



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

C 117.172 “R. A.
c./ R. M. T.
s/reintegro de hijo”.

Suprema Corte de Justicia:

I. El Tribunal de Familia número dos del Departamento Judicial de San Isidro en fecha 19 de junio de 2011 resolvió rechazar los recursos de reconsideración interpuestos por la accionada y por Sra. Asesora de Menores a fs. 350/7 y 343/4 y vta. respectivamente, quedando firme la decisión dictada por el juez de trámite a fs. 335/342 y vta. que dispuso efectivizar la restitución de la niña S.I. a California, Estados Unidos dentro del término de diez días (fs. 371/4 y vta.)

Contra dicho resolutorio se alzó la Sra. M. T. R. con el patrocinio letrado de la Sra. Defensora Oficial, Dra. F., través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 389/397 vta.

II. La Sra. progenitora, alega en síntesis, violación y errónea aplicación de los artículos 16, 18 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional, artículo 13 de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores y artículo 3 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño al decidir que la niña debe retornar a los Estados Unidos “desestimando las defensas interpuestas, impidiendo que se acrediten los extremos invocados” (fs. 390 y vta.).

En particular, sostiene que la sentencia en crisis ha violado su derecho de defensa en tanto “el Tribunal sentenciante confirmó la resolución de fs. 335/342 vta., la que desestimó la defensa interpuesta por esta parte, sin siquiera haberme dado la oportunidad procesal de acreditar los extremos invocados. Ello así, toda vez que rechazó la producción de la prueba oportunamente ofrecida, lo que asimismo fuera solicitado por la Sra. Asesora de Menores interviniente (fs.318/9; 325, 343/4). El Sr. Juez de trámite argumentó en aquella oportunidad su decisión en la necesidad de “imprimir celeridad al procedimiento”

(fs.341) y en la recomendación de la Oficina Permanente de la Haya respecto de la preeminencia de la prueba documental sobre otra prueba con la finalidad de evitar complicaciones y tardanzas en la resolución (fs 340)” (fs.391 vta.)

En particular agrega que “Al no permitir la producción de los medios probatorios ofrecidos se configura una palmaria violación a la garantía constitucional del debido proceso y a mi derecho de defensa en juicio (art. 18 CN), los que revisten idéntica jerarquía que la Convención de La Haya...” (fs. 391 vta.). Sobre este punto destaca la esencialidad de la fase probatoria a la luz de la garantía constitucional del debido proceso al afirmar que “ésta resulta ser una de las etapas medulares de “todo” proceso judicial y la concreción de uno de los contenidos del amplio derecho de defensa en juicio receptado en el art 18 CN, 8.1 CADH y 15, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia (...) y que “ todo ello no puede obviarse so pretexto de “imprimir celeridad al procedimiento” (fs. 391 vta. y 392).

Concretamente se agravia por considerar que no se le ha permitido probar los extremos que la propia Convención prescribe como excepciones al rigorismo formal del artículo 12 del Convenio de la Haya, como son las disposiciones previstas en el artículo 13 de la misma.

Por otra parte sostiene que el tribunal no sólo no le ha permitido acreditar los extremos que configuran “el grave riesgo físico y/o psíquico de la niña” sino que esta excepción ni siquiera ha merecido tratamiento por parte del Tribunal (fs.393 vta.). Sobre este punto la quejosa resalta el “trauma perturbador emocionalmente que pudiera significar para S. la afección que sufre su padre” (fs. 393 vta.) .

En este sentido señala que “la admisión de un pedido de restitución reconoce como excepción que la misma exponga al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera se lo ponga en una situación intolerable. Al no sustanciarse en autos la prueba ofrecida, se ha impedido probar tal extremo, poniendo a la niña en grave riesgo. Por ello, se solicitó que el Tribunal en pleno revoque la decisión del magistrado de trámite y permita la apertura a prueba de las actuaciones por el procedimiento más apropiado que se conozca en nuestro



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

ordenamiento jurídico, pero la resolución de fs. 370/4 rechazó el recurso de reconsideración interpuesto” (fs.394).

Alega además que tal decisión afecta el interés superior de la niña en tanto del informe elaborado por la perito psicóloga (fs.302 vta.*in fine*) “se desprende la necesidad de sacrificar el interés personal del guardador desasido en aras del interés superior de la niña” (sic fs.395), toda vez que llevar a cabo la restitución importaría someter a mi hija a una situación “traumática” lo que sin duda alguna violenta el interés superior garantizado por nuestra Carta Magna” (arts. 3.1CDN y 75 inc. 22 CN).

Sobre este punto agrega que si bien el Tribunal afirma que la circunstancia destacada por la perito psicóloga en su informe de fs. 335/42 vta. -relativo a que la separación de la niña de su madre implicaría una situación traumática dada la corta edad de la niña y el apego hacia su madre- se encuentra contemplada mediante la posibilidad de que la niña viaje con su madre, la quejosa se agravia por entender que tal oportunidad resulta, en realidad imposible, en virtud de la ausencia de seriedad de la propuesta del actor de afrontar los gastos del traslado de la accionada (expuesto a fs.122 vta., 170 y 364) y de la falta de recursos de ésta para afrontar el viaje cuanto la estadía en los Estados Unidos toda vez que alega carecer de resortes económicos y afectivos en aquél país (fs. 395 y vta.).

Por último denuncia que en este caso no se configura el requisito esencial para la aplicación del Convenio de la Haya consistente en considerar a Fresno, California, Estados Unidos como la residencia habitual de la niña. En efecto sostiene que “En modo alguno puede considerarse a los Estados Unidos de Norteamérica como el país de residencia habitual de S. Ella sólo vivió sus primeros ocho meses de vida allí, para trasladarse a la Argentina por decisión consensuada entre ambos padres. Hace ya casi dos años que vive en la Argentina, habiendo formado vínculos afectivos con todos los miembros de mi familia, resultando éste su hogar” (fs. 396 vta.)

IV.Considero que el remedio interpuesto debe prosperar.

En primer lugar estimo preciso adelantar mi opinión según la cual 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 la niña S. se encuentra ilícitamente retenida 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 –no cuestionadas por la accionada- se desprende que la quejosa y su hija residían en Fresno, California, Estados Unidos con anterioridad al traslado de la menor a la Argentina que contó con la autorización paterna para permanecer en el país, en definitiva, hasta el 30 de septiembre de 2010. De ello se sigue que la retención de la niña S. en nuestro país resulta ilícita a partir de esa fecha por haberse producido con infracción al derecho de custodia atribuido con arreglo al derecho norteamericano, país en el que la niña tenía su residencia habitual (fs. 106/11, 122, 373 y ccs. Y arts 3, 5 y ccs.CH1980).

En este sentido ha sostenido reiteradamente VE 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;



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

328:4511 y 333:604).

En relación con el supuesto relativo a las excepciones que prevé el Convenio –y sobre la base de entender que el agravio que a continuación se examina resulta subsidiario del 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, en especial el inciso “b” de la normativa citada. Pues, si bien comparto las afirmaciones esgrimidas por el tribunal *a quo* 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 “ Siendo la restitución de un menor una medida que debe adecuarse al contexto y precripciones de la Convención de La Haya. El interés superior del menor debe ser conciliado con el cumplimiento de la misma y la prosecución del trámite no puede erigirse en un obstáculo para el cumplimiento de la medida cuya naturaleza es cautelar y requerida en forma inmediata. La interpretación que cabe darle no puede ser otra que la de imprimir celeridad al procedimiento (...) La Convención de La Haya sugiere un procedimiento expeditivo para hacer cumplir de forma inmediata la restitución de un menor sustraído o retenido ilegalmente, pero al mismo tiempo otorga a los magistrados actuantes la potestad de valorar la situación particular del caso en estudio como para, de cumplirse los presupuestos normados como posibles de oposición para su cumplimiento, utilizar los mismos como fundamento para una decisión adversa al objetivo de la Convención” (fs. 372 vta. y 373) En ese sentido agrega que “Entiendo

que la entrevista personal que la menor mantuviera con el Tribunal en pleno (fs.323), con el Ministerio Pupilar (fs.331) y el informe pericial de fs. 302 resultan suficientes a los fines de determinar si se da en la especie el supuesto de excepción previsto en el art. 13 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Y sigo considerando que no se da dicho supuesto, no obstante la consideración de la psicóloga en cuanto a que la separación de la menor de su madre implicaría hacerla atravesar por una situación traumática, toda vez que el punto cuatro del decisorio contempla la posibilidad de que se garantice el viaje de la niña a Estados Unidos en compañía de su madre” (fs. 373 vta. y 374)

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)” 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 la excepción prevista en el artículo 13 inc. b del Convenio de La Haya de conformidad con la interpretación atribuida por el Máximo Tribunal de la Nación al concepto normativo de “grave riesgo”.

Sobre esta particular causal de excepción 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



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

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 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 una 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



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

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 de perturbación requeridos para la configuración del grave riesgo físico o psíquico que autoriza el Convenio como extremo excepcional a la restitución de la niña y que fuera oportunamente alegado por la accionada.

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 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 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



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

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 de la niña (art 13 inc “b” CH1980).

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

Tal es mi dictamen.

La Plata, 14 Octubre de 2012.

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia

