas de aplicación, acápite 6.5.2.) establece como regla para la apreciación de los extremos atinentes al Convenio de La Haya de 1980 que, salvo en casos excepcionales, debe darse una mayor importancia a las pruebas documentales y a las declaraciones juradas y menos relevancia a las pruebas orales...”* (“Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños”. Luciana B. Scotti. Publicado en Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 62. Dirs. Cecilia P. Grosman, Aída Kremelmajer de Carlucci, Nora Lloveras y Marisa Herrera. YSSN1851-1201. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Noviembre de 2013, PP.125-156.).

IV. 4 Por otra parte, en orden a las omisiones de cuestiones fundamentales que dice el recurrente no fueron tratadas por los sentenciantes, en mi consideración la queja no es de recibo, toda vez que el remedio intentado no constituye la vía idónea a los fines de canalizar dicho vicio.

Al respecto, tiene dicho esta Suprema Corte que resulta inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley si la intención de la defensa era denunciar que el Tribunal revisor omitió dar tratamiento a determinadas cuestiones que fueron llevadas a su conocimiento, pues debió efectuar el planteo a través de la vía recursiva pertinente. La denuncia de eventual omisión de cuestión esencial es propia del recurso extraordinario de

nulidad (causas C. 122.514, "R., J. A.", sent. de 13-II-2019; C. 127.858, "M., V. O.", sent. de 20-IX-2017; C. 89.527, "Negruzzi", sent. de 30-XI-2011; C. 105.676, "Pérez", sent. de 4-III-2009; e.o.).

También, cabe señalar que en tal sentido *“La denuncia de una supuesta omisión de cuestiones solamente puede alegarse por vía del recurso extraordinario de nulidad, siendo su tratamiento ajeno al ámbito del de inaplicabilidad de ley”* (SCBA C. 117.156 sent. de 25-6-2014).

IV. 5 En cuanto al agravio sustentado en la incorrecta e incompleta ponderación de la escucha de la niña, -recibida en reiteras oportunidades- tampoco prospera.

Es que a mi entender, resulta acertado lo expresado por la señora asesora interviniente, en cuanto: *“...conforme la interpretación de la CDN efectuada por el órgano de interpretación Comité sobre los Derechos del Niño, no existe modo adecuado de construir el interés superior del niño si no es atravesado por el peso de su opinión; así (los) arts. 3 y 12 tienen una relación dialéctica y vinculada: el art 12 constituye la vía hábil para obtener la interpretación en el caso del interés superior de la niña, debiendo dicho interés construirse a partir de la opinión vertida por la niña (Observación General N° 12 sobre el artículo 12 de la CDN y Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial). Por lo demás,...: la opinión del niño debe ser escuchada y valorada siempre, independientemente de su edad, considerando además que cuanto más impacte la decisión a adoptar en los derechos del niño -y sin duda su residencia es una decisión de elevadísimo impacto- mayor importancia habrá de concederse a la opinión (cfr. OG 12 Comité, cit.)”* (sic).

Asimismo el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, elaborado por la Oficina Regional para América Latina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en coordinación con la Red Nacional de Jueces de Familia para la Protección y Restitución





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

C-125580-3

Internacional de Niños y la Red Internacional de Jueces de La Haya, del mes de diciembre del año 2016 establece que: *“Los niños tienen derecho a participar activamente y a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, conforme a su edad y grado de madurez y, de ser posible, con el auxilio de equipos técnicos especializados en niñez y adolescencia. Se debe dar al niño información completa, accesible y apropiada a la edad, respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar. Para ello, resulta fundamental, tomar precauciones tendientes a reducir el riesgo de posibles consecuencias negativas para el niño, a raíz de su participación en el proceso...”*.

El referido Protocolo reproduce en su ámbito de aplicación el estándar convencional que establece el derecho de todos los niños a ser oídos en todo procedimiento que los afecte y a que su opinión sea tenida en cuenta de conformidad con su edad y grado de madurez (arts. 3, 5 y 12 CDN, Observación General N° 12/2009 del Comité de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado y Observación General N° 14/ 2013, sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial; Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffó vs. Chile” (2012), párrafos 199 y ss.; “Furlán vs. Argentina” (2012), párrafos 230 y ss.; “Gelman vs. Uruguay” (2012), párrafo 129; 3, 24 y ccs., ley 26.061; arts. 24, 25, 26, 639, 707 y ccs., Cód. Civ. Com; art. 4 y ccs., ley 13.298 y sus modificatorias; SCBA, C. 78.728, sent. de 2-5-2002; C. 100.970, sent. de 10-2-2010; C. 107.820, sent. de 11-8-2010 y C. 91.622, sent. de 26-10-2010, entre otras).

IV. 6 Por otra parte, habiendo confirmado la Alzada el decisorio de la instancia anterior, queda firme en su totalidad lo allí decidido por cuanto, entonces, las previsiones relativas a los recaudos que deben adoptarse para el retorno de la niña, dejan carente de sustento el agravio postulado en tal sentido.

V. Finamente no puedo dejar de mencionar, que como es sabido el interés superior resulta ser un criterio o premisa que direcciona la resolución de los conflictos, donde se encuentran involucrados niños y en este caso, opino que la cuestión en debate

compromete al interés familiar, el cual de manera inescindible forma parte de la construcción de aquella premisa (art. 3, párr 1 CDN; art. 3 ley 2601; art. 4 ley 13.298).

Es que de acuerdo al plexo normativo que rige específicamente los derechos de la infancia, todas las decisiones y medidas relacionadas con un niño deben ser resueltas y disponerse con miras a satisfacer sus actual y mayor beneficio. Tal es el propósito que debe guiar la labor jurisdiccional que se despliega cuando pueden verse afectados sus derechos.

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial (art. 3, párr 1), expresó que *“el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño“* ( párr. 4), que abarca el desarrollo, físico, mental, espiritual, moral, psicológico, social del niño (Observación General N° 5, párr. 12). *“La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, moral, y espiritual holística del niño y proveer su dignidad humana”* (párr. 5), subrayando que dicho interés superior es un derecho sustantivo, un principio interpretativo, y una norma de procedimiento (párr. 6), que su evaluación exige, en la medida que sea pertinente para la situación de que se trate, que deben tenerse en cuenta, la opinión del niño, la identidad, la preservación del entorno familiar, cuidado, protección y seguridad, el desarrollo a la salud y a la educación (párr. 52-74).

Igualmente en la Observación General N° 12 (2009) en cuanto a el derecho del niño a ser escuchado, se determinó que no puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones; por el contrario, ello debe darse por supuesto y reconocer que tiene derecho a expresarlas, haciendo hincapié en que el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño no pone ningún límite de edad al respecto (párr. 20-21).

En palabras de ese Superior Tribunal, el interés superior del niño es *“el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de las personas y los bienes de un niño dado, entre ellos el que más le conviene en una*



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

C-125580-3

*circunstancia histórica determinada analizado en concreto, ya que no se concibe un interés abstracto” (Ac. 79.931, sent. de 22-10-2003 y Ac. 99.273, sent. de 21-5-2008).*

VI.- Consecuentemente, en virtud de todo lo expuesto, tomando como premisa el interés superior de la niña como condicionante de la decisión en el cumplimiento de la Convención de La Haya de 1980, propicio el rechazo del remedio extraordinario ya examinado.

La Plata, 2 de mayo de 2022.

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

02/05/2022 13:55:37

