

B , S M. C/ P V A. s/ restitución de hijo.

S.C. B N° 389; L. XLV

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, que desestimó el pedido de restitución al Reino de España de los menores hijos de las partes, el actor dedujo el recurso extraordinario de fs. 381/389, concedido a fs. 399/400.

-II-

En lo que aquí interesa, el decisorio que origina la apelación federal, anula el fallo de la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, que había acogido la petición objeto de autos.

En base al texto de los arts. 3 y 5 inc. a) del Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de La Haya –que denominaré como CH 1980, y a cuyo articulado he de referirme en adelante, salvo aclaración en contrario–, la mayoría de la Corte local adhiere al argumento principal de que, al tiempo de viajar a la Argentina, la progenitora era titular legítima de la custodia de los hijos, en función de la resolución homologatoria emanada de la jurisdicción competente, según el derecho aplicable (esto es, el del Estado español, en el que los menores tenían su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado [art. 3° inc. "a"). En tales condiciones, no advierte que el cambio de residencia –reservado a quien conserva la custodia–, haya sido ilícito, en los términos del CH 1980; de modo que esa alteración no representa una vulneración de los derechos del padre, sino el ejercicio de una prerrogativa propia de quien goza de la guarda jurídica.

-III-

A su vez, la apelación federal sostiene que se han violado los arts. 18, 19 y

31 de la Constitución Nacional, en tanto amparan los principios de defensa en juicio, legalidad y supremacía de nuestra ley fundamental. Reprocha también el quebrantamiento de las Convenciones de La Haya (arts. 1, 3, 11 y 12) y de los Derechos del Niño (arts. 3, 8, 9, 10 y 11).

Además, acusa la arbitrariedad en que habría incurrido el fallo, al prescindir de prueba decisiva e interpretar parcialmente dicha prueba, en forma manifiestamente irrazonable y alejada de todo rigor científico.

En torno a la legitimidad del traslado, el recurrente repasa el convenio regulador celebrado por las partes, y propone que la cláusula quinta –donde se dice que los niños permanecerán bajo la guarda y custodia de la madre–, remite indudablemente al punto segundo (ap. I), en el que la demandada fija su domicilio y el de los hijos en la casa familiar de la localidad de Rubí (Cataluña). Paralelamente, aduce que el punto sexto (ap. II) del acuerdo, refleja la voluntad de ambos cónyuges de seguir ejerciendo conjuntamente la patria potestad, para lo cual se comprometen a tomar de consuno cuantas decisiones importantes puedan afectar a la prole. Arguye –además del precedente *Wilner*–, con un caso australiano, del que surgiría que el término “custodia” no es unívoco, por lo que puede hacer referencia exclusiva a aspectos de cuidado y control cotidiano, mas no a la posibilidad de determinar el lugar de residencia.

Critica el voto del vocal preopinante en cuanto a los alcances de la audiencia del niño. Recuerda aquí que fue su parte quien solicitó que se entrevistara a los hijos, y se pregunta si alguien les consultó dónde querían vivir, cuando abordaron el avión a mediados de 2005. Hace notar que ellos han estado desde entonces con su madre, a quien aman, por lo que no harían ni dirían nada que pudiera perjudicarla. Su opinión –repone– debe tenerse en cuenta, tal como lo prevé el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, pero guiarse sólo por sus manifestaciones, implicaría en definitiva avalar la retención ilícita.

Reprueba, asimismo, los votos de los Dres. Hitters y Kogan, pues por un lado

S.C. B N° 389; L. XLV

hacen alusión a la jurisdicción española para la aplicación del convenio homologado, pero por el otro, juzgan que no era prerrogativa del padre resolver sobre el cambio de residencia de los hijos, cuando ésta es una de las "decisiones importantes" que su apartado II coloca en cabeza conjunta de ambos progenitores.

-IV-

La apelación resulta admisible, ya que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de convenios internacionales y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en aquél (art. 14 inc. 3 de la ley 48).

En tales condiciones, la actuación del Tribunal no se encuentra restringida por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto en disputa (doct. de Fallos: 308:647; 322:1754; 324:2184 y sus citas, entre muchos otros).

Asimismo, atento a que varios de los agravios referidos a la alegada arbitrariedad guardan estrecha relación con el alcance que la Corte provincial atribuyó a las normas federales en juego, ambas aristas se examinarán conjuntamente (arg. Fallos: 321:2764; 325:2875; 326:1007; 327:3536, 5736, entre otros).

-V-

Como se ha visto, en autos se ventila un pedido de restitución, en los términos del CH 1980. La intervención de la República Argentina —que en este caso es requerida, en tanto Estado de refugio—, pasa entonces por verificar la concurrencia de los presupuestos de aplicación de dicho instrumento, recibido en nuestro ordenamiento interno por virtud de la ley N° 23.857.

En esa tarea, debo señalar ante todo, que el mecanismo de reintegro opera siempre que el traslado o la retención merezcan la calificación de ilícitos. Dicho carácter ha

de determinarse coordinando el alcance de la custodia, atribuida conforme al derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente anterior a la ocurrencia del evento (arts. 3° inc. "a" y 13 inc. "a"), con la directiva que emana del art. 5° inc. a), según la cual cualquier custodia –para ser tal en el sentido del CH 1980– debe comprender necesariamente, la facultad de decidir sobre el lugar de residencia (v. punto VIII de mi dictamen).

Verificada la ilegalidad del traslado o retención –que, en principio, habilita el regreso inmediato en procedimientos activados dentro del año (art. 12 primer párrafo)–, los países signatarios no estarán, sin embargo, obligados a implementar el retorno, si se configurase efectivamente alguna de las hipótesis previstas por los arts. 13 y 20, esto es: (i) grave riesgo de exposición a un serio peligro físico y psíquico, o de que se coloque al menor, de cualquier otra manera, en una situación intolerable; (ii) comprobación de que el propio menor –con una edad y grado de madurez, de los que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones– se opone al regreso; y (iii) invocación de principios fundamentales del Estado requerido, en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

-VI-

Cabe primero destacar aquí los principios, finalidades y criterios, cuyos contornos ha precisado la propia Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH), por diferentes canales. Si tenemos presente que en el seno mismo de ese organismo, se elaboró el instrumento aplicable al caso, será menester concluir que sus indicaciones han de aportar a la labor exegética, orientaciones de fuste singular¹.

Más adelante me valdré de esa variada producción documental, pero por ahora, a modo de introito, quiero referirme a dos de los textos elaborados en torno al CH

¹ Ver Guía de Buenas Prácticas [HCCH], Segunda Parte, "Medidas de Aplicación" ap. 8.1.

S.C. B N° 389; L. XLV

Procuración General de la Nación

1980, que estimo de especial interés, sobre todo porque denotan la profundización de los mismos lineamientos en dos épocas muy distintas.

A) El primero, contemporáneo del Convenio², es el proverbial reporte explicativo conocido como Pérez-Vera³.

Su capítulo I (Primera Parte) está dedicado a explicitar el objeto del CH 1980, y de allí se extrae que: (i) un factor característico es que el *sustractor* pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, por lo que un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. (ii) de ahí que el primer lugar entre aquellos propósitos, lo ocupa el restablecimiento del *statu quo* mediante la "restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante", resorte que —aunque indirecto— permitirá en general que la resolución final respecto de la custodia, sea dictada por las autoridades de la residencia habitual del menor, antes de su traslado. (iii) el empeño por un retorno inmediato, responde al deseo de restablecer unas condiciones que el "secuestrador" modificó de forma unilateral mediante vías de hecho. (iv) El CH 1980 pretende dar respuesta acabada al tema de la vuelta de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita; desarrollo que se justifica por la razón evidente de que "...la verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor... [y que es con] la retención ilícita de un niño... [que] se producen las situaciones más dolorosas, aquellas que, a la vez que exigen soluciones especialmente urgentes, no pueden ser resueltas de forma unilateral por cada sistema jurídico afectado..."⁴. (v) en la práctica —más allá del fundamental ángulo preventivo, que le sirve de correlato— el deseo de garantizar el restablecimiento del escenario alterado por la acción del "secuestrador", es el que prevalece en el Convenio; que también le concede

² Está fechado en Madrid, en abril de 1981.

³ Este informe fue preparado por la profesora Elisa Pérez-Vera, Ponente de la Primera Comisión redactora del Convenio por encargo del Decimocuarto período de sesiones de la Conferencia (6 al 25 de octubre de 1980).

⁴ Referencia al Informe Dyer, *supra*, p. 21 (D. Adair Dyer, primer Secretario de la Oficina Permanente, Director Científico de la comisión redactora del CH 1980, autor, entre otros, del Documento Preliminar N° 1, agosto de 1978).

cierta prioridad en el plano de los principios. (vi) "...de conformidad especialmente con lo dispuesto en su artículo primero, el Convenio no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia. En este punto, el principio no explícito sobre el que descansa el Convenio es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado..."⁵

B) Otro valioso antecedente, es la presentación que –con fecha 17 de diciembre de 2008 y en el carácter de *amicus curiae*–, efectuó la Oficina Permanente de la HCCH ante la Suprema Corte de los Estados Unidos *in re "Timothy Mark Cameron Abbott v. Jacquelyn Vaye Abbott"*, en apoyo del *writ of certiorari* que impulsa el peticionario⁶.

En el caso *Abbott*, el *Bureau* dejó determinado ante el máximo tribunal norteamericano que:- (i) el principal objetivo del CH 1980 es proteger al niño de las derivaciones nocivas de su ilegítimo desplazamiento o retención; designio que no sólo se cumple proveyendo un remedio frente a los hechos consumados, sino mediante la creación de una sólida estructura legal que torne menos probable la ocurrencia de tales situaciones. (ii) es importante y sirve al interés del niño y su familia que, en la aplicación del CH 1980, los tribunales le otorguen gran valor a la consistencia interpretativa. (iii) las divergencias entre las naciones, en la hermenéutica de las ideas clave, conspira contra una apropiada ejecución del tratado, al diluir el fuerte mensaje disuasivo que la CH 1980 pretende instaurar. (iv) ese efecto se vincula con uno de los mayores problemas que los redactores quisieron prevenir: el *forum shopping*. (v) en orden a garantizar que aquella aspiración se alcance, es necesario asegurar –tanto como sea razonablemente posible–, que la respuesta dada por los jueces en todos los Estados Partes frente a cada caso de "secuestro", será siempre la misma. (vi) otra

⁵ Ver párrafo 19 del reporte reseñado.

⁶ Esa dependencia –por encomienda de los países miembros de la Conferencia y de los Estados partes del Convenio–, es la responsable de monitorear y analizar el funcionamiento del CH 1980, y de promover su operatividad. Por lo tanto, su actividad propende a la correcta interpretación del instrumento, y a asegurar un regreso expedito de los niños removidos ilegítimamente desde los países de su residencia habitual.

S.C. B N° 389; L. XLV

Procuración General de la Nación

consecuencia indeseable de esa incertidumbre, son las complicaciones y tardanzas en la resolución de las presentaciones hechas al amparo del Convenio, pues el *quid* para su funcionamiento satisfactorio, se sigue, entre otros, de la utilización de procedimientos expeditos y de la celeridad en la toma de la decisión. (vii) la inconsistencia interpretativa, puede afectar también la correspondencia que está en el corazón de las relaciones convencionales, ya que los instrumentos internacionales tienden a la cooperación judicial y administrativa, basada en la reciprocidad y en la confianza mutua. (viii) es responsabilidad de los tribunales de cada país, realizar una aproximación consistente y homogénea a esos pilares en los que se cimienta la CH 1980. (ix) las prácticas de los Estados contratantes en la aplicación del tratado, de las que surja un consenso relativo a una determinada hermenéutica pueden, acorde con la costumbre internacional, ser tomadas en cuenta para interpretar el Convenio⁷.

Las nociones citadas, marcan ciertamente una perspectiva franca, a la que he de sujetar mi análisis.

-VII-

Pues bien, en orden a las cláusulas reseñadas en el punto V, y como primera aproximación al asunto por el que se me corre vista, creo menester deslindar algunos de los componentes que conforman al caso concreto, a saber:

(i) las gestiones encaminadas a lograr la restitución internacional, se emprendieron dentro del plazo previsto en su texto (1 año).

(ii) no se discute que, al tiempo de viajar a Buenos Aires, J.A., T.A. y N.A. se hallaban afincados en territorio español. En enero de 2002, los entonces cónyuges emigraron a España con los restantes miembros de la familia, y se establecieron en la localidad catalana de Rubí, donde compraron el inmueble en el que habitaban, y a cuya

⁷ Con cita del art. 31 [3] "a" de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; y del caso "*Libia v. Chad*" *ICJ Reports* [1994] p. 4 par. 4.1.

comunidad se integraron los hijos, realizando diferentes actividades escolares y sociales (v. esp. fs. 131 vta. y 133 vta. [primer párrafo del capítulo "Observaciones"]) De ello se sigue, a mi juicio, que debe asumirse esa residencia como habitual, en los términos del CH 1980.

(iii) tampoco se debaten en autos la celebración, vigencia y homologación judicial del convenio glosado en copia a fs. 22/26, en el que las partes se dieron, entre otros, un estatuto destinado a regir las relaciones parentales. De esas pautas, nos interesan aquí las que se plasmaron con el epígrafe "Pactos" (capítulos I.- [cláusula segunda] y II.- [cláusulas quinta y sexta]), que determinan:- "SEGUNDO.-...la esposa y los hijos del matrimonio fijan su residencia en el domicilio familiar de Rubí. Cualquier cambio de residencia posterior deberá ser notificado al otro cónyuge, a fin de tener conocimiento del lugar en el que se encuentra los menores en todo momento [sic]... II.-...QUINTO.- Los hijos del matrimonio... de 11, 8 y 5 años de edad, permanecerán bajo la guarda y custodia de la madre. SEXTO.- Es voluntad de ambos cónyuges seguir ejerciendo conjuntamente la Patria potestad sobre los hijos, y a este fin se comprometen a tomar de común acuerdo cuantas decisiones importantes puedan afectarles".

-VIII-

Con esos elementos a la vista, debe examinarse ante todo, el problema lógicamente prioritario atinente al alcance del acuerdo celebrado entre los progenitores; a cuyo fin, adquiere particular relevancia el derecho español vigente al tiempo del desplazamiento⁸, régimen que —a los fines hermenéuticos— debe coordinarse con las reglas que emanan del CH 1980, a las que me referiré seguidamente. Digo esto porque, a mi modo de ver, la solución de ese problema ha de venir a partir de las normas propias de ese ordenamiento, y no desde el *nomen iuris* escogido por las partes, cuya ambigüedad impide al intérprete asumir *a priori* su real alcance jurídico. Es que los regímenes comparados

⁸ Ver reporte Pérez-Vera (parág. 119).

S.C. B N° 389; L. XLV

Procuración General de la Nación

emplean variedad de voces (guarda, tenencia, custodia, etc.) que pueden denotar un mismo significado, o –a la inversa– resultar homónimos (idéntica designación, con diferente contenido). En otras palabras, la mera coincidencia con la denominación utilizada en el CH 1980, no basta para atribuir a la pretensa custodia la dimensión exigida por dicho tratado.

Por lo demás, el art. 14 flexibiliza el esquema probatorio en punto al derecho extranjero, habilitando expresamente un acercamiento directo, resorte al que estimo prudente acudir, puesto que a lo largo de este prolongado expediente, no se ha solicitado la certificación que contempla el art. 15°.

Entiendo, entonces, que debemos determinar necesariamente cuál es, en este caso particular, el tenor jurídico de la custodia conferida a la madre, en virtud del pacto homologado por el tribunal español. Y para ello, reitero, es menester tener en cuenta el criterio establecido en el art. 5° inciso a) del CH 1980, que en materia de derecho de custodia y en el marco de una razonable hermenéutica integradora, excluye la ilicitud del traslado o retención cuando la custodia comprende no sólo la prerrogativa atinente al cuidado de la persona del menor sino, y en particular, la de decidir sobre su lugar de residencia.

La lectura que aquí propongo se atiene a la que patrocina la propia HCCH, mediante su Oficina Permanente, en el *brief* reseñado en el punto VI, donde se pone de resalto que: (i) a través de diferentes medios¹⁰, los Estados partes han dejado en claro que ellos desean una exégesis uniforme de los conceptos centrales del Convenio, teniendo en cuenta su naturaleza autónoma, y de ninguna manera limitada a la comprensión que se daría a una determinada palabra o frase en los asuntos puramente domésticos. Los giros relevantes, deben apreciarse en el contexto en el que son utilizados en el tratado. (ii) la expresión convencional "derechos de custodia" no coincide con ninguna concepción

⁹ Ver informe Pérez-Vera (parág. 119).

¹⁰ Por ejemplo, en las Conclusiones y Recomendaciones del Cuarto Encuentro de la Comisión Especial revisora del funcionamiento del CH 1980.

particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las definiciones, estructura y propósitos del CH 1980, pues la doctrina y la ley locales, no han de tenerse por decisivas en la determinación del alcance de los vocablos de los que se vale el tratado¹¹. (iii) conforme a los nutridos antecedentes citados en la presentación, la comunidad jurídica de naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de que la previsión *ne exeat* (prohibición dirigida al cuidador primario del niño de sacarlo de la jurisdicción, sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal), cae dentro del dominio de la noción convencional "derechos de custodia". (iv) la "Guía de Buenas Prácticas en Contacto Transfronterizo concerniente a Niños", aprobada por la Comisión Especial en el ámbito de la Oficina Permanente, advierte que los casos jurisprudenciales sustentan la visión de que el derecho al contacto, asociado con el veto frente el traslado del niño, constituye *custody right* a los fines de la CH 1980¹².

Pues bien, como acertadamente lo indica el voto disidente a fs. 358 vta./361, el sistema español consagra el ejercicio conjunto de los derechos de responsabilidad parental y, frente a la ruptura de la convivencia, permite a los padres celebrar un convenio regulador que contemple –entre otras cosas–, la vigilancia de los hijos y cómo ha de ejercitarse la patria potestad de ambos (v. esp. arts. 90 y 156 de su Código Civil).

Según surge de la transcripción realizada en el punto VI, evidentemente las partes mantuvieron un desempeño en común, mediante pacto que mereció la aprobación del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 5 de la Localidad de Rubí, Barcelona,

¹¹ Este concepto se repite en las Conclusiones del Segundo Encuentro de la Comisión Especial de revisión del funcionamiento del CH 1980 [enero 18-23 de 1993; v. esp. *part two*, conclusión 2 sobre los puntos fundamentales objeto de discusión y *part three, question 5, response "b"*])

¹² Ver as. Segundo Encuentro de la Comisión Especial revisora del funcionamiento del Convenio [*Part three, question 5, response a*]; *Internacional Child Abduction Database de la HCCH, Deak v. Deak* [2006] UKHL 51 [INCADAT cite: HC/E/UKe 880] case HC/E/UKe 880 [16/11/2006; House of Lords -England and Wales-; Superior Appellate Court] *Re. D (A Child) -Abduction: Rights of Custody-* [2006] UKHL 51, [2007] 1 A.C. 619; y sus respectivos comentarios.

S.C. B Nº 389; L. XLV

Procuración General de la Nación

conformando un panorama jurídico reglado indudablemente por el CH 1980¹³.

Se podrá decir que la cláusula segunda confiere elípticamente a la guardadora, la facultad de fijar el lugar donde vivirán los hijos. Sin embargo, me resulta obvio que esa mirada sólo puede aceptarse si se fuerza el contexto normativo —general e individual— antes descripto. Es que, como lo sostiene el progenitor, dejar España para asentarse en otro país, se erige sin vacilación en una de las “decisiones importantes” cuya articulación se estipuló claramente en la cláusula sexta de dicho acuerdo, como derivación natural de la modalidad conjunta en el desenvolvimiento de la función parental.

De tal suerte, entiendo que el título invocado por la Sra. P. carecía de validez inicial, toda vez que no estaba habilitada —en ninguna de las vertientes previstas por el art. 3 *in fine*— para fijar la residencia de los hijos, fuera del territorio español, sin la anuencia del

¹³ En la glosa al art. 3º, el informe apunta: “66. ... [L]a elección del derecho de residencia habitual como criterio determinante de la legalidad de la situación transgredida por la sustracción, es lógica. En realidad, a los argumentos que han actuado en favor de atribuirle un papel dominante en materia de protección de menores, como en el Convenio de la Haya de 1961, viene a añadirse la propia naturaleza del Convenio, es decir su ámbito limitado. En este sentido, es preciso hacer dos consideraciones: por una parte, el Convenio no trata de resolver definitivamente la custodia de los menores, lo que debilita considerablemente los argumentos favorables a la ley nacional; por otra parte, las normas convencionales descansan en gran medida en la idea subyacente de que existe una especie de competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio relativo a su custodia...” (v. as. parág. 119).

Y sigue diciendo: “71... [C]onviene hacer hincapié aquí en el hecho de que el Convenio pretende proteger todas las modalidades del ejercicio de la custodia de menores. En efecto, de conformidad con el artículo 3, el derecho de custodia puede haber sido atribuido, sola o de forma conjunta, a la persona que solicita que se respete su ejercicio. No podía ser de otra forma en una época en la que las legislaciones internas introducen progresivamente la modalidad de custodia conjunta, considerada como la más adaptada al principio general de la no discriminación en razón del sexo. Por lo demás, la custodia conjunta no siempre es una custodia *ex lege* en la medida en que los tribunales son cada vez más favorables, si las circunstancias lo permiten, a dividir entre los dos padres las responsabilidades inherentes al derecho de custodia. Ahora bien, en la óptica adoptada por el Convenio, el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, es asimismo ilícito: en este caso concreto, la ilicitud no procedería de una acción contraria a la ley sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos del otro progenitor, también protegido por la ley, e interrumpido su ejercicio normal. La verdadera naturaleza del Convenio aparece más claramente en estas situaciones...”.

Finalmente, al comentar el art. 5º, insiste: “84... En cuanto al derecho de custodia... [e]l Convenio trata de precisarlo haciendo hincapié, como indicio del “cuidado” a que se refiere, en el derecho de decidir el lugar de residencia del menor. Por otra parte, aun cuando en este artículo no se diga nada respecto a la posibilidad de que la custodia sea ejercida por su titular solo o de forma conjunta, es evidente que tal posibilidad se contempla en el precepto. En efecto, una norma clásica del derecho de los tratados exige que la interpretación de sus términos se realice en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y la finalidad del tratado [artículo 31, apartado primero, del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969]; ahora bien, el texto del artículo 3 no deja lugar a dudas en cuanto a la inclusión de la custodia conjunta entre las situaciones que el Convenio pretende amparar. Por otra parte, saber cuándo existe una custodia conjunta es una cuestión que debe ser establecida en cada caso a la luz del derecho de la residencia habitual del menor...”.

otro progenitor. Y al hacerlo, fue en detrimento de derechos actuales, relevantes en los términos del CH 1980.

-IX-

De compartirse la conclusión que antecede, el próximo interrogante a dilucidar es si el Sr. B. consintió o no la modificación que pretende revertir en esta causa. Estimo al respecto, que la interesada no ha logrado acreditar como le hubiese correspondido¹⁴, la tesitura que sostuvo a ese respecto.

En efecto, la Sra. P. señala como datos que trasuntan dicha conformidad: (a) la contribución pecuniaria que aquél hizo en la compra de los pasajes, realizada el mismo día en que ella habría renunciado a su empleo; (b) el “desarmado” de la casa de la localidad de Rubí, y el despacho hacia la ciudad de Buenos Aires de veinte bultos por 398 kg., hechos que evidenciaban la intención de abandonar España; y (c) la baja que dio el padre al seguro médico de los menores.

Sobre el particular, cabe apuntar que el actor aduce haber ignorado el cese laboral de su entonces cónyuge, y el retiro definitivo de la que había sido sede del hogar (v. fs. 196 vta.), circunstancias ambas cuyo conocimiento no puede presumirse, puesto que ocurrieron con posterioridad a la separación. Más aún, el envío de enseres se llevó a cabo cuando los menores ya se encontraban en Argentina.

En lo atinente a lo acontecido con la cobertura asistencial —que, es cierto, resulta sugestivo y el padre no explica—, toda posible fuerza de convicción se diluye frente al reconocimiento que —en dos de las entrevistas celebradas en autos— efectuó la propia demandada, respecto de lo errado de su conducta desde el punto de vista legal, y en cuanto a que obró contra la opinión del Sr. B. (fs. 134 segundo párrafo; fs. 230 vta. *in fine*/231 *supra*). Asimismo, el informe de fs. 129 recoge lo dicho por los menores, acerca de que

¹⁴ Art. 13 primer párrafo; reporte Pérez-Vera (parág. 113 y 114).

S.C. B N° 389; L. XLV

Procuración General de la Nación

creían haber venido al país de vacaciones.

Concluyo, pues, que en la especie no ha existido con anterioridad o posterioridad al hecho, una aceptación del progenitor, quien –por lo demás– firmó la pertinente solicitud de devolución con una razonable presteza (el 9 de noviembre de 2005 [v. copia de fs. 47/57]).

-X-

De lo dicho hasta aquí tenemos que, si bien la salida de España contó con la autorización paterna, la permanencia no la tuvo, desde que aquella se hizo bajo la apariencia de un viaje vacacional, por ende, transitorio. Así las cosas, descartado que la custodia atribuida a la madre tuviese el contenido jurídico específico del art. 5, creo que la ilicitud a la que el CH 1980 supedita la operatividad del dispositivo de restitución (art. 3), ha quedado verificada.

A partir de las constataciones hechas precedentemente, deben abordarse ahora las salvedades previstas en los arts. 13 inc. "b", 13 penúltimo párrafo y 20, enunciadas en el punto V.

En los precedentes de Fallos: 318:1269 ["Wilner"]; y 328:4511 ["S.A.G."], esa Corte ya se ha expedido sobre los estándares interpretativos básicos, que estimo en un todo aplicables en este caso y que, esquemáticamente, pueden enunciarse como sigue:

Armonización de las Convenciones de La Haya y de los Derechos del Niño.

(1) no existe contradicción entre dichas fuentes. La jerarquización de bienes –con preeminencia del mejor interés del niño– es respetada y complementada por el primero de dichos instrumentos, que:

1.a.- reglamenta –y satisface– la directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño ("1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los

Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes").

1.b.- incluye solemnemente en su preámbulo, la declaración de un profundo convencimiento de que "los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia".

1.c.- inspira en aquella regla el procedimiento instaurado en su texto, destinado a implementar una exigencia de la comunidad internacional, que es la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado de su medio habitual de vida familiar y social, por una vía de hecho.

(2) el CH 1980, parte de 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 art. 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 violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen, salvo que concurren las circunstancias eximentes reguladas en el texto convencional.

(3) 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 sustracciones 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.

(4) la mera invocación genérica del beneficio del niño, no basta para configurar la situación excepcional que permitiría rehusar la restitución.

Orden público.

(5) el texto del art. 20 –inspirado en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales–, fue incorporado en la reunión

34

S.C. B N° 389; L. XLV

Procuración General de la Nación

final de octubre de 1980, como solución de compromiso para evitar que la introducción de una cláusula o de una reserva, por las que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia, para oponerse a la restitución, frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado. En ese sentido, es menester estudiar en cada caso si la restitución conlleva "... la violación o el peligro de violación de un derecho humano fundamental..." del niño (Fallos: 318:1269; consid. 16), ponderación que normalmente guardará directa relación con los hallazgos realizados en torno a los restantes supuestos de excepción contenidos en el CH 1980.

Opinión del niño.

(6) la posibilidad del segundo párrafo del art. 13 se abre ante la oposición del niño a ser restituido, es decir, ante su vehemente rechazo a regresar.

Grave riesgo.

(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 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 CH 1980, 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.

Obligación de la República Argentina.

(12) corresponde a la Suprema Corte, como cabeza de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar –en la medida de su jurisdicción– los tratados internacionales a que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento.

-XI-

En ese marco, y vistas las alternativas especiales del conflicto, considero que la Sra. P. yerra cuando arguye con la adaptación lograda por sus hijos en el país, y con el peligro en el que se verían involucrados de ser devueltos a España.

A) Con relación al primer aspecto, como se reseñó en el acápite (11) del punto anterior, fuera de la coyuntura a la que responde el art. 12 (segundo párrafo), el eventual arraigo del niño no puede esgrimirse como causal independiente, para contrariar las directrices adoptadas por el concierto de las naciones signatarias.

Este Ministerio se ha pronunciado enfáticamente en favor de proteger la estabilidad de los infantes, en el entendimiento de que es necesaria para el desarrollo sano de una personalidad en formación; en tanto –claro está– no se dé una situación dañosa, que preste motivos razonables o, incluso, exija interrumpir el *statu quo*¹⁵. Pienso que dicho criterio, en las especiales condiciones que presenta este conflicto, no empece a la restitución debatida, sino que contribuye a sustentar su procedencia.

¹⁵ Ver dictamen emitido en Fallos: 331:941.

3

Es que en esta causa –más allá de que la Sra. P. no ha esgrimido la imposibilidad de acompañar a sus hijos–, ni siquiera se juzga sobre los méritos de la guarda ni, mucho menos, se persigue alterarla¹⁶. Se trata, precisamente, de reintegrar a J.A., T.A. y N.A. –en el contexto especialísimo de un desplazamiento internacional– al entorno que operó como eje de su existencia, hasta la interrupción llevada a cabo por la madre¹⁷. Valga reiterar el concepto, que también sostuvo esta sede en el caso “S.A.G.” arriba citado, en cuanto a que los Estados Partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores; y –salvo circunstancias singulares, no acreditadas en autos– no deberían abdicar de la obligación contraída ante la comunidad mundial, al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores; y –agrego hoy– profundizados a partir de la demorada actuación institucional, alejada largamente de la premura impuesta en el art. 11.

Bien se dice a fs. 356, que el centro de vida no ha de adquirirse tras un traslado ilícito. De lo contrario, el CH 1980 devendría inaplicable, pues como lo advirtió V.E. en Fallos: 318:1269 (consid. 14), el procedimiento “...concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido...”.

En tal dirección, coincido con lo que expresa el vocal disidente a fs. 356 y vta., porque me parece que ésta es la noción subyacente en la denominada Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Es que dicha norma cualifica el concepto “centro de vida” por remisión a la legalidad de la residencia¹⁸. Y esa idea se ahonda en el art. 3° del Decreto reglamentario 415/2006, que reza: “[e]l concepto de ‘centro de vida’ a que refiere el inciso f) del artículo 3° se interpretará de manera armónica con la

¹⁶ Conclusión 7, *Part two*, Segundo Encuentro de la Comisión Especial revisora del funcionamiento del CH 1980 (enero 18-23 de 1993); v. asimismo punto VI ap. A-viii de este dictamen; Conclusiones y recomendaciones del Foro de La Haya (2005) punto 9; reporte Pérez-Vera (v. esp. parág. 66, 71 *in fine*, 123 y 124).

¹⁷ Ver salvedad que se hizo en el punto V del dictamen citado en el párrafo anterior.

¹⁸ “[E]n condiciones legítimas” dice su art. 3° inc. f, prescribiendo que lo concerniente a la restitución, se ajuste a esa pauta.

definición de 'residencia habitual' de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad".

B) En lo que concierne al eventual riesgo, acabo de dejar sintéticamente expuestos los cánones establecidos por V.E., en orden a la exégesis y aplicación del extremo excepcional del art. 13 inc. b). Esos parámetros se alinean con el propósito de la HCCH, que aprehende las posibles situaciones de peligro con la especificidad propia del Convenio, y lo demuestra con una estricta selección de la terminología empleada, de la que –por ejemplo– se excluyeron los perjuicios de tipo económico o educativo¹⁹.

Desde la perspectiva que ellos imponen, creo que no se han acercado elementos objetivos que avalen los dichos de la progenitora sobre la exposición a un alto compromiso preponderantemente psíquico, aunque también físico (v. esp. enumeración de fs. 190). En medio de esa orfandad, y en el ámbito diferenciado al que debe ceñirse nuestra opinión, esos argumentos carecen de idoneidad.

En efecto, los informes de la psicóloga y la asistente social del tribunal de familia interventor, señalan que, en su momento, los hermanos se insertaron socialmente, creando vínculos positivos en Barcelona; y que al entrevistarlos (mayo de 2006) contaban con una red social, institucional y familiar en la provincia de Buenos Aires. Asimismo, las profesionales puntualizan que los niños extrañaban mucho a su padre, y deseaban que pudiera vivir cerca, para continuar con el contacto que mantenían previamente; tópico que se califica como preocupante (v. esp. fs. 129 y vta. y 133 vta./134).

A su turno, en septiembre de 2006, el establecimiento educativo da cuenta de que estos alumnos son sumamente versátiles y que se integraron positivamente en la escuela, sin experimentar retrocesos. En cuanto a la vuelta a España, indica que –a pesar de la alta capacidad de adaptación de aquéllos–, no sería provechosa, porque aquí tienen

¹⁹ Ver reporte Pérez-Vera (parág. 116 y su nota). De los Documentos de Trabajo n° 41 y 42, es ilustrativa la discusión que surge de la pág. 302.

S.C. B N° 389; L. XLV

Procuración General de la Nación

una familia con lazos sanos y estrechos, no manifiestan nostalgia por lugares o amigos que han dejado, ni han expresado –por lo menos en el colegio– deseos de volver (v. fs.214/215).

Como se ve, nada se ha agregado a la causa que permita tener por configurada la excepción del art. 13 inc. b), con los contornos rigurosos que emanan de la doctrina de V.E.. En ese sentido, la inconveniencia aludida a fs. 215, sólo forzosamente podría equipararse al grave peligro que exige el CH 1980; sin contar con que no es dable atribuir a la impresión vertida en esa pieza, una mínima virtualidad pericial.

Lo dicho va en sintonía con las conclusiones y recomendaciones del Foro antes citado²⁰, en cuyo acápite 14 “[s]e enfatizó la naturaleza excepcional de las defensas del Convenio. La defensa ‘grave riesgo’ del art. 13(1) b), debe ser estrechamente interpretada. Cualquier tendencia a darle una interpretación amplia a este artículo socava la operación del Convenio”.

Resta, entonces, por considerar otros dos supuestos estrechamente emparentados. Me refiero a las eximentes, también excepcionales, de los arts. 13 cuarto párrafo y 20.

-XII-

No se me escapa –y algo de ello se vislumbra en parte de las alegaciones esgrimidas a lo largo del proceso–, la contradicción que podría detectarse entre el mejor interés del niño y la imposición de un regreso (en este caso, después de cinco años), con el subyacente problema del conflicto de convenciones. Sin embargo, esas aparentes incompatibilidades ya fueron despejadas por V.E. sin que, a mi juicio, haya elementos que permitan apartarse, en este supuesto concreto, de las directrices expuestas en el punto X.

La posible tensión y eventual subordinación también se desvela –y concilia– en el informe Pérez Vera (parág. 20), donde –después de aclarar por qué no se ha incluido

²⁰ Me refiero al reunido en el ámbito de la HCCH, entre el 28 de noviembre y el 3 de diciembre de 2005.

en la parte dispositiva del CH 1980 una "referencia explícita... al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita" (parág. 21 y 22)²¹-. se destaca la correspondencia existente entre ambos factores²².

En coherencia con dichas ideas, resulta esclarecedor tener en mente los consensos alcanzados en torno al significado que se asigna al concepto "bienestar de la infancia" en materia de sustracción internacional, tanto en los tempranos trabajos preparatorios²³, como en instancias muy posteriores, consagradas al seguimiento práctico del tratado²⁴.

²¹ Ver, v.gr., Documento de Trabajo n° 69 (pág. 360).

²² Dice allí la Ponente: "23... No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar 'profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia': justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, 'deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos'. 24. Esos dos párrafos del preámbulo reflejan de forma bastante clara cuál ha sido la filosofía del Convenio al respecto, una filosofía que se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En este sentido, conviene recordar la recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que "los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios" [Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 31ª Sesión ordinaria. *Recomendación relativa a una Carta Europea de los derechos del niño*. Texto adoptado el 4 de octubre de 1979]. En efecto, como ha señalado el Sr. Dyer, en la literatura científica dedicada al estudio de este problema, 'la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores' es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones...25. Por tanto es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio -uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual- responden en su conjunto a una concepción determinada del 'interés superior del menor'...".

²³ Así, en el cap. V del Documento Preliminar N° 5 (junio de 1979), con el título de "Principios generales", se estableció: "26. En cuestiones de custodia y contacto, el bienestar del niño reviste importancia primaria... 28 La sustracción de niños es contraria a sus intereses y bienestar".

²⁴ Por ejemplo, bajo el epígrafe "Los Derechos del Niño", los participantes del Foro de jueces latinoamericanos ya referido, diseñaron las siguientes observaciones: "8. Se reconoce que el Convenio de La Haya de 1980, al facilitar la pronta restitución de los niños irregularmente sustraídos o retenidos fuera del país de su residencia habitual, se constituye como un apoyo fundamental de los principios y derechos de los niños, incluyendo el derecho del niño a mantener relaciones personales y contactos directos con ambos padres, tal como se reconoce en distintos instrumentos de derechos humanos, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Al aplicar el Convenio de La Haya de 1980, los jueces deben recordar que ésta sirve como un instrumento para dar efectividad a dichos principios... 9. Los jueces deben mantener una distinción clara entre los procedimientos de restitución de un menor bajo el Convenio de La Haya y una audiencia para evaluar los méritos relacionados con la custodia y el derecho de visita. La audiencia sobre los méritos de custodia y derecho

-XIII-

En lo que concierne a la postura de los niños ante el reintegro, el informe Pérez-Vera proporciona claves para comprender las cuestiones prácticas que subyacen en el texto adoptado y la necesidad de atender a ciertas prevenciones²⁵

A su tiempo, los magistrados reunidos en el Foro del año 2005 citado reiteradamente en este dictamen, se dedicaron igualmente al delicado tema del parecer de los hijos, subrayando la distinción que deben hacer los jueces, por una parte, entre opinión sobre el tema de fondo—objeción al regreso; y, por la otra, entre voz del niño—voz del progenitor²⁶, preocupación esta última que ya estaba presente en el Reporte del Segundo Encuentro de la Comisión Especial²⁷.

También este Ministerio ha llamado la atención, en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, acerca del delicado ejercicio de prudencia que conlleva el respeto cabal por el derecho de la infancia a ser escuchada²⁸.

de visita se conducirá por los tribunales del país en el cual el menor ha tenido su residencia habitual y al cual se restituye el menor. 10. Se reconoce que en un caso de sustracción de niño el mejor interés para él/ella es regresar a su residencia habitual donde las Autoridades Judiciales de ese Estado podrán decidir en el mejor interés del niño cuál de las dos partes debe ejercer la custodia o guarda y cuál de ellas gozar de los derechos de visita, y si fuera el caso decidir sobre la reubicación del niño.”

²⁵ En su parágrafo 30, expresa “...el Convenio admite... que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés. Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores. No obstante, una disposición de esa naturaleza era indispensable dado que el ámbito de aplicación del Convenio *ratione personae* se extiende a los menores hasta el decimosexto cumpleaños; y es que, hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ejemplo de quince años, contra su voluntad...”

²⁶ Dentro del capítulo titulado “Naturaleza excepcional de las defensas” concluyeron “14... 15. Se debe distinguir claramente entre la opinión del niño sobre las cuestiones generales propias de la custodia o visitas, y de las objeciones del niño a ser restituido, que son las relevantes en un proceso de restitución. 16. Los métodos a través de los cuales un Tribunal escucha la opinión del niño difieren entre los distintos países. Resulta esencial distinguir entre la opinión personal del niño y aquella que puede haber sido inducida por el padre sustractor”.

²⁷ *Question 23*.

²⁸ En el dictamen emitido el 18/6/2009, *in re* S.C. M. N° 394, L. XLIV, expresó: “... la consistencia de esa audiencia y cómo debe llevarse a cabo, es un asunto crucial, ya que en su puesta en práctica, se juega la vigencia misma de las finalidades que persigue la Convención; máxime cuando ella ha de desplegarse —como ocurre en este caso— en el contexto del Derecho de Familia... Ello es así pues en una disciplina tan particular es menester atender con mayor detenimiento, a la especificidad de las realidades sobre las que se opera, buscando un delicado

Desde ese ángulo conceptual, es preciso advertir que carecemos de datos para saber si el tribunal superior de la causa –que recibió a los niños–, distinguió entre la verbalización y el querer real de éstos, en el marco de su efectivo interés y beneficio. De hecho, sólo se llevó a cabo al inicio del expediente, una simple entrevista, que no se ajusta a los parámetros propios de un diagnóstico psicológico (v. fs. 129).

De cualquier manera, los pocos informes incorporados a la causa, transmiten los dichos de los hermanos en el sentido de que están bien en su actual lugar, que extrañan a su padre y quisieran que éste viviera más cerca para verlo con más frecuencia (v. fs. 129, 149 y 218). Nada nos habla de un conflicto férreo, ni de una oposición, en los términos del art. 13, tal como fueron interpretados por V. E.²⁹

-XIV-

En cuanto a la previsión del art. 20, el informe Pérez-Vera –luego de reseñar cómo se desechó la reserva relativa a la invocación del derecho de la familia y de la infancia del Estado requerido³⁰– nos ilustra sobre la real dimensión de esta cláusula, con miras a resaltar su naturaleza excepcional, a advertir que su operatividad exige algo más que una incompatibilidad entre el retorno y el derecho fundamental invocado, y a instar a los tribunales para que hagan de ella un uso equilibrado³¹.

balance entre las múltiples variables que conviven en el principio rector del art. 3° de la Convención (un concepto abierto que los jueces deben desbrozar en cada caso, con todo rigor). Tengo en mente -por nombrar algunas de las aristas que preocupan a los especialistas-, la posibilidad de manipulación del hijo convertido en objeto, sumado interesadamente al litigio parental...”

²⁹ Ver punto X (6). Asimismo, sobre la naturaleza de la objeción al retorno por parte del niño, ver en *Internacional Child Abduction Database, Re F [Hague Convention: Child's Objections] -2006- FamCA 685 [INCADAT cite: HC/E/AU 864 - Family Court of Australia - Appellate Court; HC/E/US f 798; 6/5/2002 - United State District Court for the Eastern District of Virginia - Alexandria Division in re "Escaf v. Rodríguez" - 200 F.Supp. 2d. 603 [E.D. Va. 2002]; y comentarios anexos).*

³⁰ Parágrafo 31. Ver as. Documentos de Trabajo (Discusión n° 9 sobre el Documento de Trabajo n° 31 [pág. 303 a 306]).

³¹ Sobre el particular dice la profesora Pérez-Vera: “...la fórmula que figura en el artículo... representa un esfuerzo loable de compromiso entre las distintas posturas, dado que el papel concedido a la ley interna del Estado de refugio se ha reducido notablemente. Por un lado, la referencia a los principios fundamentales relativos a la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales afecta a un área del derecho en el que existen numerosos compromisos internacionales. Por otra parte, la norma del artículo 20 va asimismo más lejos que las fórmulas tradicionales de la cláusula de orden público en lo que se refiere al grado de incompatibilidad

Procuración General de la Nación

Luego, dado que las consideraciones y elementos de juicio que revisamos en los puntos anteriores, despejan –a mi modo de ver–, una afección a los derechos y libertades fundamentales, en el sentido del CH 1980³², estimo que en el contexto de autos, no se configura la hipótesis –de interpretación restrictiva– prevista en el mentado art. 20³³.

-XV-

Valga recalcar, a esta altura, la indole de los supuestos contemplados en los art. 13 y 20 que acabamos de examinar y que obedecen al interés primario de cualquier persona a no ser colocada en una posición intolerable³⁴.

En las elocuentes palabras del informe Pérez-Vera: “34. ... parece necesario subrayar que las excepciones... al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado. En efecto, el Convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles

existente entre el derecho invocado y la acción considerada; en efecto, para poder denegar el retorno del menor invocando el motivo que figura en esta disposición, la autoridad en cuestión debe comprobar no sólo la existencia de una contradicción sino también el hecho de que los principios protectores de los derechos humanos prohíben el retorno solicitado” (parág. 33). Esta posibilidad, nos previene, “... ha sido ubicada de manera significativa en el último artículo del capítulo; de esta forma, se ha querido destacar el carácter claramente excepcional que siempre debe tener su aplicación. En relación con el contenido de esta disposición, nos limitaremos a formular dos observaciones: en primer lugar, aunque su tenor literal recuerda mucho la terminología de los textos internacionales en materia de protección de los derechos humanos, la norma no se refiere a los desarrollos alcanzados en el plano internacional; muy al contrario, sólo se refiere a los principios admitidos en el derecho del Estado requerido, ya sea por vía del derecho internacional general o convencional, ya sea por vía legislativa interna. En consecuencia, para poder denegar un retorno sobre la base de este artículo, será preciso que los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan; no basta con que el retorno sea incompatible, o incluso claramente incompatible, con dichos principios. En segundo lugar, la invocación de tales principios no deberá en ningún caso ser más frecuente ni más fácilmente admitida de lo que lo sería para resolver situaciones puramente internas. Lo contrario sería en sí mismo discriminatorio, es decir opuesto a uno de los principios fundamentales más generalmente reconocido en los derechos internos. Ahora bien, el estudio de la jurisprudencia de los distintos países demuestra que la aplicación por parte del juez de la legislación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales se lleva a cabo con una prudencia que cabe esperar se mantenga respecto a las situaciones internacionales cubiertas por el Convenio” (parág. 118).

³² Ver as. reporte del Segundo Encuentro de la Comisión Especial [año 1993] *question 30*.

³³ Esta conclusión es coincidente con el criterio que trasciende de la jurisprudencia comparada recopilada en *Internacional Child Abduction Database* (ID n° 309, 99, 100, 133, 244, 275, 283, 288 y 369).

³⁴ Reporte Pérez-Vera (parág. 29).

consecuencias jurídicas. La puesta en práctica de este método exige que los Estados firmantes del Convenio estén convencidos de que pertenecen, a pesar de sus diferencias, a una única comunidad jurídica en el seno de la cual las autoridades de cada Estado reconocen que las autoridades de uno de ellos - las de la residencia habitual del niño- son en principio las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y de visita. Por tanto, una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado...³⁵.

Reitero, los Estados signatarios han calibrado la incidencia del mejor interés del niño en el ámbito específico del CH 1980, y se han decantado por el procedimiento de restitución como una herramienta del todo coherente con la defensa de ese interés, en la emergencia de una sustracción internacional. Ese reconocimiento -que da un contenido preciso al concepto genérico "interés del menor"³⁶-, obliga a refinar exhaustivamente cualquier impedimento a la consecución de sus objetivos.

Y puesto que esas aspiraciones son coincidentes, repito una vez más, con los de la Convención sobre los Derechos del Niño (v. esp.art. 11), integrante del llamado bloque de constitucionalidad de la República, no encuentro en nuestro ordenamiento, ningún imperativo que, en este caso concreto, obste a la restitución.

-XVI-

Por último, habré de recordar que como V. E. ha enseñado en los precedentes citados en el punto X (12), corresponde a ese Alto Cuerpo, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a efectos de no comprometer su

³⁵ En el párrafo 113 agregaré "...En términos generales, hay que insistir en que las excepciones previstas en los dos artículos en cuestión no son de aplicación automática en el sentido de que no determinan forzosamente el no retorno del menor; por el contrario, la naturaleza misma de estas excepciones estriba en dar a los jueces la posibilidad - no de imponerles la obligación- de denegar dicho retorno en ciertas circunstancias".

³⁶ Reporte Pérez-Vera (parág. 29).

3

B , S M. C/P V A. s/ restitución de hijo.

S.C. B N° 389; L. XLV

Procuración General de la Nación

responsabilidad internacional.

Bien en claro, como se dijo en el precedente "S.A.G.", que el temperamento que aquí propicio no importará disposición o modificación de la situación jurídica corriente, sino sólo el reintegro a la jurisdicción competente —de la que los menores fueron sustraídos de modo ilegal, con arreglo a las normas internacionales—, donde deberá resolverse en definitiva.

Asimismo, en concordancia con el dictamen citado en el párrafo anterior, insistiré hoy en que la función esencial de este Ministerio Público Fiscal, consiste en velar por el resguardo de la legalidad, extremo que en el *sub-lite* se centra en el cumplimiento irrestricto de los tratados internacionales que regulan el caso. Por ende, si V.E. lo considerase pertinente, podría disponer que J.A., T.A. y N.A. sean oídos directamente por ese Tribunal o a través de un diagnóstico psicológico que despeje cualquier duda que pueda suscitarse en punto a su mejor interés.

-XVII-

Por estas breves consideraciones, dado que la oponente no ha logrado desvirtuar la presunción referida en el punto X (2), opino que V. E. debe hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto.

Sin perjuicio de ello, atendiendo a la constante exhortación de la HCCH a los Estados Partes, propongo que el texto de la sentencia a dictarse se ponga en conocimiento de la Autoridad Central, por los canales que esa Corte tenga por adecuados, con miras a una inmediata comunicación a la Oficina Permanente de la Conferencia. Finalmente, y de estimarlo pertinente el Tribunal, sugiero se haga saber a las autoridades correspondientes la conveniencia de considerar el dictado de normativa específica en materia de competencia y procedimientos, que permita aportar una solución a este tipo de conflictos, con la mayor celeridad posible.

Buenos Aires, 19 de febrero de 2010.

25