

Dictámen de la Procuración General:

I. La Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora en fecha 13 de febrero de 2014 resolvió confirmar la sentencia de grado que resolvió ordenar el inmediato reintegro del niño X.S.D. a la ciudad de Mataró, España (fs. 321/324 vta y 377/87 y vta).

Contra dicho resolutorio se alzó la progenitora con patrocinio letrado particular a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 399/415.

II. La Sra. progenitora, alega en síntesis, que se ha violado e interpretado erróneamente el Preámbulo y los artículos 3, 8, 9, 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y los artículos 3,11,12,13 a) y b) y 20 de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores al decidir que el niño debe retornar a Barcelona, España (fs.403).

En particular se agravia la quejosa por entender que se ha violado su derecho a producir prueba para fundar sus defensas al denegar la

apertura a prueba del proceso en virtud de considerar que la prueba documental acompañada resultaba suficiente (fs. 405).

Al respecto sostiene que "este razonamiento deja ver claramente que se saltó una etapa ya que si el período probatorio resultaba innecesario así debió declararlo el Tribunal de primera instancia bien sea rechazando en forma fundada las pruebas o declarando la cuestión de puro derecho, actos procesales que se traducen en un pronunciamiento judicial susceptible -por su envergadura- de recurso revocatoria" (fs 405).

Pues "mientras que por un lado se omite el pronunciamiento sobre las pruebas ofrecidas y la impugnación efectuada por la Sra D. por el otro se valora sólo la documentación del Sr. S. y se la considera suficiente para admitir la demanda, lo que pone a esta parte en una clara desigualdad procesal impidiendo el ejercicio del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva y violentando el debido proceso" (fs. 405 vta. y 406).

Por ello concluye que "...el Tribunal de segunda instancia vuelve nuevamente a contradecirse porque si por un lado afirma que existen hechos controvertidos la consecuencia necesaria es admitir

que la Sra. D. tenga la oportunidad procesal para acreditar y probar sus afirmaciones lo que se efectiviza con la apertura a prueba y su producción, lo contrario violenta el debido proceso establecido en la norma aplicable -arts 496 y ccs CPCC-" (fs.406).

Señala que la apertura a prueba del proceso resultaba precisa no sólo para producir las pruebas tendientes acreditar la configuración en la especie de algunas de las excepciones previstas en el Convenio sino para resolver el hecho controvertido relativo a la residencia habitual del niño que la quejosa cuestionó en virtud de considerar que el progenitor del niño prestó consentimiento para que el niño X.S.D. residiera en la Argentina (fs. 409 vta).

Sobre este punto denuncia que " ...el artículo 2 dela CH 1980 indica que sin perjuicio de la urgencia y sumariedad y que el objeto del pleito sólo tienda a restituir el *statuo quo*, se impone la necesidad de que exista un debido proceso incluyendo que el demandado sea oído y pueda hacer valer los medios de defensa prescriptos por la normativa procesal. Específicamente expresa que el demandado tiene la posibilidad de oponerse a la restitución, alegando y probando alguna de las excepciones establecidas en la normativa internacional

(art.13 etc). Estas pautas armonizan el proceso de restitución con la Constitución Nacional. La base fáctica del citado precedente nos muestra un impedimento del demandado para acreditar las razones de sus excepciones violándose las garantías de la defensa y del debido procesal legal" (fs. 407 y vta).

En efecto alega que "yerra la Cámara de Apelaciones en cuanto considera que la recepción favorable de los agravios formulados por esta parte importa el incumplimiento del artículo 11 del CH1980 y la violación de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Ya que en rigor el cumplimiento del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, violados a la Sra. D. , en el presente proceso también se encuentran amparados en normas internacionales (...)" (fs. 408 vta).

En tal sentido añade que "...la estructura de la norma internacional contenida en el CH 1980 no comprende sólo la averiguación del carácter ilícito del traslado o retención sino también que no se configuren las causales impeditivas (arts 12, 13 y 20 del CH 19080) de la aplicación de la consecuencia jurídica de la norma internacional. Lo contrario sería asimilar el presente Convenio a un tratado relativo a la ejecución de

sentencia" (fs. 409).

Se agravia también por considerar que la decisión de la alzada revocó la sentencia de grado que resolvió imprimir al presente proceso las normas del juicio sumarísimo, volviéndose sobre una decisión firme y consentida y pretendiendo modificar la norma de rito lo que implicó avanzar sobre una materia reservada al órgano legislativo (fs.406 vta. y 407).

Por otra parte alega que en virtud de ello la sentencia es arbitraria al estar basada sólo en la voluntad del juzgador, contradictoria con las constancias de la causa y ha interpretado de manera errónea el artículo 13 inc. a) del CH1980. Concretamente destaca que se omitió valorar la totalidad de las pruebas acompañadas por mi parte, en especial el Acta Notarial labrada por el notario Patricio Pantin, la conducta del Sr. S. que evidenció de un modo indubitable el consentimiento para que el menor mudara su residencia a la Argentina y los elementos de juicio tendientes a acreditar que el pedido de restitución de su hijo por parte del progenitor obedeció a una conducta extorsiva contra la quejosa. Al respecto destaca que el mismo día que el Sr. S. suscribió un acuerdo ante el Banco Francés con la quejosa manifestó a ésta la voluntad de retirar la denuncia

por la restitución de su hijo y que, del acuerdo citado, surge que el Sr. S. aceptó entregar el departamento donde habitaba la demandada y su hijo, que procedió a enviar la documentación para la escuela de X.S.D. y que vendió la totalidad de los muebles de la Sra.D. . (410 vta./411 vta).

Sobre este punto se agravia por considerar que el Tribunal no admitió ni valoró las pruebas fundamentales antes indicadas haciendo solamente una remisión indeterminada a la prueba documental acompañada en forma genérica (fs. 411 vta).

Por ello insiste en considerar que "resulta arbitraria la sentencia por cuanto no valora ninguna de las pruebas de esta parte, en especial las documentales acompañadas que muestran la intención clara y explícita de aceptar la residencia de X. en Buenos Aires (...) sino que también surge de los actos posteriores efectuados por el actor en tal sentido (entrega de la vivienda familiar, venta de muebles, envío de documentación, etc) por lo que se cumple con la carga necesaria para probar la defensa articulada (art.13 inc a)" (fs. 412)

En suma " se observa que no se hace un análisis de la situación concreta del caso de marras sino que afirma en forma abstracta y genérica la no

demostración de las eximentes. En este sentido tampoco aclara la Cámara cuál de todas las excepciones articuladas no se habrían configurado, si las establecidas en los arts. 12, 13 a) y b) o 20. Específicamente en lo que atañe al artículo 13 el juzgador tampoco indica de qué manera ha valorado las pruebas y las ha subsumido en la normativa aplicable. Se torna entonces la afirmación como basada sólo en la voluntad del juzgador y alejada de las constancias de e la causa" (fs 411 vta .y 412).

En esta línea señala que la decisión de retornar al niño implicaría someterlo a condiciones sumamente precarias que le impedirían la satisfacción de sus necesidades básicas en el contexto grave de crisis que sufre España (fs. 412 y vta). Además señala que el ambiente social y educativo del niño X. en Barcelona resultaba perjudicial para el niño, y el retorno a aquel lugar implicaría un retroceso emocional y de salud muy importante.

Sobre este punto afirma que "el bienestar de X.S.D. se encuentra aquí en la Argentina junto a su madre (...). Ha faltado en esos obrados la producción de la prueba conducente, pertinente y profesional para acreditar el perjuicio psicológico al que se verá expuesto X.S.D. como es la pericia psicológica.

Reiterados fallos de esa Corte toma en consideración de forma fundamental los informes psicológicos elaborados en el período probatorio entre ellos la causa C 100742 "B.S. M. contra P.V.A. restitución de menores (Acuerdo 2078 del 4/2/2009)" (fs 413 vta).

Por último destaca que el fallo impugnado omitió considerar la oposición del menor X.S.D. al retorno, manifestada claramente en primera instancia ante el Asesor de Incapaces conforme glosa en el dictamen de autos, aunque el propio Asesor luego pretende desvirtuarlo alegando que el menor no sabe por qué motivos no desea regresar a España.(...) "El hecho de que X.S.D. no sepa porque motivos no desea volver puede ser atribuido a diferentes factores entre ellos a la ya enunciada mala relación con su progenitor, sumida en malos tratos e insultos incluso por las redes sociales. En este sentido hubiera sido lo adecuado efectuar una pericia psicológica en el menor, lo que fue omitido a los largos del proceso. Esto a las claras violenta el interés superior de XSD de poder expresar y evaluar su verdadero querer por profesionales en la temática" (fs. 414).

III Considero que el remedio interpuesto debe prosperar.

i. En primer lugar estimo

preciso adelantar mi opinión según la cuál resulta aplicable a la especie el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CH1980) sobre la base de considerar que el niño X.S.D. se encuentra ilícitamente retenido por su progenitora en nuestro país, por no resultar éste el estado de su residencia habitual en los términos del Convenio (arts.3,4, 12 y ccs. CH1980).

Sobre este punto el artículo 4 del Convenio establece que "El convenio se aplicará 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. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años". En este sentido, de la totalidad de las constancias de la causa se desprende que la residencia habitual del niño era en España hasta su viaje a la Argentina.

Al respecto la alzada destaca que "...se encuentra acreditado a fs. 41 que por ante el juzgado de primera instancias nro 7 de Mataró, España, tramitaron las actuaciones a través de las cuales se declaró la extinción de la unión estable formada por los progenitores del menor objeto del presente reintegro con todas sus consecuencias legales. Asimismo en dicha

resolución fue homologado el acuerdo alcanzado entre ambas partes en fecha 8 de abril de 2008. Dentro de este acuerdo (...) las partes acordaron respecto de la patria potestad sobre el hijo común de la pareja. A fs. 38 fue expresamente convenido por ambos que : (...) En caso de que la Sra. D. O. decidiera marcharse a vivir en forma permanente a Argentina junto con el hijo menor de edad, *precisará la autorización expresa y por escrito del Sr. quien decidiría si se autoriza ese cambio*, puesto que el mismo comportaría un cambio radical del presente convenio regulador en cuanto la guarda y custodia, régimen de visitas, pensión de alimentos y uso de la vivienda conyugal. Por ende para no considerar ilícita la retención del niño en Argentina la madre en su contestación de demanda debió acompañar la autorización expresa de su progenitor o de autoridad judicial competente en España. Todo ello en virtud de lo expresamente convenido por las partes, no siendo suficiente la supuesta autorización tácita conferida por el padre y que aún en la hipótesis más beneficiosa para la recurrente, en el caso de así serlo no sería válida atento a que conforme el acuerdo suscripto por las partes y judicialmente homologado, la misma debe ser expresa, por escrito y emanar de parte del padre o de autoridad judicial" (fs. 384 y vta. destacado propio).

En mi opinión esta circunstancia no ha merecido embate idóneo por parte de la impugnante ante esta instancia quien se limitó a esgrimir razones vinculadas con conductas del progenitor que permitirían, en su opinión, evidenciar la existencia de un consentimiento implícito más nunca expreso ni escrito como el convenio homologado judicialmente lo requiere.

En este sentido resulta oportuno recordar lo sostenido reiteradamente por VE al afirmar que "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).

ii. En relación con el agravio relativo a la violación del derecho de defensa de la quejosa -subsidiario del agravio vinculado con la cuestión relativa a la aplicación del Convenio de la Haya precedentemente analizada- no puedo dejar de soslayar que, en mi opinión, asiste razón a la quejosa en cuanto alega la violación de su derecho de defensa por no habersele reconocido la oportunidad razonable de probar las excepciones alegadas y autorizadas expresamente por el Convenio en su artículo 13 de la normativa citada. Pues, si bien comparto las afirmaciones esgrimidas por el tribunal *a quo* a fs. 385 respecto de la interpretación restrictiva con la que se deben analizar las excepciones previstas en el artículo 13 del Convenio de La Haya cuanto del principio de celeridad que impone el Convenio para la prosecución del trámite de restitución (art 11 Convenio de la Haya), considero que estas pautas no implican la negación sin más del derecho de la parte demandada a producir la prueba respaldatoria de las excepciones invocadas en virtud del derecho que le reconoce el propio texto Convencional como, a mi modo de ver, ha acontecido en la especie.

En este sentido el *a quo* ha sostenido que "... lo que se debe decidir entonces en las

mismas es si el menor es retenido en Argentina de manera ilícita, siendo ajena a esta clase de proceso toda otra cuestión. Por ende la apertura a prueba no es necesaria en autos en virtud a a que con la prueba documental acompañada nos da pautas claras y suficientes como para resolver si la retención del menor en este país es o no ilícita. Por lo cual no obstante existir en el *sub-examine* alegaciones contrapuestas, tal disconformidad no enerva que la cuestión pueda fallarse de la forma en la cual lo hizo el *a quo*, en atención a que la esencia propia del presente es la licitud o ilicitud de la retención del menor y de ser ilícita ordenar su restitución, tornándose inconducente la producción de los elementos probatorios que pretende la recurrente. Avala esta postura el Convenio precedentemente referenciado cuando en su artículo 11 dispone que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia para la restitución de los menores" (fs. 384 vta).

Agrega a ello que "...en base a ello los agravios al respecto se deben desestimar, en virtud a que pretender la apertura a prueba para demostrar la tácita autorización otorgada por el padre del menor como así también ventilar cuestiones relativas a la personalidad del mismo, se contrapone con el convenio homologado y se

deben debatir ante la justicia española que es quien tenía la competencia por ser esta la residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado ala República Argentina" (fs 385 vta.).

Asimismo la alzada esgrimió como sustento de su decisión que no se encuentra configurado en autos ninguno de los eximentes autorizados por el Convenio para denegar el retorno y que abrir un debate respecto de cuestiones vinculadas con el comportamiento o la idoneidad del progenitor para enervar la obligación de restituir al niño tampoco resultan cuestiones procedentes en estas actuaciones (fs. 385).

Al respecto si bien el Máximo Tribunal Nacional ha destacado al respecto "la rigurosidad con la que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad del Convenio (Fallos 318:1269; 328:4511 y 333:604)" en mi opinión tal criterio restrictivo debe interpretarse a la luz del reconocimiento de la oportunidad de demostrar los extremos alegados por la parte, en el caso, con miras a verificar si se encuentra configurada o no en la especie las excepciones previstas en el artículo 13 del Convenio de La Haya de conformidad con la interpretación rigurosa que les atribuye el Máximo Tribunal de la Nación.

Sobre la causal de excepción prevista en el inciso b) del artículo 13 invocada por la quejosa ha detallado la Corte Federal que (...) (7) El art. 13 inc. "b" contempla un supuesto de excepción. 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. (8) **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.** (9) 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. (10) en el régimen del CH1980, 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. 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. (11) la mera invocación genérica de un cambio de ambiente, no basta para configurar la situación excepcional que permitiría rehusar la restitución" (destacado propio) (Fallos 333:604, sent. del 19-5-2010).

Asimismo ha sostenido la doctrina en relación con la excepción prevista en el art. 13 inc. "b" del CH1980 que "Es una de las excepciones que permiten catalogar a la Convención como muy valiosa, si se la compara con el procedimiento clásico de restitución a través de reconocimiento de órdenes judiciales extranjeras (...)La experiencia de aplicación de la Convención *nos acerca a las problemáticas de quien puede alegar la existencia de grave riesgo para el menor y cómo debe probarse que el menor se verá afectado por la restitución.* En cuanto a la personería y legitimación para alegar la excepción que estamos comentando, la Convención faculta a cualquier persona, institución u otro organismo que se opongan a la restitución. Ello permite a las partes en el proceso, y a instituciones públicas y privadas a presentarse durante el trámite del pedido de restitución y acercar pruebas que demuestren la inconveniencia de la vuelta del menor a su residencia habitual. Realmente fundamental es la prueba de esta excepción. *La mera*

invocación del grave riesgo no basta para configurar la existencia de la excepción. Ello deberá probarse de manera contundente y real. Quien se opone la restitución tendrá que acercar prueba clara, contundente y convincente de que el retorno del menor lo expondría a una situación de daño físico o psíquico o en una situación intolerable. En el proceso judicial de restitución, ante el pedido de pruebas periciales o informativas con el objeto de acreditar el grave riesgo para el menor, los magistrados deberán hacer lugar a lo solicitado, previo a toda decisión sobre la procedencia de la restitución" (Arcagni José Carlos, "La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Derecho Internacional Privado Tuitivo", La ley 1995-D, 1024, destacado propio)

Idéntica postura ha sido afirmada al expresar 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 al denegatoria al retorno y es justamente esto lo que no se logró. Respecto de la expección 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. Esto justifica que no se haya admitido la prueba pericial psicológica ofrecida por la madre y a practicarse respecto del padre de los niños" (**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, pp.18 y19)

En la misma línea se advierte que la Guía de Buenas Prácticas elaboradas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 señalan al respecto que **"En la**

medida en que sea compatible con el derecho interno, incluida las debidas consideraciones a los derechos de defensa (due process), las disposiciones de la ley de aplicación destinadas a asegurar que las solicitudes de retorno de La Haya sean tratadas rápidamente y con diligencia podrán incluir: (...) [Reglas de Prueba] tales como la prueba del derecho extranjero: pensar en procedimientos en el marco del Convenio que traten del derecho extranjero (artículos 14 y 15) previendo mecanismos para limitar los retrasos, las pruebas documentales: pensar en procedimientos en el marco del Convenio que permitan las pruebas documentales provenientes de los Estados requirentes y así suprimir la necesidad de efectuar pruebas orales; salvo en casos excepcionales, dar una mayor importancia a las pruebas documentales y a las declaraciones juradas y menos relevancia a las pruebas orales; y en los casos cuya resolución exija testimonios orales (conflicto en las declaraciones juradas relativas a un punto esencial), limitar el tiempo para los testimonios orales y centrarse en la cuestión (...), entre muchas otras." (destacado propio)

En síntesis, de las citas efectuadas se desprende que, a mi modo de ver, el principio de celeridad invocado por el *aquo* debe conjugarse armónicamente con la garantía del debido proceso -sin

avasallarla- a los fines de reconocer efectividad al Convenio Internacional, en especial, en lo que aquí se debate, en relación con sus cláusulas de excepción.

Por ello entiendo que el trámite impreso a la cuestión traída se ha apartado injustificadamente de las pautas reseñadas como guía para la labor hermenéutica, alcanzando el extremo de privar a la accionada de su derecho a probar los extremos requeridos para la configuración de las excepciones autorizadas el Convenio a la restitución del niño que fueran oportunamente alegadas por la quejosa.

Sobre tal punto y en palabras de pretigiosa doctrina agregaré 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 el 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)

Respecto de la primera de las advertencias señaladas por la autora resulta preciso recordar, como lo hace la alzada, el límite trazado por la prohibición del *forum shopping* en tanto sabido es que la sustracción de las competencias de los jueces naturales contradice la letra y el espíritu del Convenio y compromete la responsabilidad internacional del Estado (conf. pto. X. 12, XI y XVI del Dictamen de la Procuración General de la Nación en causa "B.S.M. c/ P.V.A s/ restitución de hijo", sent. del 19-5-2010 al que remite la CSJN y GOICOCHEA IGNACIO, Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores, RDF nro. 30 ,Abeledo Perrot, 2005,p.76). En este sentido ha afirmado VE que "este Tribunal, entonces, no está llamado a efectuar un juicio sobre el mérito, esto es, una apreciación exhaustiva en relación a la tenencia o guarda del menor, la conveniencia o inconveniencia de que permanezca con uno u otro de los progenitores o cuál será en definitiva la mejor manera de preservar su interés.

Tales aspectos conforman resorte propio de la autoridad jurisdiccional competente en el lugar de la residencia habitual. La finalidad de la Convención según reza su primer artículo consiste en garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante." (SCBA, C.107623, sent. del 2-9-09)

Con el propósito de procurar evitar incurrir en la segunda de las advertencias señaladas, entiendo esencial el aseguramiento de la garantía del debido proceso durante el trámite del procedimiento de restitución de conformidad con las reglas del Convenio que incluye, sin dudas, la posibilidad razonable de alegar y probar las causales que el propio texto convencional prevé como excepciones a la regla de la inmediata restitución a la parte que se opone a la restitución.

En virtud del análisis hasta aquí expuesto propicio a VE que se haga lugar al recurso y que en orden a la urgencia con la que deben tramitar los procedimientos de restitución de menores de conformidad con la manda del art. 11 del Convenio de la Haya estimo prudente requerir a VE que en el caso de compartir el criterio expuesto proceda a ordenar a la instancia de

origen la impresión de un trámite "urgentísimo" a fin de resolver definitivamente la cuestión a la luz de las rigurosas pautas interpretativas emanadas de la doctrina de la Corte Nacional y de conformidad con la diligencia y celeridad excepcionales que esta clase de procesos exigen (SCBA Ac.84418, sent. de 19-6-2002).

Lo dicho sin desmedro de la posibilidad de que VE ejercite -como en otras ocasiones y en resguardo del principio del interés superior del niño- sus exclusivas y excluyentes facultades disponiendo la producción de la prueba que resulte conducente a los efectos de verificar en la especie la configuración de la excepción del grave riesgo psíquico o físico del niño (art 13 inc "b" CH1980).

Por lo hasta aquí expuesto considero que el recurso extraordinario incoado debe prosperar.

Tal es mi dictamen,

La Plata, 27 de mayo de 2014 - **Juan Ángel de Oliveira**

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 10 de junio de 2015, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Hitters, Kogan, Pettigiani, Negri, Genoud**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 119.110, "S. A. , C. contra D. , M.F. . Reintegro de hijo".

A N T E C E D E N T E S

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora confirmó la sentencia de primera instancia que, oportunamente, ordenara el inmediato reintegro del niño X. S. D. a la ciudad de Mataró, España (fs. 377/387 vta.).

Se interpuso, por la demandada, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 399/415).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez

doctor Hitters dijo:

1. Se iniciaron las presentes actuaciones con la demanda promovida por el Titular de la Unidad de Defensa Civil n° 7 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, deducida luego del requerimiento de trámite formulado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, en su carácter de Autoridad Central designada por el Estado Argentino para la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ("CH1980"), a través del cual se comunicó la solicitud efectuada por el señor C. S. A. dirigida a obtener la restitución internacional de su hijo X. S.D. , quien se encuentra hoy junto a su madre radicado en nuestro país (fs. 3/83).

Con el escrito inicial se adjuntó documentación que acredita la residencia habitual -anterior al traslado a Argentina- del menor en la ciudad de Mataró, España y copia de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 7 de dicha localidad española, que declaró extinta la unión de hecho de los progenitores y aprobó el convenio regulador mediante el cual se atribuyó a ambos el ejercicio de la patria potestad confiriéndose a la madre la custodia del hijo. De dicho instrumento, surge -además- la necesidad de permiso expreso del señor S. para un cambio de residencia del menor o, en su defecto,

autorización judicial.

En la pieza de inicio se relató que la señora D. había solicitado autorización al señor S. para que el hijo de ambos viajara a la Argentina a visitar a los familiares maternos, a lo que el primero de los citados había accedido acordando tanto la fecha de salida como el posterior regreso del niño a España.

Se continuó exponiendo, en la referida actuación procesal, que a la fecha en la que el menor debía retornar la madre se puso en contacto con el señor S. manifestándole su intención de no regresar a España con el hijo, reteniéndolo así -según se dice- de modo ilícito en Argentina.

Con fecha 19 de septiembre de 2013 el Juzgado de Familia n° 8 del citado Departamento Judicial hizo lugar a la pretensión y ordenó el inmediato reintegro del menor a la ciudad de Mataró una vez cumplido el ciclo escolar correspondiente al año en curso (fs. 321/324 vta.).

A su turno, la Cámara de apelación confirmó lo así decidido (fs. 377/387 vta.).

2. Contra dicho fallo la requerida interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, por el cual denuncia la violación de los arts. 3, 8, 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 3, 11, 12, 13 "a" y "b" y 20 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos

Civiles de Sustracción Internacional de Menores.

Aduce que se ha vulnerado su derecho de defensa en juicio al denegarse la apertura a prueba del proceso, con sustento en que resultaba suficiente la constancia documental incorporada.

Expone, asimismo, que resulta contradictorio el temperamento de la alzada al sostener, por una lado, que resultaba innecesaria la apertura a prueba y, por otro, apreciar como admisible y con valor suficiente la documentación aportada por el actor, incurriendo así en una desigualdad procesal (fs. 405 vta./406).

Sostiene que los juzgadores de ambas instancias se han apartado de las pautas sentadas por este Tribunal en el precedente C. 104.149 (sent. del 15-VII-2009), fundamentalmente en la posibilidad para el demandado de oponerse a la restitución, alegando y probando alguna de las excepciones establecidas en la normativa internacional (fs. 407).

Argumenta que en el presente caso se encuentra en tela de juicio lo relativo a la residencia habitual y el carácter ilícito de la retención, ya que ambos aspectos han sido controvertidos por su parte mediante el ofrecimiento de probanzas que no fueron valoradas por el **a quo** (fs. 409/411 vta.).

Señala que el decisorio cuestionado ha

omitido efectuar un análisis de la situación concreta, afirmando de manera genérica y abstracta que no se han demostrado las eximentes, sin siquiera aclarar de cuáles de ellas se trata (fs. 411 vta.).

Esgrime, finalmente, que ha faltado en estos obrados la producción de prueba profesional para acreditar el perjuicio psicológico al que se vería expuesto el menor con el reintegro decidido (fs. 413/414).

3. En coincidencia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, estimo que el recurso debe prosperar.

Me limitaré a analizar el último de los agravios antes referenciados, por considerar que su tratamiento abastece suficientemente la presente propuesta decisoria.

i) En la referida parcela del embate, la recurrente puntualiza que "el ambiente social, educativo y familiar en el que estaba inmerso X.S.D en Barcelona era altamente perjudicial, por no contener redes sociales de apoyo conforme la indica la Lic. Helena Pérez Fuster en su informe. Esto produjo en el menor ataque de ira y fobias sociales cuya solución era la medicación o el cambio de hábitat. Dichos ataques que constante y reiteradamente sufría X.S.D. (el menor de autos) en España están acreditados con el informe de la licenciada Xufré

acompañado en autos. Para mejorar la situación psicológica y evitar el tratamiento farmacológico de X. se acordó con el progenitor un cambio de hábitat de X.S.D. hacia Argentina junto a su madre. Este punto -añade- no es menor porque el retorno implicaría para X.S.D. un retroceso emocional y de salud muy importante. Los beneficios de este actuar han repercutido rápida y notablemente en la salud psicofísica del menor ya que casi han desaparecido las rabietas o ataques de ira, se encuentra alejado de los malos tratos sufridos por su entorno escolar y social, produciéndose un avance en la vida y crecimiento del niño, todo conforme se acredita con el informe psicológico acompañado en autos y labrado por el Lic. Diego Tzoymaher" (fs. 413).

Inmediatamente se queja la recurrente de que "ha faltado en estos obrados la producción de la prueba conducente, pertinente y profesional para acreditar el perjuicio psicológico al que se vería expuesto X.S.D. como es la pericial psicológica", recordando que "reiterados fallos de la S.C.J. de Buenos Aires toma en consideración de forma fundamental los informes psicológicos elaborados en el período probatorio, entre ellos la causa C.100.742, 'B., S. M. contra P., V.A. Restitución de Menores' (Acuerdo 2078 del 04/02/2009)" (sic. fs. cit. y vta.).

Más adelante reiteraría este déficit, al

ponderar que "hubiera sido adecuado efectuar una pericia psicológica en el menor, lo que fue omitido a lo largo del proceso" (fs. 414).

De su lado, y en lo que atañe al tópico, el dictamen del Representante del Ministerio Público estimó "prudente requerir a V.E. que proceda a ordenar a la instancia de origen la impresión de un trámite 'urgentísimo' a fin de resolver definitivamente la cuestión a la luz de las rigurosas pautas interpretativas emanadas de la doctrina de la Corte Nacional y de conformidad con la diligencia y celeridad excepcionales que esta clase de procesos exige (SCBA, Ac. 84.818, sent. del 19-VI-2002). Lo dicho -añadió- sin desmedro de la posibilidad de que V.E. ejercite -como en otras ocasiones y en resguardo del principio del interés superior del niño- sus exclusivas y excluyentes facultades disponiendo la producción de la prueba que resulte conducente a los efectos de verificar en la especie la configuración de la excepción del grave riesgo psíquico o físico del niño (art. 13 inc. b CH1980)" (fs. 437 y vta.).

Cabe señalar que este Tribunal dispuso como medida para mejor proveer la realización de una pericia psicológica dirigida a determinar la posible configuración de un "grave riesgo" en el menor de autos en caso de procederse a la restitución, prueba cuya producción había

sido denegada en las instancias de grado (fs. 438).

Efectuada así la evaluación psicológica en cuestión, el perito interviniente concluyó que "...teniendo en cuenta la labilidad psíquica del niño, se considera que, de enviar a regreso al niño X. S. D. a España a dirimir la presente situación, existe grave riesgo de que se produzca un quiebre con la realidad, pudiendo repetir los ataques que se encuentran descriptos en autos por los profesionales tratantes en España, con las consecuentes pérdidas para el niño de los logros que ha hecho hasta el momento aquí..." (fs. 454).

Para arribar a esa conclusión, ponderó que "en relación a su vida en España, realiza un relato en donde no puede traer un solo recuerdo gratificante. Se angustia mucho recordando su vida allá. Su padre aparece como figura autoritaria y violenta, que permanentemente lo maltrataba y golpeaba. Describe escenas de mucha violencia entre los padres, en donde el progenitor amenazaba a la madre con pegarle un tiro en la cabeza y luego lo responsabilizaba a él por dichas peleas. Pero no sólo es su padre el que aparece como fuente de miedo, malestar y angustia, también la escuela y sus compañeros resultan fuente de recuerdos de maltrato y angustia, realizando un relato que por momentos resulta algo bizarro y persecutorio. En este contexto, la posibilidad de tener que

regresar allí resulta sumamente amenazante para él, siendo fuente de importantes fantasías de muerte. En su fantasmática -prosigue- España resulta para él el lugar de donde provienen todos sus sufrimientos, sufrimientos que ha logrado superar a partir de que se establecieron en Lanús con su madre. Pero hay elementos objetivos sobre los que sustenta dicha fantasmática y que generaron los distintos ataques de violencia descritos en los informes médicos enviados desde España" (fs. 453 vta.)

Luego, ante el pedido de explicaciones efectuado por ambas partes (v. fs. 459/vta. y 467/461), el citado profesional remitió a algunos conceptos vertidos en el informe realizado y puntualiza otros, a saber: "la posible sintomatología que esta situación podría adquirir es tan amplia que no es posible hacer una descripción precisa de la misma, pero teniendo en cuenta los antecedentes del niño, posiblemente podría tomar por el lado de ideas persecutorias y conductas auto y heteroagresivas" (fs. 464 vta.). Más adelante, señaló que "la angustia de X. ante la posibilidad de regresar a España no sólo está centrada en el progenitor -aunque éste es la principal fuente- sino en el lugar en sí, dado que en su fantasmática es toda su vida allí la que le generaba malestar. En lo que hace a las características del relato, esto da cuenta de cierta falta de adecuación entre lo

relatado y lo posible, lo cual da cuenta de la aparición de ideas paranoides en el niño que lo llevan a que determinados hechos fueron como él los relata, más allá de la imposibilidad concreta de que así sucedieran" (fs. 465 y vta.). Finalmente, destaca que "nos encontramos ante un sujeto en proceso de constitución subjetiva, que ha tenido que atravesar a lo largo de **toda** su corta vida situaciones altamente traumáticas. El niño deposita en su vida en España, pero especialmente en su progenitor y en los compañeros de escuela estos hechos, y la posibilidad de tener que regresar allí le generan tal montante de angustia y miedo que lo colocan al borde de la desorganización psíquica, lo que podría producir dicho quiebre" (fs. 465 vta.).

Más adelante, en el marco de la audiencia celebrada en esta instancia, X. manifestó espontáneamente y de modo enfático su negativa frente a la posibilidad de un eventual regreso a España (v. acta de fs. 514).

ii) Ahora bien, no obstante que el Convenio de La Haya establece la obligación del Estado requerido de restituir inmediatamente al niño, el mismo instrumento contempla una serie de excepciones mediante las cuales aquél podrá eximirse de cumplir con dicha obligación. Esas causales de excepción están descriptas en el art. 13, el que se encuentra redactado de la siguiente manera: "No

obstante lo dispuesto en el artículo precedente, 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: ... a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención o 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. 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. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor, proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor" (énfasis añadido).

iii) Al definir la configuración del "grave

riesgo", el máximo Tribunal nacional ha sostenido que la facultad de denegar al 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 y sus citas).

En el caso, las contundentes conclusiones a las que ha arribado el perito psicólogo que evaluó a X. , como las propias afirmaciones del niño en la audiencia realizada en esta sede, dan cuenta de la concurrencia del grave riesgo que para él implicaría la posibilidad de regresar a España.

En tal virtud, estimo que en resguardo el interés superior del niño, pauta medular para decidir los conflictos que lo involucren, conforme lo establece el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, se impone desestimar el requerimiento de restitución articulado.

4. Por lo expuesto, en consonancia con lo aconsejado por el Ministerio Público, habiendo sido acreditadas en estas actuaciones las causales de excepción previstas en el art. 13 "b" de la Convención de La Haya,

corresponde acoger el recurso interpuesto, revocar el fallo impugnado y rechazar la pretensión articulada (conf. art. 289, C.P.C.C.).

Costas por su orden, en atención a la índole del tema debatido (art. 68, segundo párrafo, Cód. cit.).

Voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

1. Adhiero al voto del colega que me precede en el orden de votación y no obstante la claridad de su exposición, me interesa remarcar que estamos frente a un caso en el que consideramos que se presenta una excepción al art. 13 inc. "b" de la Convención de La Haya por los motivos que muy bien señala el doctor Hitters.

Dicha situación genera que la restitución internacional solicitada no proceda, pero considero que debe ser puesto de relieve a riesgo de ser redundante, que ello no impide que el fondo de la cuestión continúe su trámite en España, ya que es la medida urgente la que en este acto se está denegando, sin que ello conlleve una intromisión respecto de las atribuciones del Tribunal requirente sobre otras medidas que entienda oportuno adoptar.

II. Con esta aclaración doy mi voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Comparto la solución que proponen los colegas que me preceden en el orden de votación.

1. Inicialmente, es posible concluir que el carácter ilícito de la retención del niño fue operado por su madre cuando se abstuvo de regresarlo a su residencia habitual española hacia el mes de enero de 2013 (arts. 1, 3, 5, 14 y concs., CH 1980).

Dicha conclusión se aprecia a partir del tenor riguroso del texto expreso del Convenio Regulador de la separación de hecho de los progenitores, suscripto en la ciudad de Mataró, Barcelona, España, el 8 de abril de 2009, homologado por el magistrado a cargo del Juzgado de Primera Instancia n° 7 de Mataró con funciones de Familia e Incapacidades el 22 de septiembre del mismo año (mediante sentencia 447/09, fs. 36/41), conforme al cual las partes acordaran expresamente que si "la señora D. O. decid[ía] marcharse a vivir de forma permanente a Argentina junto con el hijo menor de edad, [precisaba] la autorización expresa y por escrito del señor C.S. , y en caso de discrepancia, siempre [sería] la autoridad judicial quien decidiría [la autorización del] ese cambio, puesto que el mismo comportaría un cambio radical del ... Convenio Regulador en cuanto a guarda y custodia, régimen de visitas, pensión de

alimentos y uso de la vivienda conyugal" (fs. 38). Tal acuerdo de partes, vigente y válido según el derecho del estado de la residencia habitual del menor (tal lo evidenciado por su homologación judicial, conf. arts. 6, 1809 y sigtes., Cód. Civil español; 19 y concs., Ley de Enjuiciamiento Civil española; 7 e, 8 f y 15, CH1980), exigía a la progenitora que cualquier intención suya de mudar la residencia española de X. tuviera el expreso y previo consentimiento por escrito del padre del niño, o la venia judicial sustituta.

Tales extremos, sin embargo, estuvieron ausentes al tiempo de realizar en septiembre de 2012 el viaje hacia la Argentina. Por el contrario, al partir de España con el objeto de realizar una visita familiar, por tiempo determinado (tal lo refiere el informe de la psicóloga catalana Maribel Xufré acompañado en la contestación de demanda, fs. 128), madre e hijo poseían pasajes de regreso (fs. 42/3).

Por demás, cierto es que frente a un traslado o retención inicialmente ilícitos, el titular del derecho de custodia perjudicado puede aceptar con posterioridad la nueva radicación permanente del menor en el extranjero (conf. art. 13, párr. 1º, inc. a, CH 1980).

La comunidad internacional exige que dicha aceptación posterior, expresa o tácita, haya sido

inequívoca y convincente (conf. "50b17/08, Oberster Gerichtshof" [2008], INCADAT HC/E/AT 981; "21 UF 70/01, Oberlandesgericht Koln", INCADAT HC/E/DE 491; entre otros), sin que pueda confundirse ese consentimiento específico con cualquier otro brindado para prolongar un viaje, una visita internacional o una estadía vacacional. Tampoco procede su verificación cuando el solicitante ha pretendido -mediante su aquiescencia- asegurarse la restitución voluntaria del menor por medio de una posterior negociación (conf. "Wanninger v. Wanninger" [1994], INCADAT HC/E/USF 84; entre otros) o por medio de un intento de reconciliación con el sustractor (conf. "5P.367/2005/ast", Bundesgericht, II. Zivilabteilung, INCADAT HC/E/CH 841; entre otros).

El sindicado como sustractor tiene la carga de producir pruebas que lleven a la convicción de que el perjudicado estuvo de acuerdo de manera clara, explícita o tácita, con un cambio definitivo de la residencia del menor (conf. "Baxter v. Baxter" [2005], INCADAT HC/E/USF 808; entre otros), y tales recaudos no se abastecen -de ordinario- por medio de comentarios pasajeros, cartas o correos electrónicos escritos por dicho progenitor cuando se encuentra recientemente afectado por el trauma del traslado ilícito de su hijo (conf. "H. and Others [Minors] [Abduction: Acquiescence]", [1998], INCADAT HC/E/UK 46; entre otros).

En autos, más allá de los fundamentos brindados en torno de la inobservancia de los requisitos de procedencia del planteo anulatorio de la parte demandada, la alzada sostuvo que la apertura a prueba no era necesaria a tenor de la documentación agregada, la cual daba pautas claras y suficientes para resolver en forma definitiva la cuestión vinculada con el carácter ilícito de la retención actuada por la progenitora (fs. 384 vta.).

Dicha conclusión, si bien fue objeto de reproche por parte de la recurrente (fs. 405 y sigtes.) en lo concerniente a la alegada aceptación posterior que el señor S. habría dado autorizando la nueva residencia habitual de su hijo en Argentina, debe ser mantenida, toda vez que un repaso por los medios probatorios ofrecidos en la contestación de demanda muestra claramente que, aparte de la documentación allí agregada, los restantes ofrecidos por la parte demandada (tanto los exhortos a los juzgados, dependencias administrativas, escuelas y psicólogos españoles, como los oficios ofrecidos para ser diligenciados en la Argentina, como los diversos testimonios -a tenor de los interrogatorios glosados a fs. 108/127-, las pericias médica, psicológica y psiquiátrica sobre el solicitante, la ambiental en el actual domicilio del niño e incluso el reconocimiento de firma y contenido del informe psicológico de la licenciada Xufré, fs. 288

vta. a 292), resultaban verdaderamente inconducentes para acreditar las referidas exigencias convencionales en el tópico.

Es que en materia probatoria, la admisibilidad de los medios ofrecidos por las partes, atento a la necesaria urgencia de los procedimientos de restitución internacional de menores, se encuentra subordinada a un doble examen minucioso (conf. "M.W. v. Director-General, Department of Community Services" [2008], INCADAT HC/E/AU 988; entre otros), esto es, a la apreciación de su aptitud para acreditar los extremos alegados, en tanto éstos también se muestren susceptibles de justificar, en términos convencionales, una excepción al deber de restituir al menor a su última residencia habitual lícita.

Y en este aspecto, como fue dicho, ninguno de los medios probatorios ofrecidos en la contestación de demanda luce idóneo para indagar, con el rigor que los términos convencionales exigen, acerca del alegado consentimiento posterior del señor S. con la nueva radicación permanente de su hijo (doct. arts. 358, 362, 496 y concs., C.P.C.C.).

Por demás, la circunstancia de que por una deuda hipotecaria se tuviera que proceder a la devolución del bien que ocupaban la madre y el niño en la ciudad de

Mataró, junto a la entrega a terceros, por venta o donación, de los bienes muebles del mismo (fs. 249 vta., 250, 293), tampoco resultan aptas para configurar un supuesto de aceptación posterior a la nueva residencia habitual del niño, atento a la especial exigencia de claridad que la jurisprudencia internacional impone a la exteriorización de la voluntad en dicho sentido, máxime cuando en el caso se hallaba vigente ya el pedido de restitución internacional cursado por el solicitante (fs. 6/23).

Y finalmente, si bien la demandada alegó que el peticionario habría enviado voluntariamente la documentación personal del menor para su inscripción en el colegio al que asiste en Argentina (fs. 293), frente a la negativa del solicitante (fs. 307 y vta.), ni la prueba documental agregada (fs. 108 a 265) ni la restante ofrecida (fs. 288 vta. a 292) han sido dirigidas a tal acreditación, por lo que dicho extremo carece de todo soporte probatorio (doct. arts. 375, 384, 496 y concs., C.P.C.C.).

2. Ahora bien, distinta es la suerte que deben correr los agravios de la recurrente en torno de la verificación de los supuestos de excepción que autorizan a rechazar la solicitud de restitución internacional del menor de autos. En efecto, tal como sostiene el doctor Hitters en su voto, es posible en el caso tener por

acreditado el grave riesgo de que el regreso del menor lo exponga a un peligro de daño psíquico (conf. art. 13, 1º párr. inc. b, CH1980). Así como también es posible hallar demostrado el repudio del menor a regresar a su residencia habitual (conf. art. 13, 2º párr., CH1980).

A. En lo concerniente al primer tópico, sabido es que en general, cuando se acreditó la posibilidad de que el retorno le pueda causar serios daños psicológicos al menor, la negativa a la restitución ha sido considerada viable (conf. "M. [Abduction: Psychological Harm]" [1997], INCADAT HC/E/UK 86; entre otros).

En estos casos, se 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, de un cambio de su lugar de residencia o de la desarticulación de su grupo de convivencia (conf. C.S.J.N., Fallos 333:604 y sus citas). La mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o idioma, no bastan para considerar la situación excepcional que habilita a rechazar la solicitud de restitución en estos términos (conf. C.S.J.N., "W., E. M. c. O., M. G.", sent. del 14-VI-1995, LL 1996-A-260; entre otros).

Pues bien, a través de los estudios realizados sobre el menor por parte de los profesionales que lo han abordado, tanto en España como en el marco de

estas actuaciones, ha sido posible observar -tal como refiere el citado colega preopinante- que su salud psicológica podría razonablemente deteriorarse seriamente con su regreso a su residencia habitual española. No sólo por volver a tomar contacto con la persona de su padre, sino también por volver a vincularse con un entorno que, tal como refieren sus antecedentes, le resultaba hostil y perjudicial, y respecto del cual el niño guarda -aún hoy- muy ingratos recuerdos.

Aún cuando el niño pueda ser restituido en compañía de su madre o a un ambiente en el cual su padre no esté presente, su labilidad psíquica, con escasos mecanismos defensivos y tendencia a la actuación de sus impulsos, podría llevarlo a concretizar ciertas fantasías que se presentan dentro de su fantasmática como atribuidas al opresivo entorno padecido en su residencia habitual (conf. informe técnico de fs. 453/4).

En este aspecto, no es posible soslayar que el niño, hacia el año 2011, contando con 8 años de edad, presentaba ya en su residencia habitual un cuadro clínico de depresión infantil, con síntomas de tristeza, irritabilidad, anhedonia, sentimiento de no ser querido, baja autoestima, aislamiento social, hiperactividad, disforia y autolesiones. Por su sintomatología, se hallaba en un nivel importante de riesgo de sufrir trastornos, por

lo que debía recibir urgentes tratamientos pedagógico, farmacológico y psicológico con el objeto de ayudarlo a vehicular adecuadamente sus emociones (informe psicológico de fs. 56/77).

Aquéel concreto y objetivo diagnóstico, sumado a la actual percepción que el niño posee sobre el transcurso de su vida en España, lo colocan hoy en una situación de particular y considerable vulnerabilidad psíquica ante la posibilidad del retorno (conf. aclaraciones al informe técnico de fs. 466), extremos que desde una perspectiva convencional, resultan susceptibles de configurar una circunstancia excepcional limitativa de su inmediata restitución, atento al riesgo cierto y grave de que ésta lo exponga a un peligro psíquico o una situación que verdaderamente le resulte intolerable (conf. art. 13, 1° párr. inc. b, CH1980).

B. Paralelamente, al decidir respecto de la procedencia de la restitución de un niño no puede prescindirse de recabar la opinión que éste posee sobre el tópico (art. 13, 4° y 5° párr., CH1980), la que debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez, para lo cual es imprescindible al juez conocer al menor 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. Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002; entre otras).

Así las cosas, tanto a partir de la entrevista que mantuve con el menor (fs. 514), como de las realizadas en esta instancia con el perito psicólogo (fs. 453/4 y 464/6), es posible observar que X. se opone fervientemente a regresar a España, y vistos su edad y grado de madurez actuales, considero que resulta apropiado tener en cuenta tales objeciones (conf. art. 13, 2º párr., CH1980).

Es que se admite que la opinión del menor pueda ser decisiva si, a criterio 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 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 1982, en <http://hcch.net/upload/exp1128s.pdf>, párr. 30).

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

(conf. "Richards & DirectorGeneral, Department of Child Safety" [2007], INCADAT HC/E/UKS 904; "F. [Hague Convention: Child's Objections]" [2006], INCADAT HC/E/AU 864; "90b102/03w" [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. y. S." [2002], INCADAT HC/E/UKS 963).

En autos, observo que espontáneamente el niño ha insistido enfáticamente en negarse a ser devuelto a su residencia española. Y dicho rechazo, a partir de sus propias experiencias y percepciones, que reputo suficientemente autónomas de las influencias que podría haberle infligido la sustractora, ha logrado distinguirse de las cuestiones vinculadas a su custodia, para referirse exclusivamente a sus angustias y temores por un indeseado retorno a un ambiente agobiante y abrumador, descrito a partir de vivencias familiares y sociales pasadas, confrontadas con la relativa estabilidad de su actual entorno material y afectivo.

Luego, atento a la edad de X. y su actual estado de construcción de su subjetividad, considero que sus objeciones alcanzan la suficiente trascendencia para

conformar otro impedimento a su inmediata restitución (en el mismo sentido, "De Silva v. Pitts" [2007], INCADAT HC/E/USF 903; "Director-General, Department of Families, Youth and Community Care v. Thorpe" [1997], INCADAT HC/E/AU 212; "Blondin v. Dubois" [2001], INCADAT HC/E/USF 585; "Escobar y. Flores" [2010], INCADAT HC/E/USS 1026; "W. (Minors)" [2010], INCADAT HC/E/UKS 1324).

C. Cabe tener presente, en este estado, que la propia Convención sobre los Derechos del Niño exige a los países la adopción de medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero, promoviendo a tal fin -más allá de la adopción de las disposiciones internas pertinentes- la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a los acuerdos existentes (conf. art. 11).

En dicho escenario, inicialmente, cabe reconocer al niño el derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. Constituyendo la verdadera víctima de la sustracción, pierde su equilibrio y contexto, se trauma por ser separado del progenitor que siempre ha visto a su lado, siente incertidumbres y frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos

profesores, amigos, y -en ocasiones- a una familia desconocida (conf. Informe Dryer, Questionnaire - Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents, Doc. Prel. N° 1, agosto 1977, pág. 21). Despersonalizar al niño por su corta edad, sometiendo la determinación de su residencia habitual o el mantenimiento del contacto con sus referentes afectivos, exclusivamente a la voluntad de uno de sus progenitores, importa tanto como negar su subjetividad moral en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño (conf. Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 7, 11, 12 y conchs.).

Ahora bien, 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..., cit., 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, tal como aquí ocurre, que justifican el rechazo a dicha restitución.

En autos, el fin convencional debe ser dejado de lado ante la verificación de las mencionadas circunstancias excepcionales que, justamente en aras del concreto interés superior de X. , permiten que las autoridades competentes del estado requerido no se encuentren obligadas a ordenar su restitución. Llego así 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. 3.1, 9.3., 11, 12.1 y 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño; arts. 1, 2, 13 y conchs., CH1980; art. 14, ap. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos; arts. 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 concs., Const. nacional; 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y concs., ley 26.061; 4 y concs., ley 13.298; 3 y concs., ley 13.634).

II. Atento a la adhesión formulada y lo precedentemente expuesto, doy mi voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

1. Inicia estos obrados el Titular de la Unidad de Defensa Civil n° 7 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, en los términos del art. 7 inc. g de la ley 23.857, con el objeto de obtener la restitución internacional del niño X. S.D. , que vive actualmente con su madre en nuestro país en la localidad de Lanús (v. fs. 80/83).

2. El juez de primera instancia hizo lugar al reclamo y ordenó el inmediato reintegro del menor a la ciudad de Mataró, España, tal como fuera requerido por el padre del niño (v. fs. 321/324).

3. La Cámara de Apelaciones confirmó esa decisión (v. fs. 377/387).

4. Contra este último pronunciamiento la accionada dedujo el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 399/415.

5. Entiendo que le asiste razón.

a. El reclamo efectuado no puede ser cumplimentado en términos automáticos ni rituales (v. mi voto en C. 87.754, sent. del 9-II-2005).

La actuación del juez está aquí, acaso como nunca, ligada al resultado de lo que resuelva.

Y esto es así, especialmente, cuando el propio texto del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en su art. 13 prevé 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 grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable...".

Y agrega que "... La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones...".

b. Por ello, advierto que en este caso se ha vulnerado el derecho de defensa en juicio de la impugnante, al denegarle la producción de prueba tendiente a demostrar la existencia del referido supuesto de excepción (conf.

art. 18, Const. nac.).

6. En consecuencia, corresponde hacer lugar a recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado (conf. art. 289, C.P.C.C.).

De este modo, en consideración a lo expuesto por la apoderada de la progenitora del menor a fs. 445/446, la evaluación psicológica producida en esta instancia (v. fs. 438, 453/454, 464/465), y la expresa negativa formulada por el niño frente a la posibilidad de retornar a España (v. fs. 514), estimo corresponde vuelvan las actuaciones a la instancia de origen para que, con la celeridad que el supuesto requiere, resuelva la cuestión planteada.

Voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Pettigiani, votó también por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, en consonancia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, por mayoría de fundamentos, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia de fs. 377/387 vta. y, en consecuencia, se rechaza la pretensión articulada. Las costas se imponen por

su orden en atención a la índole del tema debatido (arts.
68, 2do. párrafo y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HECTOR NEGRI

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

CARLOS E. CAMPS

Secretario