

Cuaderno Temático de Dictámenes

2023

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

MATERIA: MENORES



Cuaderno Temático de Dictámenes

2023

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

MATERIA: MENORES





Presentación

Los dictámenes que emite la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires constituyen un corpus iuris integrado a partir de una elaboración jurídica propia realizada en el marco de las normas que habilitan la intervención del Organismo en los casos ventilados ante el aludido Tribunal.

En esta tarea, a más de la doctrina de los autores, son incorporadas diversas fuentes jurisprudenciales; entre ellas cobran especial protagonismo, la doctrina judicial emanada de la Suprema Corte de Justicia provincial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también, por cierto, lineamientos o estándares originados en precedentes de tribunales internacionales, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe hacer notar el tenor dinámico que exhibe este corpus en tanto la Procuración General, al atender al interés público de la sociedad, debe ser permeable a las exigencias siempre actuales del bien común y propiciar los cambios jurisprudenciales que estas y los acontecimientos justifiquen. Ello sobre la base del respeto a la dignidad de la persona y los derechos fundamentales como un principio inmutable y primordial.

En la Provincia de Buenos Aires, una especial mirada y perspectiva integral trasunta la estructura del Ministerio Público, como cuerpo de Fiscales, Defensores, Asesores de Menores e Incapaces y Curadores que, encabezado por el Procurador General, actúa en defensa de los intereses de la sociedad y persigue un eficaz equilibrio en la prestación de justicia respetando los valores consagrados en las disposiciones constitucionales.

La aludida estructura permite la unidad de acción y facilita la gestión de la protección del interés público de un modo cooperativo y solidario, con sustento en una sana dialéctica.

Elementales razones de transparencia y seguridad jurídica reclaman que los dictámenes que emite la Procuración a través de sus diversas áreas de especialización

sean sistematizados, publicados y difundidos. Y también, rectamente inteligidos.

De tal suerte, los letrados que participan en su elaboración son quienes en una virtual interpretación auténtica intervienen en la selección y organización del material de los cuadernos que edita el Centro de Información Jurídica del MPBA.

De allí también que cada Cuaderno Temático de Dictámenes va precedido de una breve nota introductoria explicativa de su contenido, así como del criterio seguido en la elección de las piezas que lo componen.

En los Cuadernos se ponen de relieve temáticas transversales a las distintas ramas del derecho, primordialmente de orden constitucional y procesal. No cabe duda, asimismo, que las áreas especiales que sustentan las Salas de Relatoría (penal; civil, comercial y laboral; constitucional y administrativo; y tutelar) también proyectan su particular impronta y fisonomía respecto de la solución que se propicia para el remedio extraordinario implicado.

Los Cuadernos Temáticos del CIJur representan así un esfuerzo institucional en pro de un mejor servicio a los operadores del derecho y a la comunidad en general, que arrima y facilita el conocimiento de las soluciones de justicia a las personas, en beneficio de la transparencia.

Con toda expectativa los ponemos a disposición.

DR. JULIO CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Nota introductoria

Para esta oportunidad se han seleccionado dictámenes vinculados a la Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes, a través de los cuales se procura evidenciar la interpretación jurídica efectuada y dirigida a reconocer el carácter integral de los derechos de la infancia, colectivo que sabido es resulta necesario proteger de forma singular.

Es del caso recordar que los procesos en los que esta Sala interviene poseen como característica particular y primordial -por la materia sobre la que versan y por las personas involucradas- que su resolución deba encaminarse a satisfacer el plus de garantías que nuestro ordenamiento jurídico tiene previsto para la niñez.

Precisamente, la preocupación fundamental y el criterio inspirador de cada dictamen ha sido asegurar la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que hubieren sido víctimas de sustracciones y retenciones ilícitas en miras a que su interés superior se vea garantizado.

Sabido es que los derechos de la infancia están plenamente estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño, la que reconoce que son individuos con derecho al pleno desarrollo físico, mental y social, y en especial con derecho a expresar libremente sus opiniones. La Convención es de carácter obligatorio para los Estados firmantes, siendo también obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en dicho instrumento internacional.

Ello sin soslayar que el análisis de la temática aquí elegida, exige como imprescindible la articulación del documento antes mencionado con las convenciones internacionales específicas de la materia, cuyos textos se encuentran impregnados por el resguardo del interés superior del niño y que en el contexto de dichos instrumentos consiste en la pronta restitución del menor a su residencia habitual, cuestión que sólo debe ceder ante la existencia de algunas de las excepciones allí previstas. De igual modo se suma al entramado jurídico otras disposiciones internacionales y las que emanan del legislador nacional y provincial.

Así a la luz del plexo normativo, jurisprudencia y principios imperantes en materia de restitución internacional de menores, sin entrar -por no corresponder- al análisis de las cuestiones de fondo y en el marco de la diversidad de circunstancias complejas que pueden darse en cada caso concreto, se evaluaron los comportamientos parentales específicos desde la estricta óptica de la afectación que pudieran tener en cada niño, niña y adolescente involucrado, cuidando resguardar su persona.

Y en tal contexto, se examinó el contenido y alcance de sus derechos, como así también el impacto que la solución del conflicto pudiera llegar a tener en aquellos, teniendo especialmente en consideración el derecho de todo niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; siempre con la necesaria conjugación de los principios que rigen los institutos del derecho de familia y del proceso del fuero.

Sala de Relatoría en materia de Menores e Incapaces de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

(Índice)

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS y ADOLESCENTES

MATERIA: MENORES

1. Interés tutelado. Trascendencia de la cuestión. Opinión del niño

Sinopsis	15
Dictamen C 125.596-3 “L. O. L. C. c/ A. S. E. F. s/ rest. internacional de menores”, fecha: 4 de julio de 2022	19

2. Residencia habitual. Opinión del niño

Sinopsis	45
Dictamen C 125.580-3 “F. M., C. R. c/ G. A. J. M. s/ restitución internacional de menores”, fecha: 2 de mayo de 2022	51

3. Opinión del niño

Sinopsis	81
Dictamen C 125.154-4 “B. B., L. c/ C., S. J. s/ restitución Internacional de menores”, fecha: 23 de noviembre de 2021	85

4. Residencia habitual. Integración del niño al nuevo medio como motivo autónomo de oposición. Interés superior. Medida para mejor proveer. Dictado de medidas en resguardo de los derechos del niño

Sinopsis	97
Dictamen C 124.043-2 “M. S. M. G. c/ F. M. V. s/ restitución internacional de menores”, fecha: 22 de diciembre de 2020	103

5. Residencia habitual. Opinión del niño

Sinopsis	127
Dictamen C 123.322-2 “A. G. L. I. c/ R. M. G. H. s/ restitución internacional de menores”, fecha: 10 de julio de 2019	129

6. Intervención el niño

Sinopsis	147
Dictamen C 124.137-5 “O. O., R. L. y otro/a s/ abrigo”, fecha: 24 de noviembre de 2021	153

7. Excepción de grave riesgo. Integración del niño al nuevo medio como motivo autónomo de oposición. Escucha del niño

Sinopsis	171
Dictamen C 121.733-1 “C, B., J. c/ F., M. M. s/ reintegro de hijo”, fecha: 6 de diciembre de 2017	175

8. Residencia habitual. Excepción convencional: opinión del niño. Medida para mejor proveer

Sinopsis	191
Dictamen C 123.408-1 “G. F., L. C. c/ R., M. R. s/ restitución internacional de hijo”, fecha: 23 de septiembre de 2019	195

9. Residencia habitual

Sinopsis	213
Dictamen C 121.958-1 “R. L. M. L. c / E. L. A. s/ restitución internacional de menores”, fecha: 5 de diciembre de 2017	217

10. Residencia habitual. Excepciones convencionales: grave riesgo; opinión del niño

Sinopsis	231
Dictamen C 120.328 “R. C., A. E. c/ G., A. A. s/ exhortos y oficios”, fecha: 21 de marzo de 2016	235

11. Excepciones convencionales

Sinopsis	253
Dictamen C 122.818-1 “S., R. c/ B., A. D. s/ restitución internacional de menores”, fecha: 3 de octubre de 2018	257

12. Oposición. Debido proceso

Sinopsis	269
Dictamen C 121.879-1 “B., M. V. c/ Z., A. D. s/ restitución internacional de menores”, fecha: 4 de diciembre de 2017	273

Los textos editados corresponden al contenido de los dictámenes; en los casos pertinentes, los datos personales de las partes han sido anonimizados.



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 125.596-3

**“L. O. L. C. c/ A. S. E. F. s/ rest. internacional de menores”,
fecha 4 de julio de 2022**

1. Interés tutelado. Trascendencia de la cuestión. Opinión del niño

Dictamen C 125.596-3 “L. O. L. C. c/ A. S. E. F. s/ rest. internacional de menores”,
fecha: 4 de julio de 2022

Sinopsis

En este caso, la Excelentísima Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial -Sala II- del departamento judicial B.B., confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la restitución internacional solicitada por la progenitora del adolescente E. A. L. a la ciudad de B., República de Colombia.

Contra dicha decisión se alzaron el señor E. F. A. S., por sí y en representación de su hijo y el adolescente E. A. L. a través de sendos recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley.

El Procurador General, en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, al abordar los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos por el adolescente E. A. L. postuló el rechazo de los mismos, atento que advirtió se pretendía “ingresar en esta sede extraordinaria temas y alegaciones que no se expusieron ante la Cámara en el marco de recurso de apelación alguno contra la sentencia de la juez de grado, que contenga materia de agravio que hubiere sido llevado a conocimiento de la Alzada como manda la norma procesal (art. 242, 260, 266, 272 y concordantes del C.P.C.C.)...”

Asimismo, sin perjuicio de dicho rechazo, en aras al interés tutelado y la trascendencia de las circunstancias que rodean el caso, ingresó en el fondo de la cuestión al tratar los agravios esgrimidos por el progenitor del adolescente, los que no solo resultan, de similar tenor, sino que además de la pieza recursiva traída por el señor A. S. se desprende que los cuestionamientos a la sentencia en crisis, son articulados por sí y en representación de su hijo menor.

Seguidamente, abordó los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos por el progenitor.

Al referirse al primero de ellos, el Procurador General, señaló que es doctrina

reiterada de la Corte, que *“el presente canal recursivo sólo puede fundarse en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, en la falta de fundamentación legal, en el incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (arts. 168 y 171, Const. prov.)”* (SCBA C. 120.303; sent. de 6-11-2019, entre otros).

En su análisis, el Procurador resaltó, de conformidad con jurisprudencia que emana del Alto Tribunal, que era improcedente el remedio extraordinario de nulidad en que se alega la falta de fundamentación legal, dado que de la lectura del fallo advirtió a simple vista su basamento en norma legal, más allá de la apropiada o no aplicación normativa a las circunstancias del caso, y propuso el rechazo del mismo.

A continuación, abordó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el progenitor y propició se haga lugar al mismo. Por consiguiente, en mérito de las consideraciones vertidas, tomando como premisa el interés superior del joven como condicionante de la decisión en el cumplimiento de la Convención de La Haya de 1980, propició se haga lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejó examinado.

En ese sentido opinó que *“se halla configurada la especial y excepcional causa que autoriza negar la restitución solicitada, resultando preciso ingresar al análisis de la opinión del adolescente (ver acta de escucha de 3 de febrero de 2022) invocada por la Alzada para confirmar la sentencia de grado y cuestionada por el recurrente con fundamento en su equivocada valoración.”*

Resaltó que, de las constancias de autos surge acreditado que la progenitora y su hijo E. A. L. residían en la ciudad de B., República de Colombia, con anterioridad al traslado del adolescente a la Argentina por su progenitor, el que, si bien ha sido efectuado contando con la autorización materna, habiendo vencido el plazo otorgado para el regreso, el mismo no se efectuó; por lo que la permanencia y retención del joven en Argentina se ha tornado ilícita, citando al respecto lo dispuesto por el art. 3 de la Convención de la Haya 1980.

Sin perjuicio de ello, estimó “necesario analizar el artículo 13 de la Convención citada, en cuanto menciona excepciones concretas al mismo, pues ha sido motivo de agravio también su aplicación (en igual sentido, art. 11 de la C.I.R.I.M.)”

Así, señaló que “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”.

Asimismo, destacó que en tal sentido ha sostenido el 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 C 120.328, sent. de 19-10-2016, autos “R. C. ,A. E. c/ G. ,a. A. s/ Exhortos y oficios”).”

Enfatizó que, a partir de la lectura del expediente, se advirtió una sostenida negativa del joven a regresar a la República de Colombia, que permitió, tener configurada la eximente prevista en el artículo 13, penúltimo párrafo del Convenio de La Haya (y artículo 11 última parte de la C.I.R.I.M.), atento su edad y grado de madurez.

También resaltó que se ha sostenido “... *al decidir respecto de la procedencia de la restitución internacional de un menor, no puede prescindirse de recabar la opinión que este posee sobre el tópico (conf. arts. 3.1, 9.3, 12.1 y 12.2, CDN y la Observación General n° 12, Comité de los Derechos del Niño; 13, CH1980 y su doctr.; 14 apdo. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General n° 13, Comité de Derechos Humanos; 8, 19 y 25, Convención Americana de Derechos Humanos a la L. de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23 y concs., Const. nac.; 11, 15, 36.2 y concs., Const. prov.) (del voto del Dr. Pettigiani, en el precedente de esa Corte, C 123.322, sent. de 30-12-2020).*”

Y, que la opinión que pueda poseer el niño al respecto “*debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez (art. 13, CH1980), para lo cual le es imprescindible al juez conocerlo y ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, balanceándolas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole de los derechos en juego (conf. causa AC. 78.728, “S. de R., S. R.”, sent. de 2-V-2002; e.o.). Es que se admite -en estos casos- que la opinión del menor pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y un grado de madurez tal que resulte apropiado tener inexorablemente en cuenta sus opiniones, convirtiéndose así en intérprete de su propio interés (conf. Pérez-Vera, Elisa, Informe Explicativo..., cit. Párr. 30)*” (del mismo voto del Dr. Pettigiani, en causa SCBA, C 123.322, sent. de 30-12-2020).



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

“L.O.L.C. c/A.S.E.F. s/Rest.

Internacional de menores

C 125.596-3

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Excelentísima Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial -Sala II- del departamento judicial B.B., confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la restitución internacional solicitada por la progenitora del adolescente E. A. L. a la ciudad de B., República de Colombia.

Contra dicha decisión se alzaron el señor E. F. A. S., por sí y en representación de su hijo y el adolescente E. A. L. a través de sendos recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley.

II. A. Del recurso extraordinario de nulidad.

En virtud de la identidad de los recursos extraordinarios de nulidad articulados me abocaré al tratamiento de los mismos en forma conjunta.

Ambos recurrentes denuncian como comprometidos y violados los artículos 161 inciso 3 b, 168 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; y el artículo 296 del Código Procesal Civil y Comercial provincial.

Puntualmente y con base en lo dispuesto por los artículos 168 y 171 de la Constitución provincial, el joven A. L. señala que *“Ninguna de estas pautas fue tomada en cuenta al momento de resolver. Hubo una omisión en el tratamiento de una cuestión esencial como es que yo pueda acudir a la administración de justicia a resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Estos principios tienen un contenido amplio pero sobre todo deben garantizar el debido proceso, principio constitucional. Todo lo contrario, los Jueces de Cámara directamente no decidieron sobre mi*

presentación como parte; lo que los llevó a decidir contra legem y contra todo lo que quiero para mi futuro” [sic].

En igual sentido, se agravia el señor A. S., por cuanto considera, que la Cámara ha decidido “*contra legem y contra todo*” lo que el adolescente de autos “*aspira para su futuro*”.

Aduce que no ha sido resuelta respecto del mismo, “*una cuestión esencial, como es su participación, con garantías del debido proceso y acceso a la justicia*”.

En particular, el señor A. S., dice que la sentencia en crisis “*ha hecho caso omiso de todos los textos legales vigentes, limitándose a citar los mismos, sin más*” [sic].

Y agrega que, “*de ningún modo... los Jueces han hecho referencia al pedido de participación de mi [su] hijo en el proceso, o a la intervención de su letrada patrocinante*” [sic], lo que dice implicó apartarse “*no sólo de lo que establece como excepción al pedido de restitución la Convención de la Haya en sus arts. 13 y 20*”, sino de la demás normativa que considera aplicable al caso y cita.

Por su parte, y siguiendo ese razonamiento, el joven A. L. sostiene que no se lo ha tenido “*por parte en este pleito, nunca se me [le] informó que tenía derecho a un abogado*”, a la par que concluye que han “*interpretado de manera incorrecta mis [sus] expresiones en la audiencia celebrada el día 3 de febrero pasado*” [sic].

Se agravian ambos, por cuanto consideran que la sentencia de Cámara “*adolece de vicios formales insusceptibles de convalidación al soslayar el derecho*” del adolescente “*al acceso a la justicia*”.

Puntualmente señalan, que no ha habido para el joven A. L. “*una garantía de debido proceso*” [sic].

Dicen, que la sentencia en crisis en “*ningún momento tiene en cuenta la presentación*” del adolescente, “*donde concretamente solicitó ser*

tenido por parte en las presentes actuaciones”.

Por último, se queja el señor A. S. por cuanto se ha confirmado la sentencia de primera instancia, *“que hace lugar a la restitución de mi [su] hijo a Colombia, a pesar del coherente relato del mismo a lo largo de todo el proceso respecto a su decisión de permanecer en Argentina...”* a la par que considera que el *“...centro de vida de mi [su] hijo lo es no ya en la ciudad de B.B. solamente, sino junto al suscripto, como surge de los propios dichos de mi [su] hijo, donde el mismo desea permanecer” [sic].*

En igual sentido, el joven A. L., se agravia por cuanto se ha *“confirmado la sentencia de primera instancia que hace lugar a mi [su] restitución a Colombia, a pesar de mi [su] coherente relato a lo largo de todo el proceso, cuando me [lo] dejaron expresarme [se], respecto a mi [su] decisión firme de permanecer en Argentina junto a mi [su] padre”,* agregando que su *“centro de vida [es] en la ciudad de B.B. en donde deseo [a] permanecer” [sic].*

Entienden finalmente, que en la sentencia en crisis *“han sido totalmente ignorados [as] al tener que hacerse efectiva su aplicación”* las reglas 29, 31, 53 y 65 de *“Las Reglas de Brasilia”* que *“hacen referencia al tema que nos ocupa” [sic]* sin perjuicio de encontrarse legislado a nivel nacional y *“específicamente en nuestra Provincia” [sic].*

II. B. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Por idénticos motivos a los expuestos anteriormente, me abocaré al análisis conjunto de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

Los quejosos entienden que la sentencia impugnada viola y compromete los artículos 16, 18, 75 inciso 22 y 23 de la Constitución Nacional; los artículos 1, 2, 8, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; los artículos 3, 9 apartados 3, 10, 12 apartados 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; los artículos 11, 15 de la Constitución de la provincia de Buenos

Aires; las Observaciones Generales N° 5, 12 y 14 del Comité de los Derechos del Niño; la Opinión Consultiva N° 17 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; las reglas 29, 31, 53 y 65 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad; las Reglas de Beijing; la Declaración de Cancún; los artículos 25, 26, 638, 639, 646, 647, 706, 707, 2613, 2614 del Código Civil y Comercial; artículos 1, 2, 3, 24, 27, 29 y 31 de la ley 26.061; el artículo 27 del Decreto 415/06, la ley provincial 14.568 y su Decreto 62/15; la doctrina legal de esa Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires; el principio de especialidad.

Se agravian por cuanto entienden que la Cámara equivoca al considerar que no se encuentra “controvertido” que la residencia habitual del adolescente “en términos convencionales” se encuentra en B., República de Colombia, siendo ello “el punto de conflicto” que ambos poseen con la actora, progenitora del joven de autos, quien, dice el señor A. S., “no admite la voluntad de su hijo” y “peor aún, no admite que la misma situación fáctica que ya se daba en Colombia también opera en la Argentina”.

Agrega el joven, que “a partir de este [ese] erróneo razonamiento es la sentencia que se dicta y que da lugar a este recurso”.

Continúa su agravio y refiere que “en este pleito han discutido permanentemente mis [sus] padres sobre una cuestión que me [lo] implica en forma directa. Sin embargo, nunca se me [le] informó, hasta que conocí a la Dra Mercedes Patiño, que tenía la posibilidad, legal, de ser parte en el mismo” [sic].

Por otra parte, arguyen ambos, que la Alzada ha efectuado una “errónea lectura e interpretación” de lo que “debe entenderse como ‘residencia habitual’ en la Convención de La Haya”.

Ambos entienden que dicho concepto debe interpretarse no solo en “sentido dinámico de lo que es el centro de vida”, sino también, conjugándose con los “antecedentes convivenciales” y los “vínculos durables por un tiempo prolongado”.

Refieren que en virtud de la conflictiva en la que se encuentra inmerso el adolescente, y *“siendo que el mismo asume una decisión tan importante como es la de decidir el futuro de su centro de vida”*, le atañe a él *“también el derecho de participar en este juicio con asistencia letrada”*.

En dicho sentido, se agravian por entender que ello no le fue *“informado y tampoco fue incorporado oportunamente a la causa como parte, a pesar de haberlo solicitado”* ante la Cámara.

Se quejan asimismo por cuanto entienden que *“habiendo sido oído”* el joven por ante la Alzada, *“no fui [fue] escuchado en el sentido que este término tiene, es decir, haber puesto en contexto su realidad y dichos, a los fines de interpretar lo que en dicha ocasión reiteré [ó]; ya que en primera instancia fui [fue] contundente al tener la entrevista con el equipo técnico, en cuanto a lo que quiere para mi [sí]” [sic]*.

Por otro lado expresan que *“en ningún momento”* fue tenido en cuenta por la Cámara al resolver, *“lo manifestado por el Asesor respecto de su asistido”*, y concluye que *“en el caso, si bien intervino su opinión no fue siquiera mencionada”*.

Aduna a ello el señor A. S., que la sentencia en crisis ignora doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la participación de *“este [ese] Ministerio”*.

Y finalmente señala que *“pareciera que no hubiera sido más que el tránsito de un mero cumplimiento de formalidades, que no han sido siquiera consideradas, más allá de las citas de las mismas se haya hecho” [sic]*.

Se agravian por entender que *“nunca se tuvo en cuenta”* el interés superior del menor, ni su centro de vida.

Estiman que pese a lo que surge del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la doctrina emanada de nuestro Máximo Tribunal Nacional, que citan, la juez de grado *“falló en contra de la posición”* del adolescente, *“habiendo la Cámara confirmado dicha decisión”*.

En particular, sostienen que yerra el sentenciante que abre el acuerdo al afirmar que no se encuentra probado “*el grave riesgo al que podría verse expuesto*” el joven si tuviera que volver a Colombia. Agregan que las excepciones contenidas en la Convención de La Haya “*no son acumulativas ni concurrentes*” y que el solo “*hecho de tener edad y grado de capacidad suficiente para oponerme [se], excluye las otras excepciones*” que contempla la norma.

Por otra parte, aducen que la sentencia en crisis incurre en arbitrariedad y absurdo cuando pese a toda la prueba acompañada al expediente y la opinión vertida por el señor asesor de incapaces -que menciona-, sostiene que no se evidencia en el joven “*un repudio irreductible a volver a Colombia*”.

Entienden, que dicha forma de resolver, “*distorsiona arbitrariamente*” el criterio que esa Corte tiene “*sentado en los casos de pedidos de restitución internacional de menores (Sentencia del 20/04/2016, causa C. 119.986)*” y que, frente a ello, la Cámara ha resuelto en “*sentido negativo a la decisión*” de E. “*de permanecer en Argentina, donde... tiene hoy su centro de vida*”.

Concluyen que de esta manera, “*se termina decidiendo sobre mi [su] vida y mi [su] futuro...contra su expresa voluntad*” puesto que aun cuando, dice el señor A. S., se “*infiere que mi [su] hijo es creíble...puede más la arbitrariedad del parecer que contraría los intereses del menor, que el parecer que se adecúa a sus reales necesidades, voluntad y proyección de futuro*”, afirmando que el joven ha quedado en una situación de “*completa inestabilidad*”, puesto que con la sentencia en crisis se lo “*sujeta y somete a mayores controversias judiciales*”.

Con base en ello, el joven agrega que “*mi [su] vida es hoy en Argentina y aquí quiero [e] permanecer. Aquí voy [va] a la escuela, juego al básquet, hoy tengo [tiene] mi [su] grupo de amigos. Mi [su] centro de vida en sentido dinámico*” [sic].

Se agravia el señor A. S., por considerar, que la Alzada ha efectuado una interpretación errónea de lo expresado por su hijo en la audiencia, ya que, en ese entendimiento, dice, se exigiría “*como requisito de admisibilidad de*

la excepción” -contenida en la norma-, que aquel “corte de manera definitiva los lazos con su madre para que ‘alcance’ el grado ‘contundente’ que se le exige”, lo que implicaría “llevar a la norma a un grado de perversidad que la misma no exige”.

Agrega que su hijo “pretende..., vivir” con el recurrente, y “ver a su madre de manera sólo en ocasión de sus vacaciones, lo que resulta mínimamente lógico y razonable” [sic], pero que ello “no implica que la voluntad de mi [su] hijo sea vivir en Colombia con ella”.

En esa línea, se agravia el joven por cuanto considera que la Cámara ha hecho una interpretación “errónea” de sus dichos. Cuestiona el modo en que ellos han sido tomados para considerar la relación que pretende tener con su progenitora ante su decisión de quedarse en Argentina.

Por otro lado, vuelven a esgrimir ambos que el adolescente “no ha participado del proceso en forma sustancial” de acuerdo a “su grado de madurez y condición de sujeto en situación de vulnerabilidad”.

Por último, aseveran que la Alzada “desconoció el principio de especialidad” que rige en procesos como el de marras, donde los niños, niñas y adolescentes, “son parte sustancial”, lo que significó, dicen, la “violación de las garantías mínimas de procedimiento que la normativa convencional... le impone al sistema”; agregando el señor A. S., que la sentencia en crisis, “viola normas y garantías constitucionales y convencionales, que hacen al debido proceso, al interés superior del niño, al concepto de ‘centro de vida’, entre otros” [sic].

Hacen reserva de caso federal.

III. De los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos por el adolescente E. A. L.

En relación a los remedios extraordinarios intentados por el joven, advierto que su primera intervención en el proceso con el patrocinio letrado de la abogada del niño, ocurrió con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia y encontrándose los presentes ya radicados por ante la Alzada (ver presentación de 23 de diciembre de 2021).

A ello cabe agregar, que de la lectura del escrito referido, no es posible inferir crítica impugnativa alguna contra la sentencia de la juez de grado de conformidad con la carga impuesta por el artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial provincial.

Es del caso mencionar que calificada doctrina ha sostenido que *“el memorial de agravios debe contener un crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, la cual implica la realización de una exposición jurídica en la que, mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado, se evidencia su injusticia, requiriendo una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho”* (Arazi, Bermejo, De Lázari y otros “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, comentado y anotado” Rubinzal-Culzoni, 2009 Tomo I, pag. 487).

Por el contrario, de la lectura del escrito de mención se desprende que el joven solicitó ser tenido por parte en el proceso, la escucha por ante los miembros de la Cámara y una serie de medidas cautelares, todo lo cual fuera materia de oportuno proveimiento (ver despacho de fecha 27 de diciembre de 2021) por parte de la Alzada, sin que lo resuelto recibiera cuestionamiento alguno de su parte.

Resultando por tanto lo aquí traído cuestiones que, de manera extemporánea se introducen ante la instancia extraordinaria y que por lo tanto resultan ineficaces para habilitar los remedios articulados en tanto constituyen el fruto de una reflexión tardía (cfr. doct. causas C. 116.986, sent. de 11-XII-2013; C. 117.762, sent. De 1-VII-2015; C. 116.447, sent. de 30-X-2013; C. 107.799, sent. de 30-X-2013; C.S.J.N., Fallos: 306:111; 307:770; 311;770; 311:2247; 321:1052; entre muchos otros).

En consecuencia y advirtiendo que se pretende ingresar en esta sede extraordinaria temas y alegaciones que no se expusieron ante la Cámara en el marco de recurso de apelación alguno contra la sentencia

de la juez de grado, que contenga materia de agravio que hubiere sido llevado a conocimiento de la Alzada como manda la norma procesal (art. 242, 260, 266, 272 y concordantes del C.P.C.C.), es que postulo el rechazo de los remedios extraordinarios articulados por el joven.

Ahora bien, sin perjuicio de lo antes expuesto, en aras al interés tutelado y la trascendencia de las circunstancias que rodean el caso, habré de ingresar en el fondo de la cuestión al tratar los agravios esgrimidos por el progenitor del adolescente, los que no solo resultan, como se expusiera, de similar tenor, sino que además de la pieza recursiva traída por el señor A. S. se desprende que los cuestionamientos a la sentencia en crisis, son articulados por sí y en representación de su hijo menor.

IV. De los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos por el progenitor.

A. Del recurso extraordinario de nulidad interpuesto por el progenitor.

Por una cuestión de orden lógico corresponde abordar en primer lugar el recurso extraordinario de nulidad interpuesto.

Al respecto es del caso señalar que es doctrina reiterada de esa Corte, que “*el presente canal recursivo sólo puede fundarse en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, en la falta de fundamentación legal, en el incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (arts. 168 y 171, Const. prov.)*” (SCBA C. 120.303; sent. De 6-11-2019, entre otros).

Con base en ello advierto que el progenitor centra su crítica impugnativa en que la Alzada omitió tratar el tópico vinculado a la participación de su hijo en el expediente, agregando que no se ha considerado en “*ningún momento*” la presentación de aquél en autos, donde concretamente pidió ser tenido por parte.

Sin embargo, debo destacar, que ello no fue introducido

por el señor A. S. en su memorial de agravios, ni se hizo referencia alguna a la participación del adolescente como parte en el proceso, limitándose su petición a requerir que su hijo fuera escuchado por ante la Alzada (ver memorial de agravios de fecha 1-12-2021), por lo que el mismo resultaba ajeno al ámbito de la competencia revisora de los sentenciantes (art. 266 última parte y 272 del C.P.C.C.); no obstante, la Cámara proveyó el 27 de diciembre el escrito presentado por el joven en fecha 23 del mismo mes.

En tal sentido se ha pronunciado ese Superior Tribunal cuando sostuvo que *“no puede atribuirse a la segunda instancia omisión de tratamiento de una problemática que no ha sido planteada ante ella... (conf. causa Ac. 80.284, “Beratz”, sent. de 30-X-2002; e.o.)”* (SCBA. C. 119.818, sent. de 24-4-2019).

Expresó también que resulta *“improcedente el recurso extraordinario de nulidad interpuesto por la defensa cuyo planteo no fue sometido a consideración de la Cámara en la expresión de agravios, por lo que la cuestión está excluida de la competencia de esta Corte”* (SCBA, C. 62964; sent de 13-07-1999).

Asimismo y en relación a las demás cuestiones introducidas por el aquí quejoso en esta parcela recursiva, opino que las mismas resultan ajenas de análisis, toda vez que *“...lejos de evidenciar la preterición de cuestiones esenciales, versa sobre típicas definiciones circunstanciales y probatorias cuya eventual falta de consideración por los sentenciantes de grado podrá, en todo caso, importar la consumación de un error de juzgamiento, más de ningún modo generar su nulidad...”* (SCBA. L 120.300; sent. De 13-10-2020).

Señalando además el precedente antes mencionado que *“los agravios vinculados a la consideración de cuestiones de hecho y prueba resultan ajenos al ámbito del recurso extraordinario de nulidad, toda vez que su equivocado o infundado análisis es materia propia del de inaplicabilidad de ley”* (SCBA. L 120.300; sent. de 13-10-2020).

Por último, tampoco es de recibo la crítica efectuada en relación a la falta de fundamentación legal en el decisorio en crisis, en tanto

se advierte que el mismo cumple con la exigencia constitucional emanada del artículo 171 de la Constitución Provincial.

Al respecto, *“sabido es que lo que el art. 171 de la Constitución de la Provincia sanciona es la falta absoluta de fundamentación legal, con independencia de que las normas citadas se correspondan o no con los cuestionamientos de la parte”* (SCBA C. 120.303; sent. de 6-11-2019, entre otros).

Es decir, de conformidad con jurisprudencia que emana de ese Alto Tribunal, es improcedente el remedio extraordinario de nulidad en que se alega la falta de fundamentación legal, si de la lectura del fallo se advierte a simple vista su basamento en norma legal, más allá de la apropiada o no aplicación normativa a las circunstancias del caso.

En virtud de lo expuesto, es que propongo el rechazo del recurso extraordinario de nulidad que dejo examinado.

B. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el progenitor.

Liminarmente cabe destacar que la sentencia en crisis tuvo por *“abastecidos”* en el caso, los presupuestos que habilitan la aplicación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980.

Encontró demostrado la Alzada que el joven E. A. L., nació en B., República de Colombia, *“ciudad en la que vivió hasta el mes de enero de 2021, fecha en que viajó con su progenitor a este país donde permanece desde entonces”*.

En virtud de ello, entendió que la residencia habitual en *“términos convencionales se encuentra en aquella ciudad y país”*, circunstancia que, agregó, *“no se encuentra controvertida”*.

Asimismo, tuvo por acreditado que la *“custodia y cuidado personal”* del joven *“conforme el derecho vigente en Colombia”* fue *“asumido en forma*

compartida, permaneciendo el niño quince días con cada padre (ver documentación adjuntada con la demanda de fecha 3/8/2021)”.

Conforme ello, destacó la procedencia de lo resuelto por la juez de grado, al considerar que “no encuentra respaldo en ningún elemento de convicción obrante en la causa” la afirmación efectuada por el quejoso en orden a que “al momento del traslado la actora [progenitora] no ejercía la custodia del joven E.”

A mayor abundamiento, la Cámara advierte que ha sido el “propio menor de edad” quien manifestó que “en la época previa a viajar hacia la República Argentina junto a su padre, pernoctaba todos los días en la vivienda de su madre, quien se encargaba de llevarlo al colegio, donde luego era retirado por su progenitor, con quien permanecía algunas horas hasta regresar a la casa de la actora por las noches”.

Concluye en dicho aspecto que el cuidado personal del joven “era compartido, contrariamente a lo que pretende hacernos ver el quejoso”.

Entiende por otro lado la Alzada, que no está en discusión que “el traslado del adolescente a nuestro país fue lícito”. Ello así por cuanto el mismo se llevó a cabo conforme la “autorización que la progenitora expidió a tales efectos en fecha 5/1/2021” [sic].

Sin embargo, agrega, “habiéndose vencido holgadamente el plazo establecido en dicho documento para el regreso del menor a su país de origen (20/2/2021), es evidente que estamos en presencia de una retención ilícita por parte del demandado, pues mantiene al joven en el lugar donde se han trasladado ... contrariando la voluntad de la madre de que lo restituya a su centro de vida” [sic].

Considera la Alzada, que ello no se ve modificado por la excusación esgrimida por el quejoso al afirmar “que recién el 17/3/2021 pudo conseguir pasajes de regreso que se ‘acomodaran a su presupuesto” [sic], por cuanto “la fecha estipulada para ese viaje ...ha tra[n]scurrido y el retorno de E. a Colombia aún no se ha concretado” [sic] de modo que, señala, “no cabe duda de que nos

hallamos ante una retención ilícita”.

Por último, los sentenciantes tuvieron por comprobado, que el pedido de la progenitora fue incoado “*antes de que transcurriera un año de traslado*” de conformidad con lo establecido por el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980.

Asimismo consideraron que conforme se desprende del artículo 2614 del Código Civil y Comercial, en cuanto sostiene que los niños, niñas y adolescentes “*...no adquieren domicilio donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente*”, no cabe “*evaluar arraigo alguno, como pretende solapadamente el apelante*”.

Sentado ello, la Alzada puntualizó sobre las cuestiones que el quejoso aduce como obstáculo para la restitución peticionada, a saber: “*la existencia de un ‘riesgo grave’ en el retorno y la oposición del joven, sosteniendo que tiene una edad y grado de madurez suficiente como para tener en cuenta sus opiniones*”.

Luego de destacar que ambas excepciones al deber de reintegro se encuentran contenidas en el artículo 13 de la Convención de La Haya (en igual sentido que lo hace el artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, C.I.R.I.M) y remarcar que el “*Estado Argentino solo puede apartarse de la obligación asumida si se acredita alguna de las excepciones previstas en el C.H. 1980 para denegar la solicitud*” [sic] se adentra en el análisis particular de cada extremo alegado.

i) En relación al “*grave riesgo*” denunciado, la Cámara comenzó por definir los alcances otorgados al término -convencional, jurisprudencial y doctrinariamente- y, sobre dicha base consideró, que del análisis de la experticia psicológica y de los “*demás elementos de prueba obrantes en la causa no se desprende la existencia de una ‘situación de acoso’ por parte de la progenitora para con E., ni mucho menos la configuración de un ‘riesgo grave’ en el regreso como exige el C.H*” [sic] que torne, dice, “*procedente la excepción planteada*

por el progenitor”.

Agrega, que no se advierte que “el retorno pudiera causar al adolescente una ‘perturbación emocional superior a la que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres”.

Por otro lado, destaca la Alzada que si bien el “recurrente señala que B. ‘es una ciudad de riesgo donde la integridad física y moral de E. puede resultar lesionada’, ni siquiera explica cuáles serían los peligros concretos y graves a los que se vería sometido el menor al retomar a ese lugar”.

A mayor abundamiento, dice que “no pone de manifiesto el apelante algún tipo de incidente de extrema gravedad ocurrido ... que permita concluir que existe ‘riesgo grave’ al menor” [sic]. En virtud de ello, consideró que no se encuentra acreditada en la especie la “excepción en análisis”.

ii) Respecto de la “opinión vertida por el joven” y “su incidencia en la controversia”, puntualizaron luego de remitirse a doctrina de esa Corte, que “si bien en las entrevistas mantenidas en ambas instancias el menor de edad manifestó su deseo de vivir en la República Argentina durante la mayor parte del año, tanto de la contestación de demanda como del memorial en análisis surge que el joven pretende regresar en el futuro a su país de origen con la firme intención de disfrutar allí sus vacaciones (lo cual fue reiterado por él al momento de ser entrevistado por este tribunal)...”.

Agregan los sentenciantes que E. “desea retornar a Colombia...manifestando personalmente que ‘en caso de tener que volver a Colombia, le gustaría terminar aquí (en Argentina) el año escolar’ (ver acta de fecha 3/9/2021)”, de modo que sostienen “no se evidencia en el adolescente un repudio irreductible y férreo a regresar al lugar de su residencia habitual...pues deslizó su intención de retornar para pasar allí sus vacaciones”, por lo que concluyen que esta excepción también debe ser desestimada.

Ello así, adelanto mi opinión según la cual, se halla configurada la especial y excepcional causa que autoriza negar la restitución

solicitada, resultando preciso ingresar al análisis de la opinión del adolescente (ver acta de escucha de 3 de febrero de 2022) invocada por la Alzada para confirmar la sentencia de grado y cuestionada por el recurrente con fundamento en su equivocada valoración.

De las constancias de autos surge acreditado que la progenitora y su hijo E. A. L. residían en la ciudad de B., República de Colombia, con anterioridad al traslado del adolescente a la Argentina por su progenitor, el que si bien ha sido efectuado contando con la autorización materna (de fecha 5 de enero de 2021), vencido el plazo otorgado para el regreso (20 de febrero de 2021), e incluso habiendo transcurrido holgadamente la fecha de los pasajes adquiridos posteriormente por el progenitor a tal fin (21 de noviembre de 2021), el mismo no se efectuó; por lo que la permanencia y retención del joven en Argentina se ha tornado ilícita.

El artículo 3 de la Convención de La Haya 1980 dispone que *“El traslado o la retención de un menor se consideraran 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”*; en igual sentido lo hace el artículo 4 de la C.I.R.I.M.

Sentado ello y sin perjuicio de las circunstancias expuestas en orden a la procedencia del reintegro del joven a la República de Colombia, en virtud de hallarse acreditados los extremos que exigen los Convenios internacionales señalados como presupuesto para el progreso del reclamo de restitución, resulta necesario analizar el artículo 13 de la Convención citada, en cuanto menciona excepciones concretas al mismo, pues ha sido motivo de agravio también su aplicación (en igual sentido, art. 11 de la C.I.R.I.M.).

Así, 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”.

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 C 120.328, sent. de 19-10-2016, autos “R. C. ,A. E. c/ G. ,a. A. s/Exhortos y oficios”).

De la lectura del expediente, se advierte una sostenida negativa del joven a regresar a la República de Colombia, que permite a mi entender, tener configurada la eximente prevista en el artículo 13, penúltimo párrafo del Convenio de La Haya (y artículo 11 última parte de la C.I.R.I.M.), atento su edad y grado de madurez.

Así, de la escucha mantenida por ante la juez de grado

(ver acta de fecha 3 de septiembre de 2021) y de la que hiciera merito la Alzada al momento de resolver, se desprende un relato coherente del adolescente respecto de las vivencias acaecidas en Colombia, que determinaran su deseo y posición de continuar su vida en Argentina fundadas principalmente sobre la base de su cotidianeidad familiar y el rendimiento escolar al que compara entre ambos países, resultando satisfactoria su inclusión educativa en Argentina, con proyección de futuro, manifestando en dicha oportunidad que *“su deseo es quedarse a vivir aquí en nuestro país, pero su mama no quiere”*.

Resulta importante también observar las demás probanzas de autos, en particular el informe pericial llevado a cabo por la Licenciada Mariana Rodríguez Matteucci donde la profesional destaca que, *“E. presenta madurez evolutiva acorde a su edad cronológica y capacidad para formar su propio juicio crítico... Su lenguaje es claro, expresa naturalmente sus ideas, sin evidenciarse en su relato influencia de terceros”* (ver informe de fecha 5 de octubre de 2021).

Agrega, *“Es claro al sostener su deseo de quedarse en Argentina viviendo junto a su progenitor y la pareja de éste. De ambos recibe buen trato. La relación con ellos se basa en el respeto y la confianza mutua...Fue E. quien le dijo a su padre que deseaba vivir con él y comenzar el ciclo lectivo en B.B...En la actualidad mantiene contacto telefónico con su progenitora. Refiere que ella suele enojarse cuando le dice que desea quedarse a vivir en Argentina. Su deseo es visitarla en vacaciones de verano...Recuerda que en Colombia tenía mal rendimiento escolar, no contaba con el apoyo de ella para realizar tareas, no estaba atenta a él porque trabajaba mucho, eran sus abuelos quienes lo ayudaban”*.

En virtud de ello, la perito *“sugiere que sea tenido en cuenta el deseo de E., el cual es coherente y consecuente a las experiencias de convivencia que ha tenido con ambos progenitores. No se advierte influencia de terceros al sostener este deseo y en explicar la motivación de ello... Por lo informado se concluye que no es conveniente que sea restituido a Colombia y reanude su residencia en aquel país”* [sic].

Reafirmando lo antes expuesto, en oportunidad de efectuar las aclaraciones que fueran solicitadas por el representante del Ministerio Público Tutelar, la Licenciada Rodríguez Matteucci expresa en su informe que *“La decisión de E. A. S. no admite dudas. Se opone a ser restituido a Colombia y reintegrado a su progenitora. Manifestó y sostuvo durante la entrevista, su clara oposición al reintegro, sin posibilidad de modificar su postura, la cual está fundamentada en todo lo arriba mencionado”* (ver informe aclaratorio de fecha 29 de octubre de 2021) en alusión a la intervención prealudida.

A ello cabe agregar el dictámen de la señora Asesora de Incapaces, interviniente, quien sostuvo que *“realizar el traslado del menor hacia B., Colombia, se contrapone con el superior interés del mismo, quien ha manifestado su oposición a dicha solución, habiendo sido evaluado por la profesional con pericia en la materia que E. cuenta con edad y grado de madurez suficiente”*. A la par agrega: *“entiendo que las firmes convicciones de mi asistido resultan atendibles, alcanzando suficiente trascendencia para hacer viable la excepción opuesta por su progenitor, considerando que corresponde rechazar la restitución requerida (arts. 3.1, 9.3, 11, 12.1. y 12.2, CDN; 1,2, 13 y concs., CH1980; 1,18,31,33,75 incs. 22 y 23 y concs., Const. Nac. 11, 15, 36.2 y concs., Const.prov.”* (ver dict. de fecha 3 de nov. de 2021, al que remitiera por iguales fundamentos en su dict. de fecha 15 de dic. de 2021.

Corresponde, por último, hacer mérito de la actividad llevada a cabo por el propio adolescente en este proceso, donde se advierte y reafirma la solidez de la negativa efectuada.

Así, en su presentación por ante la Cámara con patrocinio letrado se opone expresa y *“concretamente”* a volver a B., República de Colombia y solicita ser escuchado por los miembros del Tribunal, ya que dice, *“uno de los supuestos de excepción, que es de interpretación restrictiva, a la restitución... es la oposición del niño a la restitución cuando el menor haya alcanzado una edad y grado de madurez suficiente”*.

En igual sentido se inserta el pedido cautelar de no innovar que efectúa en dicha oportunidad con la firme intención de impedir

se modifique “la situación de hecho de seguir viviendo en la ciudad de B.B.” (ver presentación de fecha 23 de diciembre de 2021, a la par que sostiene: “mi centro de vida ahora es en la Argentina” y afirma “quiero vivir aquí”, en clara alusión a este país.

Se observa de este modo que el joven, quien cuenta con trece años de edad y grado de madurez suficiente, ha mantenido una postura consistente con su deseo de continuar viviendo en Argentina y su oposición a regresar a la República de Colombia.

Al respecto, la doctrina destaca: “...siendo que el niño es también interprete de su mejor interés, se deberá evaluar y apreciar en cada caso concreto, en función de la madurez del niño de que se trate, si este se niega a retornar al país de su residencia habitual y si tal negativa resulta suficiente para exceptuar la obligación de restituir. En esta evaluación será de fundamental importancia el aporte interdisciplinario que puedan brindar otros profesionales expertos en la temática de modo que puedan interpretar su negativa, ya sea que se exprese verbalmente o no, y si esta responde a su verdadero interés o a la influencia que pueda sufrir de sus progenitores” (Rubaja, Nieve, “Restitución Internacional de Niños”, Capítulo 7, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos Precedentes, Derecho de Familia, Tomo III, p. 75).

Por último se ha sostenido que “...al decidir respecto de la procedencia de la restitución internacional de un menor, no puede prescindirse de recabar la opinión que este posee sobre el tópico (conf. arts. 3.1, 9.3, 12.1 y 12.2, CDN y la Observación General n° 12, Comité de los Derechos del Niño; 13, CH1980 y su doctr.; 14 apdo. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General n° 13, Comité de Derechos Humanos; 8, 19 y 25, Convención Americana de Derechos Humanos a la L. de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23 y concs., Const. nac.; 11, 15, 36.2 y concs., Const. prov.) (del voto del Dr. Pettigiani, en el precedente de esa Corte, C 123.322, sent. de 30-12-2020).

Y, que la opinión que pueda poseer el niño al respecto

“debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez (art. 13, CH1980), para lo cual le es imprescindible al juez conocerlo y ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, balanceándolas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole de los derechos en juego (conf. causa AC. 78.728, “S. de R., S. R.”, sent. de 2-V-2002; e.o.). Es que se admite -en estos casos- que la opinión del menor pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y un grado de madurez tal que resulte apropiado tener inexorablemente en cuenta sus opiniones, convirtiéndose así en intérprete de su propio interés (conf. Pérez-Vera, Elisa, Informe Explicativo..., cit. Párr.30)” (del mismo voto del Dr. Pettigiani, en causa SCBA, C 123.322, sent. de 30-12-2020).

Sumo que conforme la interpretación de la Convención de los Derechos del Niño 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 del niño, debiendo dicho interés construirse a partir de la opinión vertida por él (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.).

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 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 Riffo 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).

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 su 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).

V. Consecuentemente, en virtud de todo lo expuesto, tomando como premisa el interés superior del joven como condicionante de la decisión en el cumplimiento de la Convención de La Haya de 1980, propicio se haga lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, 4 de julio de 2022.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 125.580-3

**“F. M., C. R. c/ G. A. J. M. s/ restitución internacional de
menores”, fecha: 2 de mayo de 2022**

2. Residencia habitual. Opinión del niño

Dictamen C 125.580-3 “F. M., C. R. c/ G. A. J. M. s/ restitución internacional de menores”, fecha: 2 de mayo de 2022

Sinopsis

En este caso, 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.

El Procurador General, en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, en virtud de 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, propició el rechazo del remedio extraordinario examinado.

En relación con los agravios vinculados a la legalidad del traslado o retención, y en respuesta a las críticas planteadas por el recurrente, opinó que los argumentos “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 la 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).”

Estimó 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).”

Asimismo, señaló tiene dicho la 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).”

Luego abordó la denuncia sobre la violación de la garantía del debido proceso, en tal sentido, encontró 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).”*

Además, observó que *“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 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 Lázari (MI) en sent. de 24-2-2021).”

En orden a las omisiones de cuestiones fundamentales planteadas por el recurrente, consideró que la queja no es admisible, toda vez que el remedio intentado no constituye la vía idónea a los fines de canalizar dicho vicio.

Citó que, 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.

El Procurador General, sostuvo que tampoco prospera el agravio sustentado en la incorrecta e incompleta ponderación de la escucha de la niña.

Entendió que al respecto, 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.)”*

Finalmente subrayó que “el interés superior resulta ser un criterio o premisa que direcciona la resolución de los conflictos, donde se encuentran involucrados

niños “y opinó “ 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).”

Asimismo, enfatizó 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.”

En ese sentido, citó que “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).”

Destacó que en palabras del 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 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).

El Procurador General mencionó “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).”



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

C 125.580-3

Suprema Corte de Justicia:

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.

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 el a 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”.

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 el o 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 dónde 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, entendiendo 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 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 al í 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 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/UK 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)”

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 el o 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. El o 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 el o 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, 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 el o 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 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.

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 hal aba 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. Fal os 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”.

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 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 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 sptes. y concs. Cód Civ. Com; ver tmb. SCBA, C. 122.255, del voto del Dr. De Lázzari (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 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 Riffo 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 aquel a 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, el o 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 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.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 125.154-4

**“B. B., L. c/ C., S. J. s/ restitución Internacional de menores”,
fecha: 23 de noviembre de 2021**

3. Opinión del niño

Dictamen C 125.154-4 “B. B., L. c/ C., S. J. s/ restitución Internacional de menores”, fecha: 23 de noviembre de 2021

Sinopsis

En el presente caso, 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 concs. del CPCC-, el que fue concedido por la Excma. Cámara.

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.

El Procurador General, en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, consideró que correspondía rechazar el recurso impetrado.

Para así dictaminar, entre sus consideraciones, señaló como surge de las constancias de autos, que “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.”

Destacó que el artículo 13 de la Convención menciona excepciones concretas a la restitución, la misma 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 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, remarcó ha sostenido el 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, el Procurador General entendió, tal como ha concluido la Excelentísima Cámara de Apelaciones, que “se hallan configuradas las especiales y excepcionales causales que autorizan a negar la restitución

solicitada.” Y que “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.”



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

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

C 125.154-4

Suprema Corte de Justicia:

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 concs. 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. 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, 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 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 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 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 Osoreo 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. 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 cintó 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 (CIDIPIV) (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 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

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 124.043-2

**“M. S. M. G. c/ F. M. V. s/ restitución internacional de
menores”, fecha: 22 de diciembre de 2020**

4. Residencia habitual. Integración del niño al nuevo medio como motivo autónomo de oposición. Interés superior. Medida para mejor proveer. Dictado de medidas en resguardo de los derechos del niño

Dictamen C 124.043-2 “M. S. M. G. c/ F. M. V. s/ restitución internacional de menores”, fecha: 22 de diciembre de 2020

Sinopsis

El presente caso, la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro -Sala Tercera- confirmó la sentencia, que a su turno ordenó la restitución del niño I. M. de 7 años de edad a la comunidad de Madrid, España.

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

La recurrente sostiene que la sentencia en crisis no respetó el interés superior del niño, vulnerando la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 31, 75 inc. 22 Const. Nacional), aplicó e interpretó incorrectamente el Convenio de La Haya de 1980 en especial atención a las excepciones contempladas. Refiere que se prescinde de pruebas esenciales que no estuvieron a la vista de la Alzada con menoscabo a la adecuada fundamentación y lesión al derecho de defensa en juicio.

El Procurador General, en la intervención que le cupo, de conformidad a la vista conferida compartió “los argumentos desplegados por la alzada para considerar aplicable a la especie el CH 1980 sobre la base de determinar que la progenitora modificó unilateralmente el statu quo del menor transformando a partir de su decisión de quedarse en Argentina, en septiembre de 2019, en ilícita la retención del niño en este país (art. 1 inc. a y 3 de la CH 1980).”

En ese sentido, mencionó que, conforme a la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, la residencia habitual del niño no puede ser alterada por uno de los padres en fraude a los derechos del otro o por vías de hecho. Por ende, no puede adquirirse a partir de una retención ilícita.

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

Asimismo, señaló, tal como ha sostenido el Superior Tribunal, “...el hecho de que la integración o aquerenciamiento del niño al nuevo medio no es motivo autónomo de oposición en la dinámica de los convenios, y ello [...] en exclusivo beneficio del niño que en caso contrario estaría expuesto al riesgo del constante desarraigo (Fallos:318:1269; 328:4511 y 333:604); la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos, luego preserva el mejor interés de aquél -proclamado como prius jurídico por el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del Niño- mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violación debe ser, ante todo, restablecida, en su situación de origen, salvo que concurran las circunstancias eximentes reguladas en el contexto convencional (Fallos 318:1269; 328:4511 y 333:604).”

A ello agregó que como se ha sostenido, “la denegación del retorno bajo la cláusula de grave riesgo requiere que el niño presente una perturbación superior a la que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres (Fallos 318:1269; 328:4511; 333:604),” a lo que señaló no se logra advertir de las constancias de la causa.

Respecto de la excepción contemplada por el art. 13 inc. b), parr 2º de la Convención de La Haya de 1980, vinculada a la oposición del niño a regresar al país de su residencia habitual, observó que la Corte Federal sostuvo “Que con relación a la apreciación de la opinión del infante -con edad y grado de madurez suficiente-

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

En la misma línea, acentuó que la Suprema Corte provincial ha señalado: “...existe consenso en la comunidad internacional en que el menor no sólo debe oponerse a la restitución, sino que debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o deseo... Debe mediar un repudio irreductible a regresar al lugar de su residencia habitual, para lo cual resultan relevantes la naturaleza y solidez de sus objeciones, así como sus motivos sensatos...Y en este aspecto, una oposición a la vida con el progenitor solicitante debe distinguirse de una objeción a la vida en el país de su residencia habitual...Sólo un repudio irreductible de los menores a regresar al lugar de su residencia habitual autorizaría atender por acreditada esta excepción a la restitución.” (SCBA, C 119986, sentencia del 20 de abril de 2016, entre otras).

El Procurador General, consideró, bajo el criterio que impone la jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional, así como también de la que emana de la Suprema Corte provincial, “los agravios traídos no alcanzan a demostrar el yerro de las afirmaciones de las sentenciantes en orden a la exigencia establecida para tener por configurada la excepción autorizada por el Convenio, para negar la restitución (art. 13 Convenio de la Haya), encontrándose la queja -en definitiva- relacionada a temas vinculados con cuestiones propias del conflicto de custodia que se encuentran vedadas a esta jurisdicción por corresponder a la competencia de los jueces naturales (arts. 16, 19 y ccs.CH 1980).”

Posteriormente, al evaluar la opinión del niño para configurar la excepción contemplada en el artículo 13, inciso b, punto 2 de la Convención de La Haya,

consideró que “el decisorio no ha incurrido en absurda valoración de la prueba, ni ha aplicado erróneamente la Convención de La Haya, ni la Convención sobre los Derechos del Niño, valorando fundamentalmente su superior interés conforme su edad y grado de madurez (arts. 3 y 12 de la CIDN, 3, 24 y 27 de la ley 26.061, 4 de ley 13.298, 639 del C.C. y C. y 384 del CPCC),” por lo que tampoco encontró configurada “la excepción en estudio, destacando que el regreso del niño a su lugar de origen también atiende al “interés superior” y al respeto por las relaciones familiares como aspecto que integra el derecho a su identidad -arts. 3 y 8 de la CDN-(SCBA, Ac 91561, sent de 20-8-2004).”

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

Asimismo, el Procurador General, sin perjuicio de la opinión dada y tal como ya he sostenido en otros dictámenes vinculados a la temática, estimó “prudente propiciar al Alto Tribunal que en el marco de sus supremas atribuciones (SCBA, C. 90.868, sent. del 15-12-2004 y sin desmedro de la audiencia que se designe de conformidad con la práctica habitual de esa Corte a fin de tomar conocimiento personal y directo del niño, se ordene de estimarse, en su caso, pertinente y adecuado, como medida para mejor proveer la realización de pericia psicológica (arts. 36 inciso 2, 471, 473 y ccs. CPCC) en la persona de I.”

Ello “con el objeto de profundizar su opinión, tomar conocimiento de su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resulta más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses

puestos en juego (conf. arts. 11, 12, 13 y ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Constitución nacional; 1, 2, 5, 12, 13, 18 y ccdtes., CH1980), en especial atención al real y superior interés del niño, eje que, por imperativo legal, debe orientar la decisión judicial que se adopte (art. 3, 12 CDN, Ob. Gral. n° 12 del Comité sobre los Dchos. del Niño “El derecho del niño a ser escuchado”, 51° P. de sesiones, Ginebra, del 25 de mayo al 12 de junio de 2009, ...”

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

En ese entendimiento opinó, que tal como sostuvo la Alzada, “se deberá exhortar especialmente a ambos progenitores, a que colaboren con la etapa de ejecución a los fines de evitar al menor una experiencia conflictiva, así como al Juzgado de origen a fin que supervise las condiciones en las que se lleve a cabo la restitución del modo que resulte menos lesivo para I., minimizando eventuales riesgos (arg. art. 34, inc. 5, C.P.C.C; CSJN,” “B.S.M c/ P.V.A. s/ restitución de hijo”, sent. de 19-5-2010, “S., D. c/ R., L. M. s/ reintegro de hijo y alimentos”, sent. de 2-7-2013; CSJN, H.102.XLVIII “H.C., A. c/ M.A., J.A.H,” sent. de 21-2-2013; entre otros).

Asimismo, entendió del caso, teniendo en miras el interés superior del menor (art. 3 de la CDN) y a fin de resguardar sus derechos, propiciar el dictado de otras medidas -más allá de las ordenadas por la señora jueza de familia que coadyuven al efectivo y pacífico reintegro del niño para evitar que se lleve a cabo en forma traumática para él (arts. 3, 19 y cc de la CDN), las que dejó al elevado criterio de la Suprema Corte y entre las que sugirió “una red de contención para el niño, en especial el acompañamiento psicológico por parte de expertos en la temática que lo ayuden a transitar las especiales circunstancias, debiéndose encomendar tanto

al Juzgado de origen como a la Autoridad Central, la garantía de efectivización de las mismas (arg. art. 7 inc. h, CH1980).”

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



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

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

C 124.043-2

Suprema Corte de Justicia:

I.

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

II.

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

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

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

Afirma que el decisorio atacado es una sentencia en su apariencia por no resultar consecuencia lógica de la aplicación del derecho vigente a la totalidad de las circunstancias relevantes debidamente acreditadas, incumplíendolos sentenciantes el deber de oficiosidad en la búsqueda de la verdad material; lo que se ve agravado debido a la breve entrevista que se mantuvo con el menor, quien por su condición es merecedor de especiales medidas de

protección (art. 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos), criticando que la Cámara sostuviera que la prueba referida en el párrafo anterior no resultaba idónea ni indispensable para acreditar la cuestión debatida, “-grave riesgo psíquico y oposición del menor a vivir en su lugar de origen-, teniendo en cuenta el informe del equipo técnico producido a fs. 218/222”.

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

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

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

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

Asevera que no existe traslado y/o retención ilícita del niño, agraviándose que la sentencia en crisis hubiera “incorrectamente” indicado que su parte “consintió la actuación de la justicia española (que ahora tacha de

incompetente por no haber sido I. parte en las actuaciones donde se decidió su radicación), acatando su decisión cuando la sentencia le fue favorable (fallo del 4-6-18) y -en contradicción condicha postura- pretende luego desconocer la competencia de esa misma jurisdicción, cuando la decisión resultó contraria a su pretensión/ interés (fallo del 18/6/19), máxime cuando también solicitó ante la misma justicia española una prórroga del plazo que le fue otorgado para retornar a España, tal como ella misma acreditó a fs. 154”.

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

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

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

Indica que la residencia habitual es donde el niño tiene

sus lazos más significativos y acontecen sus experiencias diarias, su mundo real y emocional. Refiere que el punto de conexión es fáctico y no jurídico, agregando que de la audiencia celebrada con la doctora Mauri se desprende que el niño no recuerda “*sus vivencias en el lugar donde vivió con anterioridad*”, a excepción de su mascota y que la prueba aportada por su parte guarda relación con la noción de residencia habitual demostrando cabalmente cual es hoy su centro de vida.

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

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

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

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

Al respecto agrega que las magistradas luego de citar lo que surge de los informes antes referidos, concluyen y determinan arbitrariamente que “*no surge el peligro psíquico grave en los términos que exige la CH1980 (art.*

13)”, configurándose absurdo al desprenderse precisamente lo contrario de los coincidentes informes producidos por los profesionales intervinientes.

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

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

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

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

Por último, critica que en la sentencia se aseverara que “*el interés superior de I. se preserva restableciendo la situación de origen. Y si*

bien es cierto que esta regla debe ceder ante una situación extrema que imponga privilegiar el bien del niño desplazando en tal caso el beneficio que importa el cese de las vías de hecho; tal como se mencionó en los apartados anteriores, en las presentes actuaciones no se incorporaron elementos probatorios que permitan formular tal desplazamiento del interés superior que como regla general trasunta la Convención”.

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

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

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

Luego dice que en síntesis, la Alzada incurrió en falta de fundamentación suficiente en relación a la situación del menor, no obstante ser el

sujeto de prevalencia para el plexo normativo nacional y supranacional; existieron defectos en la consideración de los extremos conducentes, al no haber tenido en cuenta constancias de causas conexas, como así tampoco la voluntad del niño; y se apartó de informes psicológicos ante el juzgado de familia, cometiendo errores inexcusables en la valoración de las circunstancias de hecho y prueba.

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

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

III.

i. Razones de orden lógico me conducen a examinar, en primer término, los agravios vinculados con la legalidad del traslado o retención, en virtud de las críticas formuladas por la apelante respecto de la absurda valoración de la prueba efectuada por el tribunal en oportunidad de determinar la residencia habitual de I.

Al respecto, adelanto mi opinión según la cual los agravios de la impugnante carecen de entidad para conmover la argumentación desplegada por la cámara departamental para determinar la residencia habitual del niño de conformidad con lo términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CH.1980) y con los criterios desarrollados por el Máximo Tribunal de la Nación y sostenidos por esa Corte (Fallos 318:1296; 328:4511; 333:604; 333:2396;334:913; 334:1287; 334:1445; 335:1559; 336:97; 336:658; 339:609, 339:849; 341:1136;341:2019; SCBA, C 121958, sentencia del 27 de junio de 2018, C. 120761, sentencia del 24 de agosto de 2018, C 120328, sentencia del 19 de octubre de 201, C 119110, sentencia del 10 de junio de 2015, entre muchas otras).

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

Asimismo, cabe recordar el criterio sostenido por el Máximo Tribunal de la Nación, según el cual “en reiteradas oportunidades esta Corte ha dejado en claro que la residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia ...en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho” (conf. Fallos: 318: 1269.

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

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

-fecha del comienzo del ciclo lectivo en el país ibérico (fs. 19/24)".

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

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

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

dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (v. fs. 275/278 vta.).

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

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

Finalmente, según la doctrina de la Corte Suprema de

la Nación, la residencia habitual del niño no puede ser alterada por uno de los padres en fraude a los derechos del otro o por vías de hecho. Por ende, no puede adquirirse a partir de una retención ilícita.

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

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

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

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

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

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

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

Vale remarcar que la restitución de un niño a su residencia habitual con inmediata anterioridad al desplazamiento es al efecto de poner fin a una situación irregular y permitir la actuación dirimente de la judicatura respectiva, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la custodia por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si

medió traslado o retención ilícitos y ello no se extiende al derecho de fondo (conf. art. 16, CH1980)”(C.S.J.N., Fallos: 328:4511; 333:604; entre otras).

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

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

Asimismo, y como ha sostenido el Superior Tribunal, “...el hecho de que la integración o aquerenciamiento del niño al nuevo medio no es motivo autónomo de oposición en la dinámica de los convenios, y ello [...] en exclusivo beneficio del niño que en caso contrario estaría expuesto al riesgo del constante desarraigo (Fallos:318:1269; 328:4511 y 333:604); la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos, luego preserva el mejor interés de aquél -proclamado como prius jurídico por el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del Niño- mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violación debe ser, ante todo, restablecida, en su situación de origen, salvo que concurran las circunstancias eximentes reguladas en el contexto convencional” (Fallos318:1269; 328:4511 y 333:604).

Bajo tal hermenéutica, acierta la Alzada cuando analizando lo que se desprende del informe del cuerpo técnico de fs, 218/223 y de lo sostenido por la terapeuta personal del niño (fs. 153) refiere que más allá de lo informado, no se advierten elementos que permitan aseverar la probabilidad de que ocurra un daño de carácter concreto, excepcional o intolerable hacia el menor de modificarse sus actuales circunstancias de vida, que trascienda los trastornos “*propios de la naturaleza de este tipo de causa que persigue la restitución internacional de un menor*” (fs. 431, 433 vta., 434), a la par que no surgen datos objetivos que el padre haya de proporcionarle un ambiente de hostilidad o amenaza (fs.5/14, 19/24, 25/32, 100/115, 149/150, 176/177, 181/186, 218/222, 249/251, 275/278,460).

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

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

excepcionalmente grave...y no con cuál de los padres ha de vivir el menor...vivir con uno u otro cónyuge en distintos países es una hipótesis contraria a lo establecido en la sentencia española (que prevé un modo de contacto con ambos padres).De ello se deduce que la mentada opinión de I. no puede ser tomada como elemento de convicción para rechazar la restitución, pues ... la situación y edad del niño, resulta insuficiente para considerarlo un juicio determinante al respecto...tampoco surge de tal elemento que la medida de restitución genere el peligro de una amenaza inminente de graves daños o desgracias” (fs. 435/436 vta.).

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

Así, respecto de la excepción contemplada por el art. 13 inc.b), parr 2º de la Convención de La Haya de 1980, vinculada a la oposición del niño a regresar al país de su residencia habitual, la Corte Federal sostuvo *“Que con relación a la apreciación de la opinión del infante -con edad y grado de madurez suficiente- en el marco del CH 1980, esta Corte ha señalado que ella no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, a la vez que el convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de sus dichos. La posibilidad de negar el retorno solo se abre frente a una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar” (conf. Fallos: 333:604; 334:913; 336:97, 458 y 335:1559)”.*

En la misma línea, esa Suprema Corte provincial señaló: *“...existe consenso en la comunidad internacional en que el menor no sólo debe oponerse a la restitución, sino que debe demostrar un sentimiento*

fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o deseo...Debe mediar un repudio irreductible a regresar al lugar de su residencia habitual, para lo cual resultan relevantes la naturaleza y solidez de sus objeciones, así como sus motivos sensatos...Y en este aspecto, una oposición a la vida con el progenitor solicitante debe distinguirse de una objeción a la vida en el país de su residencia habitual.... Sólo un repudio irreductible de los menores a regresar al lugar de su residencia habitual autorizaría atener por acreditada esta excepción a la restitución.." (SCBA, C 119986, sentencia del 20 de abril de 2016, entre otras).

Ahora bien, la opinión que el niño pueda poseer sobre el tópico (art. 13, 4º y 5º párr., CH1980) debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez, para lo cual es imprescindible al juez conocerlo y ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, balanceándolas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole del derecho en juego (conf.Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002). En los presentes se ha dado cumplimiento a la manda constitucional por parte de los magistrados intervinientes, así como también por el Representante del Ministerio Público Tutelar, quien dictaminó en orden a la vuelta del niño a España (conf. arts. 3.1, 9.3. 12.1 y 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño; 13, Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y su doctrina; 14, ap. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos; 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 1, 18,31, 33, 75 incs. 22 y 23, y ccdtes., Const. nacional; 11, 15, 36.2 y ccdtes., Const. provincial; arg. análog. arts. 167, 264 ter, 314, 321 y ccdtes., Cód. Civil; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y ccdtes., ley 26.061; 4 y ccdtes., ley 13.298; 3 y ccdtes., ley 13.634).

Ello así, bajo el riguroso criterio que impone la jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional, así como también de la que emana de esa Suprema Corte provincial, los agravios traídos no alcanzan a demostrar el

yerro de las afirmaciones de las sentenciantes en orden a la exigencia establecida para tener por configurada la excepción autorizada por el Convenio, para negar la restitución (art. 13 Convenio de la Haya), encontrándose la queja -en definitiva- relacionada a temas vinculados con cuestiones propias del conflicto de custodia que se encuentran vedadas a esta jurisdicción por corresponder a la competencia de los jueces naturales (arts. 16, 19 y ccs.CH 1980).

Así, a la luz de lo expuesto, a la hora de ponderar la opinión del niño para configurar la excepción contemplada en el artículo 13, inciso b, punto 2 de la Convención de La Haya, el decisorio no ha incurrido en absurda valoración de la prueba, ni ha aplicado erróneamente la Convención de La Haya, ni la Convención sobre los Derechos del Niño, valorando fundamentalmente su superior interés conforme su edad y grado de madurez (arts. 3 y 12 de la CIDN, 3, 24 y 27 de la ley 26.061, 4 de ley 13.298, 639 del C.C. y C. y 384 del CPCC), por lo que tampoco encuentro configurada -al igual que lo hizo la Cámara- la excepción en estudio, destacando que el regreso del niño a su lugar de origen también atiende al “interés superior” y al respeto por las relaciones familiares como aspecto que integra el derecho a su identidad -arts. 3 y 8 de la CDN-(SCBA, Ac 91561, sent de 20-8-2004).

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

iii. Por último y para dar satisfacción a la recurrente

cuando sostiene que la sentencia en crisis prescinde de pruebas que considera esenciales, diré que a los fines de la revisión de cuestiones de hecho y prueba -como las traídas en esta pieza recursiva- mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, no constituye agravio idóneo la simple discrepancia con las motivaciones brindadas por los jueces en el decisorio que se cuestiona ya que es necesario algo más: la denuncia y acabada demostración del vicio de absurdo entendido como error palmario y fundamental en el discurrir del magistrado (conf. art. 279, C.P.C.C. y doct. causas C. 110.506, sent. de 9-10-2013; C.110.372, sent. de 5-3-2014; C. 118.236, sent. de 8-4-2015; e. o.).

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

iv. En relación al agravio dirigido a cuestionar la forma en que fueron fijadas las costas, cabe recordar que es doctrina de esa Suprema Corte que su imposición y distribución es una típica cuestión de hecho, facultad privativa de los jueces de grado y como tal irrevisable en sede extraordinaria, salvo el supuesto de absurdo, esto es, que se haya alterado burdamente el carácter de vencido o exista iniquidad manifiesta en el criterio de distribución, vicios que no han sido alegados ni patentizados en autos (cfr. C. 116.847, sent. de 4/3/2015; C 119.397, sent. de 15/11/2016; entre otras).

IV.

Sin perjuicio de la opinión dada y tal como ya he sostenido en otros dictámenes vinculados a la temática, dado que se hallan comprometidos derechos fundamentales de un menor -en particular el derecho a la protección de su integridad psico-física (art.19 y ccs. CDN)-, cuya consideración primordial impone la necesidad de potenciar el proceso hasta el máximo de su instrumentalidad (conf. art 4 y ccs. CDN y SCBAC. 104.149, sent. del 15-7-2009 e.o.,

estimo prudente propiciar a ese Alto Tribunal que en el marco de sus supremas atribuciones (SCBA, C. 90.868, sent. del 15-12-2004 y sin desmedro de la audiencia que se designe de conformidad con la práctica habitual de esa Corte a fin de tomar conocimiento personal y directo del niño, se ordene de estimarse, en su caso, pertinente y adecuado, como medida para mejor proveer la realización de pericia psicológica (arts. 36 inciso 2, 471, 473 y ccs. CPCC) en la persona de I.

Ello con el objeto de profundizar su opinión, tomar conocimiento de su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resulta más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses puestos en juego (conf. arts. 11, 12, 13 y ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño;75 inc. 22, Constitución nacional; 1, 2, 5, 12, 13, 18 y ccdtes., CH1980), en especial atención al real y superior interés del niño, eje que, por imperativo legal, debe orientar la decisión judicial que se adopte (art. 3, 12 CDN, Ob. Gral. n° 12 del Comité sobre los Dchos. del Niño “El derecho del niño a ser escuchado”, 51° P. de sesiones, Ginebra, del 25 de mayo al 12 de junio de 2009, v. http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf, que fijó pautas interpretativas y claras recomendaciones, para dar efectividad al derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta).

V.

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

En ese entendimiento opino, que tal como sostuvo la

Alzada, se deberá exhortar especialmente a ambos progenitores, a que colaboren con la etapa de ejecución a los fines de evitar al menor una experiencia conflictiva, así como al Juzgado de origen a fin que supervise las condiciones en las que se lleve a cabo la restitución del modo que resulte menos lesivo para I., minimizando eventuales riesgos (arg. art. 34, inc. 5, C.P.C.C; CSJN, “B.S.M c/ P.V.A. s/ restitución de hijo”, sent. de 19-5-2010, S., D. c/ R., L. M. s/ reintegro de hijo y alimentos”, sent. de 2-7-2013; CSJN, H.102.XLVIII ‘H.C., A. c/M.A., J.A.H, sent. de 21-2-2013; entre otros).C-124043-2

Asimismo, siempre teniendo en miras el interés superior del menor (art. 3 de la CDN) y a fin de resguardar sus derechos, entiendo del caso propiciar el dictado de otras medidas -más allá de las ordenadas por la señora jueza de familia (fs. 290vta./291)- que coadyuven al efectivo y pacífico reintegro del niño para evitar que se lleve a cabo en forma traumática para él (arts. 3, 19 y cc de la CDN), las que dejo al elevado criterio de V.V.E.E. y entre las que me permito sugerir una red de contención para el niño, en especial el acompañamiento psicológico por parte de expertos en la temática que lo ayuden a transitarlas especiales circunstancias, debiéndose encomendar tanto al Juzgado de origen como a la Autoridad Central, la garantía de efectivización de las mismas (arg. art. 7 inc. h, CH1980).

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

VI.

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

La Plata, 22 de diciembre de 2020

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.322-2

**“A. G. L. I. c/ R. M. G. H. s/ restitución internacional de
menores”, fecha: 10 de julio de 2019**

5. Residencia habitual. Opinión del niño

Dictamen C 123.322-2 “A. G. L. I. c/ R. M. G. H. s/ restitución internacional de menores”, fecha: 10 de julio de 2019

Sinopsis

En este caso, la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Quilmes confirmó el decisorio de primera instancia que dispuso hacer lugar a la restitución internacional reclamada por la progenitora de las niñas N. y A. R. A. a la Ciudad de P., B., España.

Contra tal forma de decidir se alzó el progenitor de los niños, con patrocinio letrado particular, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal.

El quejoso centra sus agravios en considerar que la decisión de la alzada fue adoptada sin haber escuchado adecuadamente a las niñas. Asimismo, denuncia absurda en la valoración de la prueba dirigida a determinar su residencia habitual y, en consecuencia, el carácter ilícito del traslado.

Durante su intervención, el Procurador General, de acuerdo con la vista conferida, en primer lugar examinó los agravios vinculados con la legalidad del traslado o retención, y en respuesta a las críticas planteadas por el recurrente, opinó que los argumentos, “carecen de entidad para conmover la argumentación desplegada por la cámara departamental para determinar la residencia habitual de las niñas A. y N. de conformidad con los términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CHI 980) y con los criterios desarrollados por el Máximo Tribunal de la Nación y sostenidos por esa Corte (Fallos 318:1296;328:4511; 333:604; 333:2396; 334:913; 334:1287; 334:1445; 335:1559; 336:97; 336:658; 339:609, 339:849; 341:1136; 341:2019; SCBA, C121958, sentencia del 27 de junio de 2018, C120761, sentencia del 24 de agosto de 2018, C120328, sentencia del 19 de octubre de 201, C 119110, sentencia del 10 de junio de 2015, entre muchas otras).”

Subrayó que “La residencia habitual es una cuestión de hecho, es distinta a la

noción de domicilio, y tampoco es una cuestión matemática que simplemente surge de sumar el lugar en el que el niño tuvo mayor permanencia (Goicochea, Ignacio, “Aspectos Prácticos de la Sustracción Internacional de Menores”, AR/DOC/7199/2012).”

Resaltó que “el impugnante no ha intentado conmover los datos facticos ni jurídicos reseñados como prueba y fundamento de la decisión que determinó que al momento del traslado de las niñas -30 de julio de 2016 v. fs. 10-12- la residencia habitual de los menores de edad se hallaba en España (Fallos 341:2019).”

Al abordar los restantes agravios que buscan cuestionar la vulneración del derecho de las niñas a ser oídas sin contar con debido patrocinio letrado patrocinio letrado en el acotado marco de debate autorizado por el Convenio de La Haya (arts. 13 y 20 CH1980), luego de haber citado al respecto, la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación la Corte Nacional, al igual que lo hiciera al dictaminar en causas análogas a la presente, concluyó que los términos de los agravios traídos sobre este tópico tampoco resultan atendibles por resultar palmariamente insuficientes para configurar el supuesto de excepción planteados.

En definitiva, entendió que “la garantía fundamental de conocer y oír a las niñas con carácter previo a resolver un caso de restitución internacional ha sido adecuadamente cumplimentada con la escucha personal y directa efectuada por los jueces y por el ministerio público en primera instancia y en la alzada departamental.”



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

“A. G .L. I. c/ R. M. G. H. s/ res-
titución internacional de meno-
res.”

C 123.322-2

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comer-
cial del departamento judicial de Quilmes con fecha 5 de octubre de 2018 con-
firmó el decisorio de primera instancia que dispuso hacer lugar a la restitución
internacional reclamada por la progenitora de las niñas N. y A. R. A. a la Ciudad de
P., B., España (:Is. 232/41).

Contra tal forma de decidir se alzó el progenitor de los
niños, con patrocinio letrado particular, a través del recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley y doctrina legal obrante a fs. 277 /91.

II.

Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

El quejoso centra sus agravios en considerar que la de-
cisión de la alzada fue adoptada sin haber escuchado adecuadamente a las niñas.
Asimismo denuncia absurdo en la valoración de la prueba dirigida a determinar su
residencia habitual y, en consecuencia, el carácter ilícito del traslado.

En sustento de su queja denuncia la violación de los ar-
tículos 16, 18 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 1, 8, 17, 24 y 25 de la
Convención Americana de Derechos Humanos; 11 y 15 Constitución Provincial 3,
9, 12, 27 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; la Observación Ge-
neral nro. 12 y número 14 del Comité de Derechos del Niño; Opinión Consultiva

nro. 17 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el artículo 13 del Convenio de la Haya; los artículos 25, 26, 638, 639, 646, 647, 706, 707 del Código Civil y Comercio 1, 2, 3, 27 y 29 de la ley 26.061 y 27 del dto. 415/06; la ley provincial 14568 y su decreto 62/2015, las Reglas de Brasilia y la Carta de Cancún (fs. 278 y vta., 281, 283).

En particular, alega que la sentencia ha incumplido con la garantía de las niñas N. y A. a ser escuchadas de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 281 y vta.).

Concretamente sostiene “la resolución de Cámara es contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional y a los artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y además, resultaba arbitraria por no aplicar la ley vigente 26.061 en atención que la escucha de NN y A se realiza con asistencia letrada de tui abogado del niño especializado, que es la garantía de debido proceso y la defensa en juicio, en atención que consta la opinión de las mismas en acta, el interés particular de las mismas” (fs. 281 vta.).

En la misma línea destaca: “Es claro entonces que la ley 26061 no establece ninguna restricción para que el niño sea oído en juicio. Ello es así pues la mención a la madurez y al desarrollo -artículo 24 inc. b) de la ley 26061- es solo para graduar el alcance de su opinión, pero de ninguna manera es un requisito para escucharlo ... Como es sabido, una concepción integral y garantista del derecho de defensa no puede dejar de lado su aspecto técnico. La continua complicación de los procedimientos exige los conocimientos jurídicos de un abogado especializado a efectos de desarrollar un estrategia eficaz que pueda habilitar la participación de quien es parte ... Cuando hablamos de la participación activa de las niñas y niños en un procedimientos significa ‘hablar del reconocimiento de un status especial’ del niño al respecto, mediante el cual ‘en su carácter de parte dentro del procedimiento’, esta facultado para actuar en cualquier proceso e instancia y contra con una ‘representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores puedan asignarle’ (fs.284 y vta. y 285).

En virtud de ello, concluye que “De este modo se ase-

gura la activa participación del niño en el proceso, a través de la defensa técnica de su abogado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño sin sustituir su voluntad ... De manera tal que, el derecho a la asistencia letrada de los niños en cualquier procedimiento, hace a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las niñas, los niños y adolescentes por lo que toda norma que limite o impida la incorporación del defensor del niño al proceso contrariando los postulados de la doctrina de la protección integral que establece una noción ampliada de legitimación procesal deberán ser declaradas inconstitucionales en función del interés superior del niño” (fs. 285 vta. y 286).

En ese razonamiento, agrega que debió haberse oficiado al Registro de Abogados del Niño del Colegio de Abogados departamental a los efectos de proveer de asistencia letrada a las niñas de autos, de conformidad con lo establecido en la ley provincial de abogados del niño y su decreto reglamentario (fs. 287).

En definitiva, sostiene: “De todo ello se desprende que sin lugar a dudas, todo niño que se ve afectado por un proceso tiene derecho a designar un abogado de su confianza y en caso de no hacerlo el estado le deberá asignar uno de oficio. Es decir, el niño y adolescente puede elegir a su abogado defensor, como derecho personalísimo a la libre elección del profesional letrado, sin intervención de terceros” (fs. 288).

Cita, en sustento de su queja, los precedentes de la Corte Federal “O.M.S. c/ J.V.L. si divorcio vincular” y “M.O. c/ P.C.A” de fechas 26 de octubre de 2010 y 26 de junio de 2012 (fs. 288 y vta.).

En segundo término se agravia del tramo de la sentencia que establece que la residencia habitual de las niñas reside en P., B. y que la integración al nuevo medio no constituye motivo autónomo de oposición ya que el centro de vida no puede adquirirse a través de un ilícito art. 2614 in fine del CCyCN (:fs. 289 vta.).

En particular señala que la cuestión vinculada con la

residencia habitual de las niñas ha sido valorada absurdamente, toda vez que la Cámara omitió considerar que con anterioridad al tiempo que residieron en B. (Julio de 2014 a julio de 2016), a las niñas permanecieron en nuestro país, donde forjaron relaciones de amistad en el ámbito escolar (entre los años 2009 y 2014).

En ese sentido agrega que “P., B. donde residieron en abril de 2014 a julio de 2016 y los años anteriores de 2009 a 2014 todo el grupo familiar residió en la Argentina, entonces mal podría ser Barcelona su centro de vida, pasaron más años en la Argentina, sumado a que la progenitora se le vencerá su permiso de residencia en mayo de 2019, la misma no tiene ciudadanía española, que ha quedado demostrado la integración de A. y N. al presente ambiente en B., que es un lugar donde han pasado más tiempo, donde están sus abuelos, tíos, primos, amigos y sus colegios, art 13 Convención de la Haya art 13 inc. b-ley 23857-sumado a que ejerzo la custodia tal como lo expongo “ ut supra” que al ejercía antes de llegar a la Argentina con las niñas” (fs. 290).

En definitiva concluye: “al no cumplirse con el derecho a la escucha ‘per se’ es una sentencia arbitraria y nula, en violación a las garantías constitucionales y convencionales, en perjuicio del interés superior de N. y N., toda vez que no se ha ejercido el derecho a la escucha que gozan, no se ha cumplido con el artículo 12 CDN, art 24 ley 26061, en virtud de ello no pudieron ser escuchadas en las cuestiones relativas a su regreso a España y su opinión ser tenida en cuenta el cuál resulta esencial para resolución de la presente causa de marras (arts. 384 y ss CPCC, art 12 CDN, art 27 inc c) de la ley 26061, art 13 inc. a y b. Convenio de La Haya, ley 23857 ... Por todo lo expuesto a firmo que, con lo indicado “ut supra”, per se, mis hijas A. y N. han hecho operativa la excepción prevista en el artículo 13 de la Convención de La Haya, ley 23857, por lo que, a mi entendimiento, ya sea por la vía de la nulidad de las resoluciones dictadas sin participación de las niñas, o por la excepción aludida, corresponde suspender la ejecución de la sentencia dictada en autos” (:fs. 289 vta y 290 vta.).

III.

El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

i. Razones de orden lógico me conducen a examinar, en primer término, los agravios vinculados con la legalidad del traslado o retención, en virtud de las críticas formuladas por el apelante respecto de la absurda valoración de la prueba efectuada por el tribunal en oportunidad de determinar la residencia habitual de las niñas A. (13) y N. (9) -v. :fs. 14/17 y ccs.-.

Al respecto, adelanto mi opinión según la cuál los agravios del impugnante carecen de entidad para conmover la argumentación desplegada por la cámara departamental para determinar la residencia habitual de las niñas A. y N. de conformidad con lo términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CH1 980) y con los criterios desarrollados por el Máximo Tribunal de la Nación y sostenidos por esa Corte (Fallos 318:1296; 328:4511; 333:604; 333:2396; 334:913; 334:1287; 334:1445; 335:1559; 336:97; 336:658; 339:609, 339:849; 341:1136; 341:2019; SCBA, C121958, sentencia del 27 de junio de 2018, C120761, sentencia del 24 de agosto de 2018, C120328, sentencia del 19 de octubre de 201, C 119110, sentencia del 10 de junio de 2015, entre muchas otras).

En esa línea cabe recordar el criterio sostenido reiteradamente por el Máximo Tribunal de la Nación, según el cuál “en reiteradas oportunidades esta Corte ha dejado en claro que ‘la residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia ...en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho’ (conf Fallos: 318: 1269). La adaptación de las niñas a la vida en este país tampoco resultaría, prima facie, un obstáculo para ordenar su regreso ya que la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquel aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por parte de cuales quiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución (Fallos: 333:604;334:1445; 336:97 y 339:609)” (Fallos 339:1534).

En particular, comparto los argumentos desplegados

por la alzada para considerar aplicable a la especie el CH1 980 sobre la base de determinar que el traslado de las niñas A. y N. a nuestro país debe considerarse ilícito en los términos de los artículos 3 y 12 del Convenio por haberse producido en infracción al derecho de custodia atribuido con arreglo al derecho español-por considerar que era allí donde las niñas tenían su residencia habitual -y en virtud de la prescripción del artículo 12 que veda la posibilidad de admitir la integración al medio como motivo autónomo de oposición para el cumplimiento de la orden de reintegro en los casos en que se hubiera activado el mecanismo restitutorio dentro del plazo de un año a contar desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos (fs. 29, arts.3,4, 12 y ces. CH1980, arts. 2614, 2642 y ccs. C. C.yC).

Concretamente, la cámara departamental argumentó: “En este sentido, resulta trascendente el relato efectuado por el propio apelante, quien manifestó que se conoció con la actora durante 1993, contrayendo matrimonio recién en el año 2013.

Que en el año 2006 fueron a España, naciendo allí su hija mayor A. el día 5/6/2006 (12 años de edad a la fecha -ver fs. 82/3-) y en el año 2008 retornaron a la Argentina, naciendo aquí su hija menor N . el día 14/01/2010 ' (8 años de edad al presente -v. fs. 84-). Quienes permanecieron en Argentina desde 2009 hasta que “ ... en Abril de 2014 decidimos establecemos nuevamente en España ... Que nuestra relación llegó a su fin, en esta última etapa, y de común acuerdo decidimos que yo regresaría a Argentina y la Sra. A. permanecería en España y que las niñas viajarían conmigo para establecerse nuevamente en Argentina” ... más este pretense acuerdo al que alude el accionado no ha quedado debidamente acreditado en autos, y uno solo de los progenitores -a raíz de la responsabilidad parental regulada en la legislación española aplicable-carece de autoridad exclusiva para disponer un cambio de residencia definitivo de las menores hacia el extranjero” (fs. 234 vta.).

En la misma línea, puntualizó: “No abrigó dudas en torno a que la residencia habitual de las pequeñas inmediatamente anterior al cues-

tionado traslado a la Argentina junto a su progenitor a fines de julio de 2016, se encontraba en la ciudad de B., reino de España. Ello surge del propio relato del emplazado -como quedara expuesto- y de la documental remitida por la Autoridad Central Argentina, acompañada con el libelo inaugural...esto es: certificación del Ayuntamiento de P. acreditando - conforme padrón municipal vigente- el domicilio permanente de todos los miembros del grupo familiar en calle N., 0012, P., B.; certificación de la escuela "M. P." donde acredita que las niñas A. y N. son alumnas de dicho centro educativo, cursando allí en 2014/2015, 2015/2016 y se encontraban matriculadas para el año 2016/2017; tarjetas "A.S.C." de seguro de salud de las menores en España .. ; de modo que -concordantemente con lo dictaminado por la señora Asesora de Incapaces actuante y receptado en la sentencia en crisis ... - entiendo que el traslado de las niñas efectuado por su padre a la República Argentina a mediados de 2016, resulta ilícito en los términos del CH1 980, pues a esa fecha ambos progenitores en ejercicio de la patria potestad son quienes debían determinar el domicilio de sus hijas, no pudiendo uno de los padres modificar por sí solo la residencia habitual de las niñas, salvo que cuente con el consentimiento del otro progenitor, recaudo que no puede tener por verificado en autos con la autorización en copia acompañada a fs. 92/6, de la que se desprende que la Señora L. I. A. G. autoriza al aquí demandado a viajar con las hijas de ambos, fuera del territorio español. Es que una mera autorización de viaje no conlleva la autorización para modificar unilateralmente el lugar de residencia habitual de las niñas; por lo que el último traslado de las mismas a la Argentina junto a su padre ha sido efectuado sin la correspondiente autorización materna, cuya manifestación deber surgir de manera inequívoca. De conformidad con la hermenéutica efectuada por la comunidad jurídica española, acreditada a partir de las certificaciones acompañadas por la Autoridad Central Requirente, es posible concluir que el cambio de domicilio de un menor, su traslado a un lugar distinto al de su residencia habitual o al extranjero, constituyen decisiones de importancia en su vida y por tanto deberán ser adoptadas con el consentimiento de ambos progenitores con independencia de quien tuviera su custodia o, en su defecto, por previa autorización judicial extremos no acreditados en el sub examine (v. fs.

31/34, conf art. 39 Const. Española; arts. 154, 156, 158, 159, 160, 236 y eones. Cód. Civ. español; 14 y 15 del CH 1980 ; 2595 inc. “a” C.C.yC.N).”(fs. 235 y vta.).

Por último, agregó: “En tanto que la solicitud de restitución internacional de las niñas fue efectuada antes de que venciera el plazo de un año previsto en el primer párrafo del artículo 12 del CH1980, pues basta con advertir que luego de obtener la progenitora la certificación de ilicitud del traslado de sus hijas a que alude el artículo 15 del CH 1980, presentó el pedido de restitución ante la autoridad central española, llegando el mismo a la Autoridad Central Argentina el día 24 de febrero de 2017. Sentado ello y en función del lamento esbozado en la memoria respecto del pretense arraigo de las niñas en la República Argentina por el tiempo transcurrido desde su ingreso al país a fines de julio 2016 a la fecha, creo oportuno recordar que el artículo 2614 del Código Civil y Comercial de la Nación en su último párrafo dispone que los niños niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente” (fs. 236).

Al respecto , se ha sostenido que “el artículo 15 dispone que las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase” (Scotti Luciana, “Las Garantías Fundamentales en el Procedimiento de Restitución Internacional de Niños”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia N° 62, Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2013, pp. 125 – 156)

En síntesis, no sólo de la totalidad de las constancias detalladas en la sentencia impugnada se desprende que el quejoso y sus hijas

residían en P., B., con anterioridad al traslado de las menores a la Argentina por parte de su progenitor y que el traslado a nuestro país fue realizado sin que exista norma ni decisión judicial ni acuerdo ni título o fuente equivalente que autorice al progenitor a decidir unilateralmente el lugar de residencia de las niñas o que acredite el consentimiento de la progenitora para ello -sin que resulte óbice la autorización notarial suscripta por la progenitora a fin de autorizar a sus hijas a viajar fuera del territorio español-, sino que ello surge de la propia certificación expedida por la autoridad judicial española de conformidad con el artículo 15 del CH1980 (fs.29,31/4, 92/6; arts. 3, 5, 15 y ccs .. CH1980, Rubaja, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia*, op.cit., pp.482- 7op.cit).

Ninguno de estos extremos han sido cuestionados por el recurrente quien, en su lugar, se ciñó a denunciar que “la Cámara omitió considerar que con anterioridad al tiempo que residieron en B. (Julio de 2014 a julio de 2016), a las niñas permanecieron en nuestro país, donde forjaron relaciones de amistad en el ámbito escolar (entre los años 2009 y 2014)”.

Al respecto, resulta preciso recordar que “La residencia habitual es una cuestión de hecho, es distinta a la noción de domicilio, y tampoco es una cuestión matemática que simplemente surge de sumar el lugar en el que el niño tuvo mayor permanencia”(Goicochea, Ignacio, “Aspectos Prácticos de la Sustracción Internacional de Menores”, AR/DOC/7199/2012).

En definitiva, el impugnante no ha intentado conmovier los datos facticos ni jurídicos reseñados como prueba y fundamento de la decisión que determinó que al momento del traslado de las niñas -30 de julio de 2016 v. fs. 10-12- la residencia habitual de los menores de edad se hallaba en España (Fallos 341:2019).

ii. Analizada la cuestión vinculada con la acreditación del traslado o retención ilícitos, corresponde examinar los restantes agravios dirigidos a cuestionar la vulneración del derecho de las niñas a ser oídas sin contar con debido patrocinio letrado en el acotado marco de debate autorizado por el Convenio de La Haya (arts. 13 y 20 CH1980).

Al respecto, ha sostenido reiteradamente la Corte Federal que “el mencionado convenio determina como principio la inmediata restitución del menor y, en consecuencia, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar su finalidad ... En tal sentido, esta Corte ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material factico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980” (conf. Fallos : 318:1269; 328:4511 y 333:604; 336:638).

Entre las excepciones autorizadas , el artículo 13 tercer párrafo del CH1980 establece: “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse u 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 opinión”(art. 13 CH1980).

Sobre esta particular excepción, el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo: “En el marco convencional la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores (...) En razón de su singular finalidad, el CH 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual y, dentro de esta área puntual no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar” (Fallos 336:97 , 336:849; 335:1559).

En la misma línea, esa Corte señaló “Pero existe consenso en la comunidad internacional en que el menor no sólo debe oponerse a la restitución, sino que debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o deseo... Debe mediar un repudio irreductible a regresar al lugar de su residencia habitual para lo cual resultan relevantes la naturaleza y solidez de sus objeciones, así como sus motivos sensatos... Y en este

aspecto, una oposición a la vida con el progenitor solicitante debe distinguirse de una objeción a la vida en el país de su residencia habitual. ... Sólo un repudio irreductible de los menores a regresar al lugar de su residencia habitual autorizaría a tener por acreditada esta excepción a la restitución..." (SCBA, C 119986, sentencia del 20 de abril de 2016, entre otras).

Dichos extremos -sin perjuicio de las dificultades interpretativas planteadas respecto de la evaluación y del grado de injerencia que cabe reconocer a la 'opinión' del niño en el ámbito de aplicación de los convenios de cooperación en materia de restitución internacional- tampoco han sido cuestionados por el recurrente quien, en su lugar, se centró en impugnar la escucha de las niñas por haber sido llevado a cabo sin la presencia de un abogado de su confianza (Basset Úrsula, "Restitución internacional de menores: ¿Una crisis de paradigmas en torno a la protección de los niños", AR/DOC /3963/2013; Goicochea Ignacio, Rubaja, Nieve, "Procedimiento de Restitución Internacional de Niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo convencional", AR/DOC /2781/2015 ; Mizrah Mauricio, "Traslados ilegales de niños", AR/DOC/1404/2016; Rubaja Nieve, Derecho Internacional Privado de Familia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp.510-513; Scott Luciana, "Nuevos paradigmas sobre infancia y adolescencia en el marco de un caso de restitución internacional de niños", DFyP 2017 (diciembre,) 15/12/2017, 191) .

De ello cabe concluir que los términos de los agravios traídos sobre este tópico tampoco resultan atendibles por resultar palmariamente insuficientes para configurar el supuesto de excepción autorizado por el artículo 13, tercer párrafo del CH1980.

Sin perjuicio de ello, y en mérito a los delicados intereses en juego, diré que tampoco resultan ajustados los agravios planteados respecto de la afectación del derecho de las niñas a ser oídas por haber sido citadas sin debido patrocinio letrado.

En primer término, resulta preciso resaltar que las constancias de fs.143 y 231 dan cuenta de que los jueces de primera y de segunda

instancia y el ministerio público han dado cumplimiento con el deber de tomar contacto directo con las niñas con carácter previo a resolver la restitución reclamada.

Al respecto, 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 Internacional de Niños y la Jueza de la Red Internacional de Jueces de La Haya en el 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. Asimismo, debe darse al niño una respuesta clara acerca de cómo influirá su participación en la decisión y de las causales de excepción, entre las que cabe mencionar la oposición del menor a su restitución” (Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, p.3).

Es decir, el citado 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 C.D.N., Observación General nro. 12/2009 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado y Observación General nro. 14 / 2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial; Corte Interamericana de Derechos Humanos, “AtalaRiffo vs. Chile” (2012), párrafos 199 y ss.; “Furlán vs. Argentina” (2012), párrafos 230 y ss.; “Gelman vs. Uruguay” (2012), párrafo 129; 3, 24 y css. Ley 26061; arts. 24, 25, 26, 639, 707 y css. C.C.y C; art. 4 y

ces. ley 13298 y sus modificatorias; SCBA, C. 78.728, sentencia del 2 de mayo de 2002; C100970, sentencia del 10 de febrero de 2010 ; C. 107.820, sent. del 11-8-2010 y C91622, sent. del 26-10-2010, entre otras).

En esa línea ha sostenido esa Corte que “Emitir un pronunciamiento judicial en un caso de restitución internacional de menores sin conocer y oír previamente a los niños involucrados constituye una clara vulneración de sus derechos humanos básicos... La opinión que los niños puedan poseer sobre el tópico (art. 13, 4 y 5 párr., C.H. 1980) debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez., para lo cual es imprescindible al juez conocerlos y ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean, balanceándolas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole del derecho en juego (conf Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002).” (SCBA; C C19986, sentencia del 20 de abril de 2016).

En este punto, y en mérito a los agravios planteados, considero preciso destacar la distinción que corresponde efectuar entre el deber del juez de escuchar al niño de conformidad con los estándares citados, con el derecho de los niños a participar de forma autónoma y con asistencia letrada, de conformidad con su edad y grado de madurez (artículos 25, 26, 677 y ces. C.C.yC.; 27 ley 26061 y 27 dto. 415/06; 1 ley 14568 y decreto 62/2015; Fallos 333:2017; 335:1136; Dictamen de la Procuración General de la Nación en autos “B., C. R y otros c/ T., R E. s/tenencia de hijos” de fecha 9 de agosto de 2018; SCBA, C 121733, resolución de fecha 27 de junio de 2018).

En efecto, mientras la escucha del niño es un deber insoslayable del juez, el derecho de los niños o adolescentes a participar por derecho propio con asistencia letrada es una facultad que podrán ejercer (o no) y que deberá reconocerse de conformidad con el principio de autonomía o capacidad progresiva que supone el establecimiento de una gradación evolutiva para el ejercicio de los derechos, en función de la edad y del desarrollo psicológico, físico y social de los niños y que, en el caso de los adolescentes, corresponde presumir.

Sobre este punto se ha señalado "Más allá de lo expuesto, cabe aquí formular una aclaración: en los procesos de familia que se dirimen entre los progenitores el derecho a participar activamente que recoge la ley 26061 es precisamente esto, un derecho, una facultad del niño o adolescente, no un deber. Ello implica que este tipo de juicios no resulta necesario integrar la litis con el traslado de la demanda al niño, puesto que no siempre éste desea verse involucrado en el proceso; de lo contrario cabría aplicarle las consecuencias de la rebeldía para el caso de no presentarse en juicio, cuestión que evidentemente resulta opuesta a la protección de su interés superior. Es él y sólo él quien decide si quiere participar. Si lo hace, tendrá derecho a ofrecer prueba, solicitar medidas cautelares, recurrir las resoluciones, etc. Si ello no ocurre, no se podrá extraer ninguna consecuencia adversa de su falta de participación..." (Famá, María Victoria, "Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de Familia", SJA, 1/7 /2009)".

Una interpretación diferente, no sólo confunde un deber -pasible de sanción de nulidad- con el ejercicio autónomo de un derecho, sino que se muestra reñida con el régimen legal de capacidad, asistencia y representación establecido para las personas menores (Farná, María Victoria, "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", AR/DOC /3698/2015; Highton, Elena I., "Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial", La Ley 13/04/2015).

En definitiva, entiendo que la garantía fundamental de conocer y oír a las niñas con carácter previo a resolver un caso de restitución internacional ha sido adecuadamente cumplimentada con la escucha personal y directa efectuada por los jueces y por el ministerio público en primera instancia y en la alzada departamental (fs. 143 y vta. y 231).

III.

En virtud de estas consideraciones, entiendo preciso

propiciar a VE el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, 10 julio de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires**

DICTAMEN: C 124.137-5

**“O. O., R. L. y otro/a s/ abrigo”, fecha: 24 de noviembre de
2021**

6. Intervención el niño

Dictamen C 124.137-5 “O. O., R. L. y otro/a s/ abrigo”, fecha: 24 de noviembre de 2021

Sinopsis

En la presente causa, la Sala Segunda de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, confirmó la sentencia de grado en la que el magistrado resolvió declararse incompetente para expedirse sobre la legalidad de la medida de abrigo dispuesta por el Servicio Local de La Plata, en los términos del artículo 35 bis de la ley provincial 13.298, respecto de los niños R. L. O. O. y A. M. O., con fundamento en la Ley Paraguaya 1680 en función del domicilio legal de los niños y, en base a ello, dispuso la restitución de los niños a la República del Paraguay, en los términos de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, ley 25.358, con una serie de medidas de resguardo de los menores hasta que en modo seguro se pudiera dar cumplimiento a la medida.

Contra dicho resolutorio se alza el niño R. L. O. O. con el patrocinio letrado de la doctora Taffetani a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley que fue declarado extemporáneo (resolución de fecha 20-VII-2020) y luego concedido por esa Suprema Corte de Justicia, al admitir el recurso de queja presentado.

Se agravia el quejoso, en primer lugar, por considerar que la sentencia de la alzada *“incurre en error en la calificación de los hechos para la aplicación de la ley sustantiva al negar mi [su]centro de vida en la República Argentina”*.

El segundo agravio expresado es respecto de la aplicación de la ley sustantiva.

En tercer lugar, se agravia de la parcela de la sentencia que intenta preservar el derecho a las relaciones familiares.

El Procurador General, en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, en lo que hace al objeto de estudio, señaló que, en el caso,

“expresamente el recurrente manifiesta su deseo de quedarse en la República Argentina y se queja de que su opinión no haya sido ponderada conforme su edad y grado de madurez.”

Es cierto que no cualquier disconformidad basta para evitar la restitución, pero sí una oposición férrea a la misma. Como se afirma también “existe consenso en la comunidad internacional acerca que -en este tópico- el menor no solo debe oponerse a la restitución sino que debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o un deseo (conf. “Richards & Director-General, Department of Child Safety” [2007], INCADAT HC/E/UKS 904; “F. [Hague Convention: Child’s Objections]” [2006], INCADAT HC/E/AU 864; “9Ob102/03w” [2003], INCADAT HC/E/AT 549; “Nro. de role 02/7742/A” [2003], INCADAT HC/E/BE 546; “CA Grenoble, M. V. M.” [2000], INCADAT HC/E/FR 274). Debe mediar un repudio irreductible a regresar al lugar de su residencia habitual, para lo cual resultan relevantes la naturaleza y solidez de sus objeciones, así como sus motivos sensatos (conf. “P. V. S.” [2002], INCADAT HC/E/UKS 963).”

A ello agregó que “la preservación de las relaciones familiares que se intenta resguardar tanto en el fallo de primera instancia como en el de la Cámara, no existen en el caso más que con la hermana del recurrente -A. M. O.-. La madre de ambos menores al día de hoy sigue desaparecida. No hay familia que haya reclamado a ninguno de los hermanos en ningún momento. Ni siquiera se conoce la existencia de familia ampliada o algún referente afectivo en Paraguay.” Así, entendió el Procurador General, que cae por su propio peso la afirmación de la Cámara en cuanto dispone que “*mantener a R. L. en Argentina, institucionalizado, lejos de sus potenciales afectos familiares y de la comunidad de [...] ciertamente no responde a su mayor interés, por el contrario, su regreso a dicha localidad con su hermana brindará una posibilidad cierta a futuro de interacción y contención afectiva (art. 384 CPCC).*”

Observó que tiene dicho el Comité de los Derechos del Niño en este aspecto: “La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los

asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación General N° 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene por objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12 (Observación General del Comité de Derechos del Niño N° 14 (2013), párrafo 45)."

El Procurador General remarcó que, "el recurrente cuya restitución se ordena no desea vivir en Paraguay y está demostrado, como se analizó, que se encuentra en la República Argentina desde los 3 años -lleva 9 años viviendo aquí-, que no ha tenido contacto con familiar ni referente alguno, que no tiene filiación paterna acreditada y que su madre aún no ha podido ser localizada, existiendo orden de detención a su respecto en los autos "H. O. y otros s/ supuesto hecho punible de proxenetismo", tal como surge de la causa penal, oficio del 22 de septiembre de 2021 de la Unidad Especializada en la Lucha contra la Trata de Personas y explotación sexual de Niños, Niñas y Adolescentes de la República de Paraguay."

Por lo tanto y siguiendo lo expresado por la Suprema Corte en relación a que "el interés superior de los menores (art. 3, ap. 1, de la referida Convención) constituye una pauta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales en el juzgamiento de las causas en las que se ven involucrados intereses de aquellos (CSJN, 15-XI-2005, "L. F. c/V. L.", Fallos: 328:4013, con cita de Fallos: 322:2701 ; 324:122) resaltando que "cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional" (CSJN, 26-IX-2012, "M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos", M.73.XLVII.RHE, Fallos: 335:1838, cons. 16, con cita de Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210)", opinó se haga lugar al recurso traído.

En relación a la niña A.M.O., el Ministerio Público, “sin desconocer la firmeza con la que llega a esta instancia extraordinaria la situación de la misma, por haberse desistido del remedio intentado a su respecto en la instancia anterior, en tanto se sostuvo su deseo de regresar al país de origen”, advirtió sobre “las especiales circunstancias que originaron las presentes”, haciendo referencia a “la ausencia de familiares o referentes conocidos con que puedan eventualmente contar los niños, el tiempo transcurrido desde aquel acto (casi dos años y en especial que hasta la fecha, no se ha concretado el traslado de la niña a la República del Paraguay, encontrándose aún alojada –según se desprende del informe remitido en fecha 27 de octubre de 2021- en el Hogar [...] de la localidad de..., partido de La Plata.”

Acentuó la relevancia de la normativa convencional y constitucional anteriormente aludida, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva, especialmente en consideración a su interés superior, de acuerdo a lo establecido en el art. 3 de la CIDN. Teniendo en cuenta que se están debatiendo “derechos de una niña en situación de vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad) y en especial que en los procesos donde se ventilan conflictos de familia, y en general cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del juez con la finalidad prioritaria que la protección se materialice (conf. SCBA C 122.501, sent. de 02/10/2020, entre otras).”

Atento a ello, propició que el Superior Tribunal escuchara “también a A. M. O. para conocer su actual opinión (arts. 3, 12 CIDN, 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; OC. N° 17-2002 CIDH sobre Condición jurídica y Derechos Humanos; art. 4, Ley 13298, 3 Ley 26061; 26, 706, 709 y cc. del CCyC).”

Remarcó que es principio inveterado de la jurisprudencia del más Alto Tribunal Nacional que las “sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dicten...” (conf. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321.865; 344:1149, entre muchas otros), en tanto “La configuración del interés superior” exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple -en su máxima

extensión- la situación real... (conf. sent. de 7/10/21 “L., M. s/ abrigo).”

Finalmente, y frente a la eventualidad que se llevara a cabo la restitución de A. M. O. a la República del Paraguay, el Procurador General, entendió pertinente se arbitraran los medios necesarios para preservar, su vínculo fraternal con el recurrente, mediante una adecuada y fluida comunicación.



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

“O. O., R. L.y otro/a s/ Abrigo”

C 124.137-5

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala Segunda de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, confirmó la sentencia de grado en la que el magistrado resolvió declararse incompetente para expedirse sobre la legalidad de la medida de abrigo dispuesta por el Servicio Local de La Plata, en los términos del artículo 35 bis de la ley provincial 13.298, respecto de los niños R. L. O. O. y A. M. O., con fundamento en la Ley Paraguaya 1680 en función del domicilio legal de los niños y, en base a ello, dispuso la restitución de los niños a la República del Paraguay, en los términos de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, ley 25.358, con una serie de medidas de resguardo de los menores hasta que en modo seguro se pudiera dar cumplimiento a la medida (fs. 166/124).

Contra dicho resolutorio se alza el niño R. L. O. O. con el patrocinio letrado de la doctora Taffetani a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley que fue declarado extemporáneo (resolución de fecha 20-VII-2020) y luego concedido por esa Suprema Corte de Justicia, al admitir el recurso de queja presentado (v. escritos electrónicos de fechas 29-VII-2020 y 17-XII-2020 y auto del 5-II-2021).

II. El recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

Se agravia el quejoso, en primer lugar, por considerar que la sentencia de laalzada *“incurre en error en la calificación de los hechos para la aplicación de la ley sustantiva al negar mi [su]centro de vida en la República Argentina”*.

Aclara que pese a sostener el doctor Hankovits en su

voto “...lo cierto es que su residencia no deja de ser ilegal y sospechada de trata de personas conforme surge de la causa penal agregada por cuerda. En ese marco, es que la posibilidad de residencia del niño aquí se encuentre viciada desde su inicio” no hay constancia alguna que haya ingresado al país en forma ilegal, ni que hubiera sido sustraído o vendido por su madre biológica.

Por el contrario -sostiene- lo que sí está acreditado es que la madre biológica realizó un acto plenamente válido al ceder su guarda por acta notarial a la señora Z. V. F.

Agrega que, a partir de lo prescripto por los arts. 1 y 296 CC y CN; art. 1 y 375 y 376 del Código Civil Paraguayo y el art. 36 y cc del Tratado Internacional de Montevideo que fuera ratificado por la República del Paraguay, dicha escritura pública realizada en la República del Paraguay es plenamente válida en el Estado Argentino.

Asimismo, señala que no hay resolución judicial que determine la comisión de un delito por parte de su madre biológica.

Por otra parte, señala que se encuentra acreditado que desde el año 2011 reside en la Argentina por voluntad de su madre expresada en acta notarial y que la irregularidad en que vivía “de ningún modo puede significar negar todos los años transcurridos en el lugar donde crecí. El objeto de discusión, que se refiere al centro de vida no puede ser confundido con las condiciones en que se desarrolló o la responsabilidad de los adultos que me tenían a cargo”.

Cita doctrina y jurisprudencia sobre el concepto de centro de vida, destacando que la “postura que toma la regla atributiva “*fórum personae*” adopta un criterio realista, tomando el lugar donde los NNyA viven efectivamente sin generar ficciones jurídicas que contribuyen muy poco a la realización de su interés superior tal como lo prescribe la normativa internacional”.

Concluye que “la realidad que se dirime en este expediente es que mi centro de vida, durante estos ocho años, ha sido el domicilio donde viví casi la totalidad de mis años de vida: la vivienda perteneciente a la Sra. Z. F. , en

la calle ... entre ... y ... de la localidad de ..., Partido de La Plata, que constituyó sin lugar a dudas mi residencia habitual. En ese domicilio transcurrió casi la totalidad de mi experiencia de vida y mi escolarización, mis relaciones interpersonales, mi desarrollo psíquico y mis percepciones y emociones. La situación de irregularidad migratoria no puede ser motivo para que se niegue dicho carácter”.

El segundo agravio expresado es respecto de la aplicación de la ley sustantiva.

En este sentido, se agravia fundamentalmente de la parcela de la sentencia que afirma “... *De la lectura integral del presente proceso y de la causa acollarada por infracción a la ley 26.364, surge nítido su derecho a ser restituido a su país de origen juntamente con su hermana”.*

A firma el recurrente que los Convenios sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores -Convención de La Haya de 1980- y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores tienen por objeto brindar una solución ágil para evitar la consolidación jurídica de situaciones que tienen su origen en la conducta ilícita de traslado o retención de un menor para velar que los derechos de custodia y de visitas vigentes en uno de los Estados se respeten en los demás contratantes. Sin embargo, asegura que no resulta aplicable a este caso en que él no tiene paternidad reconocida y su madre biológica tampoco ha solicitado su restitución ni ha existido retención o traslado ilícito en violación a un derecho de custodia que justifique su aplicación. Por otro lado, sostiene que todas las actuaciones en el fuero federal sólo tienen lugar en relación a su hermana A. M. En tercer lugar, se agravia de la parcela de la sentencia que intenta preservar el derecho a las relaciones familiares.

En este aspecto, manifiesta que su madre biológica, H. O., tomó la decisión de entregarlo en guarda a la señora Z. F., habiendo sido esto acreditado el Acta Notarial y que durante el tiempo transcurrido desde ese hito, por años no ha hecho ninguna manifestación que pudiera indicar un cambio de voluntad.

Afirma: *“Durante el transcurso del tiempo que viví con la Sra. Z. F. no he tenido contacto con ella hasta su viaje del año pasado en la que trajo a vivir con Z. a mi hermana biológica M., a quien no conocía hasta ese entonces”.*

Por tal motivo, concluye que las normas que se invocan en relación a mantener las relaciones familiares y/o a la protección familiar tienen su aplicación para los casos en que dicho derecho es vulnerado en forma contraria a la voluntad de las partes o de alguna de ellas, pero no pueden ser aplicadas en modo alguno para suplantar dicha voluntad.

Aclara, al mismo tiempo, que los vínculos que se dicen preservar se contradicen con lo resuelto en el sentido que *“En definitiva, los niños deberán regresar juntos a su país natal con la coordinación de todas las partes involucradas, la denunciante comunidad de ... a través del CODENI, el Consulado del Paraguay y el Servicio Local conforme lo dispuesto por el a quo en su sentencia, teniéndose en cuenta que son niños en situación de vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad)”.*

A este respecto, sostiene el recurrente *“Del mismo modo que en los anteriores acápite la sentencia recurrida vuelve a errar en su aplicación, como fundamento de la resolución adoptada... ya no se trata de la protección familiar de mis vínculos biológicos sino de la posibilidad cierta de iniciar un proceso de adopción que me brinde condiciones para desarrollar un nuevo ámbito familiar en el que el hecho de que mi madre biológica no podría ser convocada al proceso...Dicha fundamentación no encuentra asidero, no sólo porque las propias autoridades de Paraguay no han podido ubicarla... sino que existen normados los procedimientos para que se la convoque vía exhorto...”.*

Concluye sus agravios, afirmando que ha quedado en claro que se trata de un caso de irregularidad inmigratoria y que la normativa aplicable es la Ley Nacional 25.871 y su decreto reglamentario, como así también la Disposición 2656/2011 que contempla los pasos a seguir en estos casos; así también, que se ha vulnerado su derecho a ser oído -porque en la audiencia manifestó que quería quedarse en el país e hizo un dibujo donde puso la

bandera argentina, no constando ello en la resolución apelada-, se ha invocado erróneamente el caso Fornerón porque aquí no se encuentra en juego su derecho de identidad y no se ha respetado en el caso su superior interés.

III. Supuesto fáctico. Constancias del expediente.

Con carácter previo a ingresar en el análisis del conflicto planteado, me permito efectuar una breve síntesis sobre las circunstancias fácticas que dan origen a las presentes actuaciones.

A fs. 1/4 obran constancias de las medidas de abrigo adoptadas con fecha 19 de junio de 2019, respecto de R. L. y A. M. O. O., en el Hogar“...” de ..., por el servicio local de La Plata, corriéndose el correspondiente traslado a la Asesoría de Incapaces y al Juez de Familia.

A fs. 21/24 luce el Plan Estratégico de Restitución de derechos respecto de ambos niños, enviado por el Servicio Local de Melchor Romero, dependiente de la Dirección General de Niñez y Adolescencia de la Municipalidad de La Plata, al Juez a cargo del Juzgado de Familia N° 8 de La Plata, en su carácter de garante de la legalidad de las medidas adoptadas. De allí surge que el Servicio Local tomó conocimiento por intermedio del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 3 de La Plata, de la existencia de una denuncia que recibe el Ministerio Público de la República del Paraguay en la Unidad N° 3 especializada en la lucha contra la trata de personas y explotación sexual en niños, niñas y adolescentes, de que la señora H.O. ejercería la prostitución en un local, habría vendido a su hija A. M. O. y que estaría viviendo aún con sus dos hijos -A. M. y R. L.- en una casa en la localidad de ..., ordenándose en razón de ello un allanamiento en la vivienda.

Surge del mismo informe, que en la vivienda se constató que los niños estaban a cargo de la dueña de la quinta -señora Z. F.- quien no pudo acreditar documentación que la ubique como responsable legal de los niños, no encontrándose allí tampoco a la madre de los mismos. Por tal razón se toman las

medidas indicadas.

Por otra parte, en la primera entrevista con R. L. en el Hogar al que fue trasladado, el equipo del Servicio Local deja constancia que el niño llamaba a la señora Z. “mamá” y no reconocía a H. como familia. A ese momento R. asistía a una escuela, a cuarto año, en De la entrevista con M. en cambio, se deja constancia que reconoce a H. como su madre y manifiesta que estaría viviendo en Paraguay con otro hermano suyo (fs.23).

Se deja constancia también que de la entrevista con las autoridades de la institución educativa , surge que tanto H. como Z. llevaron a cabo la inscripción de los niños a comienzos del 2019 y que firmó Z. refiriendo que H. no sabía escribir (fs. 23 vta.).

A fs. 26 surge una audiencia mantenida por el Juez de Familia N° 8 -Mauro Cerdá-, con fecha 26 de agosto de 2019, con un representante de la Asesora de Incapaces N°1 -Dr. Martín Rotondo-, la abogada del niño doctora Laura Taffetani y la psicóloga del Hogar “...”; y a fs. 27 y 28 obran actas del mismo día, en las que se deja constancia de la toma de contacto con los niños, de la escucha por parte del magistrado a ambos en presencia del representante de la asesoría y la abogada del niño.

R. manifiesta que se encuentra bien en el Hogar, que no recuerda desde cuándo está en la República Argentina y que siempre vivió en la casa de Z. Asimismo, que “a M. la conoció cuando vino a Argentina este año” (fs. 27). M. compareció pero no quiso hablar (fs. 28).

Finalmente, en la misma fecha, obra acta del doctor Cerdá con un letrado integrante de la Asesoría N°1, la abogada del niño y las representantes del Servicio Local de La Plata, a fin de evaluar la situación (fs. 29).

A fs. 33/43 obra oficio del Juez Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 3 de La Plata, remitiendo escritura pública respecto del otorgamiento de la guarda del menor R. por parte de su madre, obrante en la causa N° FLP 39869, caratulada “N.N. s/ Infracción Ley

26.364”, iniciada por la posible comisión del delito previsto en el art. 145 bis del CP.

Particularmente, de dicha acta notarial -escritura n° 235- labrada por la notaria Gloria Concepción Barreto Ortiz, titulada “Manifestación de voluntad”, llevada a cabo en la ciudad de Asunción, República del Paraguay, el 27 de agosto de 2015, surge que la señora H. O., paraguaya, soltera, habría dado a su hijo R. O. O. en guarda a la señora Z. V. F., a fin de formalizar los documentos escolares del mismo, ya que el menor vivía con la señora F. desde el año 2011 en la localidad de ..., República Argentina. Dicha acta se encuentra legalizada y apostillada.

A fs. 42/43 obran copias de las actas de nacimiento de ambos niños, remitidas por el mismo Juez Federal, de las que surge que R. L. nació en ... con fecha 15 de noviembre de 2009 (y fue inscripto dos años después -26 de marzo de 2012-) y A. M. nació en ... el 13 de marzo de 2013. Ambos fueron inscriptos sólo con el vínculo filial materno -como hijos de H. O.-.

Luego, a fs. 45/53, obra la sentencia de primera instancia, de fecha 26 de septiembre de 2019, en la que se ordena la restitución de los niños al Paraguay junto a una medida de protección de abrigo en institución, en los términos del art. 34 de la ley 1680 antes mencionada, solicitando al Sistema Nacional de Protección y Promoción Integral a la Niñez y Adolescencia (CODENI) del municipio de ... - República de Paraguay-, que arbitre los medios necesarios para la efectivización de la medida cautelar dispuesta, como así también disponer que los niños continúen residiendo mientras tanto en el Hogar “...” bajo la supervisión del Servicio Local, continuando su concurrencia a la escuela.

Apelada la misma y expresados los agravios por el menor R. L. (siendo desistido el recurso por A. M. a fs. 92, por haber expresado la menor su voluntad de regresar a su país de origen), obra acta de audiencia del día 4 de febrero de 2020 en que los señores integrantes de la Excelentísima Cámara Segunda de Apelación, Sala segunda, previo a resolver el recurso, toman contacto con ambos niños dando cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y 707 del CCyCN, en presencia de la señora

Asesora de Incapaces N° 1 del Departamento Judicial La Plata y la abogada del niño, doctora Laura Taffetani (fs. 103).

Asimismo, el día 20 de febrero de 2020, se celebró audiencia con los mencionados camaristas, el señor Cónsul de la República de Paraguay, señor Juan Ramón Cano Montania, y el señor Omar Andrés Fonseca Vera, representante legal del mismo, con intervención de la asesoría de incapaces y la abogada del niño, doctora María Alicia Donato (fs.115.)

Finalmente, a fs. 116/124 obra sentencia de Cámara confirmando la decisión de Primera Instancia.

IV. Considero que el recurso debe prosperar.

Como se advierte de la sentencia impugnada, se ha valorado para decidir la especial situación de vulnerabilidad en que se encontraban tanto el agraviado -R. como su hermana A. M.- y que su residencia en el país no deja de ser ilegal.

En tal sentido, y respecto del primer agravio expresado, respecto de la errónea interpretación de la alzada del centro de vida de R. L.O. O., al mencionar que *“el mismo no puede establecerse en base a la ilegalidad, como tampoco lo puede ser el hogar transitorio que es objeto de este abrigo”*, entiendo que existe razón al recurrente, pero no por las mismas razones. Me explico.

No encuentro que la residencia del menor R. L. tenga un origen legal. El acta notarial en que la madre del niño manifiesta su voluntad de otorgar la guarda a la señora Z. (v. fs. 36), con quien habría ingresado al país y convivido por ocho años sin tener ningún tipo de contacto con su madre no puede considerarse título suficiente para ejercer la guarda y representación del menor como lo ha hecho, máxime si se tiene en cuenta que la legislación paraguaya no admite la dación en guarda por acta notarial (art. 106, Ley 1680 -Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay-), sumado a las condiciones de extrema vulnerabilidad en que fue hallado el niño en el allanamiento realizado a la vivienda de ... (v. fs. 128/135 de la Causa FLP 39869/2019 “N.N. s/ Infracción

Ley 26.364” en trámite ante el Juzgado Federal N° 3 de la ciudad de Plata).

Por otra parte, tampoco resulta explicación suficiente para la legalidad del traslado del niño a la Argentina -y con ello la constitución aquí de su centro de vida- el hecho de que el expediente iniciado por el Juzgado Federal haya sido sólo respecto de la menor A. M. O. -hermana del recurrente-, pues si bien la denuncia recibida por el cónsul de Paraguay se relaciona con una presunta venta de la niña por su madre, lo cierto es que el menor R. L. fue hallado en las mismas circunstancias de irregularidad (v. fs. 24 y fs. 178 vta. de la causa FLP 39869/2019 “N.N. s/ infracción Ley 26.364).

No obstante ello y aún aplicando la legislación que se refiere al delito de trata puede leerse que en el título II de la Ley 26.364, titulado: “Garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas”, en el artículo 6 (conf. texto ley 26.842): “El Estado nacional garantiza a la víctima de los delitos de trata o explotación de personas los siguientes derechos, con prescindencia de su condición de denunciante o querellante en el proceso penal correspondiente y hasta el logro efectivo de las familiar reparaciones pertinentes:....g) **Permanecer en el país, si así lo decidiere, recibiendo la documentación necesaria a tal fin.** En caso de corresponder, será informada de la posibilidad de formalizar una petición de refugio en los términos de la ley 26.165;...n) En caso de tratarse de víctima menor de edad, además de los derechos precedentemente enunciados, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. Las medidas de protección no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reincorporación a su núcleo familiar **o al lugar que mejor proveyere para su protección y desarrollo**” (la cursiva y negrita me pertenecen).

Por otra parte, también aplicando los principios que rigen la restitución internacional de menores, en un fallo reciente, esa Suprema Corte de Justicia ha expresado: “la comunidad internacional acepta que la consideración del superior interés del menor en estos casos, a partir de la expresa referencia contenida en el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño

-debido a que la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH1980) carece de una definición autárquica al respecto-, conduce a que lo indispensable para todo niño que ha sufrido un traslado o retención ilícitos fuera de su residencia habitual sea su inmediato retorno al lugar en el que se halla su centro de vida (conf. entre tantos,UZAL, María Elsa “Algunas reflexiones en torno a la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980”, ED, 169-1255).

Ahora bien, dado que una fijación apriorística de su superior interés en los casos de sustracción internacional podría atentar contra su concepción más clara -en tanto conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, el que excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (causas Ac. 63.120, “G., V.”, sent. de 31-III-1998; Ac. 73.814,”G., J. G.”, sent. de 27-IX-2000; Ac. 79.931, “A., K. E.”, sent. de 22-X-2003; e.o.)- 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 menor, aún en este marco, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a su situación concreta 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 pueden justificar el rechazo a dicha restitución** (arg. arts. 3, 12, 13, 20 y*

concs.,CH1980)". (SCBA, 21/12/20, causa C. 123.322, "A. G., L. I. contra R. M., G. H. Restitución de menores")

En el caso concreto, expresamente el recurrente manifiesta su deseo de quedarse en la República Argentina y se queja de que su opinión no haya sido ponderada conforme su edad y grado de madurez.

Es cierto que no cualquier disconformidad basta para evitar la restitución pero sí una oposición férrea a la misma. Como bien se afirma en el caso recién mencionado también "existe consenso en la comunidad internacional acerca que -en este tópico- el menor no solo debe oponerse a la restitución sino que debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o un deseo (conf."Richards & Director-General, Department of Child Safety" [2007], INCADAT HC/E/UKS904; "F. [Hague Convention: Child's Objections]" [2006], INCADAT HC/E/AU 864;"9Ob102/03w" [2003], INCADAT HC/E/AT 549; "Nro. de role 02/7742/A" [2003],INCADAT HC/E/BE 546; "CA Grenoble, M. V. M." [2000], INCADAT HC/E/FR 274).Debe mediar un repudio irreductible a regresar al lugar de su residencia habitual, para lo cual resultan relevantes la naturaleza y solidez de sus objeciones, así como sus motivos sensatos(conf. "P. V. S." [2002], INCADAT HC/E/UKS 963)".

Aquí la referencia al deseo de permanecer en nuestro país puede advertirse desde la primera diligencia practicada respecto del niño R. L. O. O.(v. fs. 23, manifestó su deseo de permanecer en el hogar) y expresada con fuerza en el recurso de apelación y en el remedio extraordinario en tratamiento, con el patrocinio de su abogada del niño. Es decir, provisto de debida asistencia y a una edad (12años cumplidos) en que su voluntad, su deseo, su opinión tiene un peso contundente. También hace referencia a ello el informe remitido por el equipo técnico del hogar "...", del 2de septiembre de 2020, obrante a fs. 208 del Legajo del niño R. L. O. O. "Medida de Protección de Menor -ley 26.061- en autos "N.N. por Infracción Ley 26.364" en trámite ante el Juzgado Federal N° 3 de La Plata, que fuera dirigido a la Defensoría Pública N° 1a cargo del doctor Ordoñez.

A ello se suma, que la preservación de las relaciones

familiares que se intenta resguardar tanto en el fallo de primera instancia como en el de la Cámara, no existen en el caso más que con la hermana del recurrente -A. M. O.-. La madre de ambos menores al día de hoy sigue desaparecida. No hay familia que haya reclamado a ninguno de los hermanos en ningún momento. Ni siquiera se conoce la existencia de familia ampliada o algún referente afectivo en Paraguay. Así, entiendo que cae por su propio peso la afirmación de la Cámara en cuanto dispone que *“mantener a R.L. en Argentina, institucionalizado, lejos de sus potenciales afectos familiares y de la comunidad de ... ciertamente no responde a su mayor interés, por el contrario, su regreso a dicha localidad con su hermana brindará una posibilidad cierta a futuro de interacción y contención afectiva (art. 384 CPCC)”*.

Tiene dicho el Comité de los Derechos del Niño en este aspecto: *“La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación General N° 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene por objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12”* (Observación General del Comité de Derechos del Niño N° 14 (2013, párrafo 45)

En el caso, el recurrente cuya restitución se ordena no desea vivir en Paraguay y está demostrado, como se analizó, que se encuentra en la República Argentina desde los 3 años -lleva 9 años viviendo aquí-, que no ha tenido contacto con familiar ni referente alguno, que no tiene filiación paterna acreditada y que su madre aún no ha podido ser localizada, existiendo orden de detención a su respecto en los autos “H. O. y otros s/ supuesto hecho punible de proxenetismo”, tal como surge de la causa penal, fs. 433, oficio del 22 de septiembre de 2021 de la Unidad Especializada en la Lucha contra la Trata de

Personas y explotación sexual de Niños, Niñas y Adolescentes de la República de Paraguay.

Por tanto y siguiendo lo expresado por V.E. en relación a que “el interés superior de los menores (art. 3, ap. 1, de la referida Convención) constituye una pauta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales en el juzgamiento de las causas en las que se ven involucrados intereses de aquellos (CSJN, 15-XI-2005, “L. F. c/V. L.”, Fallos: 328:4013, con cita de Fallos: 322:2701 ; 324:122) resaltando que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional” (CSJN, 26-IX-2012, “M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, M.73.XLVII.RHE, Fallos: 335:1838, cons. 16, con cita de Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210)”, es que opino se haga lugar al recurso traído.

V. A. M. O.

Asimismo y sin desconocer la firmeza con la que llega a esta instancia extraordinaria la situación de la niña A. M. O. por haberse desistido del remedio intentado a su respecto en la instancia anterior -en tanto se sostuvo su deseo de regresar al país de origen- (ver fs. 92 y 95), este Ministerio Público no puede dejar de advertir las especiales circunstancias que originaron las presentes, la ausencia de familiares o referentes conocidos con que puedan eventualmente contar los niños, el tiempo transcurrido desde aquel acto (casi dos años y en especial que hasta la fecha, no se ha concretado el traslado de la niña a la República del Paraguay, encontrándose aún alojada -según se desprende del informe remitido en fecha 27 de octubre de 2021- en el Hogar “...”-Asociación Civil “...” de la localidad de ..., partido de La Plata.

Es por ello que frente a la normativa convencional y constitucional vigente citada en acápites anteriores, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva, en particular con miras a su interés superior (art. 3 de la CIDN,

teniendo en cuenta que se encuentra en juego derechos de una niña en situación de vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad y en especial que en los procesos donde se ventilan conflictos de familia, y en general cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del juez con la finalidad prioritaria que la protección se materialice (conf. SCBA C 122.501, sent. de 02/10/2020, entre otras), propicio que ese Superior Tribunal escuche también a A. M. O. para conocer su actual opinión (arts. 3, 12CIDN, 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; OC. N° 17-2002 CIDH sobre Condición jurídica y Derechos Humanos; art. 4, Ley 13298, 3 Ley 26061; 26, 706,709 y cc. del CCyC).

Ello así, en atención a los derechos en juego, donde la particular situación y complejidades de este caso exigen que el interés superior sea analizado en concreto, como así también obligan a situar que el “conjunto de bienes necesario” para la menor sea los más conveniente en “una circunstancia histórica determinada” (conf. SCBA LPC. 122.501, sent. de 02/10/2020 del voto del Dr. Pettigiani; SCBA 123.304, sent. de 09/03/2021; SCBA C. 123.266, sent. de 30/08/2021; entre muchas otras; siempre teniendo en cuenta que es la obligación del Estado asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (conf. O.N.U., Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14, párr. 71).

Por último es del caso mencionar que es principio inveterado de la jurisprudencia del más Alto Tribunal Nacional que las “sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dicten...” (conf. Fallos:269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321.865; 344:1149, entre muchas otros), en tanto “La configuración del interés superior” exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple -en su máxima extensión- la situación real...” (conf. sent. de 7/10/21 “L., M. s/ abrigo).

VI.

Finalmente y frente a la eventualidad que se llevara acabo la restitución de A. M. O. a la República del Paraguay, entiendo pertinente se arbitren los medios necesarios para preservar, su vínculo fraternal con el recurrente, mediante una adecuada y fluida comunicación.

En tales condiciones, dejo examinado el remedio presentado.

La Plata, 24 de noviembre de 2021

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.733-1

**“C, B., J. c/ F., M. M. s/ reintegro de hijo”, fecha: 6 de
diciembre de 2017**

7. Excepción de grave riesgo. Integración del niño al nuevo medio como motivo autónomo de oposición. Escucha del niño

Dictamen C 121.733-1 “C, B., J. c/ F., M. M. s/ reintegro de hijo”, fecha: 6 de diciembre de 2017

Sinopsis

En la presente causa, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul -Sala II- confirmó la sentencia, en virtud de la cual se resolvió hacer lugar al pedido de restitución internacional incoado por el señor J. C. B. con relación a su hija S. N. C. F. a su país de origen, México.

Contra ese decisorio se alzaron la progenitora de la niña, señora M. M. F. con el patrocinio letrado del doctor G. J. B. y la doctora S. M. C., en su carácter de abogada de la menor, a través de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

Las recurrentes sostienen que la sentencia en crisis violó y aplicó erróneamente los artículos 1, 5, 11 y 14 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante CIRIM), y los arts. 1, 3, 4, 5, 8, 11 y 12 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante Convenio de La Haya).

El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, procedió a abordar ambos recursos en forma conjunta dada la similitud de los mismos. Con base en las opiniones expresadas y con los alcances expuestos en su dictamen, propició a la Suprema Corte se rechacen los remedios extraordinarios interpuestos.

Al emitir su dictamen, destacó, entre sus consideraciones, que se ha sostenido que *“en cualquiera de las tres Convenciones [Convenciones de La Haya de 1980, de 1996 y Convenio Interamericano] el traslado o la retención que realiza un progenitor será ilícito cuando tenga lugar sin el asentimiento del otro y en tanto este mantenga con el hijo cierta comunicación; sin importar que el padre conviviente esté en principio facultado legalmente para trasladar de modo unilateral su residencia al extranjero. La ilicitud se configura porque, si acontece ese traslado o retención, el*

otro padre se verá afectado en el ejercicio de su 'derecho' ...de comunicarse con el hijo en común” (Restitución internacional de niños, Mauricio L. Mizrahi, pag. 82).

De acuerdo con las constancias de la causa, resaltó que “...el traslado de S. y posterior retención, en nuestro país, resultan ilícitos, por haberse producido con infracción al derecho de custodia (arts 3, 5 y ccs. CH.1980).”

Asimismo, que los agravios vinculados al grave riesgo que podría sufrir S. de regresar a México, “no resultan contestes con las pautas hermenéuticas desarrolladas por el Máximo Tribunal de la Nación en pos de guiar al intérprete hacia una correcta aplicación del texto convencional.”

En cuanto a la causal de análisis contemplada en el artículo 11, inc. b) de la Convención Interamericana y artículo 13 inc. b) del Convenio de La Haya, enfatizó que la Corte Federal ha sostenido que “...*Las palabras escogidas por los redactores de la norma (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico o cualquier otra situación intolerable) revelan el carácter riguroso con que debe evaluarse el material fáctico de la causa para no frustrar la efectividad del CH de 1980, quien se opone a la restitución debe demostrar con certeza, que existe un riesgo grave de que el reintegro exponga al niño a un serio peligro físico o psíquico, la facultad de denegar el retorno, requiere que el menor presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige la concurrencia de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente...(Fallos 333:604, sent. del 19-5-2010, entre muchos otros).*”

Consideró que las conclusiones arribadas por las expertas, sumado a lo expuesto por la menor ante los judicantes de grado, “denotan la postura de la menor, que no importa una resistencia cerrada a retomar a México, sino una preferencia a permanecer en Argentina y una negativa al regreso bajo el cuidado de su padre que carecen de la contundencia necesaria para satisfacer, con el riguroso criterio que impone la jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional...”

Asimismo, recordó que el Superior Tribunal de la Nación, ha sostenido de manera reiterada que *“la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquél, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución (conf. Fallos: 333:604; 336:97; 339:1778).”*

El Procurador General, también destacó que la Corte Federal sostuvo *“...el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario la posibilidad del artículo 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas sino al reintegro al país de residencia habitual; y dentro de esta área específica no ha de consistir en una mera preferencia o negativa sino en una verdadera oposición entendida como un repudio irreductible a regresar (v. dictámenes Fallos 333:604 -en especial puntos X (6) y XIII y sus citas y Fallos 334:913 -en especial puntos X, quinto párrafo-; “H.C.A. c/ M.A.J.A. s/ restitución internacional de menor sobre oficio señora Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, del 21 de febrero de 2013, “F.C. del C. c/ G.R.T. s/ reintegro de hijo”, sent. del 21 de mayo de 2013, entre otras)”*

Sin perjuicio de propiciar el rechazo de los agravios traídos, sostuvo que no puede obviarse que *“la menor -por distintas razones- no ha sido escuchada en esta instancia extraordinaria, por lo que propició la designación de una nueva audiencia de conformidad con la práctica habitual que la Corte ha llevado a cabo, con el objeto de tomar conocimiento personal y directo con S., y permitirle expresar su opinión y necesidades en el presente conflicto y, en base a ello, determinar cuál es su efectivo y real interés superior, eje que, también por imperativo legal, debe orientar la decisión judicial que se adopte (art. 12 CDN, Ob. Gral. N° 12 del Comité sobre los Dchos. del Niño “El derecho del niño a ser escuchado”, 51° P. de sesiones, Ginebra, del 25 de mayo al 12 de junio de 2009, [...]).”*

Asimismo, y en virtud de hallarse comprometidos derechos fundamentales de S.

-en particular el derecho a la protección de su integridad psico-física (art.19 y ccs. CDN)-, cuya consideración primordial impone la necesidad de potenciar el proceso hasta el máximo de su instrumentalidad (conf. art 4 y ccs. CDN y SCBA, Ac 56.535, sent. del 16-3-1999; C 90868, sent. del 15-12-2004; C 87.970, sent. del S-12-2007 y C 104.149, sent. del 15- 7-2009), entendió “adecuado reiterar la fijación de una nueva audiencia a los mismos fines y efectos que las ya ordenadas a fs. 795 y 801, que sirvan para, eventualmente, complementar la opinión de la menor.”

Por último, mencionó que el objetivo de las convenciones radica en garantizar “... *el regreso no solo inmediato del niño sino también seguro (causa CIV 113978/2010/2/RH1, “O., A. C. c/ C. M. Y. y otro s/ reintegro de hijo”, del 25/10/16, considerando 11, segundo párrafo)...* (Fallos: 339:1781), por lo que dadas las concretas circunstancias del caso aquí ventilado, y de compartir la Suprema Corte lo opinado en orden al regreso de S. a México, sólo resta expresar la preocupación de este Ministerio Público por la conducta de los adultos implicados, especialmente de la progenitora, quien podría afrontar un juicio penal en el país requirente al momento de su regresar acompañando a S. y los efectos que esto pudiere causar en la menor (arts. 3,19 y cc de la CDN).”



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

“C, B., J. c/ F., M. M. s/ Reinte-
gro de hijo”

C 121.733-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul -Sala II- confirmó la sentencia de fs. 634/650, en virtud de la cual se resolvió hacer lugar al pedido de restitución internacional incoado por el señor J. C. B. con relación a su hija S. N. C.F. a su país de origen, México (fs. 746/759).

Contra ese decisorio se alzaron la progenitora de la niña, señora M. M.F. con el patrocinio letrado del doctor Gustavo J. Ballent y la doctora S. M. C., en su carácter de abogada de la menor, a través de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley obrantes a fs. 765/771 y fs. 774/781 vta. respectivamente, los que abordaré en forma conjunta dada la similitud de los mismos.

II.

Las recurrentes sostienen que la sentencia en crisis violó y aplicó erróneamente los artículos 1, 5, 11 y 14 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante CIRIM), y los arts. 1, 3, 4, 5, 8, 11 y 12 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante Convenio de La Haya).

En particular dicen que no se encuentra acreditada la ilicitud en el traslado de S. a la Argentina, tomando improcedente su restitución. Apoyan su afirmación en que para considerar tal carácter, es necesario tener en cuenta la ley de residencia habitual de la menor, es decir la mexicana, y, en ese orden de ideas mencionan que, de acuerdo a lo que se desprende del art. 997 del Código Civil del Estado de Q. R., la custodia estaba en cabeza de la madre.

Al respecto critican que, la Alzada afirme que el término “custodia” empleado por la CIRIM no coincida con el utilizado por el derecho interno del Estado de México y alegan que este último es de aplicación de acuerdo a las normas establecidas por la citada Convención, concluyendo que el ejercicio efectivo de la custodia, legitima a la madre -de acuerdo al art. 5 del Convenio de La Haya-, a tomar la decisión sobre la residencia de la menor; agregando que el progenitor no desconocía aspectos relacionados al traslado, consintiendo su estadía en Argentina.

Por otra parte, entienden aplicada erróneamente la excepción del “grave riesgo” contemplada en el inciso b) del artículo 11 de la CIRIM, ya que sostienen que la decisión atacada consideró únicamente los hechos de violencia física denunciados durante la convivencia por la aquí demandada y solo a su respecto, sin hacerse cargo del daño psíquico que pudo haberse producido en la niña. Y si bien éste es mencionado en vinculación con el arraigo, los sentenciantes de grado luego se desentienden de los nueve años que han transcurrido desde el traslado a Argentina, sin que \$. conozca a su padre o al Estado de México, enfrentándola, de ordenarse su restitución, a un desarraigo, exilio, o bien, al peligro de perder todo vínculo con su madre, quien refiere podría ser detenida en aquel país.

En esta línea señalan que las convenciones no persiguen el castigo moral por actos de los progenitores, debiendo prevalecer el interés superior de la menor, pudiendo darse la vinculación con su padre mediante la utilización de medios tecnológicos o visitas que pudiere hacer el señor C. B. a Argentina, sin necesidad que la niña regrese; tornando así efectivo su superior derecho.

Afirman que la decisión recurrida no tuvo en consideración el factor tiempo y su incidencia en la integración de la niña al nuevo ambiente, manifestando que tanto la CIRIM cuanto el Convenio de La Haya son claros en orden a que la restitución debe hacerse efectiva con urgencia y en un tiempo acotado (arts. 1 y 14, CIRIM y arts. 1, 11 y 12, Convenio de la Haya).

Agregan que no procede la restitución en caso de darse la integración al nuevo entorno, que en el caso es Argentina, y en tal sentido expresan que yerra la Cámara al considerar el informe psicológico de fs. 731/734 y la modificación del centro de vida de la ciudad de T. a la de M., para tener el arraigo por no configurado, inadvirtiéndolo que se trata de un mismo país.

Finalmente, denuncian la errónea aplicación del extremo de excepción contemplado por el art. 11 de la CIRIM, agravándose del modo en que ha sido interpretada la opinión de la niña, sin referirse a la firme negativa de S. a volver a México, razón por la cual, solicitan que sea escuchada nuevamente.

III.

Respecto del primer agravio centrado en que la ley mexicana de Q. R., le otorga el derecho de custodia y consecuentemente el decidir el lugar de residencia de S., entendiéndose que el “*ad quem*” realiza una equivocada interpretación del término custodia en violación a lo establecido en la CIRIM, diré que se ha sostenido que “*en cualquiera de las tres Convenciones [Convenciones de La Haya de 1980, de 1996 y Convenio Interamericano] el traslado o la retención que realiza un progenitor será ilícito cuando tenga lugar sin el asentimiento del otro y en tanto este mantenga con el hijo cierta comunicación; sin importar que el padre conviviente esté en principio facultado legalmente para trasladar de modo unilateral su residencia al extranjero. La ilicitud se configura porque, si acontece ese traslado o retención, el otro padre se verá afectado en el ejercicio de su “derecho” ... de comunicarse con el hijo en común*” (Restitución internacional de niños, Mauricio L. Mizrahi, pág. 82).

En igual sentido prestigiosa doctrina y jurisprudencia han entendido que cuando el titular de la custodia, para determinar el lugar de residencia del menor, esté sujeto a limitaciones, condiciones o prohibiciones a favor del otro progenitor, se considerará que la vulneración de las mismas equivale a la vulneración de un derecho de custodia en el sentido convencional (caso “Ward / Baume”, en el que el Tribunal de Aix -en Provence -Francia-(23/03/89)

entendió que el derecho de la madre a dar el consentimiento para que los niños salieran del país, junto con la custodia atribuida al padre, constituyen una forma de custodia compartida a los efectos del Convenio. Citado por Raya de Vera, Eloísa, "Interpretaciones del derecho de custodia", LL 2009-B, 606; LLBA 2009 (julio), 615).

Por su parte, el artículo 4 del Convenio de La Haya establece que es de aplicación "*... a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita ...*".

De las constancias de la causa -no cuestionadas por la accionada- se desprende que la señora M, F. y su hija S. vivían en México (v.fs. 256 vta.) con anterioridad al traslado de la menor a la Argentina, y, que el progenitor, dado que se encontraban separados, la visitaba (fs. 10/21 y 136/137vta.), sin que la madre hubiera podido demostrar que contaba con el derecho de custodia en la interpretación y con el alcance que los tratados internacionales le otorgan, ya que no se advierten pruebas que lleven a concluir acabadamente que ella era la única que ejerciera tal derecho, y que consecuentemente, pudiera salir con su hija de aquel país sin la correspondiente autorización paterna. De ello se sigue que el traslado de S. y posterior retención, en nuestro país, resultan ilícitos, por haberse producido con infracción al derecho de custodia (arts. 3, 5 y ccs. CH.1980).

En atención a otro de los aspectos del agravio vinculado aquel el progenitor consintió la estadía de S. en Argentina tampoco lo encuentro comprobado, en tanto el accionante inició su búsqueda en principio por el país extranjero, para luego y una vez que fue anoticiado por autoridades de México que la señora F. estaba en Argentina junto a su hija, comenzar los trámites de restitución (v. fs. 11,13, 14, 77, 83,97 y 134).

Verificada la ilegalidad del traslado o retención -que, en principio, habilitaría el regreso inmediato en procedimientos activados dentro del año (art. 12 primer párrafo del CH 1980)-, queda por analizar la configuración

de las excepciones a las que los Convenios supeditan la operatividad del procedimiento de restitución del artículo 11 de la CIRIM-art. 13 CH. 1980-, que las quejas cuestionan en el entendimiento que ha sido erróneamente aplicado y cuya interpretación debe efectuarse rigurosamente a los efectos de no frustrar la efectividad del Convenio (Fallos 318:1269; 328:4511 y 333:604, entre muchos otros).

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

Así, en particular relación con la causal en análisis y contemplada en el artículo 11, inc. b) de la Convención Interamericana y artículo 13 inc. b) del Convenio de La Haya, la Corte Federal ha sostenido que *“...Las palabras escogidas por los redactores de la norma (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico o cualquier otra situación intolerable) revelan el carácter riguroso con que debe evaluarse el material fáctico de la causa para no frustrar la efectividad del CH de 1980, quien se opone a la restitución debe demostrar con certeza, que existe un riesgo grave de que el reintegro exponga al niño a un serio peligro físico o psíquico, la facultad de denegar el retorno, requiere que el menor presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige la concurrencia de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente...”* (Fallos 333:604, sent. del 19-5-2010, entre muchos otros).

En la misma línea la doctrina ha señalado que *“...Desde luego, la prueba de que se configuren esas causales [de excepción: 13.1 inc. “a”, 13.1. inc. “b”, 13.2 y 29 CH1980] debe aportarla quien se opone a la restitución [...] Solamente la prueba acabada de la configuración en el caso de alguna de estas excepciones podría haber justificado la denegatoria al retorno y es justamente*

esto lo que no se logro. Respecto de la excepción del art. 13.1 "b" la jurisprudencia comparada requiere que el riesgo sea grave, serio de probable acaecimiento. El bien protegido es la salud del niño, entendida no como ausencia de enfermedad sino como estado de armonía y bienestar psicofísico. Para que opere la causal, se requiere un grado acentuado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. [...] Debe recordarse que la posibilidad de peligro o la exposición a una situación intolerable deben estar estrechamente vinculados con el retorno, sin que quepa confundir la excepción con la determinación de cuál es el padre más apto para el cuidado de los niños, materia ésta que atañe a la responsabilidad parental y escapa de la limitada jurisdicción atribuida al juez argentino por el Convenio..." (Herz Mariana, "Sustracción Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes", Jurisprudencia Anotada a propósito de Fallos 334:913, Buenos Aires, Revista de Derecho de Familia, 2012-1, págs. 18 y 19).

En la especie, se desprende del informe de las peritos psicóloga y psiquiatra que fuera ordenado por la Alzada que *"...Se evidenciaron durante toda la evaluación, rasgos de carácter histérico, como dramatización y teatralización en el discurso. Su falta de afectividad en lo relatado fue un indicador de desajuste, todos los hechos fueron transmitidos con la misma respuesta emocional. No mostró temores frente a una posible separación, miedos, angustia de separación o fantasías en relación a lo que podría pasar si tuviese que viajar a encontrarse con su papa"* (v. fs. 733).

Agregaron *"...Varias de sus respuestas estaban armadas y eran reproducidas de manera automática. [...] Se observaron dificultades para conectar emocionalmente con el entorno, con los otros significativos, le costó hacer mención de los sentimientos hacia sus abuelos, o de lo que sentirían no solo ella y su madre, sino también su familia de tener que irse a vivir a otro lugar. Teniendo en cuenta lo mencionado, se observa un vínculo establecido con la madre de tipo simbiótico..."* (v. 1s. 733 y vta.).

Finalmente, las peritos sostuvieron que se podía

presumir “...Fracaso en el establecimiento de la simbiosis evolutiva normal, que la joven manifiesta en la actualidad con conductas sobre adaptadas, identificaciones patológicas con su progenitora, que pueden resultar perjudiciales para una saludable estructuración psíquica” (v. fs. 733 vta. “in.fine”).

Ello así, las conclusiones arribadas por las expertas, sumado a lo expuesto por la menor ante los judicantes de grado (v. fs. 555 y 755 vta.), en mi opinión, denotan la postura de la menor, que no importa una resistencia cerrada a retomar a México, sino una preferencia a permanecer en Argentina y una negativa al regreso bajo el cuidado de su padre que carecen de la contundencia necesaria para satisfacer, con el riguroso criterio que impone la jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional y fuera convalidado por la doctrina, la exigencia establecida para tener por configurado el grave riesgo de que la restitución exponga a la niña a un peligro físico o psíquico autorizada por el Convenio como excepción para negar la restitución (art. 13 b Convenio de la Haya).

También traen las quejas en sustento de la excepción en análisis, el “factor tiempo” y la “integración de la niña al nuevo ambiente” que, a mi modo de ver, resultan inatendibles, en tanto el Superior Tribunal de la Nación, ha reiteradamente sostenido que “la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquél, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución” (conf. Fallos: 333:604; 336:97; 339:1778), sin que se desprendan de estas actuaciones elementos que permitan concluir en el apartamiento de dicha regla.

No puede resultar ajeno a las recurrentes que la permanencia de la niña en Argentina ha sido -entre otras causas anteriores al inicio del expediente- consecuencia de la demora que insumió la tramitación de la causa (v. fs.134 vta.), atribuible a la conducta procesal de la demandada con

su comportamiento dilatorio puesto de manifiesto con los cambios de letrado en reiteradas oportunidades, asumiendo por momentos su propio patrocinio, oponiéndose al nombramiento de un abogado del niño para S., profesional a quien una vez designado le resultó dificultoso desempeñar el rol frente a la imposibilidad de contacto con la menor, cambiando de domicilio y obligando a llevar adelante tramites en pos de dar con su paradero, o bien con la conducta asumida ya en etapa extraordinaria, habiendo sostenido el Superior Tribunal de la Nación que *“No cabe admitir que el paso del tiempo motivado en las referidas circunstancias [demora en la tramitación del pleito] pueda dar lugar a la configuración de la excepción pretendida, pues de lo contrario la finalidad del CH 1980 se frustraría por la propia conducta de quien sustrajo o retuvo ilícitamente al menor”* (conf. Fallos 339: 1778).

Asimismo, y como ha sostenido el Superior Tribunal, *“... el hecho de que la integración o aquerenciamiento del niño al nuevo medio no es motivo autónomo de oposición en la dinámica de los convenios, y ello [...] en exclusivo beneficio del niño que en caso contrario estaría expuesto al riesgo del constante desarraigo (Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:604); la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos. Luego preserva el mejor interés de aquél - proclamado como prius jurídico por el artículo 3. 1 de la Convención sobre los derechos del Niño- mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violación debe ser, ante todo, restablecida, en su situación de origen, salvo que concurren las circunstancias eximentes reguladas en el contexto convencional”* (Fallos 318:1269; 328:4511 y 333:604), sellándose, así, la suerte adversa de este agravio en examen.

Por otro lado, y respecto de la excepción contemplada por el art. 11, parr 2° del Convenio Interamericano, vinculada a la oposición de la niña a regresar al país de su residencia habitual, también prevista en el art. 13 inc. b), parr 2° de la Convención de La Haya de 1980, la Corte Federal sostuvo *“... el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario la posibilidad del artículo 13 (penúltimo*

párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas sino al reintegro al país de residencia habitual; y dentro de esta drea específica no ha de consistir en una mera preferencia o negativa sino en una verdadera oposición entendida como un repudio irreductible a regresar” (v. dictámenes Fallos 333:604 -en especial puntos X (6) y XIII y sus citas- y Fallos 334:913 -en especial puntos X, quinto párrafo-; “H.C.A. c/ M.A.J.A. s/ restitución internacional de menor sobre oficio señora Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, del 21 de febrero de 2013, “F.C. del C. c/ G.R.T. s/ reintegro de hijo”, sent. del 21 de mayo de 2013, entre otras).

En relación a lo antes mencionado la doctrina destaca que “... siendo que el niño es también intérprete de su mejor interés, se deberá evaluar y apreciar en cada caso concreto, en función de la madurez del niño de que se trate, si éste se niega a retornar al país de su residencia habitual y si tal negativa resulta suficiente para exceptuar la obligación de restituir. En esta evaluación será de fundamental importancia el aporte interdisciplinario que puedan brindar otros profesionales expertos en la temática de modo que puedan interpretar su negativa, ya sea que se exprese verbalmente o no, y si ésta responde a su verdadero interés o a la influencia que pueda sufrir sus progenitores” (Rubaja, Nieve, Restitución internacional de Niños, Capítulo 7, Corte Suprema Justicia de la Nación, Máximo Precedentes, Derecho de Familia, Tomo II, p. 751).

En el “*sub iudice*”, la Alzada departamental destacó con cita de lo expresado por la terapeuta particular de la niña, licenciada Y. C., que” *...este desagrado que profirió sentir hacia su progenitor y al país de origen no se mantuvo en la entrevista mantenida con la magistrada de grado tiempo más tarde. Destaco de aquella oportunidad que S. expresó refiriéndose a su padre que le gustaría conocerlo personalmente. Quiere conocer México, pero también quiere estar en la Argentina (sic fs.555). Incluso en la entrevista que se mantuvo con la niña se expresó en idénticos términos, no surgiendo temor hacia su padre, sino, por el contrario, inquietud en mantener un contacto más fluido...*” (v. fs. 755 vta.).

En base a lo expuesto, tampoco encuentro configurada la excepción en estudio, destacando lo expresado por la Corte Suprema de la Nación cuando sostuvo “*Que con relación a la apreciación de la opinión del infante -con edad y grado de madurez suficiente- en el marco del CH 1980, esta Corte ha señalado que ella no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, a la vez que el convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de sus dichos. La posibilidad de negar el retorno solo se abre frente a una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar (conf. Fallos: 333:604; 334:913;336:97, 458 y 335:1559)*” (conf. Fallos 339:1779).

Finalmente entiendo del caso mencionar que la Corte Federal sostuvo que “...el Convenio de la Haya de 1980, parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. Luego preserva el mejor interés de aquél proclamado como *prius* jurídico por el artículo 3. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño- mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violación debe ser, ante todo, restablecida, en su situación de origen, salvo que concurren las circunstancias eximentes reguladas en el contexto convencional. En coherencia con el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados procuran que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz, tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracción o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño; y a la vez persiguen que se convierta en una herramienta idónea para restablecer en forma inmediata, los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos. Insiste además, con la doctrina según la cual la mera invocación genérica del beneficio del niño, no basta para configurar la situación excepcional que permitía rehusar la restitución” (Fallos 318: 1269; 328:4511 y 333:604, entre muchos otros).

IV.

Sin perjuicio de propiciar el rechazo de los agravios

traídos, no puedo obviar que la menor -por distintas razones- no ha sido escuchada en esta instancia extraordinaria, por lo que propicio la designación de una nueva audiencia de conformidad con la práctica habitual que esa Corte ha llevado a cabo, con el objeto de tomar conocimiento personal y directo con S., y permitirle expresar su opinión y necesidades en el presente conflicto y, en base a ello, determinar cuál es su efectivo y real interés superior, eje que, también por imperativo legal, debe orientar la decisión judicial que se adopte (art. 12CDN, Ob. Gral. N° 12 del Comité sobre los Dchos. del Niño “El derecho del niño a ser escuchado”, 51° P. de sesiones, Ginebra, del 25 de mayo al 12 de junio de 2009, v.http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf, que fijó pautas interpretativas y claras recomendaciones, para dar efectividad al derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta).

Asimismo, y en virtud de hallarse comprometidos derechos fundamentales de S. -en particular el derecho a la protección de su integridad psico-física (art.19 y ccs. CDN)-, cuya consideración primordial impone la necesidad de potenciar el proceso hasta el máximo de su instrumentalidad (conf. art 4 y ccs. CDN y SCBA, Ac 56.535, sent. del 16-3-1999; C90868, sent. del 15-12-2004; C 87.970, sent. del S-12-2007 y C 104.149, sent. del 15-7-2009), entiendo adecuado reiterar la fijación de una nueva audiencia a los mismos fines y efectos que las ya ordenadas a fs. 795 y 801, que sirvan para, eventualmente, complementar la opinión de la menor.

V.

Por último, es de mencionar que el objetivo de las 50 convenciones radica en garantizar “...el regreso no solo inmediato del niño sino también seguro (*causa CIV 113978/2010/2/RH1, “O.,A.C. c/C..M.Y. y otros/ reintegro de hijo”, del 25/10/16, considerando 1l, segundo párrafo) ...*” (Fallos: 339:1781), por lo que dadas las concretas circunstancias del caso aquí ventilado, y de compartir esa Suprema Corte lo opinado en orden al regreso de S. a México, sólo resta expresar la preocupación de este Ministerio Público por la conducta de los adultos implicados, especialmente de la progenitora, quien podría afrontar

un juicio penal en el país requirente al momento de su regresar acompañando a S. y los efectos que esto pudiere causar en la menor (arts. 3,19 y cc de la CDN).

La situación antes referida, si bien no resulta óbice para cumplir con la obligación de restitución de la niña, puede presentarse como un obstáculo, que eventualmente deberá ser seriamente atendido por las autoridades competentes para permitir el cumplimiento de la restitución que aquí se propicia, por lo que, al igual que lo decidido por la Alzada (v. fs. 757“in-fine”), entiendo que en la instancia de origen se deberá exhortar a la Autoridad Central local, para que informe el estado procesal de la causa penal seguida a la señora F. (conf. Fallos: 339:1534, parr. 19), lo que gravitará respecto de la persona que acompañará a la menor en su retorno, quien -ante la eventual imposibilidad de la progenitora-, bien podría ser algún integrante de la familia materna, que deberá asumir el compromiso de colaborar con el regreso.

Asimismo, entiendo se deberá exhortar especialmente a ambos progenitores de la niña, a que colaboren con la etapa de ejecución, así como al Juzgado de origen a fin de que supervise las condiciones en las que se lleve a cabo la restitución del modo que resulte menos lesivo para la niña, de conformidad con lo establecido a fs. 756 vta./759 de la sentencia impugnada (CSJN, “B.S.M c/ P.V.A s/ restitución de hijo”, sent. del 19-5-2010, S., D. c/ R., L.M.s/ reintegro de hijo y alimentos”, sent. del 2 de julio de 2013).

Al respecto la Corte de la Nación ha sostenido “*Que con el objeto señalado* [el interés superior del niño como premisa, el compromiso de asegurar la protección y el cuidado necesario para su bienestar (art.39, inc.1 y 2 de la CDN)], esta Corte Suprema ha destacado en reiteradas oportunidades el rol primordial que cumplen las Autoridades centrales de los estados requirentes y requerido en este tipo de procesos, la obligación que tienen de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio, y el deber de garantizar la restitución del menor sin peligro (conf. art.7° del CH 1980, causa CSF 129/2012 (48-3) /CSJ y Fallos:3341287 y 1445;335:1559 y 336:97)”(Fallos: 339:1782).

Por todo lo hasta aquí opinado y con los alcances expuestos, propicio a V.E. se rechacen los recursos extraordinarios interpuestos.

La Plata, seis de diciembre de 2017

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.408-1

**“G. F., L. C. c/R., M. R. s/ restitución internacional de hijo”,
fecha: 23 de diciembre de 2019**

8. Residencia habitual. Excepción convencional: opinión del niño. Medida para mejor proveer

Dictamen C 123.408-1 “G. F., L. C. c/ R., M. R. s/ restitución internacional de hijo”, fecha: 23 de septiembre de 2019

Sinopsis

En este caso, la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial Lomas de Zamora -Sala I- confirmó la sentencia y su aclaratoria en virtud de la cual rechazó el pedido de restitución internacional incoado por la señora L. C. G., F. con relación a su hijo T. E. R., G. a la República de Paraguay.

Contra ese decisorio la progenitora del niño, representada por la señora defensora oficial interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La quejosa centra sus agravios en considerar que la sentencia impugnada ha errado en la valoración de la prueba colectada, al ponderar probanzas y la opinión del niño, sin meritar la totalidad de aquellas y escogiendo solo las que le permitían justificar la conclusión a la que arribó.

El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, señaló que “No es objeto de debate que el viaje de T. a Argentina y su estadía posterior aquí, obedecieron a la decisión inconsulta del progenitor, quien no estaba autorizado a desplazar unilateralmente al niño.”

Al respecto, destacó que en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de la Nación ha sostenido que “*la residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia [...] en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho*” (Fallos:318:1269).

Es importante resaltar que, a pesar de lo mencionado, el Ministerio Público subrayó que el CCyC ha establecido pautas 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)."

Destacó que, en el caso, resulta aplicable la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores que en su artículo 11 establece que *"La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: [...] b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión (v. asimismo art. 13.a, Convenio de la Haya)."*

En tal sentido, mencionó que el Alto Tribunal provincial ha puesto de resalto que *"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."*

Siguiendo estas directrices hermenéuticas, el Procurador General, entendió que *"la Alzada, más allá de la contradicción en la que pudo haber incurrido como sostiene la recurrente, acierta en que se hallan configuradas las especiales y excepcionales causales que autorizan a negar la restitución solicitada."*

Al respecto, subrayó que *"... se desprende de las audiencias llevadas a cabo en la instancia de grado..., como aquellas realizadas ante la Alzada..., que T. ha manifestado en forma categórica su voluntad de no volver a Paraguay y su deseo de vivir en Argentina (art. 12 CIDN, art. 13 CH 1980, art. 11 CIRIM, arts. 26 y 2642 CCyC, art. 3 y cctes. Ley 26.061)."*

Seguidamente en el dictamen, se hace referencia expresa de lo expresado por su letrada, en la entrevista mantenida con el niño; del informe psicológico que realizó la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (SENNAF); lo expresado por la orientadora social del establecimiento escolar al que concurría el niño en este país.

A todo ello se sumaron los dichos de T., que “fueron acompañados por verbalizaciones, expresiones corporales y gráficas que los expertos interpretaron como situaciones de maltrato, angustia y temor de volver al vecino país por el trato recibido por familiares y otras personas como sus compañeros de escuela (...); mencionando la sentencia impugnada las conclusiones arribadas por profesionales del equipo técnico del juzgado, miembros de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (SENNAF), integrante de la Asesoría de Incapaces y por la abogada del niño, en orden a situaciones de violencia padecidas por T. en Paraguay, lo que fue valorado al analizar las excepciones convencionales (...).”

El Procurador General citó que “La Alzada, concluyó que se encontraba debidamente justificada la excepción contemplada en el artículo 13, inciso b, punto 2 de la Convención de La Haya y último párrafo del inciso b) del artículo 11 de su par Interamericana en tomo a la manifiesta oposición de T. a volver a Paraguay (...),” por lo que consideró que “los agravios aquí traídos no alcanzan a demostrar el yerro de tal afirmación. La queja -en definitiva- está relacionada a pruebas que entiende no consideradas o bien vinculadas con cuestiones propias de la personalidad de cada progenitor o del conflicto de custodia que se encuentran vedadas a esta jurisdicción por corresponder a la competencia de los jueces naturales (arts. 16, 19 y ccs. CH 1980 y 15 y cc de CIRIM).”

En su opinión, encontró configurada -al igual que lo hizo la Cámara- la excepción en estudio, destacando lo expresado por la Corte Suprema de la Nación cuando sostuvo “*Que con relación a la apreciación de la opinión del infante -con edad y grado de madurez suficiente-en el marco del CH 1980, esta Corte ha señalado que ella no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los, progenitores, a la*

vez que el convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de sus dichos. La posibilidad de negar el retorno solo se abre frente a una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar” (conf Fallos: 333:604; 334:913; 336:97, 458 y 335:1559).”

En el caso, y considerando lo expuesto, entendió que “.. el decisorio no ha incurrido en absurda valoración de la prueba, ni ha aplicado erróneamente la Convención de La Haya, su par interamericana, ni la Convención sobre los Derechos del Niño, valorando fundamentalmente su superior interés conforme su edad y grado de madurez (arts. 3 y 12 de la CIDN, 3, 24 y 27 de la ley 26.061, 4 de ley 13.298, 639 del C.C. y C. y 384 del CPCC).”

Asimismo, sin perjuicio de lo dictaminado y en virtud de hallarse comprometidos derechos fundamentales de un menor -en particular el derecho a la protección de su integridad psico-física (art.19 y ces. CDN)-, cuya consideración primordial impone la necesidad de potenciar el proceso hasta el máximo de su instrumentalidad (conf. art. 4 y ccs. CDN y SCBA C. 104.149, sent. del 15-7-2009 e.o.), estimó prudente propiciar al Alto Tribunal que “en el marco de sus supremas atribuciones (SCBA, C. 90.868, sent. del 15-12-2004) y sin desmedro de la audiencia que se designe de conformidad con la práctica habitual de esa Corte a fin de tomar conocimiento personal y directo del niño, se ordene de estimarse, en su caso, pertinente y adecuado, como medida para mejor proveer la realización de pericia psicológica (arts. 36 inciso 2, 471, 473 y ccs. CPCC) en la persona de T., con el objeto de profundizar su opinión y consecuentemente la verificación en la especie de la excepción convencional.”

El Procurador General concluyó, de acuerdo a lo expuesto y con el alcance brindado, que correspondía rechazar la restitución planteada respecto del niño T. a la República del Paraguay.



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

“G., F. L. C. c/ R., M. R. s/ Res-
titución Internacional de Hijo”
C 123.408-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial Lomas de Zamora -Sala I- confirmó la sentencia de fs. 337/348 y su aclaratoria de fs. 356 y vta., en virtud de la cual rechazó el pedido de restitución internacional incoado por la señora L. C. G., F. con relación a su hijo T. E. R., G. a la República de Paraguay (fs. 392/404 vta.).

Contra ese decisorio la progenitora del niño, representada por la señora defensora oficial interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 414/423 vta.

II.

La recurrente sostiene que la sentencia en crisis violó los artículos 14, 18, 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional arts. 11 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 1, 2, 3, 12 y 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante Convenio de La Haya); arts. 1, 3, 4, 11 y 14 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989 (en adelante CIRIM); arts. 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 18 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 8, 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 26, 2642 y 2614 del Código Civil y Comercial de la Nación; ley 26.061; Observación General 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño y doctrina legal de la Corte sobre el concepto interés superior del niño y residencia habitual.

La quejosa centra sus agravios en considerar que la sentencia impugnada ha errado en la valoración de la prueba colectada, al ponderar probanzas y la opinión del niño, sin meritar la totalidad de aquellas y

escogiendo solo las que le permitían justificar la conclusión a la que arribó.

En dicha inteligencia dice que no se valoraron las sentencias dictadas por la justicia de la República del Paraguay, que denegaron la restitución internacional requerida por el progenitor y establecieron que allí se encuentra el centro de vida de T. Añade que no se tuvo en cuenta la actitud asumida por el progenitor con posterioridad al resultado judicial del vecino país que le resultó adverso, las vías de hecho utilizadas, el abuso de la confianza brindada por la progenitora en el marco de un régimen de relacionamiento, el traslado ilegal del menor a Argentina (fs. 418 vta.), el informe de la licenciada Cabrera y la escolarización del niño en dicho país (fs. 419).

Sostiene que las omisiones antes señaladas llevaron a los sentenciantes a afirmar que la residencia habitual del menor era en Argentina y a tener por no configurado el presupuesto de “ilicitud del traslado” (fs. 419 y vta.).

Aduce que la sentencia en crisis es contradictoria en tanto estimó comprobado que el traslado no revestía el carácter de ilícito para luego pasar a analizar las excepciones convencionales, aplicando erróneamente sus extremos al darse *crédito y veracidad únicamente a su opinión* [la de su hijo] *para así considerar configurada la excepción* (fs. 420 vta.).

Refiere que no se consideraron las conclusiones de los informes de la doctora Germani llevados a cabo en la persona del menor (fs. 221/223), y el de fs. 204/205 que daría cuenta de la violencia que habría ejercido el señor R. en la persona de la progenitora (fs. 421).

Menciona que los sentenciantes no consideraron que los dichos de T. estuvieron teñidos de temores en franca contradicción con la expuesta en Paraguay, que es un niño de corta edad “*fuertemente influido por su padre*”, lo expresado por el menor en Paraguay y la adaptación que habría estado logrando en dicho país, proceso este que -dice- fue abruptamente interrumpido por el traslado ilegal efectuado por el progenitor. También manifiesta que no se tuvieron en cuenta los informes vinculados a la función paterna, capacidades de

crianza y modalidades violentas del progenitor (v. fs. 421 vta./422).

Agrega que la integración lograda en Argentina con el padre y su entorno familiar no constituye un motivo autónomo de oposición, ni configuran una situación excepcional (fs. 422), remarcando que el ámbito convencional limita la discusión a si medió traslado o retención ilícita, siendo el objetivo primario el retomo del menor (fs. 422 vta.).

También expresa que la sentencia de la Alzada resulta violatoria de la garantía del plazo razonable para esta clase de procedimientos.

III.

i) Razones de orden lógico me conducen a examinar, en primer término, el agravio vinculado con la legalidad del traslado o retención, en virtud de las críticas formuladas por la recurrente respecto de la absurda valoración de la prueba efectuada en el decisorio impugnado en orden a la determinación de la residencia habitual de T.

En el caso bajo examen, de las constancias de la causa se desprende que i) T. nació el 21/3/2010 en Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires (v. fs. 134); ii) viajó en diciembre de 2016 con su madre a la República del Paraguay mediante una autorización otorgada por el señor R. -hecho que no se encuentra controvertido por las partes- (v. fs. 75 vta. y 158); iii) el progenitor revocó el permiso el 6/3/17 (v. fs. 151); iv) el 13 de julio de 2017 se dio inicio en la República del Paraguay a la restitución internacional del menor requerida por su progenitor (v. fs.39); v) tal pedido fue rechazado por el juzgado de la Niñez y la Adolescencia segundo turno de Caacupé el 9/10/17 (fs. 39/41 vta.); vi) el 11/10/17 la señora G., F. denunció ante la unidad fiscal que el progenitor retiró al menor para estar con él antes de volver a Argentina y no lo retomó a su casa (42/54); vii) el 13/10/17 el Juzgado de la Niñez y Adolescencia de la XIII Circunscripción Judicial del Paraguay dispuso la prohibición de salida de T. de ese país (19 y vta.); viii) el Tribunal de Apelación que intervino en el vecino país, confirmó la decisión el 24/11/2017 (v. fs. 175/182); ix) T. vivió en Paraguay con su progenitora en el barrio

Costa Pucú de la localidad de Caacupé, República del Paraguay, con anterioridad a su traslado a la República Argentina (v. fs. 76 vta. no negado en descargo de: fs. 157/163 vta.).

En virtud de lo detallado diré que asiste razón a la recurrente cuando sostiene que la Alzada omite de consideración la sentencia dictada en la república del Paraguay.

La justicia del vecino país para rechazar la restitución solicitada por el señor R. consideró -entre otras cosas- que no se había *“demostrado suficientemente, la existencia de una retención ilegal, e igualmente una violación de derechos, ya que ambos [padres] detentan la patria potestad, no existiendo cumentación alguna que pudiera dar a conocer quien detenta la convivencia efectiva”* T. (fs. 41 “in-fine”), además dijo que la autorización otorgada por el señor R. a la madre fue con *“la intención de que su pareja sentimental como su hijo, vacacionar primeramente y de manera particular, radicaran en Paraguay y habiendo acaecido circunstancias ajenas a la voluntad de los mismos procedió a revocar dicha autorización. Tales aseveraciones fueron expresadas consonantemente [por] ambas partes en litigio ‘padre’ y ‘madre’ a fs. 89 ‘Estábamos viviendo juntos, de común acuerdo íbamos a vivir aquí en Paraguay esa fue la charla que tuvimos, hoy no se puede hablar con la chica ... “* (fs. 39 vta. “in-fine” y 41).

De la documental de fs. 175/182 se desprende que la sentencia mencionada en el párrafo anterior fue confirmada el 24/11/17 por el Tribunal de apelación que entendió en el remedio planteado contra la misma; decisión que fue adoptada con posterioridad al inicio de los presentes. Los señores jueces -entre otras cosas- expresaron: *“Entiendo que la decisión de fijar domicilio en un país fue tomada libremente por los padres del niño T. y fue resultado de una larga reflexión conjunta. La fijación de residencia de la Sra. L. con su menor hijo en el Paraguay fue consentido por el requirente, quien luego de ciertas desavenencias con la madre de su hijo cambió de postura, intentó revertir la situación y al no consensuar con la madre de su hijo, optó por revocar la autorización para viajar al extranjero en forma inconsulta con la madre del niño, en fecha 06 de marzo del año*

en curso, a dos escasos días de cumplirse tres meses de la venida del niño al país. Para esa fecha, aquí en Paraguay ya comenzaron las actividades escolares y el niño estaba ya escolarizado, conforme al proyecto de vida que sus padres dibujaron para él, antes de su venida al Paraguay. De estos hechos se infiere hasta si quiere cierta malicia por parte del requirente...” (fs. 180 “in-fine”). No existe constancia en este expediente de su firmeza.

Los mecanismos internacionales de restitución operan siempre que el traslado o la retención del hijo menor merezcan la calificación de ilícitos, extremo que se tipifica cuando la salida del país de residencia habitual hacia otro Estado contratante o la permanencia en este último, se producen “*en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres (...) inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor*”, conforme lo establecido en el artículo 3 de la CH. 1980 y en el artículo 4 de la C.I.R.I.M. (ambas aplicables al caso).

No es objeto de debate que el viaje de T. a Argentina y su estadía posterior aquí, obedecieron a la decisión inconsulta del progenitor, quien no estaba autorizado a desplazar unilateralmente al niño (v. sentencias mencionadas y tmb. fs. 120, 158 vta. “in-fine”/159).

Al comentar el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, el informe explicativo de la profesora Elisa Pérez-Vera -ponente de la Primera Comisión redactora del Convenio, por encargo del 14º periodo de sesiones de la Conferencia de La Haya de 6 C IV 18885/2017/CSI “G. A., D. I. c/ I. M., J. s/restitución internacional de menores (vigente hasta el 31/07/2015) “Derecho Internacional Privado-, señala que “*en la óptica adoptada por el Convenio, el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, es asimismo ilícito: en este caso concreto, la ilicitud no procedería de una acción contraria a la ley sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos otro progenitor, también protegido por la ley, e interrumpido su ejercicio normal*” (párr. 71).

Asimismo, en reiteradas oportunidades la Corte

Suprema de la Nación ha sostenido que *“la residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia [...] en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho”* (conf.-. Fallos:318:1269).

En igual sentido se ha señalado que *“La residencia habitual es una cuestión de hecho, es distinta a la noción de domicilio, y tampoco es una cuestión matemática que simplemente surge de sumar el lugar en el que el niño tuvo mayor permanencia”*, dependiendo de las *“circunstancias de cada caso si la residencia habitual se genera por la permanencia estable en un lugar por el plazo de una semana, seis meses, uno o dos años. La edad del niño, las circunstancias que lo rodean y las acciones llevadas adelante por los padres serán los elementos que deberían indicarle al juez cuál es la residencia habitual del niño en el momento del traslado o retención ilícita»* (Goicoechea, Ignacio, *“Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores”* AR/DOC/7199/2012).

De ello se sigue que equivoca el *“ad-quem”* cuando establece que la residencia del menor es en la República Argentina, por cuanto se ha llevado a cabo en infracción al derecho de custodia de su progenitora y más específicamente, en contradicción con expresas disposiciones judiciales que establecían la no restitución del menor este país y la prohibición de su traslado fuera de Paraguay, asistiendo razón a la recurrente en cuanto se agravia por la errónea aplicación e interpretación que hace la Alzada de las normas imperantes en la materia.

Finalmente, en orden a este agravio es del caso mencionar que la Corte Federal sostuvo que *“...el Convenio de la Haya de 1980, parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. Luego preserva el mejor interés de aquél – proclamado como prius jurídico por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violación debe ser, ante todo, restablecida, en su situación de origen, salvo que concurren las circunstancias eximentes reguladas*

en el contexto convencional. En coherencia con el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados procuran que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz, tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracción o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño”.

ii) No obstante lo expuesto anteriormente, este Ministerio Público no puede dejar de señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación, ha dictado pautas 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 resulta aplicable la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores que en su artículo 11 establece que *“La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: [...] b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y ajuicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión”* (v. asimismo art. 13.a, Convenio de la Haya).

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, Elsa, “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 120.328 S 19/10/2016, autos “R. C. A.E. c/ G., A. A. s/ Exhortos , oficios”).

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 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 e 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. Asimismo, debe darse al niño una respuesta clara acerca de cómo influirá su participación en la decisión y de las causales de excepción, entre las que cabe mencionar la oposición del menor a su restitución”.

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 nro. 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 Riffo 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. C.C.y C.; art.4 y ccs. ley 13.298 y sus modificatorias; SCBA, C. 78.728, sentencia del 2 de mayo de 2002; C. 100.970, sentencia del 10 de febrero de 2010; C. 107.820, sent. del 11 de agosto de 2010 y C. 91.622, sent. del 26 de octubre de 2010, entre otras).

La doctrina por su parte destaca que “ ... siendo que el niño es también intérprete de su mejor interés, se deberá evaluar y apreciar en cada caso concreto, en función de la madurez del niño de que se trate, si éste se niega a retornar al país de su residencia habitual y si tal negativa resulta suficiente para exceptuar la obligación de restituir. En esta evaluación será de fundamental importancia el aporte interdisciplinario que puedan brindar otros profesionales expertos en la temática de modo que puedan interpretar su negativa, ya sea que se exprese verbalmente o no, y si ésta responde a su verdadero interés o a la influencia que pueda sufrir sus progenitores” (Rubaja, Nieve, Restitución internacional de Niños, Capítulo 7, Corte Suprema Justicia de la Nación, Máximo Precedentes, Derecho de Familia, Tomo III, p. 751).

Partiendo de estas pautas hermenéuticas, entiendo que la Alzada, más allá de la contradicción en la que pudo haber incurrido como sostiene la recurrente, acierta en que se hallan configuradas las especiales y excepcionales causales que autorizan a negar la restitución solicitada.

En el “*sub iudice*” se desprende de las audiencias llevadas a cabo en la instancia de grado (fs. 105,197 y vta., 215 y vta, y 251 y vta.), como aquellas realizadas ante la Alzada (fs. 390 y v. tmb. fs. 402 y vta.), que T. ha manifestado en forma categórica su voluntad de no volver a Paraguay y su deseo de vivir en Argentina (art. 12 CIDN, art. 13 CH 1980, art. 11 CIRIM, arts. 26 y 2642 CCyC, art. 3 y ccds. Ley 26.061).

En especial del acta que obra a fs. 215 se desprende “el

niño frente a ambos progenitores afirma [...] su deseo es vivir en la Argentina [...]. Preguntado sobre si quisiera vivir en la República del Paraguay, en forma rotunda y con angustia responde que no, no quiere vivir en Paraguay aunque sus padres también vivan allá ...” y de la adunada a fs. 251 y vta. surge “Abierto el acto se mantiene un amplio intercambio con el niño T. quien en forma rotunda refiere que no desea regresar a la República del Paraguay ...”.

Párrafo aparte merece lo expresado por su letrada, doctora Puente, cuando sostiene que en la entrevista mantenida con el niño “T. me manifiesta su rechazo de vivir en Paraguay” (fs. 188) y lo informado por ésta a fs. 319/320 al referir “le pregunto, que no existiendo problema en que su papá vaya al Paraguay y viceversa que su mamá venga a la Argentina, residiendo en Paraguay, estaría de acuerdo de ir a este país aunque sea de paseo, y me dice terminantemente NO...” (fs. 319 y vta.).

Las afirmaciones referidas en el párrafo anterior efectuadas por el niño a su abogada cuya intervención le otorga -como un sujeto que goza de los mismos derechos y garantías que un adulto- un plus proteccional (art.27, Ley 26.061, 26 el CCyC), o bien las manifestaciones vertidas ante los magistrados con debido patrocinio letrado, resultan ilustrativas de la ferrea negativa de T. en relación a no vivir en Paraguay y su deseo de vivir en Argentina, sin que haya cambiado de parecer a lo largo de las actuaciones y de cuyas probanzas se puede advertir que los dichos del menor son corroborados desde el principio por las conclusiones a las que arriban los profesionales que actuaron en la misma.

En efecto, se indica en el informe psicológico que realizó la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (SENNAF) que T. refirió “*que quiere vivir en Argentina con su papá [...] teme que [su progenitora] se lo quiera llevar a Paraguay, lugar donde refiere no querer estar*”. Se agregó que el niño sostuvo “*que en Paraguay verbalizó querer estar allá pues su abuela le habría dicho ‘olvidate de tu padre’, dando cuenta de distintos condicionamientos por parte de los adultos. ‘Me mintieron’ dirá*”. (Js. 86

vta. y 87). Por su parte la Licenciada Cabrera mencionó que el menor dijo *“estoy contento de volver a Buenos Aires, desde que vine estaba contento ... si me quiero quedar acá...”* (fs. 94 vta.).

De la audiencia llevada a cabo en la sede de la Asesoría de Incapaces con T. en presencia del señor asesor de incapaces y de la perito psicóloga del Ministerio Público se desprende que el niño *“no quiere volver a la República del Paraguay, ni siquiera de vacaciones; toda vez que aquí tiene a sus abuelos paternos, tíos y primos, amigos del colegio, amigos de la Escuelita de Fútbol a la cual concurre. Por otra parte lo único que relata el niño respecto [de] su pasar por la República de Paraguay es el maltrato que recibía por parte de sus compañeros de colegio, que su primo de 15 años de edad ‘M.’ le pegaba fuerte y con puños, y que en ocasiones se le tiraba encima y se le sentaba en la espalda lastimándolo. Agrega que su abuelo A. también le pegaba, cuando entraban a la casa o a su pieza.”* (fs. 105).

Por su parte la licenciada Sichetti sostuvo que T. *“Expresó su deseo y conformidad de continuar viviendo en Argentina”* (fs. 108), desprendiéndose de sus conclusiones que *“... en interés del correcto desarrollo psicoafectivo y emocional del niño, resulta lo más oportuno tomar en consideración lo manifestado por el niño en cuanto a su deseo de seguir viviendo en Argentina”, “la voluntad de T. resulta genuina: quiere vivir con su padre en el lugar donde se crió... Contradecir su voluntad en este momento, pondría en riesgo su salud psicoemocional”* (fs. 108 y vta.).

También resulta elocuente lo expresado por la orientadora social del establecimiento escolar al que concurre el niño en este país, en orden a manifestado y actitudes asumidas por este frente al temor de volver a la República del Paraguay y refiriendo la profesional -entre otras cosas- que T. se *“encontraba en un estado de angustia que no le permitía controlar sus lágrimas”* (fs. 154/155).

Finalmente del informe psicológico que realizó la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (SENNAF) surge que el menor *“Manifestó previamente [a los*

encuentros con la madre] *expectativas, temores, deseos de verla y compartir con ella y ansiedad por ser llevado nuevamente a Paraguay, incluso si fuera con su papá. Tras la primera de las vinculaciones tuvo episodios de enuresis nocturna y encopresis, síntoma interpretado por cada familia de modo diferente, pero que da cuenta de su situación emocional de vulnerabilidad...* (fs. 238 vta.). Asimismo se sostuvo que la insistencia del niño en recuperar sus pertenencias fue *“posiblemente como un modo de asegurarse que permanecerá en argentina”* (fs. 239).

Y en orden a la posible influencia que el padre pudo haber ejercido sobre el niño respecto a la opinión brindada en orden a su voluntad de querer vivir en Argentina, la Cámara valoró el informe psicológico de la licenciada Sichetti, quien concluyó que la voluntad del menor resultaba *“genuina”* (v. fs. 403 vta., 107 /109). Asimismo resulta ilustrativo destacar que si nos detenemos a observar las probanzas de autos se desprende de fs.122 que ante la negativa de T. a entrar al espacio de reunión de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Nación (SENNAF) *“El progenitor lo alienta a que pueda expresarse y eventualmente permanecer solo en el box de entrevista”*, de la pericia de fs. 238/240 surge que tanto el señor R. como su hermana se han mostrado respetuosos y permeables a las indicaciones de los expertos y de fs. 320 se desprende que *“... el papá facilitó el encuentro de T. con su mamá, no reteniéndolo”*.

A todo lo expuesto sumo que los dichos de T. fueron acompañados por verbalizaciones, expresiones corporales y gráficas que los expertos interpretaron como situaciones de maltrato, angustia y temor de volver al vecino país por el trato recibido por familiares y otras personas como sus compañeros de escuela (v. fs. fs. 401 vta./402, 87 y vta., 94/95, 96/97, 105, 107/109, 238/240, 242/244); mencionando la sentencia impugnada las conclusiones arribadas por profesionales del equipo técnico del juzgado, miembros de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (SENNAF), integrante de la Asesoría de Incapaces y por la abogada del niño, en orden a situaciones de violencia padecidas por T. en Paraguay, lo que fue valorado al analizar las excepciones convencionales (v. pto.

V y VI, fs. 401 vta.).

La Alzada, concluyó que se encontraba debidamente justificada la excepción contemplada en el artículo 13, inciso b, punto 2 de la Convención de La Haya y último párrafo del inciso b) del artículo 11 de su par Interamericana en tomo a la manifiesta oposición de T. a volver a Paraguay (fs. 401 vta./403 vta.), por lo que los agravios aquí traídos no alcanzan a demostrar el yerro de tal afirmación. La queja -en definitiva- está relacionada a pruebas que entiende no consideradas o bien vinculadas con cuestiones propias de la personalidad de cada progenitor o del conflicto de custodia que se encuentran vedadas a esta jurisdicción por corresponder a la competencia de los jueces naturales (arts. 16, 19 y ccs.CH 1980 y 15 y cc de CIRIM).

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

Es del caso mencionar que la doctrina ha sostenido que “*El bien protegido es la salud del niño, entendida no como ausencia de enfermedad sino como estado de armonía y bienestar psicofísico. Para que opere la causal, se requiere un grado acentuado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. [...]. Debe recordarse que la posibilidad de peligro o la exposición a una situación intolerable deben estar estrechamente vinculados con el retorno, sin que quepa confundir la excepción con la determinación de cuál es el padre más apto*

para el cuidado de los niños, materia ésta que atañe a la responsabilidad parental y escapa de la limitada jurisdicción atribuida al juez argentino por el Convenio ...” (Herz Mariana, “Sustracción Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes”, Jurisprudencia Anotada a propósito de Fallos 334:913, Buenos Aires, Revista de Derecho de Familia, 2012-I, págs.18 y 19).

Ahora bien, se ha dicho que *“El error que da lugar al, “absurdo” puede surgir tanto de una incorrecta valoración de los hechos de la causa (absurdo material) sea por desinterpretación de la prueba, sea por dejar de lado prueba esencial, sea por obtener erradamente conclusiones de la prueba existente, etc. Como la indebida forma de razonar del a quo (absurdo formal) violándose las básicas reglas de a lógica” (Camps, Carlos Enrique “Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, Anotado. Comentado y Concordado”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, Tomo I, p. 514).*

Así, a la luz de lo expuesto, a la hora de ponderar la opinión del niño para configurar la excepción contemplada en el artículo 13, inciso b, punto 2 de la Convención de La Haya y último párrafo del inciso b) del artículo 11 de su par Interamericana, el decisorio no ha incurrido en absurda valoración de la prueba, ni ha aplicado erróneamente la Convención de La Haya, su par interamericana, ni la Convención sobre los Derechos del Niño, valorando fundamentalmente su superior interés conforme su edad y grado de madurez (arts. 3 y 12 de la CIDN, 3, 24 y 27 de la ley 26.061, 4 de ley 1 3.298, 639 del C.C. y C. y 384 del CPCC).

V

Sin perjuicio de lo dictaminado y en virtud de hallarse comprometidos derechos fundamentales de un menor -en particular el derecho a la protección de su integridad psico-física (art.19 y ces. CDN)-, cuya consideración primordial impone la necesidad de potenciar el proceso hasta el máximo de su instrumentalidad (conf. art 4 y ccs. CDN y SCBA C. 104.149, sent. del 15-7-2009 e.o.), estimo prudente propiciar a ese Alto Tribunal que en el marco de sus supremas atribuciones (SCBA, C. 90.868, sent. del 15-12-2004) y sin desmedro de

la audiencia que se designe de conformidad con la práctica habitual de esa Corte a fin de tomar conocimiento personal y directo del niño, se ordene de estimarse, en su caso, pertinente y adecuado, como medida para mejor proveer la realización de pericia psicológica (arts. 36 inciso 2, 471, 473 y ccs. CPCC) en la persona de T., con el objeto de profundizar su opinión y consecuentemente la verificación en la especie de la excepción convencional.

VI

En base a todo lo expuesto y con el alcance aquí brindado entiendo corresponde rechazar la restitución planteada respecto del niño T. a la República del Paraguay.

La Plata, 23 de septiembre de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.958-1

**“R. L. M. L. c / E. L. A. s/ restitución internacional de
menores.”, fecha: 5 de diciembre de 2017**

9. Residencia habitual

Dictamen C 121.958-1 “R. L. M. L. c / E. L. A. s/ restitución internacional de menores.”, fecha: 5 de diciembre de 2017

Sinopsis

En la presente causa, la Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca, revocó la sentencia de primera instancia que ordenó el reintegro de la niña M. M. E. al estado de Paraguay, requerido por su progenitora.

Contra dicho resolutorio se alzó la actora representada por la señora Defensor Oficial, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

La recurrente alega, en síntesis, errónea aplicación e interpretación de los artículos 3 y 12 de la CDN; arts. 1, 2, 3, 4, 12 y 13 párrafo 4 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; arts. 26, 645 y 707 del Cód. Civ. y Com. y art. 3 de la ley 26.061. Denuncia asimismo que la sentencia atacada ha violado la doctrina legal de la CSJN y de la SCBA imperante en la materia tratada (fs. 194/194vta.).

En particular, sostiene que la Alzada funda su veredicto en lo dispuesto por, entre otras normativas internas, exclusivamente el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 (en adelante, CH1980) y no hace mención alguna a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, C.I.R.I.M).

El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, teniendo como premisa que el interés superior del niño debe orientar y condicionar las decisiones judiciales en el cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 y de la Convención Interamericana de 1989 que éste se resguarda -esencialmente con una solución de urgencia y provisoria que cese la vía de hecho, estimó pertinente que la Suprema Corte ordene la restitución de la niña a Paraguay

En el marco de su intervención, en el caso objeto de análisis, señaló que de la

totalidad de las constancias de la causa -no cuestionadas por el demandado- se desprende que la progenitora y su hija M. residían en el barrio C. de la localidad E. A., República de Paraguay, con anterioridad al traslado de la niña a la Argentina que ha sido efectuado sin la correspondiente autorización materna.

Para así dictaminar, entre sus consideraciones, destacó lo sostenido por el Alto Tribunal de la Nación en orden a 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 (CSJN, 14/06/1995, “W.,E.M. c/ O.,M.G.”, Fallos 318:1269; La Ley, 1996-A-260; DJ, 1996-1-387; ED, 164-21).”

Asimismo, acentuó que “el traslado de la niña —y consecuentemente su retención— en nuestro país resulta ilícita por haberse producido en infracción al derecho de custodia con arreglo al derecho paraguayo, puesto que nunca la progenitora de la niña (quien ejercía de hecho el cuidado personal de la menor) otorgó autorización alguna para que M. egresara del país.”

Consideró que «la sede habitacional constituida tras la ilegalidad, como en el caso, no podrá ser tenida en cuenta. Ello es así, porque el derecho no puede avalar conductas que son contrarias al ordenamiento jurídico. Igual temperamento sigue el art. 2614 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación, que si bien hace referencia al domicilio también es aplicable al concepto de “residencia habitual” en cuanto establece que: “...los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenido ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente”.»

Al dictaminar, en relación a la naturaleza de la oposición del niño o adolescente a retornar, recordó que “...el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del artículo 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas sino al reintegro al país de residencia habitual; y dentro de esta área específica no ha de consistir en una

mera preferencia o negativa sino en una verdadera oposición entendida como un repudio irreductible a regresar (dictamen de la Procuración General, en CSJN “F.C. del C. c/ G.R.T. S/ reintegro de hijo”, sent. del 21 de mayo de 2013). En definitiva, la Corte Suprema sostiene que la posibilidad del artículo 13 penúltimo párrafo solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia sino al reintegro al país de residencia habitual (CSJN, “S.D. c/ R.L.M. s/ reintegro de hijos y alimentos”, sentencia del 2 de julio de 2013).”

Asimismo, destacó que en esta misma línea, se ha resuelto que: “Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la restitución internacional de los menores si no se ha acreditado una verdadera oposición en función del art. 13, penúltimo párrafo del Convenio de La Haya de 1980 sino que, como surge en forma consistente de los dictámenes profesionales, la postura de los menores de edad no importa una resistencia cerrada a retornar sino una preferencia a permanecer en Argentina y una negativa al regreso bajo el cuidado de su padre” (dictamen de la Procuración General al que la Corte remite, CSJN, “B. D. C., G. E. c/ D. C., M. R. s/ RESTITUCION INTERNACIONAL, sentencia del 27 de diciembre de 2016).”



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

“R. L. M. L. c/ E. L. A. s/ Restitución internacional de menores.”

C 121.958-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca, en fecha 13 de julio de 2017, revocó la sentencia de primera instancia que ordenó el reintegro de la niña M. M. E. al estado de Paraguay que fue requerido por su progenitora (fs. 178/1 88vta.).

Contra dicho resolutorio se alzó la actora representada por la señora Defensor Oficial, doctora Patricia Alejandra Marin, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 190/209vta.

II.

La progenitora alega, en síntesis, errónea aplicación e interpretación de los artículos 3 y 12 de la CDN; arts. 1, 2, 3, 4, 12 y 13 párrafo 4 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; arts. 26, 645 y 707 del Cód. Civ. y Com. y art. 3 de la ley 26.061. Denuncia asimismo que la sentencia atacada ha violado la doctrina legal de la CSJN y de la SCBA imperante en la materia tratada (fs. 194/194vta.).

En particular, sostiene que la Alzada funda su veredicto en lo dispuesto por, entre otras normativas internas, exclusivamente el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 (en adelante, CH1980) y no hace mención alguna a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, C.I.R.I.M).

A luz de estos argumentos, la recurrente expresa que resulta necesario hacer alguna salvedad y/o mención al respecto, ya que no puede desconocerse la existencia de la C.LR.I.M. y su prioridad en ser aplicada en el caso en cuestión, encontrándose involucrados los Estados Argentino y Paraguayo, por encima de la CH1980 (fs. 194vta/195vta).

Por otro lado, puntualiza que yerra el ad que al considerar que de las actuaciones surge que ambas partes han acudido en algún momento a las vías de hecho en lugar de encausar sus planteos jurídicamente. Al respecto, destaca que su representada no hizo uso alguno, en ningún momento, de vías de hecho, en lo que hace al traslado de la niña de la República Argentina a la República del Paraguay. Explica que, en el mes de diciembre de 2014, la señora R. haciendo uso de la autorización debidamente concedida por el demandado, se dirigió a Paraguay, a la localidad de E. A. como acostumbraba viajar (fs. 196).

Continúa diciendo que la sentencia atacada omite toda consideración a lo acontecido en los autos caratulados “R. M. L. c/ E. L. A. s/ Protección contra la Violencia familiar” (Expte. nro. 46.21 0), que resulta ser un elemento ineludible a los fines de explicitar los motivos reales y temores ciertos por los cuales la señora R. L. no regresó al país en forma voluntaria al vencer la autorización (fs. 196/196vta.).

Sobre este punto agrega que “... entre los años 2015/2016, el demandado en ningún momento solicitó la asistencia legal a fin de obtener el regreso de la niña a Argentina o en su defecto, fijar un régimen de comunicación con la misma. No es real que desconociera el lugar donde se encontraba M., puesto que siempre mantuvo comunicación telefónica con mi representada, así como a través de redes sociales (...) Y en todo caso, de ser real su desconocimiento respecto del lugar de residencia de la menor, pudo haber puesto en movimiento la maquinaria prevista por el art. 18 de la C.LR.IM ...” (fs. 197).

Concluye, en líneas generales, que la Cámara no valora la inacción del demandado para reclamar el regreso de la niña a Argentina, como así tampoco tiene en consideración que transcurridos ocho meses desde que M.

vive con él en B. B. no ha iniciado trámite judicial alguno respecto del cuidado personal de la niña en los Juzgados de familia locales (fs. 198).

Asimismo, denuncia la errónea aplicación de la doctrina legal de la S.C.B.A. en cuanto lo argumentado por la Alzada a fs. 185 in fine. En este sentido argumenta que, el caso que diera lugar a la doctrina expuesta por la Cámara (C. 119.110), se trata de un supuesto muy diferente al sub-lite, ya que en el mismo el progenitor desasido sí accionó legalmente para que se produzca la restitución; situación que no ocurrió en autos porque el demandado había tácitamente consentido que la menor residiera definitivamente en Paraguay (fs. 198vta.).

De todo ello concluye que la inactividad por parte del demandado para requerir el regreso de su hija a Argentina, debe ser entendido como la convalidación tácita de que E. A. sería, de allí en adelante, el domicilio y la residencia habitual de la niña. En efecto, alega que yerra la Alzada en cuanto al lugar de residencia habitual de la niña, puesto que sostiene que desde el año 2015, el centro de vida de la menor no es otro que la localidad de E. A., y no la ciudad de B. B., República Argentina (fs. 199).

Al respecto expresa que, de la pericia psicológica realizada en primera instancia (abril/2017), se desprende del relato espontáneo de la niña, que a pesar de vivir en Paraguay desde que contaba con seis años, no parece tener recuerdos de su vida anterior en la ciudad de B. B. como así tampoco habla de vínculos familiares o nexos afectivos que mantenga con la familia paterna o su entorno (fs. 199/199vta.).

La impugnante también denuncia la errónea aplicación e interpretación del art. 3 de la ley 26.061 que efectúa la Alzada a fs. 185, cuando sostiene que el lugar de residencia habitual de la niña M. es B. B.. En este sentido opina que, para determinar el verdadero lugar de residencia habitual de un menor no solo se debe considerar la cantidad numérica de años de residencia en Argentina o Paraguay, sino lo que la niña siente e identifica como su centro de vida, su lugar, el lugar al que pertenece, dónde siente y expresa que se encuentra

su hogar, sus afectos. Cita jurisprudencia (fs. 201/202).

En estas condiciones, argumenta que se equivoca la Alzada cuando realiza toda una teoría en virtud de la cual sostiene que al no haber sido la niña regresada por su madre a Argentina al finalizar el plazo concedido en la autorización emitida por el padre, la señora R. habría incurrido en un hecho ilícito y por lo tanto, arriba a la conclusión que el lugar de residencia habitual de la menor era B. B. y la ley aplicable es la del Estado Argentino (fs. 202vta.).

Por el contrario, opina que “... el domicilio habitual de la niña no es B. B., al día de hoy, sino E. A. por así consentirlo y permitirlo tácitamente el demandado; resulta de aplicación la normativa legal vigente en el estado paraguayo. La normativa que rige la materia allí, similar a la nuestra, exige que para que un menor de edad egrese del país, cuando la patria potestad se encuentra en cabeza de ambos padres (que es lo que ocurre en autos), requiere autorización expresa del otro progenitor que no acompaña al menor en el egreso”(fs. 203).

De este modo, continúa argumentando que al no tener autorización, es imposible que M. pudiera salir del país por los pasos y controles fronterizos, habiendo organizado el señor E. la salida de la niña de Paraguay a través de una balsa, acompañada por la hermana mayor (fs. 203).

Por otro lado, se agravia de la errónea interpretación que hace la Alzada del artículo 3 de la CH1980 en relación a considerar que el traslado e ingreso de la niña M. a la República Argentina no reviste ilegalidad alguna. En este entendimiento, manifiesta que el D.N.I original de M. se encuentra actualmente en poder de la progenitora y atento que E. en el mes de enero 2017 solicitó un nuevo ejemplar del D.N.I. de la niña (v. fs. 63), no hay duda que al momento de ingresar a la Argentina no contaba con el mismo. De este modo, resultaría imposible que la niña haya pasado por Migraciones, porque debió presentar dicha documentación (fs. 204/204vta.) .

Finalmente, centra su queja en relación al modo en que

la Alzada ha interpretado la opinión de la niña involucrada. Al respecto destaca que no puede dejarse de advertir el cambio de postura asumida por M. desde que manifestara su alegría y deseo de volver a vivir con su madre en E. A. y que su padre viajara para ir a visitarla (cfr. Pericial psicológica desarrollada en primera instancia), al cambio operado en ella al decir que desea continuar viviendo con el demandado en la ciudad de B. B. y visitar a su madre en Paraguay (cfr. actas obrantes a fs. 164 y 167).

Puntualiza que, conforme lo opinado por la perito psicóloga interviniente en ambas instancias, M. es una niña extrovertida, que denota una aparente madurez superior a la edad con la que cuenta, pero también, es una niña con una personalidad de tipo sumisa, conformista, que acata las decisiones paternas sin juicio propio de confronte o pedido de explicaciones (fs. 205).

En este sentido, opina que: “... nos encontramos con una niña fácilmente impresionable y muy permeable a ciertos estímulos (socioeconómicos y de aparente afecto) que pudieron haber hecho cambiar su discurso”(fs. 205).

En suma, refiere que el deseo que manifiesta M. hoy, así como lo hizo con el mismo énfasis en el marco de la pericia psicológica, pero en el sentido contrario, no puede llevar a concluir que a fin de dar cumplimiento con el interés superior del menor, debe revocarse la sentencia de grado en cuanto a la restitución de la niña junto a su progenitora a la República del Paraguay (fs. 205).

Argumenta que “En razón de su finalidad el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual, y dentro de esta área específica, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como repudio irreductible a regresar (v. dictámenes de Fallos: 333.604, 334:913 y otros).” Cita doctrina y jurisprudencia al

respecto (fs. 205vta./207).

A modo de conclusión, sostiene que no puede valorarse como un tópico definitorio el mero cambio de “opinión” de la menor involucrada, expresada en la Alzada, cuando no es una oposición irreductible a volver a residir en el Paraguay y mucho menos se evidencia que ello pudiera causarle afectación o rechazo significativo (fs. 208vta.).

III.

En primer lugar, resulta crucial la determinación de la residencia habitual de la niña M., porque es el punto de conexión del derecho aplicable a los fines de dilucidar si se han infringido los llamados “derecho de custodia o guarda” de uno de los progenitores, presupuesto necesario para la configuración de la ilicitud del traslado o la retención conforme lo establecido en la CH1980 y la C.I.R.I.M. (ambas aplicables al caso).

El artículo 3 de la CH1980 dispone que: “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”.

En igual sentido, el artículo 4 de la C.I.R.I.M establece que: “Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”.

En el caso bajo examen, de la totalidad de las constancias de la causa -no cuestionadas por el demandado (v. fs. 25 y 28; presentación de descargo, fs. 73vta.; pericia de fs. 105/107)- se desprende que la progenitora y su hija M. residían en el barrio C. de la localidad E. A., República de Paraguay, con anterioridad al traslado de la niña a la Argentina que ha sido efectuado sin la

correspondiente autorización materna.

Es menester destacar que de la pericia psicológica efectuada a M. M. con fecha 24 de abril de 2017 (v. fs. 105/107), se visualiza que la niña reconoce como centro vida el lugar en el cual habitaba con su madre y su pequeña hermanita desde diciembre de 2014, cuando contaba con 6 años de edad, hasta que luego de dos años sin contacto con el progenitor, el señor E. decide trasladarla a la Argentina.

En consonancia con lo expuesto, se evidencia de la evaluación realizada, que M. sentía a la ciudad de E. A. como un lugar de pertenencia en donde se encontraban sus afectos y lazos más preciados, tales como su progenitora y la familia materna extensa (v. fs. 105vta.).

A mayor abundamiento, y teniendo en consideración lo expresado por la niña en cuanto sostuvo que: “... allá me esperan mi escuela, mi mamá, mi hermana y mis cosas” (v. fs. 106), se puede apreciar que M. percibía su residencia habitual en la localidad de E. A., Paraguay.

Es dable señalar que la doctrina ha coincidido en señalar que la residencia habitual es una situación de hecho, que no puede ser definida en abstracto y que tiene naturaleza sociológica, en tanto supone estabilidad y permanencia. Afirma el Dr. Mizrahi que la residencia habitual “...constituye el lugar donde se encuentra el centro de los afectos y vivencias del niño, la escuela a la cual asiste, y en el que despliega sus relaciones, tanto familiares como sociales. Representa, por lo tanto, el espacio donde el niño tiene los lazos más significativos y acontecen sus experiencias diarias; vale decir, su mundo real y emocional” (Mizrahi, Mauricio Luis, “Restitución Internacional de niños”, Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 88).

Por su parte, sugiere Weinberg de Roca que “la residencia habitual constituye un punto de conexión sociológico, a diferencia del domicilio, de carácter normativo. Se trata, por ende, del lugar donde el menor desarrolla sus actividades, donde está establecido, con un cierto grado de permanencia, el centro de sus afectos y vivencias...” (Weinberg de Roca, Inés M., “Domicilio de

menores adultos”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1999, ps. 499 y ss.).

En la misma línea, 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” (CSJN, 14/06/1995, “W.,E.M. c/ O.O..M.G.”, Fallos 318:1269; La Ley, 1996-A-260; DJ, 1996-1-387; ED, 164-21).

No obstante lo mencionado, la Cámara consideró que la residencia habitual de M. M. era la ciudad de B. B., Argentina. Para ello, basó su decisorio, entre otros argumentos, en el mayor tiempo en que la menor había pasado su existencia en nuestro país (v. fs. 186).

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 antes acontecieron. De este modo, no hay que interpretar en su literalidad el art. 3 inc 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”.

En este contexto, estimo pertinente considerar determinadas situaciones ocurridas con anterioridad al inicio de estas actuaciones, a saber: i) que la señora R. L. ha sido víctima de agresiones físicas y psicológicas por parte del demandado (v. expediente N° 46.21 0 que se encuentra acollorado a las presentes) cuando convivía con él y su pequeña hija; ii) que esa situación de violencia que sufrió y sufría constantemente la llevó a tener que tomar la determinación de irse de nuestro país junto a M.; iii) que el señor E. prestó autorización para que su hija viajara a Paraguay en diciembre de 2014 — hecho que no se encuentra controvertido por las partes— (v. fs. 102); iv) que si bien resulta cierto que la progenitora, vencido el plazo de la autorización, esto es, 300 o 365 días (no hay consenso en cuanto al plazo), se quedó en Paraguay, también es sumamente significativa la conducta adoptada por el demandado en c

cuanto a que no realizó ningún tipo de reclamo judicial o administrativo (desde que se venció la autorización hasta diciembre de 2016), prestando conformidad con la estancia de M. en Paraguay; v) que la niña M. no tenía conocimiento ni se imaginaba que su padre la iba a trasladar a la Argentina (fs. 107 último párrafo).

De lo expuesto se desprende que esas condiciones fácticas y sobre todo el sentimiento de pertenencia esgrimido por la niña M. (fs. 105/107) no fueron consideradas por el ad-quem a los fines de determinar la residencia habitual de la niña, asistiendo razón a la recurrente en cuanto se agravia por la errónea aplicación e interpretación que hace la Alzada de las normas imperantes en la materia.

Lo cierto es que, a la luz de las Convenciones Internacionales (art. 3, apdo. “a” de la Convención de La Haya de 1980 y el art. 4 de la Convención Interamericana), el derecho aplicable en el sub-lite es el Código de la Niñez y la Adolescencia paraguayo (ley 1680/01).

En su art. 70, en relación al ejercicio de la patria potestad, dispone: “El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos”.

Y en cuanto a la autorización para salir del país, el art. 100 del mismo Código establece que: “En el caso de que el niño o adolescente viaje al exterior con uno de los padres, se requerirá la autorización expresa del otro. Si viaja solo se requerirá la de ambos. La autorización se hará en acta ante el Juez de paz que corresponda”.

De ello se sigue que el traslado de la niña —y consecuentemente su retención— en nuestro país resulta ilícita por haberse producido en infracción al derecho de custodia con arreglo al derecho paraguayo, puesto que nunca la progenitora de la niña (quien ejercía de hecho el cuidado personal de la menor) otorgó autorización alguna para que M. egresara del país.

Claro está que la sede habitacional constituida tras la

ilegalidad, como en el caso, no podrá ser tenida en cuenta. Ello es así, porque el derecho no puede avalar conductas que son contrarias al ordenamiento jurídico. Igual temperamento sigue el art. 2614 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación, que si bien hace referencia al domicilio también es aplicable al concepto de “residencia habitual” en cuanto establece que: “...los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenido ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente”.

Por otra parte, sin perjuicio de las circunstancias expuestas en orden con la procedencia del reintegro de la niña a Paraguay, en virtud de hallarse acreditados los extremos que exigen los Convenios internacionales como presupuesto para el progreso del reclamo de restitución, resulta preciso ingresar en el análisis de la opinión de la niña invocada por los jueces de la Cámara para fundar su decisión (v. fs. 187vta./188), cuestionada por la recurrente por resultar, a su modo de ver, erróneamente valorada.

En relación a la naturaleza de la oposición del niño o adolescente a retomar, la doctrina ha sostenido que: 6 “... no cualquier voluntad que exprese el niño es la que debe ser considerada por los jueces a los fines de resolver si se accede o no a la restitución reclamada. Por de pronto, no deberemos estar solo ante una mera preferencia de trascendencia menor, sino frente a un vehemente rechazo al retomo; esto es, un repudio irreductible y férreo a regresar. A su vez, aún dado un rechazo vehemente, es necesario que se trate, además, de una oposición muy clara y coherente, bien informada y fundada en circunstancias muy graves, y no un caso de resistencia inducida o en presencia de una declamación poco auténtica en la que ha ejercido una influencia notoria uno de los progenitores” (Mizrahi, Mauricio Luis, “Restitución Internacional de niños”, Astrea, Buenos Aires, 2016 págs. 210 y 211).

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló que “...el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario la posibilidad del artículo 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad calificada que

no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas sino al reintegro al país de residencia habitual; y dentro de esta área específica no ha de consistir en una mera preferencia o negativa sino en una verdadera oposición entendida como un repudio irreductible a regresar (dictamen de la Procuración General, en CSJN “F.C. del C. c/ G.R.T. S/ reintegro de hijo”, sent. del 21 de mayo de 2013). En definitiva, la Corte Suprema sostiene que la posibilidad del artículo 13 penúltimo párrafo solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia sino al reintegro al país de residencia habitual (CSJN, “S5.D. c/ R.L.M. s/ reintegro de hijos y alimentos”, sentencia del 2 de julio de 2013).

En esta misma línea, se ha resuelto que: “Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la restitución internacional de los menores si no se ha acreditado una verdadera oposición en función del art. 13, penúltimo párrafo del Convenio de La Haya de 1980 sino que, como surge en forma consistente de los dictámenes profesionales, la postura de los menores de edad no importa una resistencia cerrada a retornar sino una preferencia a permanecer en Argentina y una negativa al regreso bajo el cuidado de su padre” (dictamen de la Procuración General al que la Corte remite, CSJN, “B. D. C., G. E. c/ D. C., M. R. s/ RESTITUCION INTERNACIONAL”, sentencia del 27 de diciembre de 2016).

Sin embargo, de la sentencia recurrida no se advierte una negativa férrea de la niña de volver a 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 del referido Convenio, sino que la opinión de la niña manifestada ante la Alzada (conf. fs 164/vta. y 167/vta.) se encuentra dirigida a expresar el deseo de la preferencia de vivir con su progenitor, circunstancia que no alcanza 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.

Resulta ilustrativo destacar que si nos detenemos a observar las probanzas de autos (v. fs. 105/107, 109/110, 164/164vta. y 167/vta.)

podríamos inferir que, en muy corto lapso de tiempo, (de abril a junio de 2017) la niña M. M., que cuenta con 9 años de edad, ha cambiado de opinión en relación al lugar donde desea vivir. De este modo, y sin desconocer el grado de madurez y capacidad que posee, podemos estimar que podría existir cierta influencia paterna susceptible de viciar su autonomía para decidir al respecto.

Sobre este tópico, la doctrina destaca que “...siendo que el niño es también intérprete de su mejor interés, se deberá evaluar y apreciar en cada caso concreto, en función de la madurez del niño de que se trate, si éste se niega a retornar al país de su residencia habitual y si tal negativa resulta suficiente para exceptuar la obligación de restituir. En esta evaluación será de fundamental importancia el aporte interdisciplinario que puedan brindar otros profesionales expertos en la temática de modo que puedan interpretar su negativa, ya sea que se exprese verbalmente o no, y si ésta responde a su verdadero interés o a la influencia que pueda sufrir sus progenitores” (Rubaja, Nieve, Restitución internacional de Niños, Capítulo 7, Corte Suprema Justicia de la Nación, Máximo Precedentes, Derecho de Familia, TomoII, p. 751).

IV.

En virtud de lo expuesto, teniendo como premisa que el interés superior del niño debe orientar y condicionar las decisiones judiciales en el cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 y de la Convención Interamericana de 1989 que éste se resguarda -esencialmente- con una solución de urgencia y provisoria que cese la vía de hecho, estimo pertinente que V.E. ordene la restitución de la niña a Paraguay.

La Plata, 5 de diciembre de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 120.328

**“R. C., A. E. c/ G., A. A. s/ exhortos y oficios”, fecha: 21 de
marzo de 2016**

10. Residencia habitual. Excepciones convencionales: grave riesgo; opinión del niño

Dictamen C. 120.328 “R. C., A. E. c/ G., A. A. s/ exhortos y oficios”, fecha: 21 de marzo de 2016

Sinopsis

En la presente causa, la Sala Primera de la Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora resolvió rechazar el pedido de reintegro de la niña L. E. G. a su país de residencia habitual -Paraguay- por considerar demostrados los supuestos de grave riesgo y oposición de la menor L. previstos por el artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Contra dicho resolutorio se alzó la progenitora, representada por la Sra. Defensora Oficial, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

En particular denuncia la infracción a los artículos 1, 18, 21, 31, 33, 75inc. 22y23 Const Nac; 11, 15, 36.2 de la Const. Pcial; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 ley 26061; 4 ley 13298; ley 13634; 3, 1, 9.3, 12.1, 12.2 Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General 14/2013 del Comité de los Derechos del Niño: medidas para garantizar el derecho del niño a ser oído.

Este Ministerio Público en la intervención que le cupo, en esa oportunidad, de conformidad con la vista conferida, compartió los argumentos brindados por la alzada departamental “en orden a considerar aplicable a la especie la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, CIDIP IV) respecto de la niña L. E. G. sobre la base de considerar que la niña ha sido trasladada y se encuentran ilícitamente retenida por su progenitor en nuestro país, por no resultar éste el estado de su residencia habitual en los términos del Convenio (arts.1,3,4 y ccs. CIDIP IV).”

Al respecto señaló, tal como alega la quejosa, que “el traslado y la retención de la niña en nuestro país sin la correspondiente autorización materna resulta ilícita por haberse producido con infracción al derecho de custodia atribuido con

arreglo al derecho paraguayo, país en el que L. tenía su residencia habitual, sin que fuera cuestionada por ninguna de las partes.”

A continuación, ingresó al examen de la queja centrada en cuestionar la conclusión según la cual se tiene por acreditada en autos la configuración de las causales de “grave riesgo” y de “oposición de la niña a regresar” previstas por el propio Convenio como excepción a la obligación de proceder a la inmediata restitución de la niña sustraída y retenida ilegalmente (artículos 11 inc. b y 11 *in fine* CDIP IV).

En tal sentido y en orden a lo sostenido por la quejosa en cuanto considera que las conclusiones de los informes psicológicos acompañados no resultan contestes con las pautas hermenéuticas desarrolladas por el Máximo Tribunal de la Nación en pos de guiar al intérprete hacia una correcta aplicación del texto convencional, recordó la evolución que ha venido sufriendo la apreciación de esta causal de excepción por parte de la Corte Federal. Concretamente el Máximo Tribunal de la Nación señaló que “...la causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente- en el *sub iudice*, inexistente- sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Está claro que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no basta para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución... (Fallos 318:1296, 328:4511; 333:604, entre otros...)”

Asimismo, destacó que “La doctrina especializada ha reconocido las dificultades que ocasiona la correcta valoración de esta causal de excepción. Al respecto se ha sostenido que “la comunidad jurídica internacional ha advertido la gran dificultad que ha despertado esta excepción a nivel mundial a raíz de la gravedad y urgencia propia de cada caso. Ello, ha llevado a que esta cuestión se incorpore dentro de la Agenda de la Conferencia de la Haya” (Rubaja Nieve, Restitución internacional de Niños, Capítulo 7, Corte Suprema Justicia de la Nación, Máximo Precedentes, Derecho de Familia, Tomo III, p. 749.)”

En definitiva, subrayó la importancia de no perder de vista que “El objetivo a primar en el análisis e interpretación de las excepciones convencionalmente contempladas es que mediante su aplicación se logren proteger y asegurar los derechos fundamentales en juego y el interés superior del/los niños en cada caso; siempre teniendo en miras la finalidad de las Convenciones. Si no se cumpliera con estos propósitos o si la valoración judicial se apartara de la interpretación restrictiva o de los estándares uniformemente alcanzados respecto de aquéllas se podría generar la responsabilidad internacional del Estado. (Rubaja Nieve, Restitución internacional de Niños, Capítulo 7, Corte Suprema Justicia de la Nación, Máximo Precedentes, Derecho de Familia, Tomo III, p. 723 y ss).”

Asimismo, en esta línea, consideró que “las conclusiones expresadas por los peritos intervinientes en las distintas etapas del proceso resultan contestes en destacar la presencia de los extremos fácticos requeridos para concluir razonablemente que se encuentra configurada la causal de “grave riesgo de que la restitución la exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera coloque a la niña en una situación intolerable” en los rigurosos términos establecidos por la Corte Federal (art.11 inc b CIDIP IV y art 13 inc b CH1980).”

Consecuentemente, entendió que “la decisión de rechazar el reintegro de la niña al país donde tenía su residencia habitual encuentra motivación suficiente en los elementos objetivos que se infieren de las conclusiones de las múltiples pericias producidas a lo largo de todo el proceso.”

Por último, se refirió al agravio vinculado con la valoración efectuada por la alzada departamental respecto de la oposición de la niña a regresar al país de su residencia habitual.

En este marco, inició destacando que el artículo 11, *in fine* del Convenio autoriza como causal de excepción a la obligación de restituir la circunstancia de que se compruebe que “...La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.”

Asimismo, señaló que en relación con la misma causal prevista en el Convenio de la Haya de 1980 la Corte Federal sostuvo “...el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario la posibilidad del artículo 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas sino al reintegro al país de residencia habitual; y dentro de esta área específica no ha de consistir en una mera preferencia o negativa sino en una verdadera oposición entendida como un repudio irreductible a regresar (v. dictámenes Fallos 333:604 (en especial puntos X (6) y XIII y sus citas) y Fallos 334:913 (en especial puntos X, quinto párrafo) ; “ H.C.A. c/ M.A.J.A. s/restitución internacional de menor sobre oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, del 21 de febrero de 2013, “F.C. del C. c/ G.R.T. S/ reintegro de hijo”, sent. del 21 de mayo de 2013, entre otras).”

Por último y en virtud de las de las consideraciones formales y sustantivas, ancladas sobre la conclusión de las pericias producidas en ambas instancias, aconsejó el rechazo de la queja que fue objeto de análisis.



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

“ R. C., A. E. el G. A. A . s/ Exhortos y Oficios”.

C 120.328

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala Primera de la Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora con fecha 12 de agosto de 2015 resolvió rechazar el pedido de reintegro de la niña L. E. G. a su país de residencia habitual -Paraguay- por considerar demostrados los su puestos de grave riesgo y oposición de la menor L. previstos por el artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (fs.344/54).

Contra dicho resolutorio se alzó la progenitora, representada por la Sra. Defensora Oficial, Dra. Pellizzi, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 358/68 y vta.

II.

En particular denuncia la infracción a los artículos 1, 18, 21, 31, 33, 75 inc. 22 y 23 Const Nac; 11, 15, 36.2 de la Const. Pcial; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 ley 26061; 4 ley 13298; ley 13634; 3, 1, 9.3, 12.1, 12.2 Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General 14/2013 del Comité de los Derechos del Niño: medidas para garantizar el derecho del niño a ser oído (fs.359).

En primer lugar alega que “ agravia a mi parte la sentencia dictada en cuanto rechaza el reintegro de la menor por entender este Ministerio que se ha efectuado una errónea interpretación conceptual de la Convención consagrándose una solución contraria al derecho vigente y lesiva del superior interés del niño” (fs. 360).

En efecto, “la sentencia de alzada ha considerado acreditada la excepción de grave riesgo con pie en el contenido del informe psicológico de fs. 69-71 practicado en la orbita del juzgado interviniente y ofrecido en calidad de prueba por la demandada y las sendas ampliaciones mandadas a cumplir oficiosamente por la Sra. Jueza *a quo* a mérito de la pieza agregada a fs. 169-171 y nuevamente complementada a fs. 202 y con el nuevo informe ordenado por la misma alzada obrante a fs. 302/4, la ampliación de fs. 311/313, la ampliación obrante a fs. 320/1 y la contestación obrante a fs. 335 efectuada a requerimiento exclusivo de la Sra. Asesora de Menores (...) No existen acompañados, estudios, métodos ni técnicas explorativas ni diagnósticas que sustenten ni respalden desde el rigor científico de su labor las conclusiones a las que arriba de manera exclusivamente potencial las que solo se han circunscripto a la descripción de estados sintomatológicos de la niña subjetivados por la perito en calidad de exclusivas hipótesis de maltrato. En suma: el reporte sobre posibles experiencias traumáticas que allí se hace previene de meras aproximaciones a la realidad de las niñas. Contrariamente a ello el informe efectuado por la psicóloga particular de L. adjuntando en autos a instancias del juzgado actuante aunque hay soslayado de toda consideración en el fallo, si bien describe y atribuye la configuración de un estado de alteración emocional en la niña lo adjudica a un trastorno de ansiedad por causa de separación sin otro factor diagnóstico atribuible. La notoria vacuidad convictiva de la información aportada por la profesional del ET propulsó las ampliaciones dispuestas realizar sucesivamente mediante orden oficiosa del propio Órgano Jurisdiccional” (fs. 361 vta. y 362).

Más concretamente sostiene que “ninguno de los informes efectuados han aportado datos concretos que permitan abrir juicio sobre si la restitución en el contexto convencional podría exponer a la menor a un grave peligro físico o psíquico extremo fundamental y decisivo para dilucidar la cuestión de marras. La perito se abstiene de expedirse al respecto alegando razones de limitación y necesidad de otro procedimiento y contexto evaluativo (...) No surge explicitada en dichos informes la existencia ni configuración de ninguna experiencia traumática que comprendida dentro del marco de aplica-

ción convencional a la que pudiese exponerla la restitución implique inexorable perjuicio de L. por su regreso al Paraguay. Al respecto tampoco surge que el padre no pudiese trasladarse a su país de origen a discutir la atribución de la tenencia ni que el abuelo de la niña no pudiera asumir el rol de cuidado o de acompañamiento de la menor siendo que según manifestó en la propia sede judicial, junto con su familia se ocupaba de esa tarea de manera habitual en virtud de la cercanía domiciliaria con su hija la progenitora de L. motorizando así las salvaguardas necesarias en el marco del mecanismo de la justicia de acompañamiento expresamente invocados por el Ministerio Pupilar en tal sentido y como modo de garantizar el reintegro seguro y evitar su afectación frente al cuadro traumático asumido como cierto” (fs 362 y vta.).

En sustento de su queja cita el criterio expresado por el Máximo Tribunal de la Nación al sostener que “Si bien la sola posibilidad de que exista un cuadro de violencia generado a partir de la conducta de la madre o su grupo convivencial, resulta altamente delicada y merece una especial atención institucional, para lo cual resultan altamente considerables las pautas y precauciones adoptadas por la Sra. Asesora de Incapaces antes referidas, en un todo acorde con las responsabilidades internacionales asumidas por el Estado Argentino en materia de violencia familiar extra fronteriza (Ley 26485, ley 23179, ley 24632) aspecto omitido de cualquier valoración en el decisorio, aquel dato no obsta a disponer el urgente retorno al lugar donde la niña ha pasado la mayor parte de su vida en condiciones legítimas (Fallos 334: 1445 y SC G, n 129, L XLVII, “ GPC c/ HSM s/ reintegro de hijo”). Ello así se impone en razón de que la severidad y suma estrictez con que la Convención aplicable juzga la procedencia de la excepción de grave riesgo obedece a la necesidad de no frustrar *a priori* el objetivo de postular de dicho plexo cual es el combatir el traslado ilegal de niños. De ahí que no cualquier situación de afectación o peligro por muy seria que fuere alcance para detener el retorno sino aquellos cuadros que rigurosamente se adscriban dentro del acotado marco de su aprehensión normológica. La violencia familiar no es la excepción a dicha regla (fs. 363).

A lo expuesto añade que “Frente a dichas conclusiones y el nuevo requerimiento de la Alzada tendiente recién en dicha oportunidad a evaluar la causal de grave riesgo prevista por la Convención, el Sr. Perito interviniente calificó como riesgoso y perjudicial el reintegro “brusco” (inesperado e intempestivo) de la niña a su madre detallando al respecto los mecanismos adecuados para efectivizar dicha restitución sin afectación psicológica para la pequeña. Con pie en el análisis conjunto de estos elementos la Excma. Cámara hizo plena convicción respecto de la existencia en el caso de la causal de grave riesgo apuntando dicha conclusión en la necesidad de evitarle a la niña que vuelva a pasar por las situaciones traumáticas irresueltas o agravar un cuadro psíquico que atribuyó configurado a partir de dichos reportes psicológicos y tácitamente imputados a la progenitora (fs.351 párrafo in fine) (...) En efecto: como ya se explicitara la evaluación del perjuicio real no hipotético de posible acacimamiento o de naturaleza intolerable requerida por la norma convencional y las exigencias de los estándares de excepción interpretación que le son aplicables, sin hesitación alguna es la relativa, al impacto pernicioso del retorno al país de residencia. Los informes psicológicos primigenios y los agregados a instancias del superior muy por el contrario, se han circunscripto a describir la conflictividad familiar, el nuevo status familiar obtenido y las proyecciones susceptibles de impacto negativo en la niña ante la continuidad o cambio de dicho contexto, aspectos todos bien distintos del requisito legal de imperativa y excluyente consideración.” (fs 363 vta., 364 y 364 vta.).

Adicionalmente destaca que “Aclaraciones y rectificaciones mediante, surge claro que el buscado e insistido abordaje psicológico finalmente dio cuenta de una situación no subsumible ni equiparable al supuesto de rechazo taxativamente autorizado por el art.11, que como requisito excepcional debe ser interpretado de manera estricta y rigurosa, de conformidad con los estándares establecidos por el Supremo Tribunal de la Nación y todo el plexo de aplicación enumerado precedentemente (SCBA C 107.623, sent. del 2-9-2009). La sentencia en agravio no logra cumplir con este recaudo primordial confundiendo el abordaje intelectual de las circunstancias descriptas al evaluarlas en

igualdad de rango de pertinencia convictiva y con igual aptitud jurídica para merituar la configuración del grave riesgo dotándolas erróneamente de una entidad de la que no gozan y motorizar inmotivadamente el rechazo del retomo. No debe perderse de vista que el régimen de la restitución internacional de menores no juzga sobre la aptitud de los progenitores para resolver quien de los dos resulta más apto para ejercer la custodia del menor en tanto la Convención reguladora no prejuzga sobre la adjudicación de la tenencia. Este aspecto es el que trasunta indirectamente pero con palmaria evidencia la sentencia de Alzada al ponderar, error de apreciación mediante, la mejora general de su salud y la presunción de su detrimento en caso de retomar a la niña con su madre a quien se le atribuye *per se* la causa de dichos factores como cuestión primordial y excluyente para denegar la restitución omitiendo, en cambio, focalizar el análisis del riesgo al factor del retorno al país requirente” (fs.364 vta. y 365).

En relación con la oposición de la niña a retornar al país de su residencia habitual, la quejosa alega que “ El fallo incurre nuevamente en un severo déficit valorativo del marco legal aplicable a la especie y de la labor de apreciación lógica de la prueba ya que, amén de extraer conclusiones de hechos no probados, incurre en una desinterpretación de la excepción en crisis haciendo una aplicación disfuncional de su contenido y del preciso alcance que en el marco del derecho internacional de la minoridad corresponde dispensar al concepto de escucha del niño. Se ha soslayado de plano que la Convención aplicable no adhiere a una sumisión irrestricta de los jueces respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad de atender y convalidar con rango resolutivo la manifestación del menor sólo se abre frente a una voluntad no dirigida a la tenencia ni a la convivencia con uno y otro padre, sino a una férrea e irreductible oposición al retorno a su país de residencia sobrepasa con los restantes elementos de prueba (...) En la especie la niña ha expresado su marcada preferencia por continuar viviendo con su padre a partir de las experiencias desagradables vastamente reseñadas y vinculadas con malos tratos presuntamente recibidos de su madre y actual pareja, circunstancia que desde el abordaje ciertamente diferenciado de la materia no autoriza a extraer de

ello una actitud intransigente dirigida a resistir el retorno por parte de la niña como confunde la sentencia (...) Es que la restitución al país de residencia en la forma en que la concibe la Convención no implica que la niña deba de retornar para vivir con su madre inevitablemente pues ese no es el propósito del tratado, mucho menos dilucidar la atribución de su guarda ni su tenencia, sino el de resolver de modo urgente y sumario la retención ilícita en el estado de refugio (...) Frente a este contexto jurídico, el hecho de dar su opinión no convierte al menor en juez de su propio proceso ni obliga al magistrado a compartir su parecer o a sentenciar en el sentido en que el niño se ha manifestado como aquí se evidencia palmariamente al dotar a las expresiones de la niña de una aptitud definitoria de la cuestión en desmedro de la vigencia de la ley y la responsabilidad internacional asumida por el Estado Nacional y la propia obligación de los jueces frente al acreditado secuestro y retención de la niña” (fs. 366 y vta. y 367).

III. En mi opinión el remedio no debe prosperar.

i. Con carácter liminar, estimo preciso señalar que comparto los argumentos brindados por la alzada departamental en orden a considerar aplicable a la especie la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, CIDIP IV) respecto de la niña L.E.G. sobre la base de considerar que la niña ha sido trasladada y se encuentran ilícitamente retenida por su progenitor en nuestro país, por no resultar éste el estado de su residencia habitual en los términos del Convenio (arts.1,3,4 y ccs. CIDIP IV).

En este sentido, de las constancias de la causa se desprende que los progenitores de la niña suscribieron un convenio mediante el cual acordaban que la niña residiría junto a su progenitora en Paraguay. De ello se sigue, tal como alega la quejosa, que el traslado y la retención de la niña en nuestro país sin la correspondiente autorización materna resulta ilícita por haberse producido con infracción al derecho de custodia atribuido con arreglo al derecho paraguayo, país en el que L. tenía su residencia habitual, sin que fuera cuestionada por ninguna de las partes (fs. 10,14,18, 22, 23, 28/49 y ccs, 228 y 348).

ii. Sentado ello, corresponde ingresar al examen de la queja centrada en cuestionar la conclusión según la cual se tiene por acreditada en autos la configuración de las causales de “grave riesgo” y de “oposición de la niña a regresar” previstas por el propio Convenio como excepción a la obligación de proceder a la inmediata restitución de la niña sustraída y retenida ilegalmente (artículos 11 inc. b y 11 *in fine* CDIP IV).

En efecto, con base en las conclusiones del informe psicológico acompañado a fs.302/4 -con sus respectivas ampliaciones de fs. 318/21, 333/35- ; la alzada departamental concluyó que “el análisis conjunto de estos dos informes producidos en la causa, me llevan a la convicción que se encuentra debidamente acreditada la excepción contemplada en el inciso b del artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y en el inciso b del artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores, ya sea por el hecho que la misma vuelva a pasar por las situaciones traumáticas que no ha podido resolver y que la llevaron a autoflagelarse o bien por agravar el cuadro psíquico de que dan cuenta los informes psicológicos analizados (arts. 384 y 474 del CPCC) (fs. 351).

Con el objeto de rebatir tales conclusiones la impugnante alega que la interpretación de los informes psicológicos producidos y de la manifestación de la niña no evidencian una adecuación a las rigurosas pautas hermenéuticas establecidas para la interpretación de las cláusulas de excepción por la Corte Federal.

Con carácter previo al examen de los agravios traídos me permito recordar que las meras discrepancias con las valoraciones de la prueba rendida en autos sin especificar el modo ni los alcances en que dichas pautas evidencian la configuración del vicio del “absurdo” no resultan de modo alguno suficientes para autorizar la revisión de la labor hermenéutica en esta instancia extraordinaria (arts.279 y 384 C.P.C.C. y doctrina legal de esa Corte).

iii. Sin perjuicio de ello, y en atención a la naturaleza de los derechos involucrados, estimo preciso ingresar al examen de los agravios

vinculados con el fondo de la cuestión.

En tal sentido, me permito discrepar con la quejosa en cuanto considera que las conclusiones de los informes psicológicos acompañados no resultan contestes con las pautas hermenéuticas desarrolladas por el Máximo Tribunal de la Nación en pos de guiar al intérprete hacia una correcta aplicación del texto convencional.

Al respecto, resulta preciso recordar la evolución que ha venido sufriendo la apreciación de esta causal de excepción por parte de la Corte Federal. Concretamente el Máximo Tribunal de la Nación señaló que “... la causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente- en el *sub iudice*, inexistente- sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, *lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres*. Está claro que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no basta para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución...” (Fallos 318:1296, 328:4511; 333:604, entre otros. Destacado propio).(**Najuerieta María S.** “Interpretación uniforme de las excepciones a la restitución de un niño en el marco de las convenciones internacionales vigentes”, en *Integración y derecho internacional privado. Libro en homenaje al Profesor Dr. Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción, Paraguay, Editado por ASADIP, 2014, p.419/441.).

La doctrina especializada ha reconocido las dificultades que ocasiona la correcta valoración de esta causal de excepción. A respecto se ha sostenido que “la comunidad jurídica internacional ha advertido la gran dificultad que ha despertado esta excepción a nivel mundial a raíz de la gravedad y urgencia propia de cada caso. Ello, ha llevado a que esta cuestión se incorpore dentro de la Agenda de la Conferencia de la Haya” (**Rubaja Nieve**, *Restitución internacional de Niños, Capítulo 7, Corte Suprema Justicia de la Nación, Máximo Precedentes, Derecho de Familia*, Tomo III, p. 749.).

En relación con esta delicada labor hermenéutica se ha puntualizado que “La causal de excepción prevista en el artículo 13 inc. “b” de la Convención de la Haya, como así también su similar, el art. 11 inc. “b” de la Convención Interamericana, da lugar a que las autoridades del estado de refugio cometan dos tipos de desviaciones interpretativas: (i) examinar el fondo del conflicto que enfrentan los progenitores, extendiendo el juicio sobre la “ausencia de peligro” hasta abarcar las aptitudes de los padres para el ejercicio de la custodia; o (ii) restituir automáticamente al niño a su anterior residencia habitual, como si fuera un objeto”. En el difícil equilibrio entre esos dos extremos se encuentra el éxito de la correcta aplicación de las convenciones sobre restitución” (**Najurieta María S.**, “La restitución internacional de menores y el principio del “interés superior del niño. Un caso de aplicación de la Convención Interamericana de Restitución de Menores”, JA-2006-I-43, p.12).

En esa línea se advierte sobre la necesidad de “... considerarse situaciones límites en las que el padre que petitiona la restitución constituya un peligro para el menor, como sería el caso de desequilibrio psíquico, adicción algún vicio, etc. Y que debe tenerse en cuenta que el daño potencial lo debe sufrir el niño y no el padre secuestrador que invoca la defensa. En definitiva, que es necesario delimitar los argumentos aceptados para probar estas situaciones de los argumentos propios de un juicio de tenencia que meritúa la aptitud de cada uno de los padres para el cuidado del menor aportar elementos de juicio confiable para que la autoridad competente se ha ceñido a evaluar la presencia de extremos fácticos que permitan razonablemente concluir sobre la existencia de un grave riesgo para los niños si se ordenara la restitución reclamada.”(**Goicochea Ignacio-Seoane de Chiodi, María** “La Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores” citado por **Rubaja Nieve**, *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Abeledo Perrot, 2012, p.507.Destacado propio).

En definitiva no debe perderse de vista que “El objetivo a primar en el análisis e interpretación de las excepciones convencionalmente contempladas es que mediante su aplicación se logren proteger y asegurar

los derechos fundamentales en juego y el interés superior del/los niños en cada caso; siempre teniendo en miras la finalidad de las Convenciones. Si no se cumpliera con estos propósitos o si la valoración judicial se apartara de la interpretación restrictiva o de los estándares uniformemente alcanzados respecto de aquéllas se podría generar la responsabilidad internacional del Estado.” (**Rubaja Nieve**, Restitución internacional de Niños, Capítulo 7, Corte Suprema Justicia de la Nación, Máximo Precedentes, Derecho de Familia, Tomo III, p. 723 y ss).

En la especie, se advierte que las conclusiones de los informes ordenados en primera instancia indican que “En concordancia con el relato de la niña, corroborado por el abuelo materno y del progenitor L. parecería no contar con el cuidado y el afecto necesario por parte de su madre y de su actual pareja, imprescindible para lograr un desarrollo psicofísico apropiado en la niña. Surge de la entrevista realizada que la vinculación materno/filial parecería estar seriamente dañada” (fs. 69/71 y 169/70).

En el mismo sentido, en el informe ordenado por la alzada departamental agregado a fs. 302/4 se destaca que “ de la evaluación realizada se infiere que la niña L. presenta al momento de la misma signos visibles de angustia, las cuales la propia niña sitúa, en su decir, en relación lógica con situaciones que dice haber vivido con su madre y la pareja de esta última» (fs. 302/4). En la misma línea, se concluyó que “... considerando el material probatorio y las conclusiones que se desprenden del mismo, puede decirse que en el actual estado de situación de la conflictiva resulta riesgoso para la integridad psíquica de la niña “una eventual restitución”. Sería confrontarla sin elaboración subjetiva alguna con todo lo que la angustia. Una eventual restitución demandaría de un trabajo de revinculación previo en el que al mismo tiempo pueda evaluarse la posición subjetiva de la madre de la niña en el vínculo materno filial” (fs. 318, 320/1. Destacado propio). Posteriormente, y a pedido de la Sra. representante del Ministerio Público, el perito volvió a ampliar su informe, destacando que “un eventual regreso al estado requirente supone en lo fáctico un acontecer que no es inocuo para la niña. El mismo en el marco jurídico en el que se situaría, muy probablemente propiciaría en la niña el malentendido y el supuesto en el que

habría caído quien suscribe, es decir, la posibilidad del encuentro con su madre lo cual, tal cual fuera informado, resulta una escena angustiante para L. (fs. 331, 333,335.).

En esta línea considero que las conclusiones expresadas por los peritos intervinientes en las distintas etapas del proceso resultan contestes en destacar la presencia de los extremos fácticos requeridos para concluir razonablemente que se encuentra configurada la causal de “grave riesgo de que la restitución la exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera coloque a la niña en una situación intolerable” en los rigurosos términos establecidos por la Corte Federal (art.11 inc b CIDIP IV y art 13 inc b CH1980).

En esta inteligencia, y en virtud de la esencial relevancia que supone para la resolución del presente conflicto la determinación del “grave riesgo” esa Suprema Corte, en uso de sus exclusivas y excluyentes facultades ha ordenado producir, como medida para mejor proveer, la realización de una pericia psicológica que arrojó como conclusión que “... la sola posibilidad de viajar a la República de Paraguay al momento actual, colocaría a la niña en una situación de vulnerabilidad que la expondría a un peligro grave físico y psíquico dada la magnitud de lo manifestado subjetivamente tanto a través de sus informes como de sus palabras” (fs.373, 387/8).

Consecuentemente, entiendo que la decisión de rechazar el reintegro de la niña al país donde tenía su residencia habitual encuentra motivación suficiente en los elementos objetivos que se infieren de las conclusiones de las múltiples pericias producidas a lo largo de todo el proceso.

Por último, estimo preciso referirme al agravio vinculado con la valoración efectuada por la alzada departamental respecto de la oposición de la niña a regresar al país de su residencia habitual (fs.351/3 y ccs.).

En efecto sabido es que el artículo 11, *in fine* del Convenio autoriza como causal de excepción a la obligación de restituir la circunstan-

cia de que se compruebe que “...La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.”

En relación con la misma causal prevista en el Convenio de la Haya de 1980 la Corte Federal sostuvo “... el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario la posibilidad del artículo 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas sino al reintegro al país de residencia habitual; y dentro de esta área específica no ha de consistir en una mera preferencia o negativa sino en una verdadera oposición entendida como un repudio irreductible a regresar (v. dictámenes Fallos 333:604 (en especial puntos X (6) y XIII y sus citas) y Fallos 334:913 (en especial puntos X, quinto párrafo); “ H.C.A. c/ M.A.J.A. s/restitución internacional de menor sobre oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, del 21 de febrero de 2013, “F.C. del C. c / G.R.T. S/ reintegro de hijo”, sent. del 21 de mayo de 2013, entre otras).

Al respecto la doctrina destaca que “... siendo que el niño es también intérprete de su mejor interés, se deberá evaluar y apreciar en cada caso concreto, en función de la madurez del niño de que se trate, si éste se niega a retornar al país de su residencia habitual y si tal negativa resulta suficiente para exceptuar la obligación de restituir. En esta evaluación será de fundamental importancia el aporte interdisciplinario que puedan brindar otros profesionales expertos en la temática de modo que puedan interpretar su negativa, ya sea que se exprese verbalmente o no, y si ésta responde a su verdadero interés o a la influencia que pueda sufrir sus progenitores” (**Rubaja Nieve**, Restitución internacional de Niños, Capítulo 7, Corte Suprema Justicia de la Nación, Máximo Precedentes, Derecho de Familia, Tomo III, p. 751).

En el *sub iudice*, la alzada departamental destacó que “... tanto de la audiencia celebrada en la instancia de origen (fs 201) como en la llevada a cabo en este Tribunal (fs 271) la niña L expuso libremente ante el sus-

cripto -y en forma categórica- su voluntad de no volver a la República del Paraguay junto a su madre y a la pareja de aquella exponiendo adecuadamente sus vivencia, miedos y deseos. Dicha declaración, en consonancia con los hechos que surgen de los informes psicológicos practicados en autos, en mi opinión excede la mera disconformidad con un modelo de crianza o el celo excesivo de su madre y su actual pareja en la aplicación de las correcciones disciplinarias (...) Los hechos denunciados (que la actual pareja de la madre la bañaba con el lado verde de la esponja de la cocina, y que era sometida a maltrato verbal - declaración de fs. 165/6- y físico) valorados en forma conjunta con los restantes elementos de juicio señalados en los párrafos precedentes, resultan a mi criterio determinantes para valorar la opinión de la niña - quien cuenta con 8 años de edad- a la cual, vale aclarar, estimo con capacidad y madurez suficiente para manifestar, como efectivamente lo hizo, su intención de no regresar a Paraguay y residir con su padre en el país (art. 11 CIRIM y art 13 CH1980). El Código Civil y Comercial de la Nación introduce en su artículo 26 el concepto de autonomía progresiva de la persona menor de edad y la necesidad de escuchar al menor en toda cuestión que lo involucre, siguiendo el principio rector del artículo 12 de la Convención de los derechos del Niño” (fs. 351 y vta.).

En la misma línea se inscriben las manifestaciones vertidas por la psicóloga particular de la niña (fs. 208/12) y por la perito psicóloga integrante del equipo técnico del Tribunal en relación con el deseo de L. de no regresar (fs. 302/4).

Dicha oposición, asimismo, resulta conteste con la impresión recogida por quien suscribe en oportunidad de la audiencia celebrada con el propósito de tomar contacto personal y directo con la niña L. G. ante los magistrados de esa Suprema Corte y del suscripto -Resolución Procuración General 12/2016- en fecha 24 de febrero de 2016 (fs. 410).

Por ello, en virtud de las consideraciones formales y sustantivas -ancladas sobre la conclusión de las pericias producidas en ambas instancias- entiendo preciso aconsejar a VE el rechazo de la queja que aquí se

examina.

Tal es mi dictamen,

La Plata, 21 de marzo de 2016.

CARLOS ARTURO ALTUVE

Fiscal del Tribunal de Casación Penal

Pcia. de Bs. As.

Res. N° 12/16



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.818-1

**“S., R. c/ B., A. D. s/ restitución internacional de menores”,
fecha: 3 de octubre de 2018**

11. Excepciones convencionales

Dictamen C 122.818-1 “S., R. c/ B., A. D. s/ restitución internacional de menores”,
fecha: 3 de octubre de 2018

Sinopsis

En este caso, la Excm. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala Segunda, de La Plata, revocó la sentencia del Juzgado de Familia N°2 de La Plata, rechazando la pretensión de restitución internacional de la menor M.S.

Contra dicho decisorio la parte 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 concs. del CPCC, el que fue concedido por la Excm. Cámara.

El recurrente centra sus agravios en considerar que en la sentencia impugnada se ha errado en la valoración de la prueba colectada, toda vez que se ha ponderado por sobre todas las demás una sola de ellas -que no es otra que el informe psicológico agregado a fs. 553/554-, sin mencionar otras probanzas agregadas de igual peso y valor, como la pericia psicológica de fs. 259/260.

Así también, aduce que dicha sentencia ha interpretado erróneamente el artículo 3° inc. “b” del Convenio de la Haya sobre Aspecto Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención sobre los Derechos del Niño, dejándose de lado el interés superior de niño, ya que -afirma- “no incluir la figura paterna, el contacto frecuente que éste debe mantener con su hija y viceversa es no priorizar el interés superior del niño.”

Finalmente, menciona que tampoco se ha valorado por la Excm. Cámara la existencia de las sentencias dictadas por los Tribunales de Roma que disponen el regreso a Italia de la menor, establecen que allí está su centro de vida y, por último, le otorgan la custodia exclusiva de la niña a su padre.

El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, consideró que correspondería rechazar el recurso impetrado.

Para así dictaminar, entre sus consideraciones, señaló que 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, observó “*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.*”

Citó el criterio expresado por el Alto Tribunal al sostener que “*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/expll28s.pdf>, parr. 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 a 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”).*”

Asimismo, partiendo de esta base y de lo dispuesto por la mencionada Convención

de la Haya, entendió que “en el caso, -tal como ha concluido la Excma. Cámara de Apelaciones- se hallan configuradas las especiales y excepcionales causales que autorizan a negarla restitución solicitada.”

En resumen, el Procurador General entendió que, “a la luz de todo lo expuesto, el decisorio atacado no ha incurrido en absurdo ni ha aplicado erróneamente la Convención de la Haya ni la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que ha valorada armoniosamente la prueba colectada y ha ponderado fundamentalmente el interés superior de M. 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).”



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

“S., R. c/B., A. D. s/ Restitución
Internacional de Menores”

C 122.818-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Excm. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala Segunda, de La Plata, con fecha 9 de agosto de 2018 revocó la sentencia del Juzgado de Familia n° 2 de La Plata, rechazando la pretensión de restitución Internacional de la menor M. S. (fs. 612/616).

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 Ares y 278 y concs. del CPCC- (fs. 621/630), el que fue concedido por la Excm. Cámara con fecha 2 de agosto de 2018 (§. 631/631 vta.).

II. Del recurso de inaplicabilidad de ley.

La quejosa centra sus agravios en considerar que en la sentencia impugnada se ha errado en la valoración de la prueba colectada, toda vez que se ha ponderado por sobre todas las demás una sola de ellas -que no es otra que el informe psicológico agregado a fs. 553/554-, sin mencionar otras probanzas agregadas de igual peso y valor, como la pericia psicológica de fs. 259/260.

Así también, aduce que dicha sentencia ha interpretado erróneamente el artículo 3° inc. “b” del Convenio de la Haya sobre Aspecto Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención sobre los Derechos del Niños, dejándose de lado el interés superior de niño, ya que -afirma- “no

incluir la figura paterna, el contacto frecuente que éste debe mantener con su hija y viceversa es no priorizar el interés superior del niño”.

Finalmente, menciona que tampoco se ha valorado por la Excma. Cámara la existencia de las sentencias dictadas por los Tribunales de Roma que disponen el regreso a Italia de la menor, establecen que allí está su centro de vida y, por último, le otorgan la custodia exclusiva de la niña a su padre.

Relata, a su vez, que la retención de la joven M. en Argentina es ilícita debido a que la autorización para viajar al país otorgada por el Tribunal Ordinario de Roma, Primera Sección Crivil, permitió el viaje con fecha 17 de febrero de 2015 por el plazo de doce meses y que, apelada la resolución, el mismo Tribunal con fecha 18 de enero de 2016 dispuso su regreso inmediato a Italia, lo que su madre no cumplió.

Sostiene que no puede evaluarse el “riesgo psíquico” en el retomo de la niña a su ciudad y país natal, cuando es sabido que allí existe un sistema jurídico e institucional que garantiza plenamente sus derechos y que las sentencias recaídas en los Tribunales de Roma disponen que M. cuente con un tratamiento de sostén dirigido a la recuperación de la relación con su padre.

Por último, destaca el recurrente que *“no puede pretenderse que una joven bajo la tutela y control de los Tribunales de Roma, llamados naturalmente a decidir sobre su situación, puede correr ningún “grave riesgo”, so pena de romper el lazo de confianza mutua entre los Estados y las diferentes jurisdicciones que está en la base misma del espíritu de la Convención de La Haya de 1980, y ya se ha resuelto que esa conducta puede generar responsabilidad internacional”.*

III.

El Código Civil y Comercial de la Nación, dictado pautas para casos como el presente, disponiendo que *“em 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 14ª sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

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 3” 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 periodo 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*”. Sin embargo, en el artículo siguiente dispone que, no obstante ello, 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”*.

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/expll28s.pdaf>, parr. 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 a 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”).

Partiendo de esta base y de lo dispuesto por la mencionada Convención de la Haya, entiendo que en el caso -tal como ha concluido la Excma. Cámara de Apelaciones- se hallan configuradas las especiales y excepcionales causales que autorizan a negarla restitución solicitada.

En efecto, ya de la Sentencia del Tribunal Ordinario de Roma, de fecha 16 de octubre de 2014 surge que *“teniendo en cuenta el malestar evidenciado por M. en el curso de la audiencia (atribuible de forma verosímil a la circunstancia de encontrarse vinculada en el conflicto existente entre los padres); la reiterada manifestación de no querer encontrarse con su padre, imponen la medida -por lo menos momentánea- de los tiempos mínimos de permanencia junto al padre, acompañados por un tratamiento de sostén dirigido a la superación de la relación”* (fs.35).

Asimismo, de la pericia psicológica de la Lic. M. V. -de la que el señor S. se agravia que no ha sido valorada-, se desprende que la menor mencionó con pesar en la entrevista la probabilidad de tener que viajar junto a su madre a Italia y que *“desde el discurso de M. se perciben también dificultades inherentes a vínculo padre e hija”* (fs. 260).

Por otra parte, la trabajadora social M. C. J., afirmó que

“de todo lo observado y del análisis discursivo de los entrevistados se desprende que a lo largo de un año que la madre e hija se han instalado en la ciudad de L. P. han podido apropiarse de una rutina que incluye las responsabilidades laborales y educacionales que les compete a cada una, como así también de espacios de recreación e inserción social como grupo de pares”(fs.305 vta.).

Sumado a ello, a fs. 453 obra traducción del escrito depuño y letra de la joven M., del día 16 de octubre de 2017, del que se desprende claramente su oposición al traslado a Italia, lo que se encuentra en consonancia con el informe del Servicio de Asistencia Familiar del Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia del que surge que *“En la referencia de su historial subjetivo, la figura de su padre emerge como una figura terrorífica, revelando la joven un miedo profundo frente a su recuerdo, generando una respuesta inmediata de crisis de pánico frente a su sola presencia en los recuerdos que evoca, no pudiendo implementar mecanismos, que le permitan tolerar ni siquiera evocación”* y concluye: *“M. fue entrevistada en cuatro oportunidades, como habíamos mencionado, en apariencia fría, luego, cuando pudo tomar la palabra y poner en escena lo padecido, comienza a historizarse y reconstruye su propio relato desde la angustia que le provoca el miedo al recuerdo (sobre la situación abusiva, física, emocional y sexual), perpetrada por su padre, haciendo referencia a hechos concretos. Dicho relato es acompañado con extrema angustia, llanto, adoptando una postura corporal regresiva, ‘fetal cuando ella esta sentada” ... “Continuaremos trabajando en entrevistas de contención y sostén, en particular con ‘M, ya que, en la entrevista antes mencionada refiere que, si se decide su regreso a Italia, ella ‘se suicida””(fs. 509).*

Por último, a fs. 517, obra constancia de que la menor fue oída por el tribunal de Alzada con fecha 5 de octubre de 2017, en presencia del auxiliar letrado de la Asesoría de Incapaces y la señora abogada de la nía y, luego de ello, con fecha 10 de octubre, dispuso como medida para mejor proveer que se practique una pericia psicológica a la menor por un perito del Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de la Responsabilidad Juvenil (fs. 518), la que obra a fs. 553/554 vta. y de la que surge que *“Más allá de la influencia materna que se pueda consignar por lo discursivo en la joven y los avatares de la vida transcurrida hasta*

el momento, no emerge escena, recuerdo o sentimiento vital o animoso, que pueda brindar referencia alguna de la función paternante del señor S., contrariamente a ello, una crisis panicosa se precipita, al evocar su recuerdo. Implementa mecanismos psíquicos para presionar y persuadir, sobre su idea de rechazo al vínculo con el progenitor, no obstante lo cual, surge síntomas reactivos de consideración, para la salud psíquica de la joven”. Y concluye. “Tal cual está planteada: la presente situación, y a fin de dar respuesta al punto pericial encomendado, la joven] frente a la posibilidad de viajar a Italia hoy, quedaría expuesta un grave riesgo para su salud psico-física, estimándose una repercusión emocional riesgosa en este caso particular, por encima de lo que implicaría un stress previsible en un caso similar”.

Ante este informe, en ejercicio de su derecho de defensa, el progenitor de la menor solicitó una conferencia vía Skype con la perito psicóloga del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil -Lic. R -, la que se llevó a cabo, obrando \$5. 599/600 el informe de la perito que concluye que no modifica dicha entrevista, en nada, “las conclusiones a las que se arribaron en el informe pericial presentado oportunamente con relación a la niña M. S. dado su singular estado de vulnerabilidad”. Asimismo, sugiere “brindar herramientas y recursos que permitan a la niña a futuro sujeto a su estabilidad psíquica, una comunicación con su padre, sin perder de vista su voluntad y su interés superior ”.

En síntesis, para decidir como lo hizo, la Excm. Cámara ha evaluado el superior interés de la niña involucrada en su realidad concreta ponderando especialmente la vista de la Asesora de Menores (fs. 500) y la prueba colectada, con posterioridad a la sentencia de primera instancia: las conclusiones del informe psicológico de la Lic. E. R. y su ampliación -que no fueron cuestionados por las partes-; el estado de vulnerabilidad de la niña luego de la entrevista vía teleconferencia que tuviera la experta con el progenitor y la impresión obtenida por los señores jueces en el marco de la audiencia en que tomaron conocimiento personal de la joven y se procedió a su escucha, pues “*allá surgió claro el estado de angustia luego demarcado por la experta, manifestando la joven en forma contundente su negativa frente a la posibilidad de un eventual regreso a Italia*” (v. .615).

Asimismo, sopesó la edad de M. que al momento de la sentencia contaba ya con 13 años de edad y que, con debido patrocinio letrado, expresó su férreo rechazo al regreso a Italia -según menciona la propia sentencia a fs. 615 vta.-.

Vale decir, que la decisión recaída en el fallo en crisis ha tomado en consideración no sólo la escucha de la menor, sino el contexto y la armonía de ésta con el resto de las pruebas, pues como bien se ha sostenido “tener en cuenta la opinión del menor no se reduce a la expresión verbal del adolescente, que puede expresar plenamente su opinión, sino que también abarca otras formas de expresión no puramente verbales ... En esta tarea se requerirá el desarrollo de capacidades técnicas y de equipos multidisciplinarios que se encuentren en condiciones de interpretar y descifrar opiniones comunicadas de formas no verbales” (Pérez Manrique, Ricardo C. “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, en RDF n° 43, ed. Lexis Nexis, 2009, p. 178).

Ahora bien, se ha dicho que “El error que da lugar al “absurdo ”puede surgir tanto de una incorrecta valoración de los hechos de la causa (absurdo material) sea por desinterpretación de la prueba, sea por dejar de lado prueba esencial, sea por obtener erradamente conclusiones de la prueba existente, etc. Como de la indebida forma de razonar del a quo (absurdo formal) violándose las básicas reglas de la lógica” (CAMPS, Carlos Enrique. “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Ares. Anotado. Comentado y Concordado”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, TomoI, p. 514).

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 de la Haya ni la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que ha valorada armoniosamente la prueba colectada y ha ponderado fundamentalmente el interés superior de M. 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, 3 de octubre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.879-1

**“B., M. V. c/ Z., A. D. s/ restitución internacional de menores”,
fecha: 4 de diciembre de 2017**

12. Oposición. Debido proceso

Dictamen C 121.879-1 “B., M. V. c/ Z., A. D. s/ restitución internacional de menores”, fecha: 4 de diciembre de 2017

Sinopsis

En este caso, 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, en cuanto hizo lugar a la restitución internacional del niño M. Z. a la ciudad de S. A. de G., Madrid, España.

Contra ese pronunciamiento, el señor A. D. Z., progenitor del niño, interpuso 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.

El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, propuso que se haga lugar al recurso y en caso de que la Suprema Corte decida compartirlo, “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.”

Para así dictaminar, señaló que “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.”

Entre sus consideraciones, entendió 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 abastece, 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).”

Agregó que, “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.”

Resaltó que La Convención (ley 23.857) no contiene previsiones de tal naturaleza; solamente dispone, en su artículo 2° 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”.

Asimismo, destacó que “...por más sumariedad y urgencia que corresponda otorgarle [a la restitución], y aun 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.”

Además, argumento 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.”

Observó que la Suprema Corte ha sostenido 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).”

Asimismo, enfatizó que 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, acentuó que “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.”

Estimó 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.”

Asimismo, expresó que “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.”

Finalmente, señaló que lo propiciado es sin desmedro de la posibilidad de que la Suprema Corte “ejercite -como en otras 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).”



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

“B., M. V. c/ Z., A. D. s/ restitución internacional de menores”

C 121.879-1

Suprema Corte de Justicia:

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 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 2° 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 dela Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En el mismo proveído resolvió que en caso de oposición, el señor Z. ola 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 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 arrimar nueva documental hasta la presentación del memorial". "Que en la orientación señalada, implícitamente quedó notificado... de la promoción del juicio...más 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. 186vta.)

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 abastece, 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 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 (...) entendiéndose 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.

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 tenerla posibilidad de oponerse a la restitución, debiéndose proveer la prueba por él ofrecida (conf. Scotti, Luciana, “LA GARANTÍA DEL DEBIDOPROCESO 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 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 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 otras ocasiones y en resguardo del principio del superior o mejor interés del niño- sus exclusivas y excluyentes facultad es 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, 4 de diciembre de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

