



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

C118.172. “ B. D. P. c/
A. A. S. s/ Exhortos y oficios”

Suprema Corte:

I- La Sala Segunda de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro revocó la sentencia de grado y ordenó la restitución inmediata de las niñas V.E. y S.M.B. a los Estados Unidos de América y al cuidado del padre D.P.B.en lo términos de la rogatoria obrante a fs.154/60.

Contra ese decisorio se alzó la progenitora de las niñas, Sra. Ana Soledad Alianelli, a través de los Recursos Extraordinarios de Nulidad y de Inaplicabilidad de Ley obrantes a fs. 943/957 que a continuación paso a examinar.

II. La recurrente denuncia que “la sentencia que se recurre ha violado la jerarquía normativa al no respetar lo ordenado por el art. 3- 1y2- de la Convención sobre los Derechos del Niño y haber aplicado al caso el CH de 1980 dejando de lado el principio del interés superior de las menores, siendo que la CDN goza de jerarquía constitucional (art.75 inc 22 CN) y el Convenio de La Haya es infraconstitucional, contrariando así la doctrina de la Corte que establece que tal principio otorga parámetros de carácter objetivos de modo que obliga a que ante la colisión de intereses de igual rango, el de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto y la decisión debe priorizar el mayor beneficio para aquéllos”. Viola también el interés superior de la niñas por cuanto efectúa una aplicación del artículo 13 inc.b del CH 1980 que se contradice con la interpretación dada por la Suprema Corte a las excepciones a la obligación internacional de restituir

con sustento en la protección de los derechos fundamentales como el derecho a la vida y el respeto por las relaciones familiares como aspecto integrante del derecho a la identidad del niño (fs 944). Asimismo señala que el pronunciamiento incurre en causal de nulidad toda vez que no ha respetado el orden jerárquico normativo que ordenan los arts. 34 inc. 4 del CPCCBA, 31 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (fs 944 y vta.).

En ese sentido puntualiza que el pronunciamiento en crisis “no ha hecho aplicación adecuada de la normativa atendiendo a que la estructura jurídica debe ser aplicada en cumplimiento de lo establecido no solamente por el derecho de forma, tal lo que resulta del inc. 4) del art. 34 del CPCCBA que le impone a los jueces el deber de fundar sus sentencias “bajo pena de nulidad” respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia, sino también en estricto cumplimiento de lo que impone la Constitución Nacional conforme el artículo 31 y de la Constitución de La Provincia que en su artículo 171 establece que las sentencias serán fundadas en el texto expreso de la ley” (fs.946)

En esa misma línea concluye que “no puede desconocerse que las niñas tiene un derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda resolución judicial. Resulta despreciable que en la sentencia que se ataca no se haya efectuado una interpretación integral, un análisis en conjunto, y que un texto normativo infraconstitucional -como el CH de 1980- haya sido aplicado sin considerar la Convención sobre los Derechos del Niño y su preeminencia, por gozar de jerarquía constitucional y ser de aplicación obligatoria en el derecho nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 inc.22 de la Carta Magna” (fs 947). Concretamente sobre ese punto sostiene que no se ha tenido en cuenta que el CH de 1980 contempla la excepción a la obligación de restitución (art. 13 b.) pero que, aunque se tratara de un supuesto no incluido, que no es el caso *sub examen*, no corresponde la restitución por cuanto debe atenderse el interés superior de las niñas evitando el desarraigo emocional a tan temprana edad” (fs 947 y vta.)



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

Por

otra parte denuncia la quejosa la omisión del control de legalidad de la sentencia extranjera por parte de la alzada. En efecto denuncia que los magistrados de la alzada han omitido verificar si la sentencia extranjera vulnera nuestro orden público interno(fs.947 vta y 948) y si ha sido dictada respetando debidamente el derecho de defensa de la recurrente (fs. 948).

Sobre

este punto sostiene que “En el caso a la suscripta no se le notificó la sentencia extranjera, que invoca el pronunciamiento que se ataca y por consiguiente no he tenido oportunidad de recurrir. Y aun habiendo sido desestimado el recurso en el extranjero, es dable revisar la arbitrariedad de la sentencia foránea según los criterios de la jurisprudencia de nuestra Corte a fin de salvar el principio del debido proceso” (fs. 948)

Asimismo afirma la quejosa que “su estadía en la Argentina emanó de la orden del tribunal Argentino toda vez que con fecha 10 de diciembre de 2010 la jueza interviniente ordenó la prohibición de salida de las menores, es decir, debían permanecer en este país, por lo cual con independencia de cómo se originó ello convirtió en legítima mi permanencia, lo ilícito hubiera sido sacarlas de la Argentina” (fs 948 vta.).

En ese sentido agrega que se ha cercenado su derecho fundamental al debido proceso al dejar la Cámara sin efecto la resolución de fs. 528 de la magistrada de grado -en que resolvió imprimir a las actuaciones el trámite del proceso sumarísimo y ordenó el traslado de la demanda y de la documental-. Concretamente se agravia de que en virtud de aquella resolución la Cámara concluye que “cabe ponderar que en el caso no ha sido la progenitora que ha opuesto excepciones a la restitución, sino que la oposición ha sido introducida de oficio por la Sra. Juez actuante” (fs 948 vta).

Asimismo el recurrente alega que la sentencia resulta arbitraria en cuanto desconoce y se aparta de las pruebas obrantes en la causa. En efecto denuncia que el juez se desprende injustificadamente de las

conclusiones periciales de la causa. Al respecto sostiene que “así es que el juez sólo puede apartarse del dictamen cuando se expresen razones de entidad suficiente que justifiquen esa decisión ya que el conocimiento que tiene el perito es ajeno al hombre de derecho y, por ello, el magistrado tiene que fundar su discrepancia en elementos de juicio objetivos que permitan desvirtuar la opinión del experto. El juez debe demostrar que el dictamen se haya reñido a principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos...” (fs. 950)

Al respecto sostiene que “En su pronunciamiento la Excma. Cámara tenía el deber de explicar claramente las razones que la condujeron a negar el valor probatorio del peritaje pudiendo apartarse de él dando las razones para ello, lo que no ocurrió en la sentencia que se ataca. Es decir, no explica por qué no tiene entidad suficiente el daño, infringiendo las leyes de la lógica ya que la alzada se apartó de lo que manda el 384 CPCCBA que le impone el deber de formar su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica” (fs. 950 vta)

Sobre este punto señala además que “Equivoca también su interpretación el Tribunal de la Segunda instancia cuando sostiene que no se advierte algún elemento que genere certeza suficiente sobre la realidad de la probabilidad de la ocurrencia del daño concreto e intolerable. No es ello lo que establece la excepción contemplada normativamente que solo indica la existencia de “grave riesgo”, esto es la contingencia o proximidad de un daño, solo “posibilidad”, no es certeza porque la certeza requiere seguridad. No es necesario entonces que las autoridades del Estado requerido cuenten con la certeza de que tales situaciones traumáticas para el menor han de suceder inexorablemente, sino que basta un prudente examen de grado de peligro para el bienestar del menor que arroje el resultado de una probabilidad seria, fundada, de que acontezca aquel (...) Todos los dictámenes de los peritos intervinientes del Equipo Técnico Interdisciplinario del Juzgado de grado, suministran adecuadamente los antecedentes y explicaciones que justifican la convicción sobre lo que exponen como conclusión, con debido fundamento sin



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

importar lo que afirman sino porqué lo afirman” (fs. 950 vta)

De ello concluye que “ Resultan contundentes las conclusiones de las pericias de autos que acreditan la producción y la dimensión del daño concreto e intolerable que la restitución a los Estados Unidos, la modificación de sus actuales circunstancias de vida, les provocara a Victoria y Sophia y que ese daño no se trate del que normalmente se produce ante la separación de los padres sino que la interdisciplina esta informando de un daño mucho mas grave y extenso que estaría agravado por el hecho concreto que desde hace más de tres años que no conviven con su progenitor. De hacerse lugar a la restitución, las niñas quedarían expuestas a un peligro psíquico o a una situación intolerable lo que según lo dispuesto por el artículo 13 inc b del CH 1980 resulta una excepción a la obligación por parte del Estado requerido de proceder a la restitución del menor” (fs 950 vta).

Agrega a ello que “ la única prueba obrante en la causa son los informes científicos que no han sido impugnados por ninguna de las partes pero tampoco la alzada ha dicho que esas conclusiones son inválidas sino que ante una colisión de intereses hace prevalecer el de los adultos desconociendo el orden jerárquico de las normas – interés superior de las niñas consagrado en la CDN- deber que el artículo 34 inc. 4 del código de rito impone a los jueces al fundar sus sentencias bajo pena de nulidad” (fs. 951)

Por último se agravia por considerar que “el pronunciamiento no ha meritado correctamente que el tiempo que las menores llevan residencia en la Argentina- Pcia de Buenos Aires- dos años y nueve meses ha impreso una noción de permanencia a la nueva residencia habitual que se mantiene hasta la actualidad. Sostener lo contrario implica en los hechos una sanción para la progenitora en desmedro del interés primordial de las dos menores, interés superior que corresponde tutelar teniendo cuenta que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan (cfr. Fallos 269:31; 308:1087; 316:1824;317:704;321:865)” (fs 953 vta).

Sobre este punto la quejosa plantea el

interrogante sobre cuales han sido los factores tenidos en miras por el Tribunal para entender que la decisión cuestionada resulta la más adecuada con el principio de su interés superior en la realidad que las circunda (fs.954).

En efecto afirma que ello no puede dejar de valorarse en oportunidad de resolverse un pedido de restitución en el que se exige al estado requerido que contribuya en forma inmediata a restituir la situación existente con anterioridad al traslado o sustracción en un claro beneficio del interés del niño que se presume que fue alejado ilícitamente de quien tenía su custodia. Es decir que la urgencia se ha transformado en un estándar internacional. “De allí que el CH 1980 establezca en su artículo 11 que si la cuestión no se ha resuelto dentro de las seis semanas como ocurre en el presente caso podrá exigirse al tribunal que explique las razones de esa demora, lo que en el *sublite* no ocurrió”(fs.954). Al respecto destaca que las actuaciones fueron iniciadas por la Autoridad Central en febrero de 2011 y aun no se hayan concluidas, lo que resulta violatorio del plazo razonable que prevé el CH 1980 que es retornar con urgencia las cosas al estado anterior por presumir que es ese el interés superior del niño”(fs. 954 vta)

También el CH prevé en su artículo 12 el plazo de un año para iniciar el procedimiento del menor desde que se produjo el traslado o retención. De ello debe seguirse que el tiempo determinado por el Convenio para presumir el arraigo es el de un año. En tal sentido destaca que la limitación temporal establecida por la referida norma “no trata de beneficiar al padre diligente, no estamos ante un premio o un castigo de los padres mediante decisiones que involucran el derecho de las menores. Ni aun en aquellos casos en donde alguna de las partes dilatará el proceso maliciosamente pueden tomarse decisiones que causen daños a las menores” (fs. 954 vta y 955)

De ello concluye que “ Incluso en aquellos supuestos en que la solicitud de restitución haya sido presentada en forma tempestiva no puede prescindirse de la ponderación del factor tiempo en relación con la estabilidad psíquica y emotiva del menor máxime cuando existen evidencias de su ulterior arraigo a un nuevo medio, producto de su permanencia por un período mayor



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

al estipulado en el artículo 12 del Convenio, en razón de la tramitación de los procesos administrativos o judiciales (...) No cabe duda de que no puede recurrirse indiscriminadamente a la aplicación del Convenio cuando estamos frente a un proceso que no solo excedió el plazo del artículo 11 (seis semanas) sino también el del artículo 12 (un año) lo que exige una nueva lectura de la cuestión para asegurar en forma efectiva el interés superior de las niñas, el que no se preserva castigando al padre o madre sustractor, ni beneficiando al padre o madre sustraído sino que se asegura en la medida en que se adopte la decisión que mejor satisfaga todos los derechos de estas niñas (integridad psicofísica, salud, derecho a un debido contacto con el progenitor no conviviente)” (fs. 955)

En definitiva, alega, el tiempo de residencia de estas niñas en el país requerido supera ampliamente el de residencia en el país requirente y han logrado conformar un nuevo centro de vida desarraigándose de su residencia en los Estados Unidos. De ello se sigue que el *status* que el CH 1980 intenta preservar – el de la residencia habitual anterior- en el caso ya no existe ya que la residencia de las niñas en nuestro país se ha convertido en permanente (fs.956). Añade que a los efectos de determinar la residencia habitual “debe considerarse la plataforma fáctica que no puede ser el sustento de una orden de restitución internacional (...) que atenta contra los delicados intereses en juego al perderse de vista la incidencia del factor tiempo en la vida de las niñas, la integración y adaptación al nuevo centro de vida y lo grave es que se las obligaría a regresar a un lugar que les resulta hoy extraño” (fs 956).

En virtud de las consideraciones concluye que “ En definitiva si bien en algún momento la ciudad de Colorado en los Estados Unidos fue la residencia de las menores no lo es menos que hoy a dos años y nueve meses de permanecer ininterrumpidamente en la Argentina es indiscutible que se originó una nueva residencia habitual que desplazó a la anterior y la decisión que recaiga debe propender a garantizar que las mismas continúen residiendo en el lugar donde poseen su centro de vida, es decir, aquel donde han desarrollado la mayor parte de su existencia – nuestro país, en el *sub lite*-(..)” (fs. 956 vta)

Como conclusión destaca que “no puede pasar desapercibido que no resulta garante de su interés superior ordenar su restitución a un país al que las menores nunca estuvieron arraigadas, por el escaso tiempo en el que allí vivieron y que solo reflejará para ellas pérdidas, angustia, enojo y desestabilización, obligándolas a dejar atrás su vida social y familiar conocida (...) para insertarse en un ambiente totalmente desconocido para ellas por la temprana edad en la que mudaron su residencia” (fs.956 vta)

III. En mi opinión el recurso no puede prosperar.

a. De los remedios examinados surge palmariamente la ausencia del requisito constitucional y legal que exige delimitar con precisión cuáles son los argumentos que fundamentan a cada remedio. Es decir, los recursos bajo examen evidencian un extenso desarrollo de consideraciones sin deslindar cuál o cuáles se traen en sustento de cada una de las vías impugnativas deducidas, lo que técnicamente me conduciría a proponer el rechazo del recurso por resultar insuficientemente fundado.

En efecto en los apartados relativos a la fundamentación de los remedios se afirma que “que vengo a interponer (...) el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (art 278 CPCPCBA) por violación de lo normado por el artículo 3.-1y2- de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 13 b. de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el recurso extraordinario de nulidad (art 296 CPCPCBA) por violación de los artículos 34 inc.4 del Código Procesal; 31 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional y 171 de la Constitución Provincial de Buenos Aires”. En la misma línea afirma que “El pronunciamiento incurre asimismo en causal de nulidad expresa en el derecho positivo argentino que rige en esta jurisdicción toda vez que no ha respetado el orden jerárquico normativo que ordenan los arts. 34 inc. 4 del CPCPCBA; 31 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Ello en virtud de que se impone a los jueces el deber de fundar sus sentencias respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia. La



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

fundamentación tiene raigambre constitucional en cuanto atañe al debido proceso y a la defensa en juicio y permite verificar la concordancia entre la valoración judicial y las normas vigentes en cuanto a que la sentencia debe ser derivación razonada de ellas con referencia a las circunstancias del caso, sustentándose en la supremacía de orden constitucional (31 CN)”. De ello se desprende, sin más, la promiscua fundamentación de los recursos. En efecto el recurso extraordinario de nulidad bajo examen debió haber sido puntualmente fundado en los supuestos contemplados en los artículos 168 y 171 de la Constitución Provincial, circunstancia que fuera omitida en autos en tanto resulta insuficiente las referencias efectuadas en forma vaga e imprecisa al incumplimiento de la jerarquía normativa como fundamento del vicio de falta de fundamentación legal. Aduno a ello que el recurrente se limito desarrollar una argumentación en la que se entrelazan y confunden agravios a través de los cuales pretende fundar cada uno de los remedios deducidos en violación con el principio de especialidad de las vías recursivas y de la doctrina de VE que establece que en virtud de resultar distintas las fuentes que autorizan la interposición de cada remedio resulta improcedente la pretensión de fundarlos conjuntamente.

De las deficiencias técnicas señaladas se deduce la imposibilidad de deslindar el alcance y límite de la queja de conformidad con la doctrina de ese Alto Tribunal según la cual “son de tal manera distintas las fuentes de los medios de impugnación a que se refieren los arts. 168 y 171 de la Constitución local y, por su parte, el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, que el hecho de pretender fundarlos en los mismos argumentos o entrelazándolos – salvo supuestos excepcionales que en el caso no concurren– resulta inadmisibles (conf. causas Ac. 61.024, sent. del 7-VII-1998; Ac. 57.323, sent. del 13-II-1996; Ac. 50.762, sent. del 7-III-1995; Ac. 46.599, sent. del 10-VIII-1993; entre otras). Siendo ello así, corresponde el rechazo de los embates cuya promiscuidad argumental genera una confusión en la que no es posible desentrañar donde comienza o finaliza uno u otro (doct. causa Ac. 45.213, sent. del 27-XII-1991; mi voto en causa Ac. 91.830, sent. del 3-V-2006), no siendo función de ese Tribunal suplir esta clase de deficiencias. Los recursos extraordinarios tienen exigencias

técnico-formales propias, de insoslayable cumplimiento que la Suprema Corte no puede dejar de lado, pues de lo contrario, se infringen normas de carácter constitucional y legal que lo sustentan (arts. 161, Const. prov.; 279 y 296, C.P.C.C.; Ac. 57.323, sent. del 13-II-1996; Ac. 50.193, sent. del 22-III-1994; Ac. 44.744, sent. del 13-VIII-1991; Ac. 40.667, sent. del 6-VI-1989)” (SCBA, L101058, sent. del 29 de junio de 2011; L105814, sent. de 5 de septiembre de 2012, entre muchas otras).

b. Sin perjuicio de que lo dicho señalaría sin más la suerte adversa de la queja, en virtud de la naturaleza de los intereses en juego procuraré realizar los esfuerzos necesarios para desentrañar los agravios relativos a cada remedio en particular.

En primer lugar se advierte la denuncia de la falta de fundamentación legal como sustento del recurso extraordinario de nulidad, fundado centralmente en el incumplimiento de la jerarquía normativa. Sin embargo ha sostenido de manera inveterada esa Corte que “es improcedente el recurso extraordinario de nulidad en que se alega falta de fundamentación legal, si de la simple lectura de la sentencia se advierte que ella se encuentra fundada en derecho, ya que para que el mismo prospere es necesario que el fallo carezca por completo de sustentación. Lo que el art. 171 de la Constitución de la Provincia sanciona es la falta de fundamentación legal, con independencia de que las normas citadas se correspondan o no con los planteos de la parte (Ac. 86.033, sent. del 6-IX-2006; C. 92.276, sent. del 27-II-2008)” (SCBA C98038, sen. Del 21-3-2012). En otras palabras, no prospera el vicio de falta de fundamentación legal (art. 171 Const. Pcial) si de la sentencia cuestionada surge palmario, como en la especie, su basamento legal, con independencia del acierto u error en que haya podido incurrir el tribunal al momento de su aplicación, como alega el recurrente. El acierto o error en la aplicación de las normas resulta ajena al vicio constitucional alegado y resulta materia propia del carril de inaplicabilidad de ley.

ii. En segundo lugar se advierte la denuncia de la errónea aplicación del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos



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

del Niño y de los artículos 13 inc b y ccs. del Convenio de La Haya como pretendido sustento del recurso de inaplicabilidad.

Con carácter liminar razones de orden lógico me conducen a examinar el agravio vinculado con la licitud de la residencia de las niñas en la Argentina invocado por la quejosa a fs 948 vta. en virtud de la decisión judicial que decretó la licitud de la permanencia de las niñas en nuestro país (fs.118/137 del incidente que luce acollarado) por resultar ello el presupuesto para la aplicación del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores a las presentes actuaciones.

Al respecto estimo preciso señalar en primer lugar la improcedencia formal del agravio por encontrarse anclado en una decisión judicial anterior a la sentencia recurrida (fs.162/5 y vta del incidente acollarado). Aduno a ello que desde la perspectiva del derecho de fondo el agravio traído carece de virtualidad para inaplicar las reglas previstas en el Convenio de la Haya que determinan –como lo sostuvo la alzada (fs. 921)– el carácter ilícito que asumió el traslado y la retención de las niñas Victoria y Sophia Burns en la República Argentina por haber sido efectuado en infracción al derecho de custodia atribuido al Sr. Burns conforme las reglas de los Estados Unidos y, más específicamente, en contradicción con una expresa disposición judicial que establecía la prohibición de trasladar a las niñas fuera del país de su residencia habitual. En consecuencia entiendo que resulta aplicable al caso el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CH1980)(fs.12/15, 66/67 y ccs.; y arts 3,4,5 y ccs CH 1980).

Sentado ello, en relación con los agravios traídos corresponde destacar en primer lugar las pautas elaboradas por el Máximo Tribunal de la Nación respecto del modo en qué debe interpretarse el principio rector del interés superior del niño en esta particular materia. En efecto es doctrina inveterada de la Corte Nacional que “... en relación con la interpretación que corresponde efectuar en relación con la aplicación del principio del interés superior

del niño que los textos internacionales tienen como objetivo fundamental proteger, no existe, a criterio del Alto Tribunal, contradicción alguna entre la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de la Haya”(Fallos 333:604,334:913; 334:1287; 334:1445; “H.C.A.c/ M.A.J.A. S /restitución internacional de menor s/oficio Sra Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, sent. 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; “S., D. c/ R., L. M. s/ reintegro de hijo y alimentos”, sent. del 2 de julio de 2013. entre muchos otros.).

En esta línea afirma 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 cuál la mera invocación genérica del beneficio del niño, no basta para configurar la situación excepcional que permitiría rehusar la restitución”.

En segundo lugar, en relación con el agravio relativo al yerro en que incurrió la Cámara al omitir verificar los requisitos de inviolabilidad del orden público interno y del respeto de la garantía del debido proceso en oportunidad de reconocer efectos al pronunciamiento extranjero, debo señalar que tales pautas resultan inaplicables a la especie en tanto no resultan estándares exigibles



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

en el procedimiento especial y autónomo de restitución de niños previsto en el Convenio de la Haya. En otras palabras, no nos encontramos frente a un proceso clásico de reconocimiento de efectos de una sentencia extranjera sino ante un proceso de restitución internacional en virtud de tratarse de un supuesto vinculado con el traslado o retención ilícitas de las niñas Victoria y Sophia en los términos del artículo 3 del citado convenio por resultar, como señalara *supra*, los Estados Unidos el lugar de residencia habitual de los niñas de conformidad con la totalidad de las constancias obrantes (arts. 3, 4 y ccs.del Convenio de la Haya de 1980, fs. 920 vta y 921 y vta.)

Respecto de la denuncia esgrimida por la impugnante relativa a la violación de su derecho de defensa en juicio comparto las consideraciones efectuadas por la alzada en orden a afirmar que la quejosa ha tenido razonable oportunidad de alegar y probar las excepciones expresamente previstas en el Convenio como excepciones a la obligación de restituir (arts 12 2do párrafo, 13 y 20 CH1980), sin embargo ha omitido ejercer tal derecho (fs. 922 y 685/91).

No obsta a ello la invocación de la quejosa respecto de la anulación por parte de la alzada de la resolución de fs.528 (fs. 685/691) en tanto ella implicaba la reedición de pasos procesales precluidos para el proceso (fs. 687/8 y vta) y cuyo tratamiento, por lo demás, tampoco corresponde efectuar en esta instancia por resultar cuestiones anteriores a lo resuelto en la sentencia atacada y por ende ajenas a esta instancia extraordinaria (fs. 922 y 685/691). Máxime si se considera la especial celeridad que debe caracterizar al trámite de esta clase de procedimientos (art.2 CH1980).

De ello se sigue que en un caso como el *sub iudice* caracterizado por la ausencia de oposición por parte de la progenitora –y, por lo tanto, también de pruebas que hicieran a su interés– no resultaría posible ingresar al análisis de los supuestos de excepción contemplados en la Convención, con la salvedad de la circunstancia prevista en el segundo párrafo del artículo 13 (SCBA; C 107623, sent. del 2-9-2010) .

Sin perjuicio de ello de los elementos de juicio se advierte la producción de prueba tendiente a verificar la concurrencia de los extremos de excepción previstos por el Convenio cuya valoración el impugnante cuestiona a través de la denuncia del vicio de arbitrariedad. En relación con éste resulta preciso destacar en primer lugar la doctrina de esa Corte según la cuál “ (...)la denuncia de arbitrariedad efectuada a fs.165 de la presente, resulta inadecuada en esta instancia, por ser una posibilidad que sólo se abre ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para sortear el valladar de la "cuestión federal" y obtener así un pronunciamiento de dicho tribunal respecto de una sentencia que se denuncia como viciada por no ser derivación razonada del derecho positivo vigente (art. 279, C.P.C.C.; conf. causas C. 93.770, sent. del 13-V- 2009; A. 70.136 cit.; A. 70.702, sent. del 29-II-2012). En la jurisdicción local corresponde, para que esta Corte pueda revisar cuestiones de hecho, invocar y demostrar el absurdo, circunstancia que como ya se señalara no ha sido satisfecha” (SCBA; A72472, sent. del 22 de mayo de 2013, entre muchas otras), lo que implicaría el rechazo formal del agravio por haberse omitido la denuncia y la demostración del vicio de absurdidad requerido.

A mayor abundamiento diré para satisfacción del recurrente que en mi opinión este agravio medular del remedio traído tampoco puede prosperar en virtud de las consideraciones del derecho de fondo. En efecto resulta preciso destacar nuevamente las pautas elaboradas al respecto por el Máximo Tribunal Nacional en orden con la rigurosidad con la que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad del Convenio. Concretamente 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



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

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 una 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” (Fallos 333:604, sent. del 19-5-2010, entre muchos otros).

En la misma línea ha señalado la doctrina que “ [la excepción prevista en el art. 13 inc. “b”]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...” (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).

En el mismo sentido se ha sostenido 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 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 psico físico. 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, pp.18 y19.Destacada propio)

Sobre este punto estimo preciso agregar, en palabras de prestigiosa doctrina, 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).

Al respecto ha afirmado VE que “este Tribunal,



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

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)

De las pautas citadas se desprende en mi opinión la improcedencia sustancial de los agravios formulados por la quejosa tendientes a conmover los sólidos fundamentos esgrimidos por la alzada en concordancia con la doctrina elaborada sobre este punto por la Corte de la Nación. Ello pues de las quejas traídas surge que la quejosa se limita a invocar cuestiones vinculadas con la interpretación en concreto del interés superior de las niñas al referirse a la integración de éstas al nuevo medio así como cuestiones vinculadas con la idoneidad de los progenitores como argumentos para cuestionar la labor hermenéutica de la Cámara en oportunidad de valorar las conclusiones de las pericias agregadas (fs.949/53; SCBA, C.107623, sent. del 2-9-09) sin reparar en que ninguno de esos extremos alcanzan a configurar *per se* los supuestos de excepción taxativamente autorizados por el artículo 13, cuya interpretación debe resultar estricta y rigurosa, de conformidad con los estándares establecidos por el Supremo Tribunal de la Nación.

En efecto la alzada concluyó que “En definitiva buena parte de la prueba no resulta conducente a la solución de este caso y la que si resulta útil no permite acreditar -por la falta de precisión y fundamento atendible- que exista riesgo grave de exposición a peligro físico o psíquico subsumible en la previsión del artículo 13 del CH de 1980...” (fs 928), y en mi opinión lo agravios traídos no alcanzan a demostrar el yerro de tal afirmación por hallarse vinculados, en definitiva, con cuestiones propias del conflicto de custodia que se encuentran

vedadas a esta jurisdicción por corresponder a la competencias de los jueces naturales (arts 16, 19 y ccs.CH1980). Al respecto se ha sostenido que “En general se exige que el riesgo lo genere el Estado requirente en sí y no el padre solicitante en tanto se entiende que la restitución opera para prevenir supuestos de *forum shopping*, esto es, para evitar la manipulación fraudulenta del contacto jurisdiccional. De este modo sólo sería procedente la excepción, cuando el retorno coloque al niño en situaciones de “peligro inminente” con anterioridad a que se resuelva la custodia o las autoridades del Estado requirente no puedan o sean incapaces de dar adecuada protección al niño” (**Herz Mariana**, *Violencia Familiar en las Convenciones sobre Restitución Internacinal de Menores*, ED 220-783).

En idéntico sentido se ha sostenido que “...que el juez requerido debería rechazar argumentos tan endeblés que no esten sostenidos por prueba plenamente convincente y limitarse a verificar que quien alega este tipo de hecho tuvo y tendrá la posibilidad de plantearlo ante las autoridades competentes de la residencia habitual del niño, debiendo confiar en la aptitud de dichas autoridades extranjeras para abordar este tipo de situaciones que son práctica habitual ante los tribunales de familia de todo el mundo. Consideramos que el peor error sera que un sistema judicial se considere mejor que otro y, por ende, se arrogue jurisdicción en casos ajenos al mismo” (**Goicochea, Ignacio**, *Aspectos Prácticos de la Sustracción Internacional de menores*, RDF, nro 30, 2005, p.75)

Por último, en relación con el agravio consistente en considerar que la Argentina resulta la residencia habitual de las niñas y por ende sostener que el caso bajo examen encuentre anclaje en el supuesto previsto en el artículo 12, 2do párrafo del Convenio diré que, en mi opinión, ello no resulta posible en tanto la citada normativa exige para su configuración la concurrencia de dos elementos: la acreditación de que el niño se encuentra integrado en el nuevo medio (invocada por la quejosa) y la circunstancia de que el reclamo haya sido efectuado con posterioridad al transcurso de un año de ocurrido el traslado o retención ilícita,



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

circunstancia que de conformidad con la constancia obrante a fs. 4y5, 166/174 y ccs. no se verifica en la especie (art.12, 2do. Párr. CH1980)

Al respecto ha sostenido reiteradamente la Corte Federal que “(...) 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” (Fallos 333:604, sent. del 19-5-2010) y 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; 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, “S.D. C/ R.L.M s/reintegro de hijos” sent. del 2 de julio de 2013, entre muchos otros).

Sobre este punto ha destacado especializada doctrina que “Nos parece oportuno aclarar que esta posibilidad [en relación con la disposición del artículo 12] no debe ser considerada en modo alguno como una posible excepción autónoma a la obligación de restituir, puesto que éstas están contempladas taxativamente en el texto convencional. En realidad, constituye simplemente una posibilidad de morigerar la obligación sentada en este artículo sólo si se dan las dos condiciones enunciadas, es decir, que haya transcurrido un plazo

mayor a un año desde que se produjera el traslado o retención ilícitos hasta la iniciación de la demanda y que se demuestre el arraigo del niño al nuevo medio. En definitiva, sino se presentan estos dos extremos, los abogados o asesores deberán abstenerse de intentar evitar la orden de restitución basados en el arraigo o la constitución de un nuevo centro de vida del niño en el Estado de refugio. A su vez, en las mencionadas circunstancias, los magistrados deberán evaluar si el niño o niña se encuentra integrado al nuevo medio” (**Rubaja Neve**, *Derecho Internacional Privado de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp.498y499).

Por todo lo hasta aquí expuesto propicio a VE se rechace el recurso extraordinario interpuesto, y se exhorte a los progenitores de las menores a que colaboren con la etapa de ejecución así como al Tribunal de origen a fin de que establezca y supervise las condiciones en las que se lleve a cabo la restitución del modo que resulte menos lesivo para las niñas (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).

IV. Sin perjuicio de lo dictaminado en el marco del recurso extraordinario de inaplicabilidad y en virtud de hallarse comprometidos derechos fundamentales de estas niñas –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 5-12-2007 y C 104.149, sent. del 15-7-2009) estimo prudente propiciar a esa Suprema Corte –ante la eventualidad de que VE compartiera el criterio aquí expuesto y siempre que lo estimara pertinente y adecuado– que en el marco de sus supremas atribuciones (SCBA, C90868, sent. del 15-12-2004) y sin desmedro de la audiencia que se designe de conformidad con la práctica habitual de esa Corte con el objeto de tomar conocimiento personal y directo de las menores, se ordenen como medidas para mejor proveer la realización de pericias psicológicas respecto de cada una de las niñas en los términos de los arts. 36 inc. 2, 471, 473 y ccs.



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

CPCC a fin de constatar si se configura en la especie el supuesto excepcional previsto en el inciso b del artículo 13 de la citada Convención.

Tal es mi dictamen,

La Plata, Julio de 2013