Corte Suprema de Justicia de la Nación
Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2016.-

Vistos los autos: "B. D. C., G. E. c/ D. C., M. R. s/ restitución internacional".

Considerando:

Que el Tribunal comparte y hace suyos los términos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, a los que se remite por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

HORACIO ROSATTI

Recursos extraordinarios interpuestos por el **Dr. Alejandro Germán Porthé, en su carácter de Titular de la Asesoría de Menores n° 2 del Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires** y por **M. R. D. C.**, con el patrocinio letrado del **Dr. Martín Rico.**

Traslados contestados por **G. E. B.**, representado por el **Dr. Diego Néstor Dagorret, Titular de la Defensoría de Pobres y Ausentes y por M. R. D. C., por su propio derecho y en representación de sus hijos G. E. B. y A. O. B.**, con el patrocinio letrado del **Dr. Martín Rico.**

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial y Juzgado de Familia n° 6, ambos del Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires.**

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires revocó la sentencia de segunda instancia y, en consecuencia, hizo lugar a la restitución internacional de G.E.B. y A.O.B. al Reino de España, en los términos del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya (en adelante, CH 1980) -fs. 284/297 y 372/388-.

Contra dicha decisión, el Ministerio Pupilar y la madre del niño interpusieron sendos recursos extraordinarios, que fueron concedidos (v. fs. 394/411, 412/429 y 451/453).

-II-

El recurso es formalmente admisible por cuanto se encuentra en debate la interpretación de normas federales -CH 1980, Convención sobre los Derechos del Niño- y la decisión es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en ellas (art. 14, inc. 3°, ley 48).

En ese marco, el estudio no se encuentra limitado a los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que incumbe a esa Corte realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 330:3758 y 4721; entre otros). A ello se suma que las particularidades del caso y el estrecho vínculo de los elementos fácticos con la inteligencia de la materia federal y con el esclarecimiento del mejor interés del niño, tornan menester un examen amplio del asunto arribado a la instancia (fs. 1085 y Fallos: 327:3536 y 5736; 329:4438; entre otros).

-III-

El matrimonio conformado por los argentinos M.R. del C. y G.E.B., se mudó a Mallorca en diciembre de 2002 (v. esp. fs. 148 *in fine*).

Como fruto de dicha unión, nacieron G.E.B. y A.O.B., el 27/03/03 y el 31/10/04, respectivamente (fs. 15/16).

El 28/04/09 se dictó sentencia de divorcio que, en lo que aquí interesa, estableció que la patria potestad de los hijos del matrimonio sería compartida

por ambos progenitores. Además, atribuyó la custodia a la madre, pero precisó que las decisiones de importancia extraordinaria requerían el consentimiento paterno (fs. 31/35; v. esp. punto II de la parte dispositiva).

Los niños habitaron ininterrumpidamente en su municipio natal (Manacor) hasta el 07/03/13. El 8 de ese mes y año M.R. del C. los trajo al país con el propósito de radicarse con ellos en suelo argentino (v. esp. fs. 27/30, 36/37, y 151).

En ese momento, la elección del domicilio de los hijos menores de edad, requería de la voluntad concurrente de ambos padres, quienes ostentaban conjuntamente el ejercicio de la responsabilidad parental, más allá que la guarda estaba a cargo de la madre. Asimismo, G.E.B. inició el pedido de restitución antes de cumplirse el año del desplazamiento (v. esp. fs. 1/3; 34/35 -punto II-; y 41/42).

De dichos datos fáctico-jurídicos, que no se discuten en este estado, surge ante todo que, al provocarse el desasimiento, la residencia habitual de los menores de edad se emplazaba en el Reino de España, cuyo ordenamiento jurídico no autorizaba a M.R. del C. para desplazar unilateralmente a los hijos comunes, y dotaba al padre de derechos relevantes en el orden convencional.

En segundo lugar, dado que la falta de anuencia paterna o conformidad posterior tampoco es objeto de debate en esta instancia, el problema planteado se encuadra en los términos del artículo 3 CH 1980, en tanto el traslado debe calificarse como ilícito. Se inserta, también, en lo dispuesto por su artículo 12, primera parte, puesto que –al haberse activado el mecanismo restitutorio dentro del plazo de un año allí previsto–, la integración al medio no puede argüirse como motivo de oposición autosuficiente, ni excusa el cumplimiento urgente de la devolución; a menos que se compruebe alguna de las circunstancias eximentes explícitamente reguladas (art. 12, segundo párrafo; v. esp. Fallos: 339:609, considerando 8°).

-IV-

Los apelantes focalizan su razonamiento en la negativa expresada por los niños, así como en la existencia de grave riesgo que surgiría de los informes psicológicos. Sostienen que, al haberse apartado inmotivadamente de la voluntad de los

hermanos y de las conclusiones profesionales, los jueces desnaturalizan el principio del interés superior del niño, en función de consideraciones dogmáticas.

La cuestión así propuesta encuentra respuesta en los estándares fijados en reiterados precedentes de esa Corte, de modo que he de remitirme a las pautas interpretativas vastamente aplicadas en dicha jurisprudencia, para aconsejar el rechazo de los recursos interpuestos (Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604; 334:913, 1287 y 1445; 335:1559; 336:97, 458 y 849). Cabe precisar en este punto que el reclamo paterno se implementó dentro del plazo de un año previsto por el art 12 CH 1980, con lo cual el análisis debe discurrir en el marco de la primera parte de dicho precepto.

-V-

En tales condiciones, corresponde destacar nuevamente que el CH 1980 no pretende resolver el problema de la atribución de la guarda, aspecto que conforme fue acordado a fojas 31/35 por los padres y asimismo decretado por la justicia española, queda a cargo de la madre; sino que su objetivo se ciñe a la restitución de los menores de edad al lugar que operó como centro de vida, de no concurrir alguna de las causales tipificadas como eximentes.

En este plano, observo que la madre no ha probado hallarse inhabilitada para reingresar a España, ni ha demostrado la imposibilidad de estar allí con sus hijos, o ejercer su derecho de defensa en el país que los albergó antaño, donde, incluso, la interesada habría desarrollado actividades laborales, construido relaciones de apoyo social y económico, y accedido a la vivienda para el grupo, en préstamo y en alquiler (fs. 150). En cualquier caso, las Autoridades Centrales de los Estados contratantes tienen un rol preponderante en el cumplimiento de una orden de retorno seguro, de modo que su ámbito de actuación no queda limitado a la adopción de medidas preventivas y protectorias en beneficio de los hijos sino que, de ser necesario, debe extenderse al progenitor acompañante y, con posterioridad, asegurarse de su cumplimiento (Fallos: 335:1559; cf. Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, primera parte, ptos. 3.18 y 3.20).

-VI-

La consolidada doctrina federal, ya citada, indica también que el artículo 13, inciso b), CH 1980 contempla un supuesto de excepción, e impone evaluar el material fáctico de la causa con estrictez, para no frustrar la efectividad del instrumento. En este orden, quien discute la restitución, ha de probar acabadamente que el reintegro entraña un riesgo severo. Particularmente, en cuanto al peligro de carácter psíquico, debe demostrar una perturbación superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia. Es decir, es indispensable que establezca la concurrencia de una situación en extremo delicada que, repito, va más allá del natural padecimiento ocasionado a raíz de un cambio de lugar de residencia, o de la desarticulación del núcleo de referencia.

En ese orden de ideas, cabe estudiar el informe psicológico-social agregado a fojas 171/174. El análisis de esa pieza revela que no resulta conclusiva en relación con la cuestión a decidir, cual es la determinación respecto a si el retorno de los niños podría quedar abarcado por los supuestos de excepción legalmente previstos. En efecto, el informe parte de la base de que el progreso de la demanda supone que los niños sean inexorablemente apartados de su madre, para ser entregados al progenitor, sin que –reitero- los aspectos relativos a la custodia se hallen en discusión en el caso (v., en particular, fs. 174, párrafos segundo y tercero, y fs. 339 vta.).

En ese sentido, el riesgo específico del retorno -en los términos del CH 1980-, ponderado en sí mismo y no en función de un cambio de guarda, no ha sido detectado ni descripto como era menester.

Por otra parte, tal como lo reconoce la propia madre a fojas 421, la posibilidad del artículo 13 (penúltimo párrafo) en cuanto se refiere a la opinión de los niños, sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la custodia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual. Del mismo modo, no debe tratarse de una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino, coherente, e irreductible a regresar (v., entre otros, Fallos: 333:604; 334:913; 336:97, considerando 15; 336:849, considerando 12).

Desde esta perspectiva, estimo que no se ha acreditado una verdadera oposición en los términos antes expuestos (Fallos: 336:97). Antes bien, como surge en forma consistente de los dictámenes profesionales, la postura de los menores de edad no importa una resistencia cerrada a retornar a Manacor, sino una preferencia a permanecer en Argentina y una negativa al regreso bajo el cuidado de su padre. En ese sentido, resultan particularmente ilustrativas las expresiones de G.E.B. y A.O.B. reproducidas, respectivamente, a fojas 172 vta., *in fine*, y fojas 173, segundo párrafo, en cuanto a que "[s]i nos vamos tendríamos que vivir con él [se refiere al padre] todo el tiempo..." (*sic*) y que "no quiere vivir con su padre, dice que tal vez viajaría unos días a España".

-VII-

En ese marco, entiendo que el peligro de connotaciones estrictas al que se refiere el CH 1980 no ha sido demostrado. Consecuentemente, dado que la interpretación amplia del artículo 12 CH 1980 fuerza uno de los objetivos fundamentales de la estructura cooperativa –que es el restablecimiento del *statu quo ante,* mediante la rápida restitución del niño trasladado o retenido ilícitamente–, las apelaciones no deben progresar.

En este sentido, nuestro país ha adquirido el compromiso de combatir la sustracción internacional y, salvo circunstancias rigurosamente particulares, no debería abdicar de esa responsabilidad –urgida por el mandato del art. 11 CDN–, al abrigo de los hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores.

No obstante lo anterior, tanto el cuadro de violencia generado por el padre conforme surge de las decisiones de las autoridades y tribunales españoles agregados en copia, como el carácter estresante de una nueva partida, resultan altamente delicados y merecen una especial atención institucional –fs. 108/110, 111/115-. Al respecto, creo importante sumarme a la preocupación puesta de manifiesto en casos anteriores, haciendo extensiva la recomendación de que ambos padres recurran a la asistencia profesional en el área de la salud, sostengan a sus hijos con el mayor de los

equilibrios, y den pronto cumplimiento a la restitución, con una actitud ponderada de acompañamiento.

A tales efectos, resulta clave el rol de las Autoridades Centrales –de nuestro país y del requirente-, y de la jueza de enlace integrante de la Red Internacional de La Haya, a fin de asistir en la obtención de información sobre las medidas de protección que podrían adoptarse en el Estado de residencia habitual de los niños, para garantizar su regreso seguro. En particular, considero que la Autoridad Central argentina debería actuar coordinadamente con su par extranjera en función preventiva, arbitrando los medios informativos, protectorios, y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester, para que tanto el retorno como el proceso de readaptación en territorio español, transcurran junto a la madre tal como fuera acordado en el año 2009 y homologado por la justicia española –fs. 31/35-, del modo más respetuoso a la condición personal de G.E.B. y A.O.B., y a la especial vulnerabilidad propia de la etapa vital por la que atraviesan.

Además, aconsejo que se proporcione asistencia psicológica a todos los integrantes del grupo, y se analicen en profundidad los vínculos familiares –sobre todo en punto a la violencia imputada al requirente–, adoptando las medidas administrativas y judiciales que fueren menester para el resguardo efectivo de estos niños (art. 2642, Código Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 334:1287, considerandos 7° a 9°; 334:1445, considerando 3°; 335:1559, considerandos 3° a 5°; 336:97, considerandos 20° y 21°; 336:849, considerandos 16 y 17; Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, elaborada por el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, primera parte, ptos. 3.18 y 3.20).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2642 del Código Civil y Comercial deberá encomendarse al magistrado actuante que supervise el regreso seguro de los niños, promoviendo la celeridad estimable para este tipo de procesos, recurriendo, de ser necesario, a comunicaciones judiciales directas (v. Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, Conferencia de La Haya de

Procuración General de la Nación

Derecho Internacional Privado, año 2013).

Finalmente, dado el contexto fáctico en el que transcurre el presente caso, en el que se ha otorgado la custodia de los niños a su madre en el año 2009, con quien conviven desde su nacimiento, deberá instarse la colaboración del progenitor a efectos de viabilizar el retorno seguro de los niños junto con la madre, promoviendo acuerdos amistosos y conducentes con la protección del mejor interés de los menores de edad.

-VIII-

Por consiguiente, dado que los antecedentes que tengo a la vista no autorizan a rehusar la restitución internacional, opino que corresponde confirmar la sentencia recurrida, con el alcance y por los fundamentos expuestos.

Buenos Aires, 24 de noviembre de 2016.

Irma Adriana García Netto
Procuradora Fiscal
Subrogante

ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación